

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

N° 3 - 2004

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

DIRECTOR

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

SECRETARIO DE REDACCIÓN

*Rafael Mery Nieto*  
Profesor de Economía  
Universidad Diego Portales

CONSEJO EDITORIAL

Javier Barrientos Grandon  
Profesor de Historia del Derecho  
Universidad Diego Portales

Oswaldo Contreras Strauch  
Profesor de Derecho Comercial  
Universidad Diego Portales

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

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

Carlos Peña González  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad Diego Portales

Jorge López Santa María  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad Adolfo Ibáñez

Andrés Cuneo Macchiavello  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad Diego Portales

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

EDITOR

*Marcelo Rojas Vásquez*

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

# REVISTA CHILENA DE DERECHO PRIVADO

N° 3 - 2004

FERNANDO FUEYO LANERI

ISSN 0718-0233

<hr/>	
DOCTRINA	
<hr/>	
El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia chilena <i>por Rodrigo Céspedes Proto</i>	9
El control de cláusulas abusivas y la letra g) <i>por Iñigo de la Maza Gazmuri</i>	35
El Pacto Civil de Solidaridad en el Derecho francés <i>por Michel Grimaldi</i>	69
La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena <i>por Carlos Pizarro Wilson</i>	83
OPINIÓN PROFESIONAL	
<hr/>	
Sobre el momento en que tiene lugar la resolución del contrato cuando se ejercita la acción establecida en el artículo 1.489 del <i>Código Civil</i> <i>por Andrés Cuneo Macchivallo</i>	107
Acerca de la razón social de las Agencias de Aduana. Análisis del artículo 223 de la Ordenanza de Aduana <i>por Alejandro Guzmán Brito</i>	123
COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	
<hr/>	
Obligaciones y Responsabilidad civil <i>por Alejandra Aguad Deik y Carlos Pizarro Wilson</i>	141
	Contratos especiales <i>por Iñigo de la Maza Gazmuri</i> 169
	Propiedad y derecho reales <i>por Javier Barrientos Grandon</i> 183
	Derecho de familia y sucesorio <i>por Leonor Etcheberry Court</i> 191
	Derecho de la competencia <i>por Rafael Mery Nieto</i> 201
	<hr/>
	RESÚMENES DE JURISPRUDENCIA 215
	<hr/>
	ACTUALIDAD LEGISLATIVA 235
	<hr/>
	RECENSIONES 257
	<hr/>
	ÍNDICE DE MATERIAS 267
	<hr/>
	ÍNDICE DE AUTORES 273
	<hr/>
	SIGLAS Y ABREVIATURAS 277
	<hr/>
	NORMAS EDITORIALES 281
	<hr/>



# Doctrina

.....



# EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA\*

Rodrigo Céspedes Proto\*\*

## RESUMEN

En este artículo examinamos el enriquecimiento sin causa y su tratamiento judicial. Primero, analizamos el problema de la causa del contrato, cómo nuestros tribunales la entienden y su conexión con el enriquecimiento injustificado. Luego, estudiamos el enriquecimiento sin causa como una fuente de las obligaciones y sus elementos, cada uno ilustrado por varios precedentes. Finalmente, examinamos el enriquecimiento indebido como un principio general del Derecho y sus manifestaciones en el Derecho Privado y Público.

9

## ABSTRACT

This article deals with the problem of unjust enrichment and its judicial treatment. First, it analyzes the issue of contract consideration, how our courts understand it and its connection with unjust enrichment. Next, unjust enrichment as a source of obligation and its elements, each one illustrated by several cases. Finally, we analyze unjust enrichment as a general principle of law, and its manifestations in private and public law.

## I. INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Mucho se habla de los principios generales del Derecho, pero, a nuestro entender, son pocos en Chile los estudios sobre el tema. Estos trabajos, más

---

\* Este artículo forma parte de un proyecto financiado por la Dirección General de Investigación y Cooperación Técnica de la Universidad Católica del Norte, 2003-2004.

\*\* Profesor de Derecho Administrativo, Escuela de Derecho, Universidad Católica del Norte. Antofagasta.

que nada, abordan qué debe entenderse por “principio general del Derecho” y, las más de las veces, la mera enunciación de los más renombrados. Dichos estudios son en su mayoría doctrinales, con abundantes citas de Derecho Comparado y sólo la exégesis de nuestros textos legales, en su mayoría de Derecho privado. Quizá lo más interesante (y paradójicamente lo menos analizado) es la forma en que estos principios se aplican por parte de la jurisprudencia nacional, aspecto en que se centra este trabajo. Particularmente importante es el tratamiento que le dan nuestra jurisprudencia judicial y administrativa ya que, en definitiva, es éste el derecho coercible y real. La excesiva influencia positivista ha creado el mito que el juez es encargado de “aplicar” mecánicamente la ley y la jurisprudencia no es jamás fuente de Derecho. Pero es notorio que, en los hechos, “la ley reina y la jurisprudencia gobierna”<sup>1</sup>.

Podemos distinguir principios comunes a todas las ramas del Derecho: ideas que se irradian y manifiestan en el Derecho Nacional e Internacional<sup>2</sup>; Público o Privado. Entre éstos destaca la protección a la buena fe; la teoría de los actos propios; la proporcionalidad de las sanciones jurídicas; la responsabilidad; etc. Hay algunos “menos generales”, pero propios de las grandes ramas del Derecho, como la autonomía de la voluntad y la libre circulación de los bienes en el Derecho Privado o el de juridicidad en Derecho Público. Hay otros que son característicos de ramas más específicas como el de tipicidad penal o la protección del trabajador en Derecho Laboral. El principio de enriquecimiento sin causa pertenece a la más amplia categoría, ya que tiene aplicación en todas las ramas del Derecho. Curiosamente, éste ha sido objeto de escaso estudio; más que nada por cultores del Derecho Privado y sobre todo del Derecho Civil<sup>3</sup>.

10

<sup>1</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno”, *RDJ*, tomo 93, N° 3/96, p. 120.

<sup>2</sup> Nuestra Corte Suprema considera al enriquecimiento sin causa dentro de los “principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”. Así lo determinó en “Lauritzen y otros con Fisco”, *RDJ*, tomo 52, N°s 9 y 10/55, sec. 1, p. 444 y ss. Apelación. Corte Suprema. En este caso se discute la indemnización a armadores daneses por privarlos temporalmente del goce de sus naves (“derecho de angaria”, una institución de Derecho Internacional Público distinta a la requisición y la captura bélica) en atención a las dificultades que trajo la Segunda Guerra Mundial al tráfico marítimo y al abastecimiento. El fallo es sumamente interesante ya que se tratan instituciones como soberanía; el Derecho Subjetivo Público a obtener justicia; costumbre internacional; estado de necesidad; colisión de derechos; equidad; etc. Como se aplican principios de Derecho Internacional Público, la Corte se sustrae de la cultura jurídica estatista que imperaba en Chile en esos años. Señala que la fuente de la obligación de indemnizar no proviene del contrato o de la responsabilidad extracontractual. En el fondo, se impuso una carga pública en forma desigual y debía compensarse el desequilibrio.

<sup>3</sup> Ver PEÑALILLO ARÉVALO, Daniel, “El enriquecimiento sin causa: principio de derecho y fuente de obligaciones”, *RDJ*, tomo 93, N° 2/96, p. 71 y ss. Para una visión clásica ver RIPERT, G. y TEISSERIE, M., “Ensayo de una teoría del enriquecimiento sin causa en el derecho francés”, *RDJ*, tomo 5, N°s 1,3 y 4/08, pp. 46 y ss, 64 y ss y 84 y ss.



Sin embargo, el principio del enriquecimiento indebido tiene gran aplicación en el Derecho Público y en ramas particulares como el Derecho Comercial, Tributario o Laboral.

El enriquecimiento sin causa aparece invariablemente unido al la teoría de la causa de los actos jurídicos; tema que examinaremos sólo a la luz de la jurisprudencia nacional. Analizaremos brevemente su carácter de fuente de las obligaciones, poniendo especial énfasis en su tratamiento jurisprudencial, y luego veremos sus manifestaciones en el Derecho Público.

## II. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y TEORÍA DE LA CAUSA

El enriquecimiento injusto está unido a la teoría de la causa y ésta, como elemento de los actos jurídicos, es uno de los temas más discutidos y oscuros. Las más de las veces complica, más que esclarece el asunto; por eso, dejaremos de lado el problema dogmático y nos centraremos en la jurisprudencia chilena<sup>4</sup>. Muchas sentencias se basan en la teoría de la causa para “corregir” un desequilibrio patrimonial producido por actos carentes de sustento jurídico<sup>5</sup>. Muchos de los fallos se refieren a casos de pago de lo no debido, la forma más calificada de enriquecimiento sin justificación<sup>6</sup>.

Hay numerosas sentencias que explican un enriquecimiento injustificado por la ausencia de causa. Así, la falta de existencia del contrato se traduce en una falta de causa de las obligaciones de las partes, por eso se ha sostenido que, de no acreditarse la existencia de vínculo jurídico, se debe desestimar la acción entablada, y así se evita un cobro indebido de dinero, lo que significaría un

11

<sup>4</sup> Sobre el problema doctrinal ver el esclarecedor trabajo de GUZMÁN BRITO, Alejandro “Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 23/01, p. 209 y ss. Del mismo, “La doctrina de la *consideration* en Blackstone y sus relaciones con la causa en el *Ius Commune*”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 25/03, p. 375 y ss. Para una visión tradicional ver LEÓN HURTADO, Avelino, *La causa*, Santiago, 1961. Según la jurisprudencia recopilada, los tribunales y la administración parecen darle múltiples significados al término “causa”.

<sup>5</sup> “Durán Pinochet con Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación”, *RDJ*, tomo 92, N° 2/95, sec. 5, p. 109 y ss. Protección. Corte Suprema. En este caso, el recurrente contrató un curso y sólo finalizado éste, en el proceso de titulación, la universidad se dio cuenta que el recurrente carecía de los requisitos para tomar dicho curso. El actor exige la entrega del título; si bien la Corte lo rechaza, señala que la universidad debe devolver las sumas canceladas.

<sup>6</sup> “Merino Merino con Cooperativa de Vivienda y Servicios Habitacionales República de Canadá”, *RDJ*, tomo 92, N° 2/95, sec. 2, p. 62 y ss. Apelación. Corte Presidente Pedro Aguirre Cerda.

enriquecimiento injusto. El término ‘causa’ se entiende aquí como “causa eficiente” o efecto de las obligaciones. El contrato, según esta sentencia, es la causa de la obligación de pago; de no probarse el contrato, la obligación de pagar carece de fuente y provoca, en definitiva, un enriquecimiento injustificado. Indudablemente, si un contrato no se perfecciona, no existe como tal y de él no pueden nacer obligaciones: el pago de una obligación inexistente trae como consecuencia un enriquecimiento indebido<sup>7</sup>.

Nuestros tribunales han declarado que en el mandato (por ser un contrato bilateral y naturalmente conmutativo) la causa jurídica de la obligación del mandante, en orden al pago de la remuneración fijada, consiste en la prestación de los servicios a que se obligó el mandatario. Si los hechos revelan que el mandatario no ha intervenido en la gestión encomendada, carece del fundamento inmediato y necesario para exigir el pago; de lo contrario, la pretendida remuneración sería una forma de enriquecimiento sin causa. La Corte advierte aquí que en un contrato bilateral conmutativo las obligaciones de las partes son interdependientes; sin el cumplimiento de una de ellas, la otra carece de sentido<sup>8</sup>. También los tribunales han sentenciado que a un notario titular no le corresponde recibir honorarios correspondientes al tiempo servido por un suplente, ya que ese estipendio carecería de causa<sup>9</sup>. En el mismo sentido, corresponde descontar los días no trabajados a funcionarios públicos de la salud en paro de actividades; el pago de remuneración en estas circunstancias carecería de título que la justifique<sup>10</sup>.

12

Nuestros tribunales han concluido también que no puede invocar fuero sindical un dirigente de un sindicato que no ha tenido existencia legal, ya que éste privilegio carecería de su necesaria razón de ser; según la Corte Suprema, el poseer fuero en estas condiciones significaría para el trabajador un lucro

<sup>7</sup> “Estrada con Silva”, *RDJ*, tomo 29, N° 7 y 8/32, sec. 1, p. 385 y ss. Apelación en juicio ejecutivo (cons. 9), casada en la forma por la Corte Suprema, con dos votos de minoría que sostienen la tesis del fallo anulado. Un buen punto a dilucidar sería el caso de un contrato solemne o real en los cuales hay consentimiento, pero no se ha realizado la formalidad o la entrega y se produce daño; parte de la doctrina sostendría que habría responsabilidad precontractual.

<sup>8</sup> “López con González”, *Gaceta de los Tribunales*, 1939, 2° semestre, sec. civil, p. 517 y ss. Apelación (cons. 5). Corte de Santiago.

<sup>9</sup> “Castillo Valdés”, *RFM*, N° 368, julio 1989, p. 413 y ss. Apelación. Corte Suprema. Se confirma sentencia de Corte de Punta Arenas. En este caso se había suspendido al notario titular por una medida disciplinaria, designándose a un suplente. Según el Máximo Tribunal, este último tiene derecho a los honorarios ya que desarrolló materialmente el trabajo y el titular estaba impedido de realizarlo. De recibir los honorarios el titular suspendido, dichos estipendios carecerían de causa importando un enriquecimiento injusto contrario a la equidad.

<sup>10</sup> “Fenats con Director del Servicio de Salud Metropolitano Sur”, *RDJ*, tomo 89, N° 2/92, sec. 5, p. 225 y ss. Protección. Corte de San Miguel.

indebido<sup>11</sup>. En este caso, no se habla de “causa de las obligaciones”, sino de una razón necesaria para establecer un determinado privilegio. El poseer un fuero implica una mayor estabilidad en el empleo y, en consecuencia, un enriquecimiento. Su carácter indebido proviene del hecho de no existir el fundamento básico que justifique este privilegio, cual es la independencia sindical.

La ausencia de motivo que justifique el enriquecimiento es el elemento que marca la injusticia y permite la acción de reembolso. En otras palabras, la falta de razón que fundamente el enriquecimiento provoca la iniquidad que conviene corregir y fundamenta la pretensión de reembolso del demandante. Habrá causa cuando un desplazamiento patrimonial encuentra su fundamento en, por ejemplo, un contrato<sup>12</sup>. De hecho, la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente (para los actos a título gratuito), no obstante resultar obligada sólo una de las partes (art. 1.467 inc.1 del *Código Civil*). El contrato será razón justificada, incluso, si las prestaciones de las partes en un contrato bilateral no están perfectamente equilibradas. En este caso la intangibilidad del acuerdo será más fuerte que la descompensación producida, salvo los casos de lesión enorme, expresión de una grosera falta de conmutatividad<sup>13</sup>.

Es imposible elaborar una fórmula general para concluir cuándo no hay causa justificante. Habrá de examinarse cada situación por separado. En algunas materias, la justicia de la *actio in rem verso* será obvia, pero en otros la cuestión será discutible. En estos casos dudosos, por ser una acción excepcional debería ser desechada. En muchas situaciones puede haber una injusticia manifiesta, pero la ley, por razones de seguridad jurídica, puede impedir accionar contra el que ha adquirido el dominio o el que se liberó de una deuda por prescripción adquisitiva o extintiva respectivamente<sup>14</sup>. No es una cuestión fácil

<sup>11</sup> “Inspección del Trabajo de Concepción”, *RDJ*, tomo 62, N° 9/65, sec. 3, p. 101 y ss. Queja. Corte Suprema.

<sup>12</sup> El enriquecimiento producto de un contrato nulo o resuelto carece de causa y debe procederse a la restitución. Sin embargo, en este caso el enriquecimiento injusto es sólo la base de la institución, ya que lo dado o pagado en virtud de un contrato nulo o resuelto se reintegra por medio de una acción reivindicatoria.

<sup>13</sup> Los tribunales ordinarios no han acogido la teoría de la imprevisión (ver “Viña Concha y Toro”, *RDJ*, tomo 89, N° 3/92, sec. 3, p. 171 y ss. Queja. Corte Suprema. Se relaciona con el caso de las “uvas envenenadas”. El recurrente sostiene que los contratos de trabajo deben terminar, pues se ha producido un caso fortuito; para el tribunal la explotación se ha hecho más onerosa, pero no imposible; por lo tanto, no procede la terminación). Sin embargo, hay ciertos tribunales arbitrales que sí lo han hecho. Cosa distinta es en materia administrativa, en donde la institución es ampliamente aceptada, como veremos más adelante.

<sup>14</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 3), p. 79. No obstante, en el caso de las deudas prescritas no hay un simple deber moral, sino un verdadero deber jurídico de cumplirlas, con causa suficiente. La obligación no se extingue sino sólo la acción. El mandato jurídico permanece intacto, sólo que por seguridad jurídica se pierde la acción para reclamar. Es un caso en el que las normas jurídicas no son bilaterales: sólo establecen un deber, pero no la posibilidad de exigir éste de manera coactiva.

determinar si la ley puede legitimar un enriquecimiento manifiestamente injusto. En el caso de la prescripción existe el fuerte argumento de la seguridad jurídica. En otros, simplemente no existe fundamento alguno, como en el caso de imposición de algunas cargas públicas<sup>15</sup>.

La Contraloría ha sostenido que el cobro del tributo que grava la transferencia de vehículos carece de causa si no ha operado la tradición, ya que falta el requisito esencial que posibilita la percepción del tributo<sup>16</sup>; aunque es cuestionable hablar de “causa” en derecho público y en derecho tributario<sup>17</sup>; en realidad, lo que falta en el caso en cuestión es el hecho jurídico tributario.

### III. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES<sup>18</sup>: LA ACTIO IN REM VERSO

En cuanto fuente de obligaciones el profesor Peñailillo define el enriquecimiento sin causa como una atribución patrimonial sin una justificación que la expli-

14

<sup>15</sup> Es decir, en general, tributos y prestación de servicios en que la voluntad de los sujetos que los realizan o pagan es irrelevante y que van contra sus intereses particulares (significan perjuicio, desventaja o gravamen, disminución de los derechos de las personas). Respecto de las cargas públicas que constituyen servicios o actividades está el servicio militar; la labor de vocal de mesa durante elecciones; el cierre de negocios durante elecciones o censos; la práctica profesional que cumplen los egresados de Derecho; el deber de los testigos en juicio de comparecer, declarar y decir verdad; el turno de los abogados, etc. Todos los anteriores se imponen con generalidad o al azar; por lo tanto, el Estado no tendría por qué compensar. Es parte de la esencia de la noción de carga pública la falta de compensación directa por parte del Estado (indirectamente, benefician a todos) si se imponen igualitariamente, como lo señala el mandato constitucional. Algunos van más allá y sostienen que ciertas situaciones gravosas, impuestas individualmente, deben ser asumidas y soportadas por las personas sin compensación ninguna; tal es el caso de la detención y la prisión preventiva para el inocente. Ver ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad (objetiva) del Estado”, *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, N° 2, diciembre de 2000. La actual interpretación por parte de la jurisprudencia de la responsabilidad por error judicial (centrándose sólo en el aspecto penal y, en extremo “injustificadamente erróneas o arbitrarias”) parece darle la razón al autor. En contra, SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo, bases fundamentales*, Santiago, 1996, tomo II, p. 311 y ss.

<sup>16</sup> Dictamen 10.575/87.

<sup>17</sup> Ver MASSONE PARODI, Pedro, *Principios de Derecho Tributario*, Valparaíso, Edeval, 1979, pp 128 a 130. En Derecho Administrativo se habla de “motivo” o fundamento del acto.

<sup>18</sup> Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, el enriquecimiento y empobrecimiento de terceros constituye una externalidad positiva o negativa. Nuestro Derecho se ha preocupado mayormente de las externalidades negativas; es decir, costos no asumidos por el beneficiado por el desarrollo de una actividad. Así, la contaminación, entendida como una alteración no-tolerable del entorno ha sido regulada por el Derecho, debería asumirla el causante de ella. Nuestra legislación resuelve este problema a través de la responsabilidad extracontractual (arts. 3; 51 a 59 de la ley 19.300).

que, de modo que constatado, se impone la obligación de restituir<sup>19</sup>. Como fuente de las obligaciones, el enriquecimiento indebido se caracteriza porque la voluntad de obligarse no representa un papel preponderante. Por este motivo se aleja del contrato y se acerca a la responsabilidad extracontractual. La ley dota al empobrecido de una acción, en contra de quien se ha enriquecido sin razón a costa de él. En otras palabras, si un sujeto se enriquece sin justificación a costa de otro, nace para el primero una obligación cuyo acreedor es aquél que se ha empobrecido. La acción que tiene aquél se denomina *actio in rem verso*<sup>20</sup>. Muchos hablan de “desplazamiento de valor” o “desplazamiento patrimonial” lo que da la errónea idea de un derecho que existe en un patrimonio y, sin razón legítima, se traslada a otro. El enriquecimiento y empobrecimiento correlativo se produce, muchas veces, con independencia del traspaso de un derecho. La obligación de “compensar los patrimonios” se manifiesta en la *actio in rem verso* y el deber de recomponer el patrimonio empobrecido surge después de haberse producido el desequilibrio patrimonial. Esta acción ha sido reconocida por el propio legislador en materia de sociedades en el *Código de Comercio* (art. 361) y en la ley de Sociedades Anónimas (art. 6 inc. final)<sup>21</sup>.

Su carácter de fuente “moderna” de las obligaciones permite resolver con justicia los conflictos para los cuales la legislación no se encuentra suficientemente actualizada, o es superada por la realidad social. Tal es el caso de los problemas que generó la inflación y el debate sobre la reajustabilidad. Así, pese a que no aparece expresamente en el *Código Civil*, la doctrina y la jurisprudencia entienden que la reajustabilidad se aplica cuando no hay una norma específica que resuelva el problema.

Los presupuestos de la acción de enriquecimiento sin causa son: enriquecimiento de un sujeto, empobrecimiento de otro, correlatividad entre ambos y ausencia de causa del enriquecimiento. Algunos agregan la inexistencia de una acción nominada y que no se viole un texto legal expreso<sup>22</sup>. Modernamente, algunos sólo exigen enriquecimiento y ausencia de causa justificada<sup>23</sup>. Veremos cada uno de estos elementos y su tratamiento jurisprudencial.

<sup>19</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 3), pp. 72 y 73.

<sup>20</sup> Ver FIGUEROA VÁSQUEZ, Waldo, *La acción de enriquecimiento sin causa*, Santiago, Conosur, 1997.

<sup>21</sup> Según modificaciones introducidas por la ley 19.499 que establece normas sobre saneamiento de vicios de nulidad de sociedades y modifica el *Código de Comercio* y otros cuerpos legales.

<sup>22</sup> “Zegers con SAG”, *RDJ*, tomo 80, N° 3/83, sec. 2, p. 96 y ss. En este caso se pretende impugnar una expropiación y, consecuentemente, un posterior contrato de compraventa. Según el tribunal, como el acto expropiatorio cumplió su fin (no se viola texto legal expreso), es legítimo y no se puede impugnar el contrato subsecuente por ese motivo.

<sup>23</sup> De hecho, en el *Common Law*, la situación del *unjust enrichment* es vista como un caso de *non-compensatory damages* (en este contexto, la última expresión significa indemnización, no da-

## 1. El enriquecimiento

El ‘enriquecimiento’ es un término amplio, ya que puede tratarse de la adquisición de una cosa corporal, incorporeal o inmaterial (el conocimiento, por ejemplo) o evitar un gasto. Incluso, puede provenir de la prestación de un servicio sin un contrato previo (“servicios espontáneos”), como el salvamento. El salvamento es una institución que se encuentra regulada sólo en materia marítima y, a nuestro conocimiento, ha sido escasamente estudiada<sup>24</sup>. Finalmente, este enriquecimiento debe ser cuantificable, apreciable en dinero. Nuestros tribunales han sostenido que hay enriquecimiento de los acreedores posteriores y empobrecimiento correlativo del adquirente de una finca hipotecada (acreedor preferente, primero en la prelación), si no se le otorga a éste la prelación del acreedor hipotecario pagado por dicho adquirente (opera una subrogación personal según el art. 1.610 N° 2 del *Código Civil*)<sup>25</sup>. Nuestros tribunales han concluido también la atribución de fuero por parte de un trabajador de un sindicato que no ha tenido existencia legal implica un lucro indebido, porque le genera una ventaja injusta<sup>26</sup>. Finalmente, la Corte Suprema ha sostenido que debe declararse nula la inscripción de una marca, en razón de su parecido

16

ño); es decir, la suma a pagar no tiene por objetivo remediar un daño causado sino corregir un desequilibrio; en este caso la deuda no tiene por base el incumplimiento de un contrato o un daño extracontractual. SAMUEL, Geoffrey, *Law of Obligations and Legal Remedies*, Londres, Cavendish Publishers, 2001, p. 204 y ss.

<sup>24</sup> Antiguamente, las actividades de salvamento se regían por el principio *no cure no pay*: los auxiliares corrían todos los riesgos de un fracaso, sin que se le reembolsaran los gastos o perjuicios por su tentativa de colaboración. Nuestro actual ordenamiento (arts. 1.128 a 1.157 del *Código de Comercio*) consagra legalmente una remuneración limitada cuando el salvamento (si bien todos los capitanes tienen el deber de prestar auxilio) tiene por fin auxiliar a la nave o bienes en peligro o eliminar o disminuir el riesgo de contaminación y ha tenido algún grado de éxito. También existen reembolso de gastos y compensaciones especiales “a todo evento” en caso de asistencia espontánea, aun cuando no se tenga éxito. La idea es fomentar el rescate dando garantías a la iniciativa de los asistentes. Curiosamente, el art. 1.149 del *Código de Comercio* señala que no hay derecho a compensación por salvar la vida de otro, sólo es acreedor de parte de la remuneración del rescatador de la nave (se supone, llegó más tarde a las operaciones); entonces, en principio, el auxilio a seres humanos en el mar realizado por particulares es gratuito; ¿podría intentarse una acción de enriquecimiento sin causa? Ver CORNEJO FULLER, Eugenio, *Derecho Marítimo chileno*, Valparaíso, Edeval, 2003. En el *Common Law*, algunos daños (*nervous shock* o *psychiatric injury*, una especie de daño moral) experimentados por el rescatador (que presta oficiosamente un servicio), se indemnizan por vía extracontractual (*tort law*) contra aquél que produjo la situación peligrosa y causó el daño (que puede ser el mismo auxiliado). Ver HARPWOOD, Vivienne, *Principles of Tort Law*, Londres, Cavendish Publishers, 2000, pp. 52-53, 468-469.

<sup>25</sup> “Guina y otro con Eberbach”, *RDJ*, tomo 26, N°s 9 y 10/29, sec. 1, p. 616 y ss. Casación Forma y Fondo.

<sup>26</sup> “Inspección del Trabajo de Concepción”, ya citado.

fonético con la inscrita por la recurrente. Este hecho induciría a error a los usuarios y permitiría un enriquecimiento ilícito al apropiarse de un prestigio ajeno<sup>27</sup>.

## 2. El empobrecimiento

Además, para que proceda la *actio in rem verso*, debe existir empobrecimiento correlativo del titular de la acción (aunque, como dijimos, modernamente no se exige). Este empobrecimiento normalmente consiste en la merma del patrimonio, pero también puede haber un empobrecimiento inmaterial. Los tribunales han sostenido que la inscripción de un contrato simulado de hipoteca constituye empobrecimiento para el titular del bien gravado, pues implica la aparente posibilidad (para terceros y el propio dueño) de su desposeimiento. Esto limita las facultades económicas del propietario, su crédito y la valorización del fondo afectado (lo que, en definitiva, significa un perjuicio actual apreciable en dinero)<sup>28</sup>. También podría haber un empobrecimiento moral; en este sentido, nuestra jurisprudencia ha hecho equivalente el daño moral (aunque empobrecimiento y daño no son exactamente lo mismo) a la destrucción o merma de la honra o fama<sup>29</sup>. En materia penal, la jurisprudencia ha señalado que el delito de alteración de comestibles no sólo significa un riesgo para la salud de la población sino que implica, también, al disminuir el valor nutritivo del producto, un lucro indebido (y un empobrecimiento de la víctima)<sup>30</sup>. También en materia criminal, se ha discutido si el “estado de necesidad” excluye cualquier indemnización posible, debido a su carácter de causal de justificación<sup>31</sup>. Sin embargo, cuando se trata de estado de necesidad exculpante es po-

17

<sup>27</sup> “Maco Industrial y Comercial S.A.”, *RFM*, N° 419/93, p. y ss. Queja. Corte Suprema.

<sup>28</sup> “Corbeaux con Burgos”, *RDJ*, tomo 38, N°s 3 y 4/41, sec. 1, p. 149 y ss. Casación fondo.

<sup>29</sup> “Lager con Casa Nacional de Ahorros”, *Gaceta de los Tribunales*, 1935, 2° semestre, sec. civil, p. 16 y ss. Casación fondo. Se protestaron cheques del demandante por error; no obstante descubierto éste con prontitud, el actor demanda perjuicios morales, lo que es rechazado. Sin embargo, hay dos votos de minoría que sostienen que el hecho afecta la honorabilidad y causan necesariamente daño moral ya que el pago de títulos de crédito suscritos son reflejo de la responsabilidad económica de cada persona, que se funda en la puntualidad y seriedad con que se cumplen las obligaciones y la integridad de su firma. En otras palabras, el daño moral consiste en “quedar mal” frente a los demás actores económicos. Los votos de minoría equiparan el daño moral a la honra o fama; en este caso, el descrédito para un hombre honrado, que, aunque transitorio, es una “molestia momentánea indemnizable”. Hay numerosos recursos de protección acogidos sobre la materia (art. 19 N° 4 de la Constitución).

<sup>30</sup> “Contra Alberto Martínez Peña”, *RDJ*, tomo 61, N°s 7 y 8/59, sec. 4. Apelación. Corte de Santiago, p. 201 y ss.

<sup>31</sup> CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal*, Santiago, Jurídica, 1982, tomo I, *Parte General*, pp 332 y 333. En contra, RODRIGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, 1999, p 157; funda la compensación precisamente en el enriquecimiento sin causa; lo mismo CORRAL TALCIANI,

sible una indemnización. En el campo laboral, la institución del *ius variandi*, permite al empleador modificar unilateralmente el contrato de trabajo (una excepción a la intangibilidad de las convenciones). Sin embargo, el legislador impone restricciones al empleador: la modificación de la naturaleza de los servicios prestados no debe significar “menoscabo”. En otras palabras, esto implica que, no obstante poder variar los términos contractuales, las prestaciones deben permanecer equilibradas, para mantener la conmutatividad contractual. Para la Dirección del Trabajo constituye “menoscabo” (empobrecimiento) todo hecho o circunstancia que determine una disminución del nivel socioeconómico del trabajador en la empresa, tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución de ingresos, imposibilidad de trabajar horas extraordinarias, diversa frecuencia de turnos, etcétera<sup>32</sup>.

### 3. Vínculo entre el enriquecimiento y el empobrecimiento

18 Naturalmente es necesaria una relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. De alguna manera el aumento y disminución patrimonial deben estar ligados. En otras palabras, debe existir cierta conexión entre el enriquecido y el empobrecido. No se trata de una relación de causalidad al estilo de la teoría del delito o de la responsabilidad extracontractual; cualquier disquisición teórica cede a las exigencias del caso concreto. El sentido común y la lógica de lo razonable es lo que establece la suficiencia de la conexión entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. Incluso, el asunto deja de tener mucha importancia si estimamos que sólo el enriquecimiento es el punto central; parece ser más relevante la proximidad espacial o temporal entre el enriquecimiento y el acto que lo provocó.

### 4. Subsidiariedad de la actio in rem verso

Finalmente, el empobrecido debe carecer de otro medio para obtener el reembolso, por ello se dice que es una acción subsidiaria. Toda la jurisprudencia apunta en este sentido; ya que la *actio in rem verso* es la última vía para hacer justicia cuando el Derecho Positivo no contempla un medio específico para compensar un empobrecimiento injusto. De allí la importante conexión entre enriquecimiento sin causa, equidad, derecho natural y justicia.

---

Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Jurídica, 2003, pp. 128 y 129. Para AEDO BARRENA, Cristián, se trata de un caso de responsabilidad por acto lícito, *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*, Valparaíso, Libromar, 2001, p. 176 y ss.

<sup>32</sup> Dictamen 6.321/83.



## 5. Imposibilidad de ejercicio por texto legal expreso

La existencia de texto legal expreso implica una restricción al ejercicio de la *actio in rem verso*. Esta acción no procedería en los casos que la ley impone claramente que un sujeto debe asumir una merma en su patrimonio. En otras palabras, la ley “legitimaría” la descompensación patrimonial y haría imposible el ejercicio de cualquier medio para lograr nuevamente el equilibrio. Según la tradición de nuestra doctrina civil, constituye una “herejía” contradecir lo anterior. La “super-valoración” de la ley como fuente formal, exaltándola como máxima expresión de justicia y manifestación de la soberanía popular, prácticamente clausura el debate<sup>33</sup>. Evidentemente, por la naturaleza de algunos negocios jurídicos hay riesgos que son asumidos por los intervinientes, como es en el caso de los actos jurídicos aleatorios. No es posible, por lo anterior, invocar el enriquecimiento sin causa en dichos casos. Pero reclamar empobrecimientos injustos en otras situaciones no parece tan descabellado. El *Código Civil*, a propósito de la muerte presunta, es claro en afirmar que si el desaparecido reaparece, recupera sus bienes en el estado en que se encuentran (art. 94, reglas 4 y 5). En otras palabras, es el reaparecido quien carga con las pérdidas. No obstante, el profesor Ducci deja abierta la posibilidad a una acción de enriquecimiento sin causa<sup>34</sup>.

Desde una perspectiva más amplia, tomando en cuenta la evolución de nuestro derecho público, la afirmación señalada anteriormente es cuestionable. En efecto, el derecho de propiedad; la igualdad ante las cargas públicas y, por sobre todo, el someter al legislador a límites formales y sustanciales, relativizan la potestad del Parlamento para “legitimar” desequilibrios patrimoniales. La condición de ciudadano naturalmente implica asumir algunas cargas públicas sin compensación, pero sólo en la medida en que éstas sean generales. Cuando las cargas públicas son impuestas especialmente a ciertas personas, éstas no pueden ser asumidas sin compensación<sup>35</sup>. Si bien hay un problema de enriquecimiento indebido, en Derecho Público no se puede aplicar el mismo criterio que en Derecho Privado.

<sup>33</sup> Lo que corresponde a una concepción russeoneana de la democracia, afortunadamente superada por la doctrina imperante en Derecho Público.

<sup>34</sup> DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho civil, parte general*, Santiago, Jurídica, 1988, p. 104.

<sup>35</sup> El caso más expresivo es la expropiación. La misma idea está reflejada en “Comunidad Galletué con Fisco”, *RDJ*, tomo 81, N° 3/84, sec. 5, p. 181 y ss. Indudablemente, se establece una carga pública en forma no igualitaria (lo anterior no es sino aplicación de lo ya señalado por nuestros tribunales en “Ábalos con Fisco” (1908) y “Lapostol con Fisco” (1930). La evolución de la jurisprudencia (con la reproducción de los fallos más relevantes) en materia de responsabilidad del Estado es tratada pormenorizadamente en SOTO KLOSS (n. 15), p. 385 y ss.

## 6. Efecto de la actio in rem verso

De ser acogida esta acción, el que se ha enriquecido debe restituir al empobrecido el monto de su ganancia o pérdida. Si no hay exacta equivalencia entre lo que uno se ha enriquecido y el otro se ha empobrecido, la mayoría de la doctrina sostiene que debe restituirse la cantidad menor. Esto es concordante con su carácter excepcional<sup>36</sup>.

IV. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA<sup>37</sup>

20 El enriquecimiento indebido y la responsabilidad objetiva tienen una notable similitud, ya que se produce un desajuste patrimonial que es necesario compensar; en ambos casos con la ausencia de culpa por parte del obligado. Una teoría que explica la responsabilidad objetiva es la del “riesgo-provecho”. Ésta es una clara manifestación del principio de enriquecimiento sin causa ya que la justificación de la indemnización es que, para obtener una ganancia, se crea un riesgo para los demás<sup>38</sup>. No obstante, el enriquecimiento injusto es más amplio, ya que puede que exista una merma patrimonial, pero también es posible que no exista empobrecimiento alguno y sólo enriquecimiento de un sujeto. Tal es el caso de un individuo que realiza una actividad que signifique enriquecimiento para sí mismo, pero también indirectamente para terceros. El “daño” en esta situación es el gasto que experimentó un sujeto para enriquecerse y que indirectamente benefició a terceros, que no sufrieron gasto alguno por dicho beneficio. El punto central es determinar quién debe asumir dicho costo. La responsabilidad objetiva se centra en el daño; en cambio, el enriquecimiento es la clave, el elemento que nunca debe faltar, en el enriquecimiento sin causa. Además, la responsabilidad objetiva, en Derecho Privado, necesita texto expreso dado su carácter excepcional; en cambio, el enriquecimiento sin causa se aplica precisamente en ausencia de texto.

En Derecho Público la situación es diferente; la doctrina que sostiene que el sistema de responsabilidad estatal es objetiva, centra su tesis en que lo que se persigue es restituir un desequilibrio que altera la igualdad ante y en el Derecho y la integridad de “lo suyo” de la víctima; alteraciones que ésta no está obligada jurídicamente a soportar. Por lo tanto, no se atiende a la posible culpabilidad del agente productor del daño<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, Santiago, Jurídica, tomo I, 2001, p. 182.

<sup>37</sup> Ver YUSEFF QUIRÓS, Gonzalo, *Fundamentos de la responsabilidad civil y de la responsabilidad objetiva*, Santiago, La Ley, 2000.

<sup>38</sup> “Giner Gras con Polanco”, *RDJ*, tomo 68, N° 8/70, sec. 2, p. 85 y ss. Apelación. Corte de Chillán. Se trataba de una fumigación aérea con pesticidas que afectó un predio colindante.

<sup>39</sup> SOTO KLOSS (n. 15), p. 244 y ss.

V. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA  
COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

Según destaca el profesor Peñailillo, el principio de enriquecimiento sin causa rechaza el empobrecimiento de un patrimonio y el enriquecimiento correlativo de otro sin una razón que lo justifique. Este principio es conocido con distintas denominaciones, siendo las más divulgadas las de “enriquecimiento sin causa”, “enriquecimiento injusto”, “enriquecimiento indebido”, “enriquecimiento sin causa a expensas de otro”, etc. Aquellas expresiones son impropias porque son neutras y no se justifican más que por su abreviación. De este modo, en cuanto principio, en lugar de llamarlo «enriquecimiento sin causa», el correcto enunciado ha de ser algo así como “principio de repudio al enriquecimiento injusto” o la proscripción del enriquecimiento sin causa. Como este principio está conectado con la justicia y la equidad, su vínculo con las doctrinas de Derecho Natural es evidente; tanto los jueces como el legislador lo utilizan al fundamentar fallos o crear instituciones<sup>40</sup>.

1. *El enriquecimiento sin causa y el derecho natural*

El enriquecimiento sin causa es, sin duda, uno de los principios que más refleja la idea de justicia y la equidad más elemental. Muchas veces se aplica esta institución aludiendo a la equidad natural; detrás de él hay un profundo contenido valorativo. La proscripción y corrección del enriquecimiento injusto está tan íntimamente arraigada en nuestro ser que es imposible imaginar un sistema jurídico civilizado que base sus instituciones en una idea distinta. Una solución contraria implicaría un evidente atentado contra la equidad. Nuestros tri-

<sup>40</sup> Son distintas las concepciones que se tienen acerca de qué son los principios generales del Derecho. Si bien la expresión “principios generales del Derecho” es frecuentemente usada, existe amplia discusión acerca de qué son. En último término esto se relaciona con la concepción personal sobre el Derecho y, en consecuencia, se tratará de un tema de filosofía jurídica. Para los *iusnaturalistas*, los principios generales son las nociones fundamentales, universales que emanan de la naturaleza humana. Para los *historicistas*, los principios son las ideas primarias que emergen de la tradición jurídica del respectivo ordenamiento (en nuestro caso, en la evolución que comienza en Roma). Para los *positivistas*, son los postulados constantes que surgen de la legislación vigente en cada país. Como sostiene el profesor Peñailillo, el debate es rico en consecuencias ya que la discusión no será sólo teórica porque el determinar cuáles son estos principios dependerá de la teoría que se sustente. Así, podría sostenerse que la reajustabilidad de las obligaciones dinerarias es, al menos más claramente, un principio general en el derecho chileno sólo para en la tercera opción y no en la segunda. En efecto, la reajustabilidad sólo ha sido aceptada jurisprudencialmente desde 1972 y por la legislación desde 1974 con el Decreto Ley 455 de 1974. PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 3), pp. 71 a 73. Para una visión general de los principios generales del derecho, ver ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los principios generales del Derecho*, Santiago, 2002.

bunales han caracterizado al enriquecimiento sin causa como “principio de justicia universal”<sup>41</sup>. La Corte Suprema ha declarado que un árbitro debe fallar obedeciendo a lo que la prudencia y equidad le aconsejaren y no puede olvidar como guía los principios que informan la ley positiva, ni tampoco “principios éticos” como el enriquecimiento sin causa; impedir el abuso del Derecho; el aprovechamiento de la mala fe, etc.<sup>42</sup>. Es tan fuerte el contenido axiológico del enriquecimiento injustificado que se aplica, aun, en casos de nulidad de Derecho Público. Con toda su fuerza (una verdadera inexistencia), esta institución no puede atentar contra principios de mínima justicia. La adquisición de derechos por parte de terceros de buena fe se encuentra protegida por la garantía constitucional de la propiedad<sup>43</sup>. La Contraloría ha estimado que aun contratos de construcción ejecutados ilegalmente dan derecho a remuneración, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias de los funcionarios que intervinieron<sup>44</sup>.

Sin embargo, a veces el problema de la justicia en la aplicación absoluta del principio no parece tan clara. Tal es el caso del que realiza una actividad voluntaria y ésta provoca un aumento en el patrimonio ajeno, sin que dicha actividad haya sido solicitada. Equivaldría a atribuir, sin permiso ni voluntad consciente, un aumento patrimonial y luego imponer una obligación, para disminuir el patrimonio al estado anterior al acto que ocasionó el enriquecimiento. Pese a ello el legislador ha hecho primar el principio de enriquecimiento indebido como en el caso de las mejoras útiles (art. 1.936 del *Código Civil*). Lo mismo en determinadas formas de accesión (arts. 668 y 669 del *Código Civil*).

También existe la posibilidad de colisión de principios. En materia de seguros, es un lugar común decir que este contrato es de mera indemnización y no puede ser un medio de lucro (art. 517 del *Código de Comercio*); por lo tanto, la responsabilidad del asegurador no puede exceder de la cantidad asegurada (art. 550 del *Código de Comercio*). Sin embargo, hay un precedente en el cual se acepta que la compañía aseguradora solicite una indemnización al responsable, equivalente al daño causado y no a la indemnización pagada. En definitiva, el tribunal estima que se produce una subrogación personal por el total del daño, sin que la indemnización pagada al asegurado signifique un límite. El tribunal hace primar el principio de efecto relativo de los contratos por sobre el enriqueci-

<sup>41</sup> “Lauritzen y otros con Fisco”, ya citado.

<sup>42</sup> “Endesa”, *RDJ*, tomo 86, N° 2/89, sec. 1, p. 85 y ss. Queja. Corte Suprema.

<sup>43</sup> La teoría del “funcionario de hecho”, como veremos, es una muestra patente de lo anterior; ver SOTO KLOSS, Eduardo, “Los derechos adquiridos en derecho público (*Requiem para una Inepcia Doctrinaria*)”, en *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Santiago, 1996, Jurídica, tomo II, p. 211 y ss.

<sup>44</sup> Dictamen 9.210/71. Califica al enriquecimiento sin causa como un “principio civil”; aún así, lo aplica en materias de derecho público. Similar en Dictamen 40.453/68.

miento sin causa. En efecto, la indemnización pagada está limitada por los términos del contrato (entre compañía aseguradora y asegurado) y éste no puede ser invocado por un tercero (el que causó el daño). Si bien la aplicación del Derecho Positivo es impecable, hay dudas con respecto a la justicia del fallo<sup>45</sup>.

## 2. *El enriquecimiento sin causa como fundamento de instituciones del Derecho Privado*

Analizaremos aquí el principio de enriquecimiento sin causa en el sentido “positivista” del término ‘principio’. Múltiples instituciones se basan en el enriquecimiento injusto, corrigiendo el enriquecimiento indebido y restituyendo el equilibrio entre patrimonios. En estos casos el enriquecimiento sin causa no se aplica como fuente de las obligaciones, ya que existen estos mecanismos específicos para compensar el supuesto enriquecimiento indebido. Algunas muy obvias como los efectos normales de los contratos (el pago o cumplimiento) y la responsabilidad en el evento de su trasgresión; lo mismo toda la teoría de la responsabilidad extracontractual. Todo el sistema de la responsabilidad civil presupone un daño y la indemnización destinada a compensarlo debe ser equivalente<sup>46</sup>, un resarcimiento menor implicaría un enriquecimiento indebido para quien produjo el daño. Otras instituciones, igualmente obvias, establecen medios ágiles para compensar el desequilibrio de los patrimonios, como todas las formas de cuasicontratos (máxima expresión, el pago de lo no debido<sup>47</sup>) algunas formas de accesión<sup>48</sup>, la lesión enorme; en materia de deudas solidarias, las gestiones judiciales que benefician a los demás deudores, acreedores o ambos, deben ser soportadas por todos a quienes aprovechen; etc. De no existir estas categorías, se produciría un desequilibrio patrimonial injusto. Todas las anteriores han sido objeto de estudio por lo que aquí no merecen mayor examen<sup>49</sup>. Al margen de estas instituciones, en cualquier caso que se produzca un desequilibrio patrimonial sin motivo que lo justifique, existe una acción subsidia-

23

<sup>45</sup> “Moraga Orellana con Peredo Pérez”, *RDJ*, tomo 67, N° 3/70, sec. 4, p. 171 y ss. Apelación. Corte de Santiago. En el mismo sentido, “Vobonil con Navarro”, *RDJ*, tomo 67, N° 2/70, sec. 4, p. 55 y ss. Corte de Santiago, confirmado por la Corte Suprema.

<sup>46</sup> “Giner Gras con Polanco y otro”, ya citado.

<sup>47</sup> La obligación legal que emana del pago de lo no debido y, en general, de todos los cuasicontratos descansa en una razón de equidad, que en el caso del pago es el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa a expensa de otro. “The Lautaro Nitrate Co. Ltda. con Junta de Vecinos de Antofagasta”, *RDJ*, tomo 35, N°s 5 y 6/38, sec. 1, p. 296 y ss. Casación fondo. Ver BARRIENTOS GRANDON, Javier, *El pago de lo no debido en el Derecho chileno*, Santiago, LexisNexis, 2003.

<sup>48</sup> “Osorio G. con Olguín”, *RDJ*, tomo 66, N° 6/69, sec. 2, p. 67 y ss. Apelación. Corte de Santiago.

<sup>49</sup> Para un análisis general del principio en derecho civil, ver DUCCI CLARO (n. 34), p. 23 y ss.

ria para compensar este desequilibrio (la reajustabilidad, antes de su consagración legal, fue concedida sobre la base de que era sólo una actualización del poder adquisitivo y reconocerla mantenía inviolado el principio de enriquecimiento indebido<sup>50</sup>). Dentro del Derecho Privado, los únicos análisis pertenecen al Derecho Civil. Sin embargo, otras ramas de Derecho Privado son ricas en manifestaciones de este principio.

El Derecho Comercial es abundante en cuanto a instituciones basadas en el principio de enriquecimiento indebido. Un caso ejemplar es el seguro: contrato de mera indemnización que nunca puede significar ganancia. Lo anterior se hace realidad principalmente con la subrogación real y personal que operan al pagarse la indemnización (arts. 553 y 555 del *Código de Comercio*). La jurisprudencia ha señalado que la compañía aseguradora sólo puede cobrar al autor del daño la suma efectivamente pagada por ésta al asegurado; una suma superior a la indicada constituiría un factor de lucro, ajeno a la esencia del seguro<sup>51</sup>. En materia de sociedades, el legislador mercantil consagró la acción de enriquecimiento sin causa en forma expresa<sup>52</sup>.

En materia laboral, el principio de enriquecimiento sin causa es particularmente abundante. Terminada la relación laboral, los feriados trabajados deben indemnizarse; en caso contrario, haría enriquecimiento indebido<sup>53</sup>. Lo mismo en el caso del *ius variandi*, ya analizado. El derecho colectivo del trabajo es rico en aplicaciones de este principio; así, los trabajadores beneficiados por un contrato colectivo negociado por un sindicato al cual no pertenecen, deben efectuar un aporte a dicha organización, de no ser así habría un enriquecimiento indebido (arts. 256, 323 y 346 del *Código del Trabajo*)<sup>54</sup>. La Dirección del Trabajo ha sostenido que no procede acumular la gratificación convencional y la legal, de proceder habría enriquecimiento injusto<sup>55</sup>.

24

<sup>50</sup> En el célebre caso “Viuda Guzmán de Shirasawa con FF.EE.”, el juez de primera instancia concede la reajustabilidad (un verdadero ejemplo de fallo justo e interpretación equitativa del derecho), su fallo es revocado por la Corte de Apelaciones, lo que es confirmado por la Corte Suprema. *RDJ*, tomo 60, N° 9, sec. 1ª, pp. 407 y ss. Casación fondo y forma. Citado por FUEYO LANERI, Fernando, *Interpretación y Juez*, Santiago, Universidad de Chile, 1976, como uno de los casos en que se privilegia la interpretación literal por sobre la justicia. Nuestro tribunal máximo acoge una doctrina más ajustada a la equidad a partir de 1972, cuando el país vivía un proceso inflacionario desbocado.

<sup>51</sup> “Compañía de Seguros Generales, Consorcio Nacional de Seguros S.A. con Retamal Román”, *RDJ*, tomo 77, N° 3/80, sec. 2, p. 149 y ss. Apelación. Corte de Santiago. En contra, “Moraga Orellana con Peredo Pérez”; “Vobonil con Navarro”, ya citados.

<sup>52</sup> Art. 361 del *Código de Comercio* y art. 6 inc. final de la ley 18.046.

<sup>53</sup> “Mogilevich Bederman con Corte del Trabajo de Santiago”, *RFM*, N° 110, enero/68, p. 353 y ss. Queja. Corte Suprema.

<sup>54</sup> Ver Oficio ordinario 4536/210 del 94, Dirección del Trabajo.

<sup>55</sup> Oficios ordinarios 3.076, 4.112, 4.912 y 5.011 de la Dirección del Trabajo, todos de 1980. La ley fija un “piso” y la convención opera sobre él, pero no se acumulan.

Cualquiera sea la concepción que tengamos de los principios generales del Derecho, los tribunales los utilizan para colmar vacíos legales. Los jueces fundamentan sus sentencias y apoyan su argumentación, en último término, en este principio<sup>56</sup>. Nuestros tribunales han sostenido que, en el juicio ejecutivo, al revocarse la resolución del juez que ordenó la adjudicación, se produce la reposición del proceso al estado anterior a ésta. Por lo tanto, se estima que el bien embargado, propiedad del deudor ejecutado, no ha salido en ningún momento de su poder. Se ha suscitado problema en cuanto a la naturaleza jurídica de la tenencia de la cosa por el depositario provisional (en este caso el acreedor) y el destino de los frutos. Para nuestros jueces, sería contrario a la equidad e importaría un enriquecimiento sin causa el que el ejecutante pretendiera pagar su crédito en cantidad superior a la que se le debe en perjuicio del deudor. Esto ocurriría si el acreedor pudiera retener los frutos que la propiedad embargada y exigiera, además, el pago total del crédito, sin rebaja del valor de esos frutos<sup>57</sup>. También en materia de juicio ejecutivo bancario, la imposición de valores mínimos arbitrarios, para adjudicarlo al acreedor por los dos tercios, ocasiona la nulidad de dicha adjudicación pues importa una ganancia ilegítima para el banco y un empobrecimiento injustificado para el ejecutado<sup>58</sup>. En materia del privilegio de las “costas judiciales que se causen en interés de los acreedores”, aparte del fundamento legal, los tribunales explican que dicha norma se basa en una razón de equidad, consecuencia del principio de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro. En efecto, quien incurrió en el gasto experimenta una merma en su patrimonio ejerciendo una labor que aprovecha a todos los acreedores<sup>59</sup>.

25

Queda, sin embargo, un gran terreno por cubrir: el Derecho Público contempla muchas instituciones que no han sido examinadas a la luz del principio de enriquecimiento sin causa.

<sup>56</sup> “Alcalde de Oliva con Reyes”, *RDJ*, tomo 42, N<sup>os</sup> 3 y 4/45, sec. 1, p. 181 y ss. Casación fondo. En materia de curador aparente, es obvio que el pupilo debe responder de los actos del supuesto guardador, ya que no podría enriquecerse a costa de las personas que contrataron con el que, de buena fe, hacía las veces de tal tutor o curador.

<sup>57</sup> “Herrera con Nilo”, *Gaceta de los Tribunales*, 1939, 1<sup>er</sup> semestre, sec. civil, p. 425 y ss. Apelación. Corte de Talca (en especial, cons. 5). Si la adjudicación en el juicio ejecutivo es nula, opera el efecto retroactivo y el depositario provisional (ejecutante) nunca ha sido tal y debe rendir cuenta como agente oficioso.

<sup>58</sup> “Banco de Chile con Arriagada”, *RDJ*, tomo 92, N<sup>o</sup> 3/95, sec. 2, p. 121 y ss. Apelación. Corte de Santiago.

<sup>59</sup> “Poblete con Malmus y otro”, *RDJ*, tomo 36, N<sup>os</sup> 3 y 4/39, sec. 2, p. 18 y ss. Apelación. Corte de Temuco.

VI. INSTITUCIONES DE DERECHO PÚBLICO QUE SE BASAN  
EN EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

26

El Derecho Público regula un tipo especial de potestades, marcadas por la imposición unilateral de cargas y beneficios. En todos los actos públicos (sea acto administrativo, legislativo o jurisdiccional) hay una marcada idea de imperatividad: el Estado está en una posición supraordenadora y puede imponer su voluntad para lograr el bien común, que siempre prima sobre el bien particular (aunque sólo en el orden temporal de la comunidad política). Sin embargo, ésta es sólo la primera parte de su cometido. El Estado tiene la potestad de imponer cargas públicas las cuales deben ser asumidas por los ciudadanos; pero si implican un sacrificio especial de unos pocos (aunque sea por el bien de muchos), lo razonable y justo es mantener el equilibrio y efectuar las compensaciones necesarias. De no ser así, los derechos constitucionales y la equidad serían vulnerados y la imposición se tornaría ilegítima. Es allí donde empalma el principio de enriquecimiento sin causa. Si analizamos la expropiación o los casos “Abalos con Fisco”<sup>60</sup>, “Lapostol con Fisco”<sup>61</sup>, “Lauritzen con Fisco”<sup>62</sup>, “Comunidad Galletué con Fisco”<sup>63</sup> y “Quintana Olivares y otros con SAG”<sup>64</sup>, lo anterior es muy claro. La imposición unilateral se refleja en la privación del dominio o en las restricciones a sus facultades. Si éstas se realizan conforme a derecho (investidura legal, competencia, procedimiento) el particular no puede resistir la voluntad estatal. Pero hay una segunda etapa en la cual el equilibrio debe reestablecerse y compensar a quien sufrió en su interés particular en pro del bien común.

Hay múltiples instituciones en Derecho Público que se fundan en este principio, que a veces está presente con mucha mayor fuerza que en Derecho Privado (nos referimos principalmente a Derecho Administrativo y Tributario). Algunas son tan obvias como la expropiación y la respectiva indemnización, y otras como el “funcionario de hecho”, que tiene por fundamento la seguridad jurídica, pero también el enriquecimiento sin causa. Estas situaciones consistirán, las más de las veces, en el enriquecimiento de un ente estatal o

<sup>60</sup> *Gaceta de los Tribunales*, año 49, N° 3.001, 07/02/1890, sentencia N° 5.185.

<sup>61</sup> *RDJ*, tomo 27, N°s 9 y 10/30, sec. 1, p. 744 y ss.

<sup>62</sup> *RDJ*, tomo 52, N°s 9 y 10/55, sec. 1, p. 444 y ss. Apelación. Corte Suprema.

<sup>63</sup> *RDJ*, tomo 81, N° 3/84, sec. 5, p. 181 y ss.

<sup>64</sup> *RDJ*, tomo 98, N° 1/01, sec. 5, p. 13 y ss. Casación Fondo. Ver el cons. 12 de la sentencia de primera instancia. El SAG prohíbe utilizar un predio para pastoreo por varios años, con el fin de evitar la propagación de fiebre aftosa. El fallo señala que el SAG utilizó sus potestades con el fin de proteger el interés público, que prima sobre el particular; pero al imponerse una carga pública en beneficio de la comunidad de carácter grave, anormal y especial debe compensarse por el perjuicio causado.



de la comunidad representada por el Estado y el empobrecimiento correlativo de un particular.

Podemos imaginar, asimismo, el enriquecimiento de un particular y el empobrecimiento del Estado o la comunidad. Imaginemos que un sujeto desaparece y se presume víctima de un delito, la administración gasta una enorme cantidad de recursos para ubicar su paradero y el sujeto reaparece, ¿podría demandar el Estado? La respuesta es no; el Estado existe para cumplir una función (una de las bases de la organización judicial chilena es la gratuidad; lo mismo en materia administrativa, art. 6 de la ley 19.880) y ésta se desarrolla con ingresos provenientes de los tributos en su mayoría. No podría entonces cobrar por ejercer sus potestades. Lo mismo en actividades de rescate. La Contraloría ha sostenido que la administración puede cobrar por datos que los particulares soliciten voluntariamente, pero no cuando deben entregarse en cumplimiento de funciones<sup>65</sup>. Sin embargo, en casos determinados, el Estado puede cobrar por “servicios” prestados: según la Contraloría los municipios tienen el deber de habilitar y mantener recintos especiales para abodegar automóviles con el fin de depositar vehículos que contravengan normas de estacionamiento (para mantener expeditas las vías). En este caso no se pueden cobrar derechos municipales (tasas), ya que no se presta un servicio (o éste es forzoso) a un tercero (el conductor infractor); pero el particular debe soportar los gastos porque de lo contrario habría enriquecimiento injustificado<sup>66</sup>.

Veremos algunas instituciones de Derecho Público y su tratamiento jurisprudencial:

### *1. Derecho Tributario*<sup>67</sup>

En materia tributaria, la devolución de tributos por retención y pagos provisionales mensuales superiores al impuesto definitivo es una clara manifestación

<sup>65</sup> Dictamen 14.156/94. Se refiere a boletines de datos estadísticos por parte de la Superintendencia de Seguridad Social. Caso aparte es el de las tasas, que “sobreviven” por aplicación de la Disposición Séptima Transitoria de la Constitución. La Contraloría también ha estimado que el costo de las copias que se solicitan deben pagarse por el interesado (Dictámenes 13.778/95, 18.637/99, 23.612/99 y 24.414/99).

<sup>66</sup> Dictámenes 18.436/80 y 25.748/85.

<sup>67</sup> La doctrina señala que existe una especie de tributo denominado “contribución de mejoras”; ésta grava sólo a aquellas personas que se ven beneficiadas por la actividad estatal de modo más directo. Por ejemplo, la construcción de un camino, que aumenta el valor de los predios colindantes (una externalidad positiva). Por medio de la contribución de mejoras se compensa la ventaja desigual que obtienen algunos particulares y se respeta el principio de enriquecimiento sin causa. Ver MASSONE PARODI (n. 17), p. 108 y ss. Su aplicación en Chile es dudosa, ya que el mayor valor se toma en cuenta para el avalúo del bien raíz y el cálculo del impuesto territorial, lo que compensará el mayor enriquecimiento de unos particulares sobre

del enriquecimiento sin causa. Lo mismo la devolución por pagos erróneos<sup>68</sup>. El sistema de crédito de impuesto contra impuesto, y su devolución en caso de exportadores, en el IVA es también manifestación de lo anterior: si el mecanismo no funciona correctamente hay enriquecimiento injusto<sup>69</sup>. Lo mismo ocurre con el avalúo de hechos gravados; algunos procedimientos de reintegro de tributos para el fomento de las exportaciones; etc. El problema se ha manifestado también respecto a quién deben devolverse los gravámenes indirectos; algunos fallos han estimado que el vendedor carece de legitimación activa para exigir devoluciones ya que es un mero retenedor (y tiene el deber de trasladar el monto del gravamen) y no quien paga el tributo en definitiva<sup>70</sup>. La Contraloría también se ha pronunciado sobre materias tributarias; así, ha señalado que, tratándose de empresas con inversiones en otras empresas, dichas inversiones deben ser deducidas para calcular el monto de la patente municipal; las sumas percibidas por la municipalidades en contravención a lo anterior deben ser devueltas ya que, de lo contrario, habría enriquecimiento sin causa<sup>71</sup>.

## 2. La expropiación

28 La expropiación es un acto administrativo que tiene por fin privar de la propiedad a un particular para fines de bien común. Si bien el acto es esencialmente unilateral, la transferencia del bien no se entiende perfeccionada sin el pago de la indemnización acordada o fijada por el juez, definitiva o provisional (art. 20 inc. 1 del DL 2.186/78) que debe ser equivalente a la merma patrimonial ocasionada<sup>72</sup>.

---

otros. En el pasado, la ley 4.180 (12 de septiembre de 1927) establecía “cargas por pavimentación” a beneficio municipal, lo que concuerda con la definición dada. Ver “Compañía Chilena de Electricidad Ltda. con Municipalidad de Santiago”, *RDJ*, tomo 51, N°s 3 y 4/54, sec. 1, p. 95 y ss. Casación Fondo (cons. 5, 7 al 11).

<sup>68</sup> Ver Circular 72/01 del SII, que “Imparte Instrucciones sobre el Pago Indebido o Erróneo de los Impuestos y sus Efectos en el Tiempo”; señala que las devoluciones de tributos se fundan en el enriquecimiento injusto del fisco a costa de los contribuyentes.

<sup>69</sup> “Varela Opazo”, *RDJ*, tomo 95, N° 2/98, sec. 4, p. 106 y ss. Amparo preventivo. Corte Suprema. También en “Sociedad Comercial Agropecuaria Ltda. con Director Regional (s) del Servicio de Tesorerías IX Región y Director Regional del SII IX Región”, *RDJ*, tomo 95, N° 1/98, sec. 5, p. 65 y ss. Protección. Corte Suprema. En materia de recurso de protección y devolución de IVA y beneficios a exportadores hay abundante jurisprudencia.

<sup>70</sup> “Ríos Collier con SII”, *RFM*, N° 127, junio/69, p. 93 y ss. Casación fondo. También “Comercial Makro Ltda. con Director Regional del SII de Puerto Montt”, *Gaceta Jurídica*, N° 197/96, p. 197 y ss. Protección. Corte de Valdivia, Confirmado por la Corte Suprema. Lo mismo en materia aduanera.

<sup>71</sup> Dictamen 23.459/96. No hace más que aplicar las disposiciones de la ley de Rentas Municipales y el DS 484 de 1980 del Ministerio del Interior.

<sup>72</sup> “Municipalidad de Villarrica”, *RDJ*, tomo 82, N° 3/85, sec. 5, p. 227 y ss. Queja. Corte Suprema. Juicio expropiatorio.

Nuestros tribunales han declarado que si el bien expropiado no se ha destinado a cumplir la función social que motivó dicho procedimiento, procede la retrocesión, máxime si no se ha pagado la indemnización correspondiente, pues significaría un enriquecimiento indebido para el Estado<sup>73</sup>. Se ha planteado el problema de si es posible imputar a la indemnización el mayor valor experimentado por un inmueble en el caso de una expropiación parcial. Los tribunales han sostenido que no corresponde, ya que la indemnización debe compensar el daño patrimonial efectivamente causado que sea una *consecuencia directa e inmediata de la misma*; la plusvalía es un hecho posterior y la tasación debe efectuarse al inicio del procedimiento, no al final<sup>74</sup>. Además, no es problema del particular el verse más beneficiado que otros por la obra destinada al bien común. Finalmente, el mayor valor de la propiedad se verá reflejado en el avalúo y el consecuencial aumento del impuesto territorial.

### 3. La función pública

La función pública es abundante en la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa. La Contraloría normalmente utiliza el principio de enriquecimiento injusto en su función dictaminadora. En muchos casos no sólo usa este principio para interpretar la ley sino, también, para integrarla (aplicando el derecho común o principios). Lo anterior no deja de ser extraño tratándose de Derecho Público; pero los requerimientos de justicia pueden ser más fuertes que el estricto apego a la letra de la ley. Por ejemplo, la Contraloría ha señalado que el traslado de las terapéutas ocupacionales desde los hospitales hasta consultorios no constituyen visitas domiciliarias ni labores inspectivas, por lo que no procede pagar asignación de movilización (supuesto del art. 93 letra b)

29

<sup>73</sup> Ver “Barahona Urzúa con Cora”, *RDJ*, tomo 78, N° 3/81, sec. 5, p. 207 y ss. Queja. Corte Suprema; “Tocornal con SAG”, *RDJ*, tomo 81, N° 1/84, sec. 5, p. 88 y ss. Apelación. Corte Presidente Pedro Aguirre Cerda. La retrocesión no se encuentra expresamente reconocida en el ordenamiento chileno; pero el tribunal la aplica por razones de equidad natural, “que no es otra cosa que una virtud anexa a la justicia”. La Corte señala que, cuando no existe la posibilidad de aplicar una ley escrita o consuetudinaria, por indicarlo la razón natural y los principios de la moral, la equidad es el fundamento de la justicia.

<sup>74</sup> “Riesco con Municipalidad de Valparaíso”, *RDJ*, tomo 15, N° 9/18, sec. 1, p. 522 y ss. Casación Fondo. En contra, “Rabí Mohar”, *RDJ*, tomo 43 N°s 1 y 2/46, sec. 1, p. 179 y ss. Inaplicabilidad (cons. 10). También “Villanova Machado con Fisco”, *RDJ*, tomo 48, N°s 7 y 8/51, sec. 1, p. 418 y ss. Casación Fondo (cons. 7 y 9; para el tribunal sí debe imputarse la plusvalía porque la expropiación “no puede ser un negocio para el expropiado”; hay dos votos de minoría que señalan que el mayor valor es futuro, eventual e incierto; la indemnización debe calcularse al momento de efectuarse la expropiación). Se revierte lo anterior, basado en que la plusvalía es un hecho futuro, variable y eventual, en “Schacht Gerken”, *RDJ*, tomo 60, N°s 9 y 10/63, sec. 1, p. 392 y ss. Inaplicabilidad.

del Estatuto Administrativo). Sin embargo, existe la posibilidad de impetrar el reembolso de estos gastos, pues de lo contrario habría enriquecimiento sin causa en favor del fisco<sup>75</sup>. También ha aplicado reajuste a sumas compensadas, haciendo supletorio el Derecho Común<sup>76</sup>.

Una de las instituciones importantes en materia de función pública es el “funcionario de hecho”, que es aquél que ejerce de buena fe como tal, pese a la existencia de un vicio en su nombramiento. Esta institución está regulada en términos generales por los arts. 14 inc. 1 del Estatuto Administrativo<sup>77</sup> y 65 de la ley de Bases<sup>78</sup>. La disposición del Estatuto Administrativo es bastante acotada, la ley de Bases, un poco más general. La jurisprudencia de la Contraloría ha expandido el concepto en orden a aplicar el principio de enriquecimiento sin causa. Dicho funcionario no es tal ya que carece de investidura legal y, en consecuencia, su nombramiento y sus actuaciones adolecen de nulidad de Derecho Público, por lo que debe cesar en sus funciones. La teoría del funcionario de hecho le atribuye a éste dos efectos adicionales: la validez de las actuaciones y el derecho a la remuneración. Por razones de interés general y justicia, la ley le confiere validez a sus actuaciones, lo que constitucionalmente es cuestionable, si se atiende al texto del art 7 inc. 3 de la Carta Fundamental<sup>79</sup>. En cambio, el derecho a la remuneración por la labor realizada es de toda justicia. Ni aun la nulidad de Derecho Público puede anteponerse a un requerimiento de equidad tan evidente. De no respetarse lo último, se produciría un beneficio indebido para el ente público. Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia ad-

30

<sup>75</sup> Dictamen 9.756/96.

<sup>76</sup> Dictamen 93.354/75.

<sup>77</sup> “El nombramiento regirá desde la fecha indicada en el respectivo decreto o resolución o desde cuando éste quede totalmente tramitado por la Contraloría General de la República. Si el decreto o resolución ordenare la asunción de funciones en una fecha anterior, a la de su total tramitación, el interesado deberá hacerlo en la oportunidad que aquél señale. En este caso y si el interesado hubiere asumido sus funciones, el decreto o resolución no podrá ser retirado de tramitación ante la Contraloría General de la República. Si este organismo observare el decreto o resolución, esta determinación será comunicada al interesado, quien deberá cesar en sus funciones. Las actuaciones del interesado efectuadas durante ese período serán válidas y darán derecho a la remuneración que corresponda.”

<sup>78</sup> “La designación de una persona inhábil será nula. La invalidación no obligará a la restitución de las remuneraciones percibidas por el inhábil, siempre que la inadvertencia de la inhabilidad no le sea imputable./ La nulidad del nombramiento en ningún caso afectará la validez de los actos realizados entre su designación y la fecha en que quede firme la declaración de nulidad./ Incurrirá en responsabilidad administrativa todo funcionario que hubiere intervenido en la tramitación de un nombramiento irregular y que por negligencia inexcusable omitiere advertir el vicio que lo invalidaba”.

<sup>79</sup> El profesor Soto Kloss señala que esos actos son nulos y la ley no puede declararlos válidos ya que es la Constitución quien declara su nulidad; el legislador carece de potestades de convalidación. Ver (n. 15), p 186.

ministrativa<sup>80</sup>. Incluso, remuneraciones devengadas con posterioridad a asensos nulos se conservan en la medida que exista buena fe y se hayan realizado funciones de grado superior<sup>81</sup>. Los contratos de trabajo, en los casos en que una entidad pública es la empleadora, se entienden perfeccionados desde que el trámite de toma de razón está completo; pero si los contratos son devueltos sin tramitar, de todas maneras hay derecho a la remuneración; de no ser así, habría enriquecimiento injusto<sup>82</sup>.

Otra manifestación del principio de enriquecimiento sin causa es el caso de los suplentes: si éstos pertenecen a la administración no reciben remuneración por ésta; en cambio, si el suplente es un particular, deberá remunerársele por la labor desempeñada<sup>83</sup>. También, el pago de horas extraordinarias procede sólo cuando no se han compensado con descanso suplementario y debe darse éste en caso de trabajos en horario nocturno o días festivos, si no hay disponibilidad de fondos para compensar<sup>84</sup>. De hecho son excepcionales los servicios prestados *ad honorem*; por regla general éstos deben pagarse<sup>85</sup>. Finalmente, el ente fiscalizador ha sostenido que un funcionario debe ser remunerado por el tiempo efectivamente trabajado<sup>86</sup>; incluso si, concluida su relación laboral, ha prolongado sus funciones por no existir un reemplazante (lo que podría derivar en la paralización del servicio)<sup>87</sup>.

El Estatuto también contempla que el superior jerárquico deberá destinar a los funcionarios a funciones propias de sus cargos<sup>88</sup>; si esto implica un cambio

<sup>80</sup> Dictámenes 22.110/92 y 24.389/95.

<sup>81</sup> Dictamen 2.012/97.

<sup>82</sup> Dictámenes 50.774/77 y 3.861/92. Las personas contratadas por mecanismos viciados tienen derecho a remuneración por los servicios prestados, ya que los errores de la administración no le son imputables, Dictamen 19.265/84.

<sup>83</sup> Dictamen 17.846/96. Según la jurisprudencia de la Contraloría, no existe impedimento para que se designen suplentes a personas ajenas a la administración, siempre que éstas satisfagan las exigencias legales establecidas en la Ley 18.834. Lo mismo en dictámenes 24.636/97 y 27.525/97.

<sup>84</sup> Dictámenes 70.576/76; 7.757/80; 7.759/80 y 15.268/88.

<sup>85</sup> Dictamen 1.597/91.

<sup>86</sup> Dictamen 7.005/94.

<sup>87</sup> Dictamen 28.906/90.

<sup>88</sup> Se ha estimado que produce un menoscabo profesional y laboral, el que el funcionario sea destinado a desempeñar el mismo cargo, pero en una institución de "menor jerarquía", lo que se manifiesta en la enorme diferencia en la dotación y número de alumnos de la institución en la cual se desempeñaba con anterioridad; "Araya Bravo con Alcalde de Lanco", *Gaceta Jurídica*, N° 214/96, p. 63 y ss. Casación forma y fondo en contra de un reclamo de ilegalidad municipal. Ver también "Radovic Shoepen y otra con Director Regional Metropolitano Sector Oriente del SII y otros", *Gaceta Jurídica*, N° 211/97, p. 53 y ss. Corte Suprema. Protección. La Contraloría ha estimado que la destinación del funcionario debe respetar estrictamente las funciones propias de su empleo y jerarquía; es por lo tanto ilegal destinar a un funcionario a

en la residencia habitual, se deben compensar los mayores gastos (arts. 46 inc. 3 de la LOC 18.575 y 67, 68 y 93 letra d) de la ley 18.834). Excepcionalmente pueden ser designados en comisión de servicios, pero ésta es temporal y a “labores de igual jerarquía” (arts. 46 inc. 4 LOC 18.575 y 69 de la ley 18.834)<sup>89</sup>. De este modo, debe mantenerse el equilibrio entre la remuneración y la función ejercida.

En materia de derechos funcionarios, el beneficio de vivienda fiscal tiene un costo limitado por el Estatuto (art. 85 inc. 2), según la Contraloría no corresponde cobrar primas por seguro de incendio. El Estatuto es categórico y según el principio de efecto relativo de los contratos el asegurado es la institución pública; además, el ocupante ni siquiera tiene interés en el bien asegurado<sup>90</sup>. En cuanto a gastos de pasaje y viático, el organismo contralor ha sostenido reiteradamente que, si éstos se originan en cumplimiento de un cometido oficial, debe proceder su reembolso. Así lo ha declarado frente a consultas de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; los CES comunales; los Consejos Regionales; profesores de colegios municipalizados; Gendarmería; personal del SII; Concejos Municipales; funcionarios municipales; etcétera<sup>91</sup>.

#### 4. La contratación administrativa

32 La contratación administrativa cuenta con varias instituciones que hacen excepción al Derecho Común. Los “privilegios” y la falta de igualdad hacen que el fenómeno la contratación administrativa quede al margen de la idea tradicional de contrato. Hay dos ideas claves en la contratación administrativa: la potestad de la administración de variar los términos del contrato o ponerle fin si la necesidad pública lo exige (y la ley expresamente lo autoriza) y el equilibrio entre las contraprestaciones<sup>92</sup>. La ruptura del equilibrio por parte de la

---

labores distintas de la plaza que ocupa (Dictamen 66.828/68) o propias de ella, pero subordinadas a un funcionario de menor jerarquía (dictámenes 24.634/68, 59.300/68 y 19.748/71).

<sup>89</sup> Dictámenes 30.458/65, 1.150/69, 56.653/71, 8.825/89 y 23.397/93.

<sup>90</sup> Dictamen 42.981/80.

<sup>91</sup> Dictámenes 5.685/94 y 4.605/95. Se refiere específicamente a gastos de traslado, alojamiento y alimentación de los consejeros que desarrollen en representación del CES; Dictámenes 3.771/94 y 34.705/94; Dictámenes 13.874/91; 10.990/92 y 5.205/97; Dictamen 11.167/86 (se aplica supletoriamente las disposiciones de viáticos del antiguo Estatuto Administrativo a un funcionario judicial: gastos de combustible de secretaria de juzgado que hace su visita semanal a cárceles); Dictamen 45.543/80; Dictamen 20.259/97. Hay innumerables pronunciamientos sobre la materia.

<sup>92</sup> Ver SOTO KLOSS, Eduardo, “La contratación administrativa, un retorno a las fuentes clásicas del contrato”, *Anuario de Derecho Administrativo* II, 1977-1978, p. 92 y ss. Del mismo, “La Contratación Administrativa”, *RDJ*, tomo 78, N° 1/78, p. 55 y ss. Ver dictámenes 32.762/68; 61.390/68; 4.154/80; 26.538/85 y 21.990/86. Los principios fundamentales de la contratación ad-

administración debe ser compensada para no vulnerar el principio de enriquecimiento sin causa<sup>93</sup>.

La teoría de la imprevisión (una aplicación del principio de enriquecimiento injustificado) tiene aplicación frecuente cuando surgen, con posterioridad a la celebración del contrato, circunstancias que no puedan preverse y signifiquen aumentos en los costos<sup>94</sup>.

La Contraloría ha estimado que construcciones ejecutadas por contratistas deben pagarse cuando se encuentren terminadas, sin importar vicios de procedimiento o competencia al adjudicar dichos contratos, éstos no pueden desconocerse; incluso, la construcción de obras públicas, acordadas verbalmente y sin previa propuesta, deben pagarse a pesar de que los vicios autorizan su invalidación (sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios que intervinieron)<sup>95</sup>. En este caso, hay nulidad de derecho público por vicios de procedimiento, pero ésta no puede afectar los derechos legítimamente adquiridos por terceros.

## VII. CONCLUSIÓN

El enriquecimiento sin causa es uno de los principios de mayor importancia en cualquier sistema jurídico. Numerosas instituciones se basan en dicho principio y su aplicación es frecuente en Derecho Público, tanto como en el Privado. Los tribunales y los entes administrativos lo utilizan constantemente al aplicar, integrar e interpretar el Derecho; particularmente rica es la jurisprudencia chilena (base del presente trabajo) en la clarificación de sus elementos como fuente de las obligaciones y en la utilización de este principio para interpretar e integrar la ley. Finalmente, su contenido ético intrínseco es manifestación de la equidad más elemental y lo conecta con las doctrinas del derecho natural.

---

ministrativa y abundante jurisprudencia en ARÓSTICA MALDONADO, Iván, "La estabilidad de los contratos administrativos", *Actualidad Jurídica*, N° 6, julio/02, p. 191 y ss.

<sup>93</sup> Dictamen 16.135/86.

<sup>94</sup> Dictámenes 10.041/90 y 14.748/90. Cuando los mayores gastos se deben aun acto de la Administración toma la denominación de "hecho del príncipe", Dictamen 41.409/94 (obligaciones impuestas por la legislación laboral).

<sup>95</sup> Dictámenes 40.453/68 y 9.210/71.





## EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y LA LETRA G)

*Iñigo de la Maza Gazmuri\**

### RESUMEN

La reciente modificación de la ley 19.496 sobre protección del consumidor introduce lo que en Derecho Comparado se denomina una “cláusula abierta” al catálogo de cláusulas abusivas contenido en su artículo 16. Esta cláusula abierta permite al juez dejar sin efecto cláusulas que incorporadas en un contrato por adhesión de aquellos regulados por la ley 19.496, con infracción a los requisitos de la buena fe objetiva, produzcan un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones que de él surgen para las partes en desmedro del consumidor. El artículo comienza dando noticia acerca de los mecanismos de control, examinando, en primer lugar por qué resultan necesarios; en segundo lugar, se ofrece una somera descripción de dichos mecanismos, distinguiendo según si son preventivos o represivos y quien los realiza. Al hacer esto se pone especial atención en el control represivo en la experiencia europea, la razón es que tanto la ley 19.946 como la ley 19.955 se han nutrido generosamente de ella. Concluido esto, la segunda parte de este trabajo va sobre el caso chileno. Allí se caracteriza –aunque muy sumariamente– los mecanismos de control disponibles en la ley 19.946. La tercera parte es un examen detenido de la nueva letra g) del artículo 16 donde se provee de algunas directrices para su correcta aplicación.

35

### ABSTRACT

The recent modification of the Law 19.496 on consumer's protection introduces what in Comparative Law is designated an “open clause” to the catalogue of abusive clauses contained in its 16<sup>th</sup> article. This clause allows the judge to leave without effect clauses that incorporated in an adhesion contract of those

---

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

regulated by Law 19.496, with violation to the requisites of objective good faith, will produce a meaningful lack of equilibrium among the rights and obligations from it emanated for the parties, in impairment of the consumer. The article begins giving notice about the mechanisms of control, examining, in the first place why are they necessary. In the second place it is offered a brief description of said mechanisms, distinguishing them according to if they are preventive or repressive and who carries them out. In doing this special attention is given to the repressive control in the European experience, the reason is that as much the Law 19.946 as the Law 19.955 have fed generously of it. Concluded this, the second part of this work refers to the Chilean case. There it is characterised –even if very briefly– the control mechanisms available in the Law 19.946. The third part is a lengthy exam of the new letter g) of the 16<sup>th</sup> Article, where some directions for its correct enforcement are provided.

Quizá sean los contratos por adhesión el escenario donde se demuestra con mayor elocuencia el error que supone equiparar lo justo con lo contractual. Es allí, específicamente en aquellos contratos por adhesión que vinculan a proveedores y consumidores a través de condiciones generales, donde la célebre frase de Fouillé “Quien dice contractual dice justo” suena cada vez más vacía.

36

Como ha sido advertido profusamente, la diferencia en el poder negociador de las partes y las asimetrías informativas, determinan las severas restricciones que experimenta el *caveat emptor* en el caso del consumidor. Por lo mismo, la tendencia tanto en el ámbito nacional como comparado, ha sido el establecimiento de estatutos especiales que regulan las relaciones de consumo, estableciendo distintos mecanismos de control que intentan aligerar los problemas de abusos de posición dominante en la relación contractual. Es en el marco de esta tendencia que se promulgó en Chile la ley 19.955 que modifica la ley 19.946 sobre protección al consumidor.

Una de las numerosas modificaciones introducidas por la ley 19.955, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 13 de julio de 2004 es la incorporación de una “cláusula abierta” en el catálogo de cláusulas abusivas del artículo 16 de la ley 19.496. En las páginas siguientes me interesa examinar esta modificación en el contexto del control de las condiciones abusivas en los contratos por adhesión. Para lo anterior comienzo dando noticia acerca de los mecanismos de control (I), examinando, en primer lugar por qué resultan necesarios. En segundo lugar, me detengo en una somera descripción de dichos mecanismos, distinguiendo si son preventivos o represivos y quien los realiza. Al hacerlo pongo especial atención en el control represivo en la experiencia europea, la razón es que tanto la ley 19.946 como la 19.955 se han nutrido generosamente de ella. Concluido esto, la segunda parte de este trabajo versa sobre el caso chileno (II). Allí caracterizo –aunque muy sumariamente– los mecanismos de

control disponibles en la ley 19.946. La tercera parte es un examen detenido de la nueva letra g) del artículo 16 (III) donde confío proveer de algunas directrices para su correcta aplicación.

## I. EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN

### 1. *La necesidad de control en los contratos por adhesión regulados por la ley 19.496*

Los contratos por adhesión que vinculan a proveedores y consumidores suelen desarrollarse en un entorno que resulta extraordinariamente propicio para la incorporación de cláusulas abusivas<sup>1</sup>. Bajo este apartado se examina qué debe entenderse por cláusula abusiva y cuáles son las condiciones que determinan que el entorno de los contratos por adhesión resulten propicios para su incorporación.

#### 1.1. Las cláusulas abusivas

El examen de las cláusulas abusivas en el entorno del derecho del consumidor puede emprenderse de dos maneras. La primera de ellas es recurrir a su regulación y desde allí examinar los respectivos conceptos que emplean los diversos cuerpos legales en el ámbito del Derecho Comparado. La segunda consiste en intentar aislar –con prescindencia de los matices que se presentan entre las distintas legislaciones– qué elementos resultan comunes a dichas legislaciones. Aquí, mi opción es por el segundo enfoque. La razón de lo anterior es doble. Por un lado, me parece que con prescindencia de los distintos matices, es posible aislar los elementos comunes de las definiciones. Y por otro, es que aún existen casos –como era el chileno antes de la dictación de la ley 19.955– en que las cláusulas abusivas no se definen, sino que se enuncian en catálogos *numerus clausus* y resultaría poco oficioso identificar minuciosamente todas las hipótesis si es que ellas presentan elementos comunes<sup>2</sup>.

Desde una perspectiva económica se ha considerado que una cláusula resulta ineficiente toda vez que el daño que inflige a los consumidores es mayor que los costos que ahorra a los proveedores<sup>3</sup>. La elegancia casi metálica de esta fórmula no siempre se aviene bien con las definiciones de cláusulas abusivas

<sup>1</sup> Ver GHESTIN, Jacques, *La Formation du Contrat*, Paris, LGDJ, 1993, p. 78.

<sup>2</sup> Una tercera razón es que examino más adelante algunas definiciones de cláusulas abusivas a propósito del examen de los mecanismos represivos de control de cláusulas abusivas (ver *infra* II)

<sup>3</sup> Ver CRASWELL, Richard, “Freedom of Contract”, en POSNER, Eric, *Chicago Lectures in Law and Economics*, New York, Foundation Press, 2000, p. 83.

que suelen contenerse en los distintos ordenamientos jurídicos<sup>4</sup>. La definición legal suele ser algo más compleja. En primer lugar, es frecuente que parte de la caracterización de la cláusula abusiva refiera a su ubicación en un contrato por adhesión que vincula a proveedores y consumidores<sup>5</sup>. En segundo lugar, resulta común que se exija que la cláusula vulnere las exigencias de la buena fe<sup>6</sup>. Finalmente –y aquí hay se presenta un grado significativo de convergencia con el razonamiento económico– se exige que dicha cláusula ocasione un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes<sup>7</sup>.

Si las cláusulas abusivas se encuentran establecidas a favor del proveedor y es éste quien redacta el contrato, la razón de su incorporación debería resultar más o menos obvia. Lo que no resulta tan obvio es por qué los consumidores se obligan por contratos que contienen estas especies de cláusulas. Sobre esto trata el siguiente apartado.

### 1.2. Las condiciones que determinan la incorporación de cláusulas abusivas en contratos por adhesión

En otra parte me he referido extensamente a las condiciones que determinan la incorporación de las cláusulas abusivas, por lo mismo bastará en este apartado presentarlas en forma resumida<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Aunque, como se verá más adelante, presta utilidad al reflexionar sobre el papel de la buena fe en el caso de las cláusulas abiertas.

<sup>5</sup> La idea que subyace al control de ciertas cláusulas es que éstas serían el resultado de la alteración del equilibrio del poder negocial entre las partes y la fractura del deber de negociar de buena fe (ver TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *Contratos por adhesión. Ley N° 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p 80. Esta idea también se encuentra presente en el Derecho estadounidense en la doctrina de las expectativas razonables derivada de los aportes de LEWELLYN. En el caso alemán, por ejemplo, LARENZ ha justificado la protección de “las expectativas del consumidor de la siguiente forma: “cuando una alteración de las normas legales dispositivas sea *manifiestamente injusta* o inequitativa se habrá de suponer que el perjudicado la ha consentido cediendo a alguna presión. Si esta presunción no puede ser refutada (quizá mediante la prueba de un beneficio que compense el perjuicio o por otra causa razonable), los Tribunales no deberán tampoco estimar la vigencia del pacto por ser *contrario al espíritu del ordenamiento jurídico*, aun sin formular tacha de “inmoralidad”, ya que una *infracción manifiesta* de las exigencias fundamentales de la justicia no puede recibir sanción del ordenamiento jurídico”. [itálicas y comillas en el original] (LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo 1, p. 125.

<sup>6</sup> Sin embargo, hay casos como la *AGB-Gesetz* alemana o la ley 19.496 en que el legislador identifica cláusulas abusivas con prescindencia de las exigencias de la buena fe o el desequilibrio que produzcan.

<sup>7</sup> Ver LARROUMET, Christian, *Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 70-72.

<sup>8</sup> Ver 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.

Históricamente, la primera razón que se allegó para explicar la presencia de cláusulas abusivas en contratos por adhesión fue la posición monopólica del proveedor<sup>9</sup>. Aun cuando se trata de un argumento sugerente es erróneo. La posición monopólica del proveedor resulta sugerente como argumento porque no es difícil pensar que en un mercado competitivo los mismos mecanismos de oferta y demanda expulsarían del mercado a las cláusulas abusivas, los consumidores dejarían de demandar los productos y servicios ofrecidos a través de contratos que las contuvieran. Por lo mismo, los proveedores se verían obligados a modificar sus respectivos contratos o abandonar el mercado. Se trata, sin embargo, de un argumento erróneo por dos razones. La primera es que el proveedor monopólico no tiene incentivos especiales para introducir este tipo de cláusulas en sus contratos<sup>10</sup>. La segunda es que la escasa información disponible muestra que los contratos por adhesión ofrecidos en mercados competitivos suelen encontrarse plagados de cláusulas abusivas<sup>11</sup>.

Una segunda falla de mercado, que resulta más relevante al momento de intentar explicar la presencia de cláusulas abusivas en contratos por adhesión, es la presencia de asimetrías informativas. Para examinar esta falla es necesario detenerse primero en la situación del consumidor y luego en la del proveedor.

#### a. El consumidor y la información

Una decisión económica –como la de celebrar un contrato por adhesión– suele ir precedida de una cierta acumulación de información por parte del consu-

39

<sup>9</sup> Ver, por ejemplo, MESSINEO, Francisco, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, EJE, 1952, p. 441; DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, Editorial Civitas S.A., Cuadernos Civitas, 1985, pp 169-170, RAKOFF, Todd, "Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction", 96, Harv. L. Rev, 1173, p. 1.178, notas 16, 17; SCHWARTZ, Alan, "A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability", en SCHWARTZ, Alan & CRASWELL, Richard, *Foundations of Contract Law*, New York, Oxford University Press, 1994; TAPIA y VALDIVIA, *op. cit.* (n. 3) pp. 36-37, n. 90. REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, pp. 80-87.

<sup>10</sup> En un mercado monopólico es respecto del precio del bien o servicio –usualmente la cantidad de dinero que se paga por él– y no de las demás condiciones del contrato donde el oferente tiene mayores incentivos para maximizar sus beneficios. De esta manera si el oferente que opera en condiciones monopólicas desea aumentar sus beneficios netos, le basta subir  $p$  manteniendo las condiciones del contrato ( $r$ ) exactamente iguales. En adición a esto, el oferente monopólico puede tener incentivos para no alterar las condiciones del contrato. Como ha sugerido CRASWELL: "(E)l problema con aumentar el precio total indirectamente, a través del uso de cláusulas ineficientes, es que –por definición– una cláusula ineficiente produce más daño a los consumidores que beneficio al monopolista. Por el contrario, un precio monetario más alto beneficia al monopolista en la misma cantidad que perjudica al adquirente: el aumento del precio", (n. 3), p. 85.

<sup>11</sup> Ver SCHWARTZ (n. 9) y SCHÄFFER, Hans-Bernd y OTT, Claus, *Manual de análisis económico del derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 312.

midor. Un consumidor completamente racional debería acumular información sobre dos cosas: el bien o servicio que intenta adquirir y las condiciones bajo las cuales dicho bien o servicio se oferta, es decir, información respecto al contrato por adhesión. Existen, sin embargo, un conjunto de razones que determinan que los consumidores no lean los contratos por adhesión<sup>12</sup>. Entre otras, el lenguaje de estos contratos es difícil de entender para el consumidor, la presencia de letra pequeña u otros obstáculos dificultan la lectura de los términos y condiciones del contrato; por regla general los consumidores disponen de poco tiempo para dedicar a su lectura, el agente que ofrece la celebración del contrato carece de la autoridad necesaria para negociar los términos del acuerdo, el contrato cubre riesgos de ocurrencia improbable, todos los oferentes parecen ofrecer las mismas cláusulas, los consumidores asumen que los tribunales no harán exigibles los términos injustos.

40 Si lo dicho bajo este apartado es correcto, entonces aparece claramente que un mercado con pluralidad de oferentes no garantiza la ausencia de cláusulas abusivas. En la medida que los consumidores sean incapaces de identificar las cláusulas abusivas no podrán excluir del mercado a los proveedores que las ofrecen a través de mecanismos de oferta y demanda. Pero esto no es todo, lo que me interesa sugerir a continuación es que es justamente la presencia de una pluralidad de proveedores lo que contribuye a determinar la presencia de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión celebrados entre consumidores y proveedores. Para esto es necesario examinar la relación de los proveedores con la información.

#### b. Los proveedores y la información

Que los consumidores no sean capaces de identificar las cláusulas abusivas no significa que permanezcan completamente ciegos ante el contrato. Significa, más bien, que algunas de sus cláusulas –por ejemplo, el precio– son visibles y otras –por ejemplo, una cláusula arbitral– resultan invisibles. Esto posee significativas consecuencias para el proveedor. En resumidas cuentas, asumiendo que las cláusulas abusivas permiten al proveedor reducir costos, en un mercado competitivo el proveedor podrá llevar dichos ahorros a precios. Desde la posición del consumidor la disminución del precio no se traduce en una disminución del costo total del bien o servicio, sino de una forma distinta de distribuir dicho costo. El consumidor paga un precio menor, pero a través de la cláusula

---

<sup>12</sup> Sobre esto se puede consultar HILLMAN, Richard & RACHLINSKI, Jeff, “Standard-Form Contracting in the Electronic Age”, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN\\_ID287819\\_code011024510.pdf?Abstractid=287819](http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID287819_code011024510.pdf?Abstractid=287819). Visitado el 3 de marzo de 2002 y KOROBKIN, Rusell, “Bounded Rationality and Unconscionability: A Behavioral Theory of Policing Form Contracts”, disponible en <http://papers.ssrn.com/abstract=367172>. Visitado el 7 de julio de 2004

abusiva se le transfieren mayores riesgos. Lo importante –esta vez desde la óptica del proveedor– es que la disminución del precio resulta visible para el consumidor, el aumento de los riesgos que supone la incorporación de la cláusula abusiva, en cambio, le resulta invisible. Si se trata de un mercado suficientemente competitivo bastará que uno de los proveedores reduzca el precio de sus productos o servicios a través de la incorporación de cláusulas abusivas para que los demás proveedores se vean forzados a seguirlo.

Probablemente lo anterior termine de aclararse con un ejemplo que he utilizado en otro lugar<sup>13</sup>. Imagine que una tienda por departamentos (A) vende juegos de comedor en \$150.000, pagaderos en cuotas, sin imponer condiciones abusivas a sus contratantes. El costo de los juegos de comedor no solamente refleja el costo marginal de producción de los bienes sino, además, una pequeña cantidad –digamos \$10.000– que corresponden a las pérdidas generadas por incumplimiento contractual. En ese escenario una segunda tienda por departamentos (B) vende exactamente los mismos juegos, pero incorpora como término en el contrato una cláusula según la cual el no pago de cualquiera de las cuotas obliga al comprador a devolver el bien sin derecho de obtener la restitución de la cantidad pagada. Supondré que la incorporación de la cláusula le permite a (B) ahorrar los \$10.000 que (A) imputa a pérdidas. Pues bien, asumiendo una cierta atomización del mercado y algún grado de “invisibilidad” de la cláusula<sup>14</sup>, tarde o temprano (A) deberá incorporar una cláusula similar, aunque los consumidores, en general, estarían mejor sin ella<sup>15</sup>. Convendría agregar, todavía, que para que (A) equipare sus condiciones con (B) debería incorporar la cláusula con el mismo nivel de invisibilidad de (B)<sup>16</sup>.

Asumido ya que un mercado con pluralidad de proveedores no protege suficientemente al consumidor de las cláusulas abusivas resulta ahora necesario detenerse sobre los mecanismos de control que se utilizan para proteger a los consumidores de ellas.

<sup>13</sup> DE LA MAZA GAZMURI (n. 8), p. 138.

<sup>14</sup> En realidad, habría que asumir muchísimas cosas más, pero aquí únicamente se trata de ilustrar el problema, no de capturar la realidad. Confío que esto disculpe la falta de elegancia del ejemplo.

<sup>15</sup> Asumiendo que el costo esperado de la cláusula para el consumidor sea mayor que los \$10.000 que paga por evitarla.

<sup>16</sup> Cercano a todo esto HANSON y KYSAR han sugerido que la manipulación de los consumidores en mercados competitivos por parte de los oferentes no es simplemente una necesidad, sino un resultado inevitable de los mercados competitivos. Según estos autores las dificultades cognitivas de los consumidores presentan oportunidades de maximizar los beneficios que los proveedores deben aprovechar para mantenerse competitivos. De esta manera, el mercado, casi naturalmente, avanzará hacia un estado donde sobrevivirán únicamente las firmas que sean capaces de capitalizar las anomalías cognitivas de los consumidores (ver HANSON, Joy & KYSAR, Douglas, “Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation”. N.Y. Univ. L. Rev. 74, p. 726).

## 2. Los mecanismos de control

Siguiendo un estudio ya clásico de García Amigo pueden clasificarse los mecanismos de control según el momento en que se efectúan y de acuerdo con quien los realiza<sup>17</sup>. De cara a lo primero es posible distinguir entre mecanismos de control preventivos y represivos. Los primeros operan con anterioridad a que el contrato haya sido liberado al mercado y, generalmente, constituyen una condición para su utilización. Los segundos, en cambio, tienen lugar cuando los contratos ya se encuentran regulando la relación entre consumidores y proveedores, y su aplicación queda determinada por el ejercicio de una acción judicial por parte del consumidor para impugnar la validez del contrato o de algunas de sus cláusulas. Cuando se considera quien los realiza es posible distinguir entre mecanismos de control voluntarios, administrativos y judiciales. A continuación, examino los controles preventivos y represivos distinguiendo según quien los efectúa.

### 2.1. Los mecanismos de control preventivos

42 Según se ha advertido, el control preventivo se caracteriza por el momento en que tiene lugar, esto es, con anterioridad a que el contrato por adhesión sea liberado al mercado. En cuanto a los actores que lo realizan, es posible distinguir entre mecanismos de control preventivos voluntarios, administrativos, mixtos y judiciales<sup>18</sup>.

Siguiendo a Polo, es posible identificar mecanismos de control preventivos *voluntarios* a través de “autocontrol” y participación de asociaciones de consumidores en la redacción de las condiciones generales contenidas en contratos por adhesión<sup>19</sup>. Respecto de las experiencias de autocontrol, probablemente las más significativas sean actualmente las de autorregulación del comercio en las cuales instituciones formadas por gremios de comerciantes, consumidores o ambos, o empresas privadas, establecen códigos de buenas prácticas, sellos de membresía y mecanismos de resolución alternativa de conflictos para sus afilia-

<sup>17</sup> GARCÍA AMIGO, Manuel, *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

<sup>18</sup> A esto todavía podría sumarse lo que CAPELLETI y GARTH han denominado “mecanismos que se apoyan en la persuasión y no en la coerción”. Para ejemplificar lo anterior los autores señalan que tanto en el caso estadounidense como en el de Inglaterra y Canadá (y todavía podría agregarse Chile) estaciones de radio, televisión y algunos periódicos reciben quejas de consumidores, remitiendo algunas de ellas a otras dependencias o investigándolas ellos mismos, utilizando la publicidad adversa con la finalidad de obtener recursos para aquellos consumidores que hayan sido perjudicados (*El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 76)

<sup>19</sup> POLO, Enrique, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1990, pp. 43-45.



dos<sup>20</sup>. En general, los “códigos de confianza” de estas instituciones incorporan dentro de sus normas la mención de cláusulas abusivas que los proveedores afiliados no pueden utilizar en sus contratos por adhesión celebrados con consumidores. Si el proveedor incumple, el consumidor puede servirse de los mecanismos de resolución alternativa que la institución pone a su disposición y las sanciones del proveedor, en general, alcanzan hasta la remoción del “sello de confianza”<sup>21</sup>. Como advierten Capelleti y Garth, al margen de las bondades de estos sistemas, una limitación básica que poseen una “debilidad congénita”, a saber: que requieren el acuerdo de ambas partes, consumidores y proveedores<sup>22</sup>.

La participación de las asociaciones de consumidores en la elaboración de los contratos por adhesión parece ser un fenómeno más escaso. Polo refiere al caso alemán e inglés respecto a las condiciones generales en los contratos de transporte<sup>23</sup>.

Respecto a los controles preventivos *administrativos* la forma más frecuente es la autorización previa. Esta práctica extendida en diversos países –entre ellos Chile– supedita la posibilidad de liberar al mercado un contrato por adhesión a una autorización por parte de un órgano administrativo. Se trata, en general, de un control mayoritariamente sectorial. Así, por ejemplo, suele presentarse respecto de los seguros, los servicios públicos con régimen de monopolio, los contratos bancarios<sup>24</sup> o las administradoras de fondos previsionales en el caso chileno. Los controles administrativos resultan atractivos por varias razones. En primer lugar, comparados con los controles preventivos voluntarios presentan la ventaja de su carácter obligatorio. Comparados con los controles judiciales, preventivos o represivos, presentan dos ventajas. La primera, es que, tratándose de controles sectoriales es posible que los encargados de realizar el control logren en el tiempo un nivel de experticia respecto a ese mercado que les permita calificar con mayor acierto que los jueces que condiciones resultan dañinas para los consumidores y cuáles no<sup>25</sup>. Una segunda

<sup>20</sup> Es el caso del BBB o TRUSTE en Estados Unidos, de la APTICE en España, TrustUK en Inglaterra, o de la GTA en el ámbito global. Probablemente entre estas asociaciones sea BBB la que ha alcanzado mayor desarrollo, actualmente agrupa trescientas mil empresas en Estados Unidos. El caso de BBB es interesante, además, porque extendió su cobertura al comercio electrónico creando BBBOnline que en la actualidad ofrece dos programas el *Reliability Program Seal* y *Privacy Seal*. Para acceder al sello de confianza de BBBOnline, el proveedor debe acreditar que cumple con las exigencias del código de confianza de la institución y es sometido a revisiones periódicas.

<sup>21</sup> Este sistema actualmente se encuentra en estudio para su implementación por parte de la Cámara de Comercio de Santiago.

<sup>22</sup> (n. 18), p. 77

<sup>23</sup> POLO (n. 19), p. 45

<sup>24</sup> Sobre esto ver POLO (n. 19), p. 49

<sup>25</sup> Lo opuesto, sin embargo, también es posible. Como ha sugerido CRASWELL uno de los principales problemas de permitir la intervención de órganos públicos en el control de cláusulas

razón, son los problemas que enfrentan los consumidores al hacer valer sus derechos en instancias jurisdiccionales. Aun cuando se disponga de acciones de interés difuso o colectivo, ejercer una acción judicial siempre posee costos para el consumidor que intenta que un tribunal deje sin efecto una cláusula abusiva<sup>26</sup>. Esos costos no se presentan para el consumidor en el caso de los controles preventivos administrativos. Incluso, asumiendo que la instauración general de este tipo de control determinaría la eliminación de un gran número de cláusulas abusivas que actualmente lesionan los intereses de los consumidores, Polo ha señalado que, actualmente existe cada vez mayor resistencia frente a ellos. Sugiere este autor que dicho sistema podría imponer una excesiva rigidez al sistema y el surgimiento de una nueva burocracia que, en definitiva, redundaría en un excesivo dirigismo estatal<sup>27</sup>. Este peligro parece, sin embargo, lejano en la medida que este tipo de controles se mantengan confinados a ciertos sectores de la actividad económica que, por su complejidad, aconsejan una revisión anterior a la que pueda hacer un juez. Una pregunta acerca de lo anterior es que sucede cuando un contrato ha sido aprobado por el órgano administrativo, ¿puede volver a revisarlo el juez? Como se verá más adelante, el caso chileno ofrece una posible respuesta.

44 Con alguna cercanía a los controles administrativos se encuentra la creación de registros de condiciones generales. Esta práctica consiste en la creación de una base de datos abierta al público en la que constan sentencias declaratorias de nulidad o no incorporación de condiciones generales. Su función es que tanto los comerciantes conozcan las cláusulas que no deben incorporar en sus contratos como que los consumidores y los organismos encargados de su protección tengan noticias respecto de las cláusulas que ya han sido declaradas nulas. En el caso español la incorporación de las sentencias es, por regla general, voluntaria a solicitud del predisponente, el adherente y los legitimados activamente para ejercitar acciones colectivas. Excepcionalmente la inscripción es obligatoria para determinados sectores según lo establezca el gobierno

---

abusivas es que éstos carezcan de “competencia institucional”. El término es utilizado por el autor para referirse a “la competencia de los tribunales (o de cualquiera otra institución) para evaluar la substancia de una transacción en un esfuerzo de decidir si los términos substantivos son razonables o no” (ver “Remedies when Contracts Lack Consent: Autonomy and Institutional Competence”, p. 221, disponible en <http://www.yorku.ca/ohlj/PDFs/33.2/craswell.pdf>. Visitado el 11 de noviembre de 2002.

<sup>26</sup> Como se ha advertido para el caso chileno, la escasa cuantía de una cantidad significativa de los problemas de derecho de consumo determinan que los afectados no intenten la vía judicial (ver ROMERO SEGUEL, Alejandro, “Aspectos procesales de las acciones para la protección de los consumidores”, en CORRAL TALCIANI, Hernán (ed.), *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Santiago, Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión, 1999, p. 318).

<sup>27</sup> POLO (n. 19), p. 50.

a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del departamento ministerial correspondiente<sup>28</sup>.

Siguiendo una vez más a Polo, en el Derecho Comparado los controles preventivos *mixtos* presentan dos formas. Por una parte, el sometimiento voluntario por parte de los empresarios al control de su condiciones generales por parte del órgano administrativo correspondiente y, por otra, la creación de un *Ombudsman* de los consumidores, como en el caso sueco o danés, en que a petición de las propias empresas puede intervenir en la redacción de los contratos<sup>29</sup>.

Al control *judicial* preventivo refiere García Amigo citando a von Brunn, en términos que se encaminaría a sustituir el control preventivo administrativo a que se encuentran sujetos ciertos sectores de la actividad económica, sugiriendo que, sin duda, resulta preferible al administrativo por dos razones: la mayor cercanía de los jueces con las reglas civiles o mercantiles y las mayores garantías de imparcialidad que provee el Poder Judicial<sup>30</sup>. Ninguno de los argumentos parece, sin embargo, concluyente. Lo cierto es que un órgano administrativo puede lograr mayor conocimiento que los jueces en la materia específica y conocer mejor el mercado en el que se liberarán los contratos. Respecto a la independencia del Poder Judicial, aun aceptando que ése sea el caso, no se advierte porque no resulta posible disponer los incentivos correctos para que el órgano administrativo también lo sea. Como fuere, según lo advierte el mismo autor, conferirle a los jueces la facultad de homologar es atribuirles funciones que no les son propias en el ordenamiento vigente.

45

### 1. Los mecanismos de control represivos

Los mecanismos de control represivos pueden ser judiciales o extrajudiciales. En este último caso se encuentra, generalmente el *Ombudsman* de los consumidores cuando se le concibe con poderes de intervención, fiscalización y conciliación. Lo que interesa a efectos de este trabajo, sin embargo, es el control judicial<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Para el caso español puede consultarse DÍAZ ALABART, Silvia, "Las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas en el derecho español", en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, vol. 59, junio 1998, pp. 51-77, disponible en <http://www.capr.org/tmp/pdfs/12.REVISTA%20Abr-Jun%2098-Vol59.pdf>. Visitado el 7 de julio de 2004

<sup>29</sup> Ver MÉNDEZ PINEDO, Enrique, *La protección de los consumidores en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

<sup>30</sup> GARCÍA AMIGO (n. 17), p. 180.

<sup>31</sup> Que, por lo demás constituye la regla general en el derecho continental (ver Comisión de las Comunidades Europeas. "Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores". Bruselas, 27.04.2000, p. 22, disponible en [http://www6.gencat.net/dgma/castella/ftp/analo\\_digit.pdf](http://www6.gencat.net/dgma/castella/ftp/analo_digit.pdf). Visitado el 7 de julio de 2004.

## El control judicial represivo

El control represivo que realizan los jueces se encuentra determinado por las facultades que les confiera el ordenamiento jurídico al momento de conocer de alegatos sobre cláusulas abusivas. En general, dos son los modelos de control judicial, el anglosajón y el continental<sup>32</sup>. En estas páginas doy una mirada muy general al primero y me detengo con mayor cuidado –por su cercanía al modelo chileno– en el segundo.

### a. El modelo anglosajón<sup>33</sup>

Una mirada general al sistema de control estadounidense indica que, a diferencia del caso europeo, no existe ni definición de cláusulas abusivas ni un elenco tasado de éstas<sup>34</sup>. Esto, sin embargo, no ha sido obstáculo para que los tribuna-

---

<sup>32</sup> Respecto del control judicial represivo utilizo la Directiva 93/13. Sobre esto debe advertirse que la Directiva, en su artículo 7.2 autoriza a los Estados disponer de control administrativo o judicial, sin embargo, sus controles parecen mucho más apropiados para el ejercicio del control judicial.

46 <sup>33</sup> Sobre esto debe tenerse presente que con posterioridad a la dictación de la UTCCR en 1999 que traspone la Directiva 93/13 para los países de Gran Bretaña debe considerarse que estos se encuentran bajo el régimen continental europeo. No obstante lo anterior, como se sabe, la UTCCR no deroga la normativa anterior de protección (la UCTA de 1977) por lo mismo, en estos países se complementa un régimen basado en cláusulas abusivas consagradas en el ordenamiento jurídico y un régimen basado en principios de la contratación. Lo común será que si el contrato no vincula a un consumidor en los términos de la Directiva 93/13 se aplicará la UCTA, en caso de que lo vincula recibirá aplicación la UTCCR. Sin ánimo exhaustivo algunas de las diferencias entre ambas reglas son las siguientes. La UCTA se aplica a todo tipo de contratos, la UTCCR sólo a aquellos que vinculan a consumidores; UCTA se aplica únicamente a cláusulas eximentes y limitativas de responsabilidad, UTCCR se aplica según las reglas de la Directiva 93/13, UCTA sujeta su aplicación a un test que demuestre que la cláusula no es razonable (*reasonableness test*), UTCCR la sujeta a un test de equidad (*fairness*); UCTA posee guías (*guidelines*) de aplicación para la aplicación del test, UTCCR no contiene dichas guías, pero dispone de un catálogo de cláusulas que se presumen injustas; UCTA pone de cargo de quien se beneficia de la cláusula demostrar que es razonable, UTCCR exige la prueba de que la cláusula es contraria a la equidad a quien lo alega; UCTA se aplica con prescindencia de si la cláusula fue o no negociada, UTCCR se aplica únicamente en aquellos casos en que la cláusula no fue individualmente negociada. Sobre todo esto puede consultarse The Law Commission y The Scottish Law Commission “Unfair Terms in Contracts. A Joint Consultation Paper”, disponible en <http://www.lawcom.gov.uk/files/cp166.pdf>. Visitado el 10 de julio de 2004. Una breve mirada en conjunto al sistema de protección al consumidor en Norteamérica (incluyendo Canadá y Estados Unidos) puede encontrarse en PRET, Louis, “Protección al consumidor en Canadá y Estados Unidos. Principales técnicas”, en CORRAL TALCIANI (n. 26), pp. 15-24.

<sup>34</sup> Ver New Jersey Law Revision Commission, “Final Report relating to Standard Form Contracts”, p. 3 Disponible en <http://www.lawrev.state.nj.us/rpts/contract.pdf>. Visitado el 12 de julio de 2004.

les, desde la primera mitad del siglo XX se hayan pronunciado sobre algunas cláusulas que no producen efectos (*unenforceable terms*) en contratos por adhesión (*standard form contracts o contracts of adhesion*)<sup>35</sup>. En general, los jueces estadounidenses se sirvieron en este primer período de diversas doctrinas propias del derecho de contratos para desconocer valor a ciertas cláusulas abusivas, entre ellas el incumplimiento al deber de comportarse de buena fe (*breach of good faith*), *estoppel*, *waiver* y *unconscionability*. Considerando, empero que estos conceptos resultaban demasiado restrictivos las cortes han creado otras herramientas<sup>36</sup>. Así, con posterioridad, se desarrollaron –o adaptaron– doctrinas propias para los contratos por adhesión, por ejemplo, las expectativas razonables (*reasonable expectations test*)<sup>37</sup>, plasmándose, algunas de ellas legislativamente, por ejemplo, el § 2 del UCC o la sección 211 del *Restatement of Contracts*<sup>38</sup>.

Junto con estos desarrollos, el Congreso y los Estados han promulgado numerosas leyes que tratan sobre diversos aspectos de distintos tipos de contratos por adhesión<sup>39</sup>, sin embargo, siguiendo a Burke se trata de un “sistema regulatorio compuesto de piezas que resulta difícil unir de manera que formen un todo coherente”<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Para una muestra de decisiones judiciales puede consultarse SLAWSON, David, “The New Meaning of Contracts: The Transformation of Contracts Law by Standard Forms”, en 46. U. Pitt. L. Rev. 21 (1984)

<sup>36</sup> ver BURKE, John. “Contract as Commodity: A Non Fiction Approach”, en 24 Seton Hall Legis. J. 285.

<sup>37</sup> La doctrina de las expectativas razonables que actualmente se aplica en general a los contratos, comenzó a propósito de los contratos de seguros. KEETON la formula en los siguientes términos “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” (citado en BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999, p. 167).

<sup>38</sup> Aunque no refiere expresamente a contratos por adhesión, su redacción parece indicar que fue escrito pensando en ellos. Las reglas del artículo refieren a la forma en que se presentan las cláusulas, exigiendo que sean evidentes (*conspicuous*) para el comprador y a la interpretación *contra proferentem* del contrato. La sección 211 del *Restatement (Second)* refiere a “*Standardized Agreements*” y ha sido uno de los cuerpos legales que ha influenciado la aplicación de la doctrina de las expectativas razonables (sobre todo esto puede consultarse SLAWSON, David, *Binding Promises The Late 20<sup>th</sup>-Century Reformation of Contract Law*. Ebook, y RAKOFF, Todd, “Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction”. 96 Harv. L. Rev 117)

<sup>39</sup> Así, por ejemplo la *Truth-in-Lending Act* requiere que se revele información específica a los consumidores sobre los créditos, la *Magnuson-Moss Act* regula las garantías respecto a la distribución de productos al consumidor y, a nivel estatal, respecto de los contratos de prestación de servicios de salud, se da, en algunos casos, derecho a los consumidores a retractarse del contrato, se exige la revelación de determinada información por parte del proveedor o se limita la duración del contrato, ver BURKE (n. 36) p. 307.

<sup>40</sup> BURKE (n. 36) p. 307.

b. El modelo europeo

En el ámbito europeo las legislaciones nacionales sobre control de cláusulas abusivas se encuentran uniformadas en torno a la Directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>41</sup>. Se trata de una regla que busca regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores<sup>42</sup> que, sin embargo, no se aplica a todas las cláusulas, sino únicamente a aquéllas que no hayan sido objeto de una negociación individual<sup>43</sup>. Según su artículo 3 se considera que no han sido negociadas individualmente cuando sean prerredactadas y el consumidor no haya podido influir en ellas. Es irrelevante entonces que se trate de condiciones generales o de cláusulas que únicamente aparezcan en un contrato específico.

Respecto a los mecanismos de control, la Directiva dispone tres especies de controles, a saber:

- 1) Control de inclusión de las cláusulas en el contrato
- 2) Reglas de interpretación favorables al consumidor y
- 3) Control de contenido de las cláusulas. Los dos primeros se encuentran regulados en el artículo 5 y el tercero en el artículo 3 y el Anexo de la Directiva.

48 1) El control de inclusión

El control de inclusión constituye un mecanismo destinado a garantizar una correcta formación del consentimiento del adherente utilizado por primera vez

---

<sup>41</sup> La Directiva surge con el objetivo para unificar las legislaciones nacionales europeas sobre cláusulas abusivas. Este objetivo se consideró como un requisito para facilitar el establecimiento de un mercado único europeo (ver Dictamen del Consejo Económico y Social sobre la propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas [DOCE núm. C 159, de 17 de junio 1991]).

<sup>42</sup> Definidos en las letras b) y c) su artículo 2 en los siguiente términos: b) “consumidor”: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. c) “profesional”: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

<sup>43</sup> Sobre la negociación individual conviene tener presentes los números 2 y 3 del artículo 3 de la Directiva según los cuales:

“1. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión:

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba”.

por el *Codice Civile* de 1942. El artículo 5 de la Directiva dispone, en lo pertinente que: “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”.

De lo que se trata aquí es de garantizar que antes de la conclusión del contrato, el consumidor está en condiciones de obtener la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa<sup>44</sup>.

No obstante las buenas intenciones del legislador comunitario, tanto la doctrina como el Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas han señalado la inutilidad de este tipo de controles en el caso de los contratos por adhesión<sup>45</sup> toda vez que los consumidores –como ya se ha observado en otra parte de este trabajo– son incapaces de evaluar la calidad de los términos del contrato<sup>46</sup>. A esto puede añadirse, aun, que en el caso de la Directiva, la violación del principio de transparencia recogido en el artículo 5 no posee sanciones propias toda vez que no necesariamente resultan abusivas por su contenido, por lo mismo no necesariamente deben suprimirse. Como se verá a continuación la cláusula puede permanecer, sin embargo, debe dársele la interpretación más favorable al consumidor.

## 2) Reglas de interpretación

En su artículo 5 de la Directiva 93/13 dispone, en lo pertinente que: “En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”. Esta regla plasma en la Directiva el principio de interpretación *contra proferentem* o *stipulatio contra stipulatorem* recogida, en general, por los ordenamientos jurídicos en materia de interpretación contractual<sup>47</sup>. Como en el caso de los requisitos de inclusión, esta regla interpretativa aspira a aligerar las asimetrías informativas que puedan presentarse entre proveedores y consumidores, invitando a los primeros a utilizar un lenguaje que resulte adecuado y correspondiente al conocimiento de su contraparte. No obstante lo anterior la Directiva no contiene un criterio para determinar cuándo se satisfacen estos requisitos<sup>48</sup>, lo que, eventualmente dificulta determinar si

<sup>44</sup> Ver “Informe de la Comisión...”, (n. 31), pp. 18-21.

<sup>45</sup> Un buen vistazo a las críticas doctrinales puede encontrarse en TAPIA y VALDIVIA (n. 5), pp. 59 y 66). Respecto a la Comisión puede consultarse “Informe de la Comisión...”, (n. 31), p. 18.

<sup>46</sup> Con todo, como advierten TAPIA y VALDIVIA este tipo de control puede resultar útil respecto del acceso a un contenido mínimo del contrato que resulta visible para el consumidor (n. 5), pp. 63-64.

<sup>47</sup> Así, en el artículo 1.162 del *Code*, el 1.288 del *Código Civil* español, el 1.469 del *Código Civil* italiano, el parágrafo 1 de la ley para la regulación del Derecho de las condiciones generales de negocio alemana (*AGB-Gesetz*) y el artículo 1.566 del *Código Civil* chileno entre otros

<sup>48</sup> Ver CICORIA, Cristian, “The protection of the Weak Contractual Party in Italy vs. United States “Doctrine of Unconscionability”, p. 28, disponible en [www.bepress.com/gj/advances/vol3/iss3/art2/](http://www.bepress.com/gj/advances/vol3/iss3/art2/). Visitado el 24 de julio de 2004.

por su redacción la cláusula resulta inaccesible para el consumidor –en cuyo caso debiera excluirse del contrato– o resultando accesible era incomprensible –aplicándose entonces la regla de interpretación–. Sobre este punto Salvador Coderch y Ruiz García han señalado que:

“La mayoría de la doctrina ha propuesto la distinción entre oscuridad y vaguedad: si un consumidor promedio no puede entender un término a un costo razonable, esto es ‘sin tener que hacer un esfuerzo especial’, el término en cuestión no debe considerarse como parte del contrato. Sin embargo, si existe una probabilidad razonable que sea entendido, pero que ‘surjan dudas específicas sobre detalles específicos que quedan abiertos a múltiples interpretaciones y siempre que estos no sean de tal’ importancia que ‘impidan’ al consumidor ‘adquirir una comprensión básica de su posición contractual’ el término se entenderá formar parte del contrato, pero deberá interpretarse de la forma más favorable al consumidor”<sup>49</sup>.

### 3) El control de contenido

50

Los dos controles anteriores se estructuran desde una perspectiva contractualista de los contratos por adhesión. Su objetivo, en general, es asegurar una correcta formación del consentimiento. El control de contenido abandona esta perspectiva estableciendo un claro caso de dirigismo contractual en el cual se priva de valor a ciertas cláusulas con prescindencia de que las partes hayan aceptado su inclusión, siempre que no hayan sido negociadas individualmente. El control de contenido en la Directiva opera a través de una definición de cláusula abusiva y una lista indicativa de cláusulas normalmente consideradas abusivas. En cuanto a los efectos de la incorporación de cláusulas abusivas, se dispone que no vincularán al consumidor y, si resulta posible, el contrato seguirá subsistiendo sin éstas.

#### La cláusula abierta o general

La definición de cláusula abusiva se encuentra en el numeral primero del artículo 3 y la lista en su anexo. Según el artículo 3,1

“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

---

<sup>49</sup> “The Principle contra proferentem in Standard Form Contracts. In particular the Spanish Case”, p. 3 [citas internas omitidas], disponible en <http://www.bepress.com/gj>. Visitado el 23 de julio de 2004.



Siguiendo parcialmente el sistema de la *AGB-Gesetz*<sup>50</sup> la definición recién transcrita constituye una “cláusula abierta o general” que, como en el caso de la regulación alemana, funciona como un “precepto de amortiguación”<sup>51</sup> que permite a los jueces ejercer el control represivo sobre cláusulas que no quedan incorporadas en un catálogo; pero que, atendiendo a ciertas circunstancias –en general la buena fe y el balance entre los derechos y obligaciones de las partes– resultan indeseables en contratos por adhesión. Se trata entonces de crear “una red sin fallas para el logro de un control de contenido adecuado”<sup>52</sup>.

Así las cosas para determinar el carácter abusivo de una cláusula debe considerarse, en primer lugar, si contraría a las exigencias de la buena fe y, enseguida, si, en perjuicio del consumidor, causa un detrimento importante de los derechos y obligaciones que surgen del contrato para las partes. Antes de examinar qué debe entenderse por buena fe y qué por desequilibrio importante, conviene advertir que el artículo 3 ha suscitado algunas interrogantes en la doctrina respecto a si una cláusula contractual que ha respetado las exigencias de la buena fe puede ser considerada abusiva si determina un desequilibrio importante en los términos del precepto, sugiriéndose que es necesario que se cumplan ambos requisitos<sup>53</sup>. Sobre esto se ha señalado que el requisito de la buena fe referiría a un asunto de “justicia procedimental” (*procedural fairness*) y el desequilibrio importante a uno de “justicia sustantiva” (*substantive justice*). De esta manera, una cláusula sólo podría ser considerada abusiva en la medida que produjera un desequilibrio importante en los términos del artículo 3 y que el procedimiento a través del cual se incorporó la cláusula resultara contrario a la buena fe<sup>54</sup>.

51

Respecto a la buena fe, la Directiva no la define, sin embargo, su considerando 16 ofrece algunas indicaciones acerca de qué debe entenderse por ella<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Como se sabe la *AGB-Gesetz* dispone un sistema de control represivo de cláusulas abusivas que contiene una cláusula general prohibitiva y dos listas de cláusulas abusivas que pueden ser declaradas anulables o nulas

<sup>51</sup> La expresión pertenece a REZZÓNICO (n. 9), p. 460.

<sup>52</sup> *Op. cit.*, p. 461

<sup>53</sup> Ver SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *Cláusulas abusivas en la contratación*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1996, p. 76 y DÍAZ ALABART (n. 28), p. 55.

<sup>54</sup> Ver “Unfair Terms in Contracts...”, (n. 32), p. 42.

<sup>55</sup> “Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, en particular en las actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios colectivos teniendo en cuenta una solidaridad entre usuarios, necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”.

De la lectura del precepto es posible entender que lo exigido al proveedor es un trato leal y equitativo a su contraparte que tenga presente sus legítimos intereses<sup>56</sup>. La buena fe constituye, entonces, un deber de conducta que se refleja en la forma en que el proveedor diseña y presenta el contenido del contrato por adhesión. Se asume aquí que el predisponente debe ofrecer al consumidor un contrato con términos acordes a las expectativas que crea en éste último la naturaleza y finalidad del contrato; de manera que aquellas cláusulas que se alejen de la norma dispositiva o de los usos frecuentes en el mercado se encuentren justificadas y puedan ser suficientemente advertidas por el consumidor<sup>57</sup>, en caso contrario el proveedor defrauda la confianza que ha depositado en la apariencia creada por el proveedor, violando, en consecuencia, el principio de buena fe<sup>58</sup>.

52

Respecto al desequilibrio aludido por el artículo 3 de la Directiva, se trata de un asunto eminentemente casuístico que no resulta posible reducir a fórmulas. Con todo, la lectura del artículo 4 –que entrega noticias acerca de los factores que deben considerarse y aquellos que no al momento de determinar la abusividad de una cláusula– y de la lista indicativa de cláusulas abusivas contenida en el Anexo de la Directiva puede arrojar alguna luz sobre esto. Respecto a aquellos factores que deben tenerse en cuenta al momento de considerar el carácter abusivo, el legislador comunitario considera la naturaleza de los bienes o servicios, las circunstancias que concurran en la celebración del contrato y las demás cláusulas del contrato o de otro contrato que éste dependa. La valoración de la cláusula es, entonces, “integral o global”, supone evaluar todas las cláusulas que forman el contenido contractual y las que determinan el contexto negocial en que se ha realizado aquel contrato que la contiene<sup>59</sup>. Res-

<sup>56</sup> Preguntándose hasta dónde debe el proveedor considerar los legítimos intereses del consumidor, Bianca señala que “la buena fe requiere a la parte tener presente la utilidad de la contraparte en los límites en los cuales ello no importe un apreciable sacrificio” (BIANCA, Cesare, “Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: el principio de buena fe en el derecho privado europeo”, en CORDOVA, M.L. (dir.), *Tratado de la buena fe*, Buenos Aires, La Ley, 2004, vol. II, p. 197). Como se advierte, la expresión “apreciable sacrificio” no hace demasiado por la claridad del precepto.

<sup>57</sup> Nótese que el requisito que el consumidor pueda advertir el contenido del contrato no se agota en la satisfacción de los requisitos de inclusión de las cláusulas, como ha dejado ver Bianca, el canon de la lealtad que implica la buena fe puede comportar un deber de información (n. 56), p. 197.

<sup>58</sup> Ver BALLESTEROS GARRIDO (n. 37), pp. 246-256.

<sup>59</sup> SERRA RODRÍGUEZ (n. 53), p. 76. Sobre lo dicho PAGADOR LÓPEZ ha sostenido que la valoración global del contenido del contrato puede determinar que una cláusula que por sí misma supere el control de contenido, relacionada con el resto del contrato, se transforme en abusiva o, bien, que una cláusula que, considerada individualmente, resulte abusiva se compense con otras del contrato. Ver PAGADOR LÓPEZ, Javier, *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, Marcia Pons, 1998, pp. 64-65.

pecto a los factores que no deben tenerse en cuenta, la Directiva alude a la definición del objeto principal del contrato, la adecuación entre precio y retribución por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida por otra. Considerando ambos factores es posible sostener dos cosas. La primera de ellas es que el desequilibrio al que alude la Directiva no es meramente económico; de hecho se prescinde explícitamente de la adecuación entre el precio o retribución y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse. Lo anterior resulta relevante porque al momento de considerar el desequilibrio el juez debe tener presente que en una economía de mercado los precios son fijados por los mecanismos de la oferta y la demanda, y no por los órganos del Estado<sup>60</sup>. La segunda es que el juez debe atender a las posiciones contractuales de las partes, es decir, al conjunto de derechos y obligaciones que surgen del contrato para cada una de ellas.

#### La lista indicativa

Ya se ha advertido que la Directiva contiene en su anexo una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas. Se trata aquí de una “lista gris” en cuanto dichas cláusulas no se declaran irremediabilmente abusivas, sin embargo, se las presume como tales. Estos supuestos constituirían un mínimo que los Estados europeos deben incorporar a sus respectivas legislaciones<sup>61</sup>. La función de la lista indicativa es la misma del artículo 4, es decir, orientar al intérprete en la concreción y aplicación práctica de la cláusula general del artículo 3<sup>62</sup>.

53

#### Los efectos

El artículo 6.1 de la Directiva dispone, en lo pertinente, que las cláusulas abusivas:

“Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para

<sup>60</sup> Ver DÍAZ ALABART (n. 28), p. 56.

<sup>61</sup> Ver Considerando 17 de la Directiva 93/13.

<sup>62</sup> Siguiendo a PAGADOR LÓPEZ es posible sostener que la lista contiene dos grandes categorías de cláusulas: las cláusulas de desequilibrio y las sorprendentes. Las primeras son aquéllas que determinan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones del consumidor. Las segundas son las que “exponen al adherente al riesgo de hallarse implicado en relaciones o situaciones contractuales distintas o más onerosas que aquellas que razonablemente podía prever en consideración al clausulado contractual y a la naturaleza de la operación jurídica y económica celebrada” (n. 59), p. 58.

las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

La sanción es, entonces, la privación de los efectos de la cláusula abusiva. La subsistencia del resto del contrato parece indicar que se trataría de un caso de nulidad parcial, por lo mismo, para determinar si el resto del contrato sigue o no será necesario estar a los principios de esta especie de nulidad<sup>63</sup>.

## II. EL CASO CHILENO

El sistema de control de las cláusulas abusivas en el caso chileno cabe dentro de la caracterización de García Amigo<sup>64</sup>. Es posible distinguir controles preventivos y represivos. Como suele suceder en el Derecho Comparado, los controles preventivos son básicamente administrativos y de carácter sectorial. Respecto a los controles represivos éstos son de carácter exclusivamente judicial. Advertido ya lo que se ha dicho sobre controles preventivos conviene detenerse únicamente sobre el control represivo y, respecto de éste, en las reglas de la ley 19.496<sup>65</sup>.

54 Las reglas de la ley 19.496 se aplican únicamente a actos que tengan el carácter de mixtos según el *Código de Comercio* u otras leyes; es decir, deben tener carácter comercial para el proveedor y civil para el consumidor<sup>66</sup>. Como en el de la Directiva 93/13 la ley 19.496 contiene (1) control de inclusión de las cláusulas en el contrato, (2) reglas de interpretación favorables al consumidor y (3) control de contenido de las cláusulas<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Una mirada a estos principios en ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, “La nulidad parcial”, en RDJ, xc, pp. 77-95.

<sup>64</sup> (n. 17), p.

<sup>65</sup> No es, por cierto, esta ley el único instrumento al que podrían echar mano los jueces para el control de las cláusulas abusivas, existen, además, mecanismos propios del derecho de contratos en el *Código Civil* (sobre esto se puede consultar PIZARRO WILSON, Carlos, *La protección de los consumidores en materia contractual*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1999). No obstante lo anterior, prescindo de ellos por la escasa aplicación que han tenido en el caso chileno (véase LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, “Cláusulas contractuales abusivas y derecho del consumidor”, en AA.VV., *Instituciones modernas de derecho civil*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996, pp. 424-454).

<sup>66</sup> Respecto al ámbito de aplicación de la ley puede consultarse JARA AMIGO, Rony, “Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones”, en CORRAL TALCIANI (n. 26), pp. 47-74.

<sup>67</sup> Teniendo en cuenta que sobre esto existe un detallado estudio (ver TAPIA RODRÍGUEZ y VALDIVIA OLIVARES (n. 5) Otros dos estudios considerablemente más modestos son AIMONE GIBSON, Enrique, *El derecho de protección al consumidor*, Santiago, Editorial Conosur, 1998 y FER-

*Los mecanismos de control en la ley 19.496<sup>68</sup>*

(1) El control de inclusión

Con posterioridad a la publicación de la ley 19.955, el control de inclusión en contratos por adhesión se encuentra regulado en dos artículos, el 12 A y el 17. Según el texto del primero:

“En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos”.

En lo pertinente el artículo 17 dispone que:

“Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con estos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor”.

El artículo 17 experimentó únicamente dos modificaciones en su texto, se incorporó la expresión “claramente” antes de legible y se fijó el tamaño mínimo de la letra del contrato en 2,5 mm. Con anterioridad a la dictación de la ley 19.955 se discutió acerca de si la legibilidad incluía como requisito que el texto fuera comprensible para el consumidor, aun cuando la mejor interpretación para los consumidores era ésa, la historia fidedigna del precepto indicaba la voluntad del legislador de limitar la exigencia a que el tamaño de la letra hiciera legible el contrato<sup>69</sup>. La modificación del artículo no parece mejorar las cosas, una vez más la historia fidedigna de la ley indica la vocación del legislador por asegurar únicamente que el tamaño de las letras del texto lo hiciera legible<sup>70</sup>.

---

NÁNDEZ FREDES, Fernando, *Manual de Derecho Chileno de Protección del Consumidor*, Santiago, LexisNexis, 2003; me detendré brevemente sobre cada una de ellas hasta llegar a la modificación de la letra g) del artículo 16.

<sup>68</sup> Teniendo en cuenta que existe ya un buen estudio sobre el control de contenido en la ley 19.946 (ver TAPIA RODRÍGUEZ y VALDIVIA OLIVARES (n. 5) Aquí me detendré sucintamente sobre ellos prestando atención a las modificaciones introducidas por la ley 19.955.

<sup>69</sup> Ver TAPIA RODRÍGUEZ y VALDIVIA OLIVARES (n. 5) p. 71.

<sup>70</sup> Así, el senador Naranjo –a quien se debe la incorporación de los 2,5 mm– afirmó que el solo requisito de legibilidad resultaba insuficiente, toda vez que lo único que había conseguido

El artículo 12 A regula los contratos a distancia<sup>71</sup>. En lo que interesa a este trabajo su exigencia es doble. En primer lugar, exige que el acceso a las condiciones generales del contrato sea claro, comprensible e inequívoco. En segundo exige que el consumidor pueda almacenar o imprimir el contenido del contrato<sup>72</sup>.

Sobre lo primero lo que pretende el artículo es capturar las peculiaridades de los contratos a distancia respecto a las dificultades que puede experimentar el consumidor en el acceso material al texto<sup>73</sup>, es este acceso material el que debe ser claro, comprensible e inequívoco. ¿Qué sucede, en cambio, con el contenido del texto, debe también ser claro, comprensible e inequívoco? Aunque la letra del artículo 12 A no desautoriza esta lectura, una interpretación sistemática de la ley indicaría que no existen razones para que sólo en esta especie de contratos por adhesión –los a distancia– se exija claridad del texto. No obstante lo anterior, el problema de la claridad del texto puede solucionarse acudiendo a la cláusula general del artículo 16 según reviso más adelante.

Respecto de la segunda exigencia, el requisito tiene por objetivo que el consumidor conserve un soporte material del contrato que ha celebrado y una interpretación sistemática de la ley indica que el cumplimiento de este requisito no exime al proveedor del envío de una copia a que refiere el inciso final del artículo 17 de la ley, en cuyo caso la firma debería ser electrónica.

56

## 2) Reglas de interpretación

A diferencia del caso europeo, la ley 19.496 no contempla la interpretación *contra proferentem*, –que, sin embargo, se encuentra consagrada en el *Código Civil*– sino únicamente una regla que favorece las cláusulas agregadas por los

---

era estandarizar un tamaño mínimo para las letras, desvirtuando el propósito que se persiguió en su momento por el legislador (ver “Segundo Informe de la Comisión de Economía recaído en el Proyecto de Ley de la Honorable Cámara de Diputados que Modifica la Ley N° 19.946, Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, (2787-03).

<sup>71</sup> Siguiendo el artículo 2.1 de la Directiva 97/7/CE un contrato a distancia puede definirse como: “todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizados por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato”.

<sup>72</sup> Este requisito tiene por finalidad que el consumidor conserve un soporte material del contrato que ha celebrado y una interpretación sistemática de la ley indica que el cumplimiento de este requisito no exime al proveedor del envío de una copia a que refiere el inciso final del artículo 17 de la ley, en cuyo caso la firma debería ser electrónica.

<sup>73</sup> Sobre las peculiaridades del acceso en los contratos por adhesión en plataformas electrónicas puede consultarse DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y CRUZ CRUZ, Sergio, “Contratos por adhesión y plataformas electrónicas”. Disponible en <http://www.alfa-redi.org/upload/revista/60103-12-53-contratos.pdf>. Visitado el 24 de julio de 2004.

contratantes por sobre aquéllas contenidas en el formulario cuando ambas resulten incompatibles<sup>74</sup>.

### 3) El control de contenido

Respecto del control de contenido conviene hacer dos precisiones. La primera, que en el caso chileno no existe una definición de cláusula abusiva. La segunda, que con anterioridad a la dictación de la ley 19.955, la 19.946 contenía un catálogo de cláusulas abusivas *numerus clausus*<sup>75</sup> que, incorporadas en el contrato por adhesión no producían ningún efecto. El catálogo contenido en el artículo 16 de la ley 19.496 constituye una “lista negra”, es decir, advertida la existencia de una de estas cláusulas en un contrato por adhesión que satisfaga las condiciones de aplicación de la ley, el juez debe necesariamente declarar su ineficacia.

El catálogo de cláusulas del artículo 16 resulta susceptible, al menos, de dos críticas. La primera de ellas es que, como ya se ha advertido, se trata de un catálogo cerrado. Aun cuando el artículo se encuentra bajo el título “Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión”, las seis letras que contenía con anterioridad a la dictación de la ley 19.955 resultaban inevitablemente insuficientes para el control de la equidad a que aspiran este tipo de normas en el Derecho Comparado. La segunda crítica es que, aun tratándose de un catálogo cerrado, su enumeración es extraordinariamente escasa si se compara con otros catálogos en Derecho comparado<sup>76</sup>.

La nueva letra 16 g) que incorporó la ley 19.955 soluciona el primer problema. Lo que resta de este trabajo trata sobre ella.

57

## III. LA NUEVA LETRA G) DEL ARTÍCULO 16

Una mirada a la historia de la ley 19.955 indica que dentro de sus principios rectores se encontraba la idea de fortalecer la protección de los consumidores. Respecto del control de contenido en los contratos por adhesión dicha protección se plasma en el establecimiento de una causal genérica de abuso cuya evaluación y resolución corresponde al tribunal competente<sup>77</sup>. La idea aquí,

<sup>74</sup> Sobre la regla de prevalencia de la condición particular puede consultarse TAPIA RODRÍGUEZ y VALDIVIA OLIVARES (n. 5), pp. 151-157.

<sup>75</sup> El análisis de estas cláusulas puede consultarse en TAPIA RODRÍGUEZ y VALDIVIA OLIVARES (n. 5).

<sup>76</sup> Así, por ejemplo, la lista gris del Anexo de la Directiva 93/13 contiene 17 casos, la *AGB-Gesetz* contiene en su artículo 11 una lista de 16 casos y la ley 7/1998 española sobre condiciones generales de la contratación enumera 29 casos.

<sup>77</sup> Ver “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que modifica la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores”, en *Boletín* N° 2787-03.

de la ley 19.955 no se aludía a ésta en el catálogo del artículo 16. Probablemente esto se explique, como advierten Tapia y Valdivia, por el deseo del legislador de evitar la incertidumbre que supondría una jurisprudencia equívoca sobre el tema para los proveedores<sup>82</sup>. ¿Cómo debe entonces entenderse la buena fe para los efectos de la utilización de la cláusula abierta?

El legislador indica que para considerar la buena fe debe atenderse a parámetros objetivos. Según se ha sugerido tanto por la doctrina nacional como por la extranjera, la buena fe es un principio general del Derecho que se estructura en torno a las ideas de fidelidad, creencia y confianza y se manifiesta de diversas formas en el ordenamiento jurídico<sup>83</sup>. Dentro de estas manifestaciones la clasificación más frecuente, aunque resistida por algunos<sup>84</sup>, es entre buena fe subjetiva y objetiva. La primera de ellas puede ser definida como “la creencia que, por efecto de un error excusable, tiene la persona de que su conducta no peca contra el Derecho”<sup>85</sup>. La segunda, en tanto, corresponde a un deber de comportamiento correcto y leal en los negocios jurídicos.

Esta última especie de buena fe –que es a la que refiere el legislador en la letra g) del artículo 16– constituye un estándar de conducta que procura moralizar las actuaciones de las partes en un negocio jurídico<sup>86</sup>. En este intento, el expediente de la buena fe puede ser utilizado para suplir, integrar o corregir el contenido del negocio<sup>87</sup>. La buena fe objetiva alude a un modelo de conducta –de allí que su apreciación sea abstracta– que debe ser observado por los contratantes durante todo el *iter* contractual<sup>88</sup>. Advertido esto, la siguiente pregunta es, ¿en

<sup>82</sup> TAPIA RODRÍGUEZ y VALDIVIA OLIVARES (n. 5), p. 90. Recientemente, en un seminario organizado por la Cámara de Comercio de Santiago, un representante del Instituto Libertad y Desarrollo sugirió en su ponencia que: “En general cuando la ley contiene estas normas [refiriéndose, entre otras a la de la letra 16 g)] que son tan amplias, lo que sucede es, que se restringe la capacidad de decisión del comerciante y correlativamente se amplía la capacidad con la competencia de las autoridades, ya sean administrativas o judiciales.” (ver KANSINGER. P., “Posibles conflictos para la actividad empresarial”, en *Normas y Comentarios a la ley 19.946 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*, disponible en [http://www.ccs.cl/descarga/ley\\_consumidor/p\\_kangiser.pdf](http://www.ccs.cl/descarga/ley_consumidor/p_kangiser.pdf). Visitado el 27 de julio de 2004, p. 13.

<sup>83</sup> Para la doctrina nacional puede consultarse FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil moderno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, en el caso de la extranjera puede consultarse DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*, Barcelona, Bosch, 1965 y DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Javier, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch, 1963.

<sup>84</sup> Ver, por ejemplo, HERNÁNDEZ GIL, Antonio, “La concepción ética y unitaria de la buena fe”, en HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras completas*, Madrid, Espasa Calpe S.A., 1987, tomo 1: *Conceptos jurídicos fundamentales*, pp. 549-577.

<sup>85</sup> VON THUR, citado en LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, 3ª ed., tomo II, p. 392.

<sup>86</sup> Como ha sugerido LOUSSOUARN, “cualquiera sea su manifestación, la buena fe traduce indiscutiblemente una regla moral” (“La buena fe”, en CÓRDOVA (n. 56), p. 17).

<sup>87</sup> Ver DE LOS MOZOS (n. 83) p. 46.

<sup>88</sup> Para ejemplos de esto en el caso chileno puede consultarse LÓPEZ SANTA MARÍA (n. 85), pp. 399-406. Una muestra sobre aplicación jurisprudencial de la buena objetiva en el caso chileno



qué se traduce este deber de comportarse correcta y lealmente en el caso del artículo 16 g).

Según ha dejado ver Guzmán Brito, el efecto de la buena fe a que refiere el artículo 1.546 es “ampliar el círculo de obligaciones a más allá de lo expresado en el contrato”<sup>89</sup>, éste no parece, sin embargo, ser el efecto buscado por el legislador en este caso. Lo buscado, más bien, es reducir el círculo de obligaciones prescindiendo de aquéllas que resultan abusivas. Más iluminadora al momento de examinar la letra g) del artículo 16 parece la distinción a que se ha aludido más arriba entre “justicia procedimental” y “justicia sustantiva”. La exigencia de la buena fe a que se refiere el legislador parece estar referida al diseño, presentación y forma en que se ofrece el contrato por adhesión al consumidor.

El siguiente comentario que conviene hacer sobre lo dicho es que las exigencias de la buena fe no se agotan en los requisitos de inclusión a que refiere el artículo 17, si así fuera la exigencia de la buena fe sería sencillamente redundante en la ley. La observancia de las exigencias de la buena fe no consiste únicamente en satisfacer los requisitos de legibilidad del contrato, uso del idioma castellano y entrega de una copia del contrato, sino que precisan la observancia de todas las exigencias que imponen las convicciones éticas imperantes al tráfico comercial. Por supuesto que se puede objetar que definida de esta manera la buena fe resulta difusa y atenta contra la certeza jurídica, pero ésta es una crítica que puede formularse, en general, a cualquier utilización de la buena fe en el ordenamiento jurídico<sup>90</sup> y acaso constituya su mayor ventaja<sup>91</sup>. Con todo, resulta beneficioso –aunque sea únicamente con fines pedagógicos– intentar circunscribir los márgenes de las exigencias de la buena fe en la letra g) del artículo 16. Con este objeto resultará útil determinar, en primer lugar, el momento de su aplicación y, en segundo, algunos ejemplos de su utilización.

61

### *El momento*

La exigencia de la buena fe en esta materia se presenta en la fase de redacción y celebración del contrato<sup>92</sup>. Sobre la redacción de las cláusulas se ha sugerido que el proveedor debe considerar los intereses del consumidor, absteniéndose

---

puede encontrarse en CORRAL TALCIANI, Hernán, “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno”, en CORDOVA (n. 56), pp. 207-224.

<sup>89</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La buena fe en el Código Civil de Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, N° 1, 2002, p. 23.

<sup>90</sup> Como ha sugerido LOUSSOUARN “el problema de la buena fe ilustra el eterno dilema que se le plantea al jurista que busca conciliar los dos imperativos de justicia y seguridad”, (n. 56), p. 17.

<sup>91</sup> Después de todo, uno de los objetivos de la buena fe es adaptar la letra de ley a las convicciones morales imperantes (sobre esto ver WIEAKER, Franz, *La buena fe*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1977).

<sup>92</sup> Ver PAGADOR LÓPEZ (n. 59), p. 63.

de defraudar sus expectativas razonables. Se trata, en definitiva, de prescindir de aquellas cláusulas que contratantes normales, debidamente informados y en condiciones de paridad negocial, no hubiesen pactado<sup>93</sup>, toda vez que impiden que el contrato realice la finalidad que un consumidor normal busca en la celebración de ese tipo de contrato según la apariencia creada por el proveedor<sup>94</sup>. A lo anterior se suma, todavía, que el contenido del contrato debe ser presentado de una forma que un consumidor promedio sea capaz de entenderlo. En el caso de la etapa que antecede a la celebración del contrato, si bien es cierto que los contratos por adhesión se caracterizan por no existir negociación sobre el contenido prescriptivo del contrato, lo cierto es que en el proceso de formación del consentimiento la buena fe puede demandar ciertas conductas o abstenciones por parte del proveedor.

### Ejemplos

Respecto de la redacción de las cláusulas que defraudan las expectativas del consumidor constituyen buenos ejemplos aquellos indicados en el Anexo de la Directiva 93/13, los contemplados en de la ley 26/1984 española para la defensa de los consumidores y usuarios y los del parágrafo 9 del *AGB-Gesetz* alemán. Algunas de las cláusulas a que refieren estos cuerpos normativos son las siguientes:

62

“La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional”. (Nº 1.5 Disposición Adicional 1 Ley 26/1984).

“La concesión al profesional del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato”. (Nº 1.8 Disposición Adicional 1 Ley 26/1984).

“La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional”. (Nº 3.2 Disposición Adicional 1 Ley 26/1984).

“La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza”. (Nº 5.9 Disposición Adicional 1 Ley 26/1984).

“Prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo”. (Letra m Anexo Directiva 93/13).

---

<sup>93</sup> Ver MOISÁ, Benjamín, “La buena fe en los contratos por adhesión”, en CÓRDOVA (n. 56), pp. 427-428.

“Conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato”. (Letra m Anexo Directiva 93/13).

“Restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares”. (Letra n Anexo Directiva 93/13).

“Prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste”. (Letra p Anexo Directiva 93/13).

“Una cláusula mediante la cual un tercero sustituye o puede sustituir al predisponente en los derechos y obligaciones derivados de los contratos de compraventa, de prestación de servicios o de obra, a no ser que en la misma cláusula

- a) se designe nominalmente al tercero, o
- b) se reconozca al adherente el derecho a separarse del contrato”.  
(Nº 13 § 11 *AGB-Gesetz*)<sup>95</sup>.

En el caso de la presentación del contenido, ya se ha advertido más arriba que el legislador chileno exige en los requisitos de inclusión únicamente la legibilidad del texto y que de la discusión de la ley 19.496 parece desprenderse que la legibilidad no refiere a la posibilidad de comprensión del texto para un consumidor normal. Pues, bien, la buena fe a que el legislador refiere en el artículo 16 g) suple este vacío; el deber de comportarse con lealtad y rectitud supone que el predisponente se abstenga de incurrir en prácticas que obstaculicen la comprensión del contenido del contrato. Siguiendo a Tapia y Valdivia, los supuestos más usuales de este tipo de conductas son la extensión excesiva del texto, el uso de conceptos jurídicos y técnicos, las largas series de excepciones y contraexcepciones, las remisiones cruzadas entre cláusulas, la falta de orden o clasificación de las cláusulas, las referencias a reglas legales vagas y las remisiones a textos que no se ponen al alcance del consumidor<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> Siguiendo en esto a PAGADOR LÓPEZ el proveedor debería abstenerse de incorporar cláusulas de desequilibrio, es decir aquellas que generan un desequilibrio y cláusulas sorpresivas, ver (n. 59).

<sup>95</sup> Según la traducción de GARCÍA AMIGO, Manuel, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, enero-diciembre 1978, tomo LXII pp. 384-401. Para un vistazo a la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas del *AGB-Gesetz* puede consultarse ALBIEZ DORMAN, Klaus, “Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre buena fe en las condiciones generales del contrato [artículo 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales del Contrato-AGBG], en *ADC*, 1989, pp. 869-885.

<sup>96</sup> (n. 5) pp. 72-73.

Respecto de la etapa que antecede al perfeccionamiento del contrato constituyen prácticas frecuentes y vulneratorias de la buena fe dar un tiempo excesivamente limitado al consumidor para que lea el contrato o no entregarle una copia para que pueda examinar su contenido con anterioridad a la suscripción. Especial relevancia adquiere en esta sede el deber de información del predisponente en virtud del cual éste o sus representantes deben comunicar al consumidor, entre otras cosas, los vicios del producto, su carencia de cualidades esenciales y los riesgos asociados al uso del bien o servicio<sup>97</sup>. Todavía es posible afirmar que el deber de informar adquiere una fisonomía especial en el caso de las “cláusulas sorprendidas”, esto es, aquéllas que no resultan habituales en una determinada especie de contrato, es decir, discrepan de las expectativas razonables de un consumidor promedio al momento de celebrar el contrato. En este caso parece razonable exigir al predisponente extremar la “visibilidad” de la cláusula.

4) El desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que se deriven del contrato

Como se ha señalado, la contravención a las exigencias de la buena fe debe traducirse en un desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor, en los derechos y obligaciones que se deriven del contrato para las partes. Que sea un desequilibrio importante es algo que, como en el caso europeo, no resulta susceptible de reducirse a una fórmula general. Hacerlo implicaría únicamente decir lo mismo, pero con otras palabras. Como ha sugerido Llamas para el caso español, resulta inevitable que el empleo de la expresión “desequilibrio importante” provoque un amplio margen de discrecionalidad judicial<sup>98</sup>, pero, conviene advertir que, hasta cierto punto, el carácter eminentemente casuístico de los problemas que pueden suscitarse entre proveedores y consumidores hace deseable esta discreción judicial. ¿Pueden, sin embargo, acotarse los márgenes de esta discreción judicial? El legislador chileno ha establecido dos criterios con ese objetivo: la finalidad del contrato y las disposiciones generales y especiales que lo rigen.

5) Criterios para delimitar el carácter abusivo de una cláusula

El legislador chileno ha indicado que para determinar el carácter abusivo de una cláusula en los términos de la letra g) es necesario atender de una parte a la finalidad del contrato y, de otra a la disposiciones generales y especiales que lo rigen. Con el objetivo de examinar cómo deben ser utilizados estos criterios es necesario dar respuesta a tres preguntas. La primera de ellas es, ¿qué debe

<sup>97</sup> Ver BIANCA (n. 56), p. 198 y BALLERSTROS GARRIDO (n. 37), pp. 235-236.

<sup>98</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio, “Buena fe y cláusulas abusivas en la contratación con consumidores”, en CORDOVA (n. 59), p. 237.

entenderse por cada uno de ellos? En segundo lugar, es necesario precisar ¿qué debe entenderse por atender? y, en tercero, determinar si el juez, ¿puede utilizar otros criterios?.

¿Qué debe entenderse por finalidad del contrato y disposiciones generales y especiales que lo rigen?

En el caso de la finalidad del contrato, lo más razonable, si se considera la experiencia comparada, parece ser pensar que el legislador se está refiriendo al objetivo típico que un consumidor promedio busca satisfacer a través de la celebración del contrato y que el predisponente debe considerar al momento de celebrar el contrato<sup>99</sup>. Respecto de las disposiciones generales y especiales que lo rigen, el legislador se está refiriendo a las normas de derecho objetivo que disciplinan al contrato.

#### *¿Qué debe entenderse por atender?*

Aparentemente los criterios que utilizó el legislador chileno fueron tomados del § 9 de la *AGB-Gesetz* que presume la existencia de un perjuicio no equitativo para el consumidor cuando:

1. No es compatible con el principio inspirador de la regulación legal, de la cual se aparta, o
2. Limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad del mismo.

La regla alemana resulta, en mi opinión, más adecuada que la chilena, por dos razones. Una, que de la redacción del precepto chileno no resulta claro si el juez está constreñido por aquellos dos criterios o puede atender a otros factores para considerar el carácter abusivo de la cláusula. En el caso alemán puede hacerlo, la ventaja de utilizar los dos factores del § 9 es que acreditados se presume el carácter abusivo de la cláusula. Otra, y ahora respecto de la presunción, ésta se justifica toda vez que si la cláusula pone en peligro la consecución de la finalidad del contrato, hay buenas razones para presumir que la inserción de dicha cláusula vulneró las exigencias que impone la buena fe al proveedor. Respecto a la consideración de las disposiciones generales o especiales que rigen a esa especie de contrato, la presunción se justifica si se asume que las normas supletorias que entrega el legislador para los contratos intentan satisfacer equilibradamente los intereses de las partes, por lo mismo, debe mover a sospecha el hecho que el predisponente las altere, pues las más de las veces será en su propio provecho en desmedro de los intereses del consumidor.

<sup>99</sup> Sobre esto REZZÓNICO ha sugerido que debe prescindirse de la voluntad común de los contrayentes toda vez que los contratos por adhesión son instrumentos típicos, es decir, se encuentran redactados no para un supuesto en particular sino para la generalidad de los casos (n. 9), pp. 574-575.

*¿Puede el juez utilizar otros criterios para determinar el carácter abusivo de una cláusula?*

Lo más razonable sería sostener que sí. La experiencia comparada muestra que existen otros criterios que prestan utilidad para determinar el carácter abusivo de una cláusula, así, por ejemplo, la fuerza de las posiciones negociales del proveedor y el consumidor, el hecho que el consumidor haya sido inducido por el proveedor a celebrar el contrato o que los bienes y servicios hayan sido provistos al consumidor por orden de éste, la naturaleza de los bienes y servicios y las demás cláusulas del contrato o de otros contratos que hayan celebrado el proveedor y el consumidor que no parecen quedar comprendidos por la fórmula del artículo 16 g). En mi opinión, la mejor lectura del precepto es que el juez no puede dejar de considerar la finalidad del contrato y las disposiciones generales o especiales que lo rigen, pero de allí no se sigue que no pueda incorporar en su análisis otros criterios como los que se han señalado.

66 A diferencia del caso europeo, el legislador chileno no indica al juez factores que no debe tener en consideración al apreciar el carácter abusivo de una cláusula, sino que, como se ha visto, se limita a señalarle aquellos a los que debe atender. La pregunta que interesa responder a propósito de esto es si el juez puede prescindir de algunos factores en su análisis, a saber, aquellos a los que refiere el número 2 del artículo 4 de la Directiva 93/13. ¿Podría el juez determinar, por ejemplo, el carácter abusivo de la cláusula porque el precio no se compadece con el bien o servicio, en detrimento del consumidor? La respuesta a esta pregunta parece ser negativa. La razón de lo anterior –siguiendo a Bercovitz– es que, en general, los bienes y servicios a los que se aplica la ley del consumidor no están sujetos a fijación de precios, éstos quedan determinados por mecanismos de mercado, por lo mismo si se le permitiera al juez adecuar los precios a los bienes o servicios lo que, en definitiva, estaría haciéndose es implantar al mercado un sistema de control de precios<sup>100</sup>. En el mismo sentido Llamas ha sugerido, para el caso español que “se hace referencia a un desequilibrio *jurídico* y *no económico*; y por ese motivo, tal ponderación no se extiende a las cláusulas esenciales sobre el objeto principal del contrato ni a la relación precio-calidad, pues ello atentaría contra la libertad de mercado<sup>101</sup>.”

<sup>100</sup> Citado en SERRA RODRÍGUEZ (n. 53), p. 67. A este argumento podría todavía agregarse que el precio es siempre una cláusula “visible”, es decir, que el consumidor es capaz de distinguir, por lo mismo, la intervención del Estado no es necesaria para aligerar una asimetría informativa.

<sup>101</sup> (n. 98), p. 238.

## 6) La presunción de validez

La letra g) concluye presumiendo que se ajustan a las exigencias de la buena fe aquellas cláusulas que pertenecen a contratos que han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.

Bajo las reglas generales del derecho chileno es el consumidor quien debe probar que la cláusula vulnera las exigencias de la buena fe, por lo mismo, así debería presumirlo el juez mientras el consumidor no acredite lo contrario. Si esto es correcto se genera, sin embargo, un problema con la parte final de la letra g). La presunción de validez a la que alude resultaría redundante, toda vez que se trata de la regla general. ¿Qué sentido tiene entonces la presunción? En mi opinión la presunción presta utilidad en un escenario: aquél en que el consumidor ha logrado acreditar el desequilibrio al que alude la letra g).

En general lo más probable es que el consumidor comience intentando acreditar el desequilibrio importante. Lo anterior por dos razones: la primera es que esto es lo que, en definitiva, determina que acuda a tribunales, la segunda es que si se asume, como sucede en el caso alemán, que el desequilibrio puede presumirse del alejamiento de la norma dispositiva o de la frustración de la finalidad típica del contrato, la prueba del desequilibrio resulta considerablemente más sencilla que la de la vulneración de las exigencias de la buena fe. Acreditando el consumidor el desequilibrio el juez queda autorizado para presumir la inobservancia de las exigencias de la buena fe.

Lo anterior no sucedería en el caso de los contratos que han sido autorizados previamente por un órgano administrativo, allí el legislador asume que la intervención de éste ha tenido como objeto justamente evitar las vulneraciones a las exigencias de la buena fe y, en este caso será obligación del consumidor acreditar que dicha finalidad no se ha cumplido en ese caso específico

La deseabilidad de esta presunción es tributaria de la calidad de los controles administrativos en Chile es tributaria de la calidad de esta especie de controles en Chile. Si éstos son eficaces y se acepta la interpretación que vengo dando la presunción constituye un acierto del legislador. En caso contrario, la presunción impone una carga al consumidor difícil de justificar.





## EL PACTO CIVIL DE SOLIDARIDAD EN EL DERECHO FRANCÉS

*Michel Grimaldi\**

### RESUMEN

A partir del análisis de la Ley que introdujo el PACS es posible constatar que dicha norma no fue fruto de ningún imperativo supranacional. Se trata de una institución, cuya regulación defectuosa arroja la carencia de efectos personales, pero que, por el contrario, presenta importantes consecuencias de orden patrimonial. A la obligación recíproca de ayuda material, se suma la solidaridad en las obligaciones generadas de la vida en común. Por último, se analiza con detenimiento la indivisión de los bienes adquiridos por las partes.

### ABSTRACT

69

Starting from the analysis of the Law that introduced the PACS it is possible to verify that said norm was not the product of any supranational imperative. It deals with an institution whose defective regulation yields the lack of personal effects but that, on the opposite, presents important consequences of patrimonial order. To the reciprocal obligation of material help it is added the solidarity in the obligations generated by the shared life. Finally it is analysed in detail the indivision of the assets acquired by the parties.

### ADVERTENCIA

El texto que sigue forma parte de una conferencia presentada en Montreal, en octubre de 2002, con ocasión de un coloquio organizado por la Universidad de Québec a Montreal sobre la unión civil: nuevos modelos de uniones conyugales y de parentalidad en el siglo XXI<sup>1</sup>. Este trabajo no tiene por finalidad

\* Profesor de la Universidad Panthéon-Assas, Paris II.

<sup>1</sup> Las actas del Congreso fueron publicadas por las ediciones Yvon Blais, Montreal. El coloquio tuvo como origen la adopción en Quebec de la ley del 24 de junio de 2002 que introduce la *Unión Civil*.

realizar un estudio exhaustivo del PACS, sino de proponer una cierta visión del mismo.

## 1

La ley del 15 de noviembre de 1999 introdujo en el *Código Civil* francés un título denominado “Del pacto civil de solidaridad y del concubinato”: este nuevo título –el título XII del libro primero intitulado “De las personas”– contiene ocho artículos sobre el PACS y un solo artículo sobre el concubinato. El PACS se define como “un contrato celebrado entre dos personas físicas mayores, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida común” (art. 515-1); por su parte, el concubinato se conceptualiza como “una unión de hecho, caracterizada por una vida común presentando un carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja” (art. 515-8).

Pocas leyes civiles han dado lugar a tantas polémicas y desencadenado tan fuertes pasiones: antes de su adopción, hubo manifestaciones en las calles de París; durante la tramitación, los debates parlamentarios alcanzaron una intensidad dramática poco común; después de su adopción, los comentarios doctrinales, la mayoría de las veces hostiles, fueron de una vivacidad excepcional<sup>2</sup>.

70

## 2

Tres observaciones generales ayudaran a aproximarse al tema.

–En primer lugar, ningún imperativo supranacional, en particular europeo, obligaba a Francia a consagrar una forma de unión distinta al matrimonio. Por una parte, nadie ha pretendido que el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales exija ofrecer a las parejas heterosexuales dos formas de uniones con desigual rigor: una tradicional, el matrimonio; otra, a inventar, que sería más ligera. Por otra parte, cuando la Corte Europea de Estrasburgo decidió que esos mismos derechos y libertades no imponían extender el matrimonio a las parejas homosexuales<sup>3</sup>, no agregó que habría, al menos, que proponer a esta unión un marco jurídico particular. La ley francesa sobre el PACS es, entonces, una ley adoptada en completa libertad, una ley plena de soberanía nacional. Aún más, ella ha sido, quizá, una ley de imitación: legislaciones extran-

<sup>2</sup> Para un estudio completo del PACS, se pueden consultar los manuales (ahí se encuentran las referencias a abundante literatura): BÉNABENT, A., *La famille*, 10ª ed., N° 435 y t s.; CARBONNIER, J., *La famille*, 20ª ed., p. 696 y s.; CORNU, G., *La famille*, 7ª ed., N° 52 y s.; COURBE, P., *Droit de la famille*, 2ª ed., N° 601 y s. Se puede consultar también las numerosas contribuciones sobre el PACS reunidas en los *Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Des concubinages*, LITEC, 2002.

<sup>3</sup> CEDH, 17 de octubre de 1986, *Rees c. Royaume Uni*, serie A, N° 106.

teras han consagrado, antes que ella, formas de unión al margen del matrimonio, algunas distinguiendo las uniones heterosexuales de las homosexuales<sup>4</sup>.

–En segundo lugar, la institución del PACS no tiene el mismo significado para la pareja heterosexual que para la pareja homosexual.

A la pareja heterosexual, la ley ha ofrecido siempre un marco jurídico completo, personal y patrimonial, con el matrimonio. Para aquélla, el PACS marca la apertura de una alternativa al matrimonio. Ahora resulta posible al hombre y a la mujer, decididos a vivir juntos en un marco jurídico, de escoger entre el matrimonio y un simple PACS. Y es aquí donde cabe destacar la profunda mutación que ha tenido lugar en los últimos decenios en la psicología de los concubinos: los de ahora no son aquellos de los años sesenta, de espíritu libre, rebeldes a la norma, deseosos de vivir en un espacio de no derecho; ahora ellos reivindican un estatuto y no son hostiles a la negociación contractual<sup>5</sup>. Esto conduce a interrogarse si, para la pareja heterosexual, recurrir al PACS puede interpretarse como el símbolo de una aspiración a un nuevo derecho matrimonial; si, entonces, para ellos, el futuro del PACS no está en el matrimonio<sup>6</sup>: en un matrimonio que sería liberalizado, en particular por la desjudicialización del cambio de régimen matrimonial y quizá del divorcio por consentimiento mutuo.

Por el contrario, a la pareja homosexual, la ley no proponía hasta ahora ningún marco jurídico y la jurisprudencia había, incluso, rechazado el beneficio de disposiciones legislativas que, en materia de arriendos de casa habitación, se le confieren a los concubinos<sup>7</sup>. El PACS le ofrece el acceso a un estatuto. ¿Era necesario? Podemos pensarlo. Pues la pareja homosexual no afecta la moral actual: ser homosexual no ha sido nunca inmoral, constituye un estado; vivir su homosexualidad ya no es inmoral, sino que participa del ejercicio de

<sup>4</sup> La legislación de los Países Bajos no distingue, al contrario de lo que ocurre en Cataluña.

<sup>5</sup> Los concubinos despreocupados de los *sixties*, son aquellos que rechazan el matrimonio en la canción de Georges Brassens: “Ne mettons pas nos noms au bas d’un parchemin... Laissons le champ libre à l’amour...”. La sed de derecho parece haber irrumpido en los años ochenta, con la práctica (reducida) de los contratos de concubinato (véase, STORCK, M., *Les contrats de concubinage*, Journ. Not. 1988, art. 59366). Hoy, se justifica interrogarse si las parejas despreocupadas no son aquellas que se casan: un simple intercambio de un sí ante el alcalde, y enseguida dotados, por la ley que ha pensado por ellos, de un estatuto completo, personal y patrimonial. Es cierto que la ley del 3 de diciembre de 2001 prevé, en su artículo 22, que debe serle entregado “en el momento del cumplimiento de las formalidades precedentes al matrimonio” una información “sobre el derecho de familia, en particular los derechos del cónyuge sobreviviente” (y también que un “documento de información sobre el derecho de familia sea anexado a la libreta de familia”). Pero puede apostarse que en esos instantes prenupciales sólo prestaran a esas informaciones una atención distraída...

<sup>6</sup> Véase CARBONNIER (n. 2), p. 701: “L’avenir du concubinage est dans le mariage”.

<sup>7</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 17 de diciembre de 1997: D. 1998.111, concl. Weber, nota J.-L. Aubert: el concubinato supone una “relación estable y continua con apariencia de matrimonio, luego entre un hombre y una mujer”.

un derecho de la persona, de una libertad individual. En cuanto al argumento según el cual se trataría de un fenómeno minoritario, disidente, desviado según algunos, no excluiría que se legislara, ya que hoy nos preocupamos significativamente de las minorías.

Curiosamente, el PACS responde, al mismo tiempo, a la demanda de heterosexuales que podrían casarse, pero que no lo quieren, y a la demanda de homosexuales que quisieran casarse, pero que no pueden hacerlo.

—En tercer lugar, el rigor, la violencia, incluso, en la oposición a la reforma condujo a la elaboración de disposiciones técnicamente defectuosas y en el fondo ambiguas. Esto se debió a que los autores y los defensores del texto estaban obsesionados por la doble preocupación de que el PACS no apareciera como competencia del matrimonio (sobre el cual se insistió en elogiarlo) ni como la consagración jurídica de la pareja homosexual. Sin embargo, si bien son reales los defectos y ambigüedades, la crítica sistemática no se justifica ni tampoco el intento por acentuar las incoherencias con la esperanza de neutralizar la ley. Toda ley, incluso rechazada, merece respeto y requiere una interpretación leal, *potius ut valeat quam ut pereat*.

Bajo el alero de estas observaciones preliminares, resulta posible analizar el PACS a través de tres de sus características.

72

#### A. EL PACS, CONTRATO DE ORGANIZACIÓN DEL CONCUBINATO

3

El PACS, según el artículo 515-1, es celebrado por las partes “para organizar su vida en común”. Pero inmediatamente surge una pregunta: ¿de qué vida en común se trata?, ¿puede tratarse de una simple cohabitación, de una simple comunidad de techo?, ¿o se exige una vida de pareja, una comunidad de lecho?

El gobierno defendió la primera tesis ante el Consejo Constitucional, donde retomaba sus declaraciones efectuadas ante el Parlamento, sosteniendo que el PACS “no implica necesariamente relaciones sexuales entre las partes”<sup>8</sup>. Y el artículo 515-8, que define el concubinato, ofrece un argumento en este sentido de exigir una “vida en pareja”, que viene a completar y precisar aquélla de una “vida en común”, de la definición del PACS, que no alude a la “vida en común”. Sin embargo, el Consejo Constitucional retuvo la otra tesis<sup>9</sup>: el PACS, declaró, es un contrato destinado a dos personas que viven una unión sexual. Su interpretación se justifica fácilmente por las prohibiciones que el artículo

<sup>8</sup> Véase la decisión del Consejo: decisión N° 99-419 DC del 9 de noviembre de 1999, JCP 1999.III.20173.

<sup>9</sup> Decisión precitada.

515-2 establece a la celebración de un PACS: estos obstáculos –por causa de parentesco o afinidad, existencia de un matrimonio o de un pacto no disuelto– no se entienden si el pacto tuviera la finalidad de regir las relaciones entre personas que vivan juntas, pero carezcan de unión sexual, personas que cohabitan para evitar los horrores de la soledad, para remediar una carencia de habitación o compartir los gastos. Esta misma interpretación se extrae de la limitación a dos del número de partes, que está incluida en la definición que el artículo 515-1 entrega del PACS: si la convención estaba destinada para aquellos que tienen la simple preocupación de no estar solos o de compartir el arriendo, ella debería, para alcanzar plenamente su objetivo, estar abierta a tres partes y a más, con la posibilidad de reemplazar los muertos y desertores. Así, se concluiría de la lógica del contrato de asociación.

Algunos reprocharán al Consejo Constitucional de haber reescrito la ley sustituyendo al Parlamento. Otros, con mayor acierto, lo felicitarán de haber puesto las cosas claras, deduciendo de las disposiciones explícitas y precisas de la ley el sentido de las mismas, bastante ambiguas, en las cuales no está dicho lo que con coraje y franqueza debió decirse<sup>10</sup>.

## 4

Que el PACS tenga por objetivo la organización de una vida en pareja es esencial para comprender la naturaleza y definir el régimen.

73

Con respecto a su naturaleza, no debe presentarse como una alternativa al concubinato: no se trata de pareja o concubino. El PACS presupone un concubinato, que tiene por finalidad precisa organizar: se puede ser concubino pareja o concubino no pareja. A los concubinos corresponde optar entre el PACS y el no derecho<sup>11</sup>. A este respecto, hay que elogiar la ley de haber propuesto un

<sup>10</sup> Debe tenerse en cuenta que en la práctica de las reservas de interpretación (según se les denomina) se contradice doblemente el orden de fuentes de nuestro Derecho. Por una parte, la ley sólo es declarada conforme a la Constitución bajo reserva de una interpretación que puede traicionar la voluntad del legislador; y es por esto que se ha sugerido que, la decisión del Consejo una vez dictada, puede significar antes de la promulgación una nueva lectura en el Parlamento, con el objetivo de decidir, debidamente informado, la mantención del texto anteriormente adoptado, tal como lo entendió el juez constitucional, o retirarlo. Por otra parte, no es seguro que los jueces estatales se sientan vinculados por la interpretación del Consejo Constitucional (a pesar del artículo 62 de la Constitución, el cual prescribe que las decisiones del Consejo “se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales”, incluso, si la fuerza obligatoria se vincula no solamente a lo dispositivo de la decisión del Consejo sino, también, a los motivos que constituyen el fundamento necesario). Sobre todo que lo propio de la interpretación jurisprudencial es ser evolutiva: calidad que, por naturaleza, no puede tener la interpretación del juez constitucional, al cual la ley, una vez promulgada, no le será nunca más sometida.

<sup>11</sup> Véase CORNU (n. 2): el autor distingue entre “la unión libre, libre y desnuda” (N<sup>os</sup> 45 y s.) y “la unión libre comprometida con los vínculos de un pacto civil de solidaridad” (N<sup>os</sup> 52 y s.).

estatuto contractual a los concubinos, ámbito en el cual se podía temer la ausencia del mismo. La ley deja espacio al libre concubinato.

En cuanto al régimen, y en particular de su conclusión, el pacto celebrado por dos personas que no realizan ni proyectan una vida de pareja, con el solo objetivo de beneficiar de alguna ventaja procedente, constituiría un pacto simulado. Este pacto debiera anularse, al igual que un matrimonio simulado, y por el mismo motivo: fraude a la ley o ausencia de consentimiento. Podría agregarse otro motivo en apoyo: la ausencia de objeto, falta de vida común a organizar. Y si se considera, en el otro extremo, la disolución del PACS, podría sostenerse que el cese de la vida común implica la caducidad del PACS, por extinción de su objeto, un poco como el contrato de sociedad que termina por la “extinción de su objeto” (art. 1844-7, 2º, *Código Civil*). Esta interpretación tendría el mérito de disipar el riesgo, muy peligroso, de parejas que, habiéndose separado sin poner fin a su pacto (del cual podrían haber olvidado su existencia) continuarán sometidas sin saberlo por largo tiempo<sup>12</sup>: volveremos sobre esto<sup>13</sup>.

#### B. EL PACS, CONTRATO DESPROVISTO DE EFECTOS PERSONALES SIGNIFICATIVOS

##### 5

74

El PACS no produce ningún efecto personal mayor. Él es, desde un punto de vista extra-patrimonial, estéril. Lo verificaremos en dos ámbitos.

En primer lugar, el PACS no crea ninguna *obligación personal* entre las partes: no existe obligación de fidelidad<sup>14</sup>, ni obligación de socorro, tampoco la obligación de comunidad de vida. En cuanto a la asistencia, resulta revelador que, de la versión inicial del texto que preveía una “ayuda material y moral”, la palabra ‘moral’ fue eliminada en el curso de los trabajos parlamentarios. Respecto a la comunidad de vida, constituye, sin duda, una condición del PACS, en el sentido de que su ausencia *ab initio* justificaría la nulidad del PACS y que su cese podría significar la caducidad<sup>15</sup>, pero ella no es una obligación que nazca del PACS: la parte que la incumpla no comete una culpa en la ejecución del pacto.

Enseguida, el PACS no modifica ningún elemento esencial del estado civil de las partes. No tiene incidencia sobre el nombre (no confiere ningún derecho de uso del nombre del otro), ni sobre la nacionalidad, ni tampoco sobre el derecho a adoptar o de recurrir a una procreación médicamente asistida: partes o no, los

<sup>12</sup> Con la consecuencia de que la presunción de indivisión (*infra*, N° 8) cubriría los bienes adquiridos por cada una de las partes después de la separación.

<sup>13</sup> *Infra*, N° 5.

<sup>14</sup> Cf. TGI Lille, 5 de junio de 2002. Esta decisión es aberrante, si se comparte la concepción del PACS que se propone aquí.

<sup>15</sup> *Supra*, N° 4.

concubinos no pueden en ningún caso proceder de consuno a una adopción conjunta, porque la ley la reserva a las parejas casadas; en relación con la procreación médicamente asistida (por ejemplo, una inseminación artificial, con o sin donante), los concubinos de sexo diferente pueden recurrir, y los concubinos del mismo sexo no lo pueden en ningún caso, partes o no, ya que la ley sólo autoriza esta procreación en respuesta a un proyecto parental emanado de una pareja formada de un hombre y una mujer (art. L. 2141-2, C. salud pública).

6

La ausencia de efectos personales presenta dos excepciones y una atenuación.

Las dos excepciones tienen una importancia cierta en la práctica. En primer lugar, la ley instituye una prioridad de afectación a favor de los funcionarios separados por razones profesionales de su pareja (art. 13): prioridad de la cual los cónyuges gozaban desde hace tiempo. En segundo lugar, la excepción introduce la celebración de un PACS entre los elementos de apreciación que la autoridad administrativa toma en cuenta para la entrega de visas o títulos de residencia (art. 12): el extranjero que ha celebrado un PACS con una pareja francesa estará entonces en mejor posición para obtener un título de entrada o de estadía en el territorio francés.

La atenuación es que allí donde el concubinato se encuentra organizado por un PACS, la responsabilidad de aquél que lo rompe podría ser apreciada de manera más severa su culpa en la ruptura más fácilmente retenida. En efecto, si bien es verdad que el PACS no crea obligación de fidelidad ni obligación de vida común, él entrega más densidad a la unión personal sobre la cual se inserta, pues la provee de una organización patrimonial. Ahora bien, de la aceptación conjunta de esta organización, cualquiera puede inducir respecto del otro la existencia, sino de un compromiso, al menos de un proyecto de vida común durable. Decepcionar este anhelo legítimo podría caracterizar la culpa que la jurisprudencia retiene a veces en la ruptura del concubinato.

75

### C. EL PACS, CONTRATO GENERADOR DE EFECTOS PATRIMONIALES IMPORTANTES

El PACS genera efectos patrimoniales de tres tipos.

7

El PACS crea obligaciones para las partes.

En primer lugar, una obligación recíproca de ayuda material: “Las partes vinculadas por un pacto civil de solidaridad se aportan una ayuda mutua y material. Las modalidades de esta ayuda son fijadas por el pacto” (art. 515-4,

inciso 1º). Esta obligación evoca el deber de socorro entre los cónyuges (art. 212). En el silencio del PACS, pertenece al juez, en caso de litigio, decidir las modalidades de la ayuda y su monto. El tribunal fallará, según lo ha observado el Consejo Constitucional, “en función de la situación respectiva de las partes”. Sin embargo, el juez deberá resolver la difícil cuestión de la intensidad de este deber de ayuda material. ¿Se trata de un simple deber alimentario, que supone estado de necesidad de alguno y no obliga al otro al mínimo vital? O ¿Se trata de un deber más generoso de contribuir a las cargas de la vida común, que obliga al más rico a contribuir que el otro tenga un buen nivel de vida?

En segundo lugar, una obligación respecto de terceros, por la vía de una solidaridad de las partes en materia de deudas de la vida en común: “Las partes están obligadas solidariamente a terceros por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida cotidiana y por los gastos relativos al arriendo común” (art. 515-4, inciso 2º). Esta solidaridad evoca aquélla aplicable a los cónyuges en este ámbito (art. 220): las deudas contraídas “por las necesidades de la vida corriente” y los gastos “relativos al arriendo común” (art. 515-4) correspondiendo más o menos a las deudas contraídas para “el mantenimiento de la vida doméstica y la educación de los hijos” (art. 220); el mantenimiento de las cosas domésticas incluye los gastos de arriendo las necesidades de la vida cotidiana comprenden aquéllas de los hijos. Pero para las partes, la ley no excluye del ámbito de la solidaridad, como lo ha hecho para los cónyuges, las “compras compulsivas” y los “gastos excesivos”. Se trata de una distorsión molesta<sup>16</sup>, que procede de la preocupación, aquí improcedente, de distanciar el PACS de los efectos del matrimonio...

La primera de estas obligaciones es de orden público: las partes pueden adaptar las modalidades, pero sin descartar el principio. En cuanto a la segunda, la pregunta de saber si es de orden público no tiene sentido: por tratarse de una regla protectora de terceros, no corresponde a las partes excluirla.

## 8

El PACS dota de un estatuto de indivisión los bienes adquiridos por las partes (art. 515-5). En general, todo bien adquirido por uno pertenece en la mitad al otro, salvo voluntad manifiesta en contrario, ya sea por anticipado, en el pacto

<sup>16</sup> El Consejo Constitucional destacó que los excesos de una de las partes por gastar de manera excesiva serían sancionados por la responsabilidad civil: aquél que de manera imprudente compromete un gasto deberá indemnizar a la otra parte que ha pagado al acreedor. Pero es fácil observar que esta acción entre partes, psicológicamente difícil y económicamente aleatoria, constituye un remedio ilusorio. Sólo queda la posibilidad de que los jueces, en la aplicación del art. 514-5, reintroduzcan *de facto* las excepciones del artículo 220, considerando que el gasto excesivo o la compra temperamental no constituye un “gasto de la vida corriente”.



mismo, para los muebles que guarnecen el hogar, o en el momento, en el acto de adquisición, para los otros bienes.

Esta presunción de indivisión genera dificultades considerables de interpretación.

–En cuanto a su naturaleza y ámbito, ¿se trata de una presunción de adquisición conjunta o de una presunción de copropiedad?

Si seguimos la primera posibilidad, significa simplemente que las partes son reputadas por haber adquirido en conjunto el bien en cuestión. Comparable a la presunción legal de indivisión aplicable entre los cónyuges separados de bienes (art. 1538 inc. 3º del *Código Civil*), ella supone que las condiciones bajo las cuales el bien fue adquirido sean desconocidas: en consecuencia, no existe un acto de adquisición. Porque si este acto existe o, bien, el acto hace inútil la presunción, ya que significa una adquisición conjunta, o la invierte, pues se trataría de una adquisición individual.

Si consideramos la segunda opción, la presunción de indivisión significa, cuestión más grave, que la parte que adquiere el bien se presume que adquiere para sí y por cuenta de su pareja. Así, el bien que en los términos del acto de adquisición ha sido adquirido por uno solo pertenece en la mitad al otro, salvo cláusula en contrario. Cada parte puede resultar copropietaria en la mitad de un bien que no adquirió, cuyo precio no pagó e, incluso, habiendo ignorado la adquisición.

Este segundo análisis es el único compatible con el texto<sup>17</sup>. Por una parte, la libertad dejada a las partes de declarar en el pacto “si entienden someter al régimen de indivisión” los muebles de la vivienda familiar que adquirirán (inc. 1º)\* no tendría ningún sentido si la indivisión supone una adquisición conjunta: no puede aseverarse que los coadquirentes puedan sustraer los bienes adquiridos en conjunto del régimen de indivisión. Por otra parte, que la presunción pueda ser excluida por una cláusula en contrario en el acto de adquisición (inc. 2) prueba que puede aplicarse en presencia de un acto de adquisición. Sin embargo, a partir de la presunción así entendida, todavía es necesario definir el alcance: precisar a qué título la pareja del adquirente se transforma en propietario de la mitad del bien. Tres explicaciones son posibles.

77

<sup>17</sup> En este sentido, Rép. min. N° 23816: JO Sénat 23 de noviembre de 2000, p. 4019; JCP N 2000, p. 1769.

\* El artículo 534 del *Código Civil* francés señala “Las palabras muebles destinados a una vivienda sólo comprenden los muebles destinados al uso y al ornamento de los apartamentos, como tapicerías, camas, asientos, espejos, relojes, mesas, porcelanas y demás objetos de esta naturaleza.

Los cuadros y las estatuas que forman parte del mobiliario de un apartamento también están incluidos, pero no las colecciones de cuadros que pueden estar en las galerías o en salones privados.

Lo mismo puede decirse de las porcelanas: sólo aquellas que formen parte de la decoración de un apartamento se incluyen en la denominación de muebles destinados a una vivienda”.

En cuanto a la primera, se adquiere el derecho indivisible a título gratuito, por el efecto de una liberalidad consentida por la pareja adquirente<sup>18</sup>. Este análisis presenta la objeción que una intención liberal no se presume y, además, la donación requiere la aceptación del donante. Además, las consecuencias serían importantes: del punto de vista tributario, la pareja donataria debería los derechos de mutación con una tasa del 50% (para una donación que podría recibir a pesar de sí mismo...); desde una perspectiva civil, su derecho estaría sujeto a las múltiples causas de ineficacia que amenazan las donaciones (en particular, la revocación por ingratitud o la aparición de hijos y la reducción por afectar a la legítima).

Si seguimos el segundo análisis, se adquiere el derecho a título oneroso en calidad de comprador. Debe soportar el costo de la adquisición, de manera tal que su pareja puede reclamarle el reembolso de la mitad del precio global. La operación genera un crédito entre las partes. Pero este análisis no podría aceptarse, ya que una de las partes no puede obligarse a la mitad del precio sin su consentimiento.

78 Por último, en tercer lugar, la pareja que no obtuvo el bien adquiere su derecho a título oneroso en calidad de concubino vinculado por un PACS. En consecuencia, no debe nada al otro, pues es en la asociación personal, en la vida común que su derecho tiene su causa. Así justificada, la indivisión entre las partes del PACS evoca la comunidad entre cónyuges: si, bajo el régimen de la comunidad, todo bien adquirido por uno de los cónyuges pertenece a ambos, es que la unión de personas se prolonga naturalmente en una unión patrimonial. De manera más precisa, la indivisión aparece como una especie de comunidad que, para los bienes diversos de los muebles destinados a la vivienda, se alimenta con la aquiescencia de las partes, siendo libres de hacer entrar o no los bienes que adquieren<sup>19</sup>. Este último análisis es el más correcto: desde un punto de vista teórico, se funda en la idea bastante realista de que el PACS es un “régimen matrimonial” asociativo propuesto a los concubinos<sup>20</sup>; desde un punto de vista práctico, evita que la parte extranjera a la compra deba, ya sea al otro o al fisco, una suma de dinero. La dificultad, que no es menor, es que falta, para una satisfactoria implementación, el régimen de recompensas y aquél de repartición del pasivo. Finalmente, el legislador habría debido decir, como lo pensó en algún tiempo, que las partes están sometidas en cuanto a sus bienes a las reglas previstas en los artículos 1.401 y siguientes del *Código Civil*—en resumen, que existe comunidad de bienes...

<sup>18</sup> En este sentido, Rép. min. N° 23816, préc.

<sup>19</sup> Aquí, cabe pensar en las separaciones de bienes, a las cuales se agrega una comunidad de bienes, en la cual está previsto que ingresarán los bienes cuyo cónyuge adquirente declarará, en el momento que los adquiere, su voluntad de introducirlos. Se sabe que la práctica notarial conoce de estas comunidades, con contenido variable, abandonadas a la voluntad de los cónyuges.

<sup>20</sup> *Infra*, N° 10.

Para concluir podemos observar en relación con los bienes de las partes, que el PACS no confiere ninguna vocación sucesoria : no se suceden entre concubinos, aun, partes en un PACS<sup>21</sup>. El matrimonio reserva una característica importante. Quedan las donaciones, entre vivos o por causa de muerte, pero se encuentran sujetas a importantes impuestos<sup>22</sup>.

## 9

Por último, el PACS produce efectos con relación a las leyes tributarias y sociales.

En cuanto al Derecho Tributario, las partes están mejor tratadas que los concubinos libres de todo pacto; pero no lo son mejor que los cónyuges e, incluso, con frecuencia reciben un tratamiento menos favorable. Así, queda claro con los derechos de mutación a título gratuito: las donaciones entre partes se benefician de una rebaja de 57.000 euros y están sujetas a una tasa de imposición de 40% hasta 15.000 euros y de 50% en el exceso; las liberalidades entre concubinos que no sean partes en un PACS reciben impuestos más importantes, desde el primer franco la tasa es de 60%; las liberalidades entre cónyuges pagan menos impuestos, pues están beneficiadas de una disminución de 76.000 euros y de un impuesto progresivo mucho más favorable. La preferencia por el matrimonio aquí es patente.

79

En cuanto al régimen de protección social, las partes son asimiladas a los cónyuges para determinadas prestaciones, como el seguro de enfermedades, maternidad (art. 7) o muerte (art. 8)<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Se puede matizar este propósito observando que la parte es asimilada al cónyuge para la aplicación de la legislación sobre el arriendo urbano (art. 14), de manera tal que la pareja del arrendatario fallecido está beneficiada con la transferencia del arriendo (art. 14, L. 6 de julio de 1989): transferencia que puede analizarse como una sucesión anormal (GRIMALDI, M. *Successions*, N° 262. - Comp. TERRÉ, F. y LEQUETTE, Y., *Les successions, les libéralités*, N° 233: "succession particulière"). La asimilación genera otros efectos: la pareja del arrendatario que abandona el inmueble arrendado es beneficiario de la continuación del arriendo (art. 14, L. 6 de julio de 1989); el arrendador puede ejercer su derecho de reclamar el inmueble para alojar su pareja (art. 15, L. 6 de julio de 1989). Pero, ¿es útil esta asimilación?. En efecto, la pareja es, por hipótesis, un concubino. Ahora, el concubino notorio es asimilado desde hace tiempo al cónyuge desde el punto de vista de la transmisión del derecho del arrendatario como de aquél del arrendador; y lo es hoy en día sea pareja o no. Ciertamente, la Corte de casación había juzgado, por un fallo controvertido (fallo precitado n. 7), que el concubinato se entiende de una pareja formada de un hombre y una mujer, privando así al compañero homosexual sobreviviente del beneficio de la transmisión del arriendo. Pero, precisamente, la ley viene a condenar esta jurisprudencia definiendo el concubinato como una unión de hecho entre dos personas "de sexo diferente o del mismo sexo" (*supra*, N° 12). La misma observación corresponde a propósito del régimen de protección social de la pareja: *infra*, n. 22.

<sup>22</sup> *Infra*, N° 9.

<sup>23</sup> Vale la misma observación a propósito del arriendo: *supra*, n. 20.

La naturaleza jurídica del PACS se deduce de sus características. Puesto que está desprovisto de efectos personales, no se trata de un matrimonio *bis*, ni un matrimonio de segundo orden: las obligaciones de comunidad de vida y fidelidad, que constituyen la esencia del matrimonio, están ambas ausentes. Pero al otorgar a los concubinos, una pareja, de un estatuto patrimonial, se asemeja a un régimen “matrimonial”: el PACS constituye el “régimen matrimonial” de los concubinos<sup>24</sup>.

Este análisis permite justificar reglas a priori chocantes o de interpretar aquéllas ambiguas, logrando así una cierta coherencia en el Derecho francés relativo a la pareja.

#### –Explicación de determinadas reglas

La ley prevé que al PACS se le ponga término por la voluntad unilateral de una de las partes con un preaviso de tres meses (art. 515-7)<sup>25</sup>. Se ha hablado equivocadamente de repudiación. La repudiación supone la ruptura de un vínculo personal. En cambio, aquí se trata de la ruptura de un vínculo patrimonial. Y el concubinato puede continuar, organizado de otra manera en el plano pecuniario. La ruptura del PACS equivale en el concubinato al cambio de régimen matrimonial en el matrimonio.

80

#### –Interpretación de ciertas reglas

1º La ley prevé que el PACS debe otorgarse por un documento registrado ante el receptor del tribunal de instancia de la residencia común de las partes (art. 515-3). Cabe interrogarse sobre el tenor y la naturaleza de esta formalidad de registro: ¿las partes deben hacerlo en persona?, ¿se trata de una condición de validez del pacto, en términos que cualquiera de las partes podría retractarse mientras no se haya efectuado, o de una condición de simple oponibilidad, de manera tal que las partes estarían ligadas antes de proceder al registro?<sup>26</sup>. Un cuasi régimen matrimonial, asociación patrimonial en prolongación de una unión personal, el PACS gravita en el derecho patrimonial de la familia. Ahora bien, para los actos de esta naturaleza, y en particular para el contrato de matrimonio, el formalismo tiene por objetivo proteger los sentimientos, los cuales a veces son más fuertes que la razón. Resulta más apropiado imponer a las par-

<sup>24</sup> Comp. SIMLER, Ph., “Le ‘régime matrimonial’ des concubins”, en *Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, p. 75 y s.

<sup>25</sup> Y también por la voluntad común de las partes, así como por el matrimonio o la muerte de alguno de ellos (art. 515-7).

<sup>26</sup> Pero, entonces, ¿a contar de cuando?, ¿de la firma del escrito?, ¿del intercambio de voluntades?

tes la comparecencia personal ante el receptor y en caso contrario suspender la formación de la convención<sup>27</sup>. El PACS tendrá así su rito... su pequeño rito.

2° La cláusula contraria a la presunción de indivisión genera una controversia. La ley la prevé de manera distinta para los muebles destinados a la vivienda y para los otros bienes: para los primeros, en el PACS, en consecuencia del acuerdo de las partes y para siempre; para los segundos, en el acto de adquisición, por la sola voluntad del adquirente y caso por caso. Sin embargo, nada justificaría, a pesar de la opinión del Consejo Constitucional, la prohibición a las partes de excluir, en el PACS, la presunción de indivisión para los bienes distintos a los muebles destinados a la vivienda: de excluirla pura y simplemente o, salvo cláusula en contrario del acto de adquisición<sup>28</sup>. ¿Por qué, tratándose del estatuto patrimonial de pareja, limitar la libertad de los concubinos más que la de los cónyuges?, y, además, imponerles un régimen de asociación patrimonial más estricto.

#### -Coherencia del derecho de pareja

La unión matrimonial, que significa promesa<sup>29</sup> recíproca de vida común y fidelidad, es más fuerte que la unión en concubinato, que sólo es un acuerdo precario de una vida compartida. Traducido al plano patrimonial: los cónyuges, en principio, en comunidad de bienes, pero son libres de separarse de bienes mediante la celebración de un contrato de matrimonio; los concubinos viven en principio separados de bienes, pero son libres de compartir los bienes mediante la conclusión de un PACS.

81

<sup>27</sup> Tres precisiones: 1° En el sentido propuesto al texto, un argumento de apoyo puede extraerse del artículo 517-7, al. 7, C. civ. Siguiendo este texto, cuando el PACS se extingue por la voluntad común de las partes, sus efectos cesan por la mención de la declaración conjunta que el funcionario del tribunal –greffier– debe inscribir al margen del acto inicial. Ahora bien, si el simple acuerdo de las voluntades no es suficiente para deshacer el PACS, no debe ser suficiente tampoco para hacerlo nacer. 2° Porque se inserta en el derecho patrimonial de la familia, el PACS debe naturalmente ser concluido por acto notarial y este acto debe también naturalmente poder ser otorgado en el minuto con el objetivo de asegurar la conservación. Pero la elección de esta forma resulta contrariada por la exigencia, general, que el escrito sea establecido en dos originales para cada una de las partes (art. 515-7). Una circular ministerial deduce que el acto auténtico debe ser otorgado en un solo ejemplar –*en brevet*–; pero se sugiere una forma que sólo es utilizada por los actos jurídicos que, como el mandato, tiene vocación para agotar sus efectos de manera rápida. 3° La misma circular concluye, esta vez correctamente, en la necesidad de una comparecencia personal de los concubinos ante el secretario del tribunal –*greffier*–. En el mismo sentido, Rép. min. N° 47405, JOAN 21 de agosto de 2000, p. 4987 (con la consecuencia de excluir un PACS póstumo).

<sup>28</sup> Lo que significa revertir la presunción impuesta por la ley. La distinción introducida por la ley se explica sin duda por esta consideración bien práctica, según la cual la adquisición de un mueble destinado a la vivienda no da lugar al establecimiento de un acto.

<sup>29</sup> CORNU (n. 2), N° 56: “*le mariage est un engagement*”.

Para concluir, una cifra y una interrogante.

La cifra: en promedio, 20.000 PACS más o menos son concluidos cada año<sup>30</sup>. Inferior a las previsiones de los indicadores de la ley, esta cifra no es despreciable.

La interrogante: ¿Cuál es el futuro del PACS? Para las parejas heterosexuales, sin duda, como se ha dicho<sup>31</sup>, es un matrimonio renovado, liberalizado. Si esta evolución se verificara, encontraríamos, por una parte, los cónyuges, dotados de un estatus jurídico y, por la otra, los concubinos, libres de todo derecho. Para las parejas heterosexuales, el futuro es mucho más incierto. La institución se desplazará del terreno patrimonial hacia el terreno personal?, ¿el PACS constituye el anuncio de una apertura del matrimonio y de la adopción a las parejas homosexuales? La pregunta vinculada al diseño del matrimonio y la adopción, ya que el matrimonio está, por definición, vinculado al hijo: acto fundador de una familia, "el matrimonio conlleva en sí mismo los hijos"<sup>32</sup>. En consecuencia, la pregunta pasa por tener en cuenta, no solamente las aspiraciones de la pareja sino, también, del hijo: que dos personas del mismo sexo se prometan fidelidad, socorro y comunidad de vida, atañe solamente a ellos y se trata, en fin, de un asunto privado; pero que sean padres de un hijo, se trata, sobre todo, de este hijo. Y como en el estado de la sociedad francesa al año 2002, no se puede razonablemente excluir que un hijo sufra al tener por padres dos hombres o dos mujeres, el legislador francés será prudente en mantener las cosas en el estado actual... incluso, si su homólogo de Québec no creyó pertinente detenerse en estas consideraciones...

82

<sup>30</sup> 22.276 lo han sido en el año 2000, 19.632 en el 2001, 16.941 durante los primeros nueve meses del 2002: *Le Monde*, 16 de noviembre de 2002. En el mismo período, 4.635 rupturas han sido registradas: la misma fuente.

<sup>31</sup> *Supra*, N° 2.

<sup>32</sup> CORNU (n. 2), N° 159. Ciertamente, legislaciones extranjeras, como la belga, han abierto el matrimonio a la pareja homosexual, pero no la adopción. ¿Pero el permiso para adoptar no será el paso natural siguiente?

# LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL CHILENA

*Carlos Pizarro Wilson\**

## RESUMEN

La compensación económica introducida por la nueva ley de matrimonio civil se analiza en cuanto a su naturaleza jurídica. Si bien cabe descartar el carácter alimenticio, tampoco es factible definirla a través de la responsabilidad civil, siendo, más bien, una aplicación del principio que rechaza enriquecimiento sin causa. Por su parte, el estudio del régimen legal permite descifrar los aspectos técnicos y el funcionamiento de la institución. Por último, se critica el carácter inmutable de la compensación económica lo cual generará importantes problemas de orden práctico.

83

## ABSTRACT

The economic compensation introduced by the Law of Civil Marriage is analysed in relation to its juridical nature. Although it is possible to discard the alimony aspect, neither is feasible to define it through civil responsibility, been rather an enforcement of the principle that rejects enrichment without cause. By its side, the study of the legal regime allows to decipher the technical aspects and the functioning of the institution. Finally it is criticised the unchangeable character of the economic compensation which will generate important problems of practical order.

En la nueva ley de matrimonio civil se introduce una institución hasta ahora desconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de "la compensación económica" a la cual puede quedar obligado uno de los cónyuges respecto del otro, en razón del menoscabo económico que sufre el cónyuge beneficiario, por haberse dedicado sin remuneración a tareas propias del hogar o a la crian-

---

\* Profesor de Derecho Civil, Universidad Diego Portales. Instructor, Universidad de Chile.

za de los hijos. La compensación económica ha sido recogida en diversos ordenamientos jurídicos comparados y tiene por objetivo regular las consecuencias económicas perjudiciales para uno de los cónyuges, una vez decretado el divorcio o la nulidad matrimonial<sup>1</sup>.

El matrimonio involucra la obligación de socorro económico entre los cónyuges, quienes tienen el deber de prestarse asistencia mutua en todas las circunstancias de la vida<sup>2</sup>. En consonancia con este deber de socorro y protección, el *Código Civil* establece la obligación alimentaria entre los cónyuges<sup>3</sup>. Esta obligación cobra todo su esplendor, hasta ahora, cuando se produce una ruptura matrimonial. En efecto, con frecuencia la madre al cuidado de los hijos demanda alimentos al marido y padre ante el tribunal de menores competente o, cuando corresponde y ante el juzgado civil, sólo al marido por alimentos mayores. De esta manera, el marido o mujer sin el cuidado de los hijos puede quedar sujeto a la obligación alimentaria respecto de sus hijos y de su cónyuge. Sin embargo, la nulidad matrimonial y el divorcio extinguen el deber de alimentos entre los cónyuges. Con anterioridad a la nueva ley de matrimonio civil, era frecuente señalar que la nulidad matrimonial dejaba a la mujer en una situación de desprotección. Una vez decretada la nulidad matrimonial cesaba el deber de alimentos recíproco de los cónyuges. Esta situación se pretende remediar en la nueva legislación al consagrar la compensación económica para el caso de nulidad y divorcio.

84

Considerando la situación precaria en que puede quedar alguno de los cónyuges al término del matrimonio, en particular la mujer que se ha consagrado a la familia y crianza de los hijos, el legislador se ha preocupado de mantener un cierto equilibrio económico una vez dictada la sentencia de divorcio o de nulidad matrimonial. Esta preocupación del legislador por el cónyuge débil es recogida en la nueva legislación matrimonial. En diversos preceptos se alude a

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, el *Código Civil* español en el artículo 97: “El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial...”. Por su parte el artículo 270 del *Código Civil* francés dispone “Sauf lorsqu’il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l’article 212 du Code civil; mais l’un des époux peut être tenu de verser à l’autre une prestation destinée à compenser, autant qu’il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives”. En español “Salvo cuando se dictara con motivo del cese de la convivencia conyugal, el divorcio pondrá fin al deber de socorro previsto en el artículo 212 del *Código Civil*; pero uno de los esposos podrá estar obligado a pagar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las condiciones de vida respectivas”, en [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr), visitado el 29 de junio de 2004.

<sup>2</sup> Véase artículo 131 del *Código Civil*.

<sup>3</sup> Véase artículo 321 N° 1 del *Código Civil*.



la protección del cónyuge débil<sup>4</sup>. Este principio se establece en el artículo 3º inciso 1º al señalar que: “las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”.

Con todo, la institución que mejor refleja la protección del cónyuge débil en caso de nulidad o divorcio es la compensación económica. Esto explica el interés tanto teórico como práctico que representa esta institución.

Como resulta frecuente en los textos legales, la nueva ley de matrimonio civil sólo indica el régimen legal aplicable a la compensación económica, es decir, se refiere a los aspectos de funcionamiento de la institución. Así explica la ley, por ejemplo, los factores a tener en cuenta para evaluar su procedencia y la forma de cómo debe fijarse. Sin embargo, no comprende reglas que se refieran a la calificación jurídica de la institución. Entonces, es a partir del régimen legal que debemos descubrir la noción o especificidad de esta novedosa institución. A estos dos aspectos de la compensación económica quisiera referirme: en primer lugar a la noción de la compensación económica (I) y, en segundo lugar, al régimen legal de la misma (II).

## I. LA NOCIÓN DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Si bien en la legislación no se precisa qué calificación jurídica corresponde asignar a la compensación económica, a partir de los preceptos que la regulan puede

85

---

<sup>4</sup> El principio de protección del cónyuge más débil aparece en diversas instituciones en la nueva legislación. En primer lugar, la protección patrimonial que consagra la ley a favor del cónyuge más débil. El artículo 30 establece la facultad para cualquiera de los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal para solicitar la adopción de medidas provisionales para la protección del patrimonio familiar y el bienestar de los miembros de la familia. Con la misma finalidad, en caso de divorcio por cese de la convivencia con demanda unilateral, el cónyuge demandado podrá solicitar al juez que verifique el cumplimiento por el demandante durante el cese de la convivencia de la obligación de alimentos respecto de los hijos y del cónyuge demandado; en el evento que el cónyuge demandante de manera reiterada haya incumplido con la obligación de alimentos, el juez no podrá decretar el divorcio. Otra manifestación del principio aparece en las hipótesis de separación judicial y divorcio por mutuo consentimiento. Los cónyuges, en estos casos, están obligados a acompañar con la demanda un acuerdo que regule en forma completa y suficiente las relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. Estas características de “completo” y “suficiente” que debe reunir el acuerdo están definidas en la propia ley, tanto respecto de la separación judicial como del divorcio. En lo que nos interesa, el acuerdo es suficiente cuando “...procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges” (art. 27, inciso final y art. 55, inciso 2º). Hay que recordar, eso sí, que dicho acuerdo queda supeditado a la apreciación del juez, el cual puede modificarlo si estima que no reúne las características de completo y suficiente.

discutirse acerca de su carácter alimentario o compensatorio. De otra parte, los elementos necesarios para su procedencia permiten afinar la calificación jurídica.

#### A. Calificación de la compensación económica

La fisonomía de la compensación económica permite plantearse si ésta presenta un carácter alimenticio o se trata de una verdadera indemnización con carácter compensatorio.

##### 1. Compensación económica y alimentos

Por varias razones uno podría tender a pensar que la compensación económica constituye una pensión de alimentos a favor del cónyuge débil una vez decretada la nulidad o el divorcio<sup>5</sup>. En este sentido, la ley establece que si el cónyuge deudor carece de bienes suficientes para solucionar la compensación, el juez puede dividirla en cuantas cuotas fuere necesario. Y, agrega, que para fijar la compensación el juez tomará en cuenta la capacidad económica del cónyuge deudor<sup>6</sup>. Este mismo criterio, figura entre los parámetros que debe considerar el juez para fijar el monto de la compensación económica: “la situación patrimonial de ambos”<sup>7</sup>. Si no se tratara de alimentos, sino de la simple compensación del menoscabo económico sufrido por el cónyuge débil, no habría razón para considerar la situación patrimonial del cónyuge deudor. En este caso bastaría calcular el desmedro económico con independencia de la situación patrimonial del beneficiario<sup>8</sup>. Otro argumento para acercar la compensación económica a los alimentos, radica en que si la compensación se fijó en cuotas, éstas se considerarán alimentos, dice la ley, “para el efecto de su cumplimiento”<sup>9</sup>. Salvo que se hubieren otorgado garantías para el cumplimen-

86

---

<sup>5</sup> Cabe tener presente que en la indicación de los senadores señores Chadwick y Romero y del ex senador señor Diez, en lo relativo al artículo 48 de la indicación, dichos parlamentarios expresaron que “no obstante la declaración de nulidad, el presunto cónyuge que hubiere contraído de buena fe y que haya tenido a su cargo el cuidado cotidiano del hogar o de los hijos comunes, tendrá derecho a solicitar que el otro cónyuge le proporcione alimentos durante un plazo que no excederá de cinco años, contados desde que queda ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad”, en “Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento”, en *Boletín*, N° 1.759-18, p. 182.

<sup>6</sup> Véase artículo 66.

<sup>7</sup> Véase artículo 62.

<sup>8</sup> Un problema similar se presenta en la evaluación del daño moral, puesto que se consideran las facultades económicas del demandado para fijar el *quantum*. Por vía de ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de abril de 1997, GJ; N° 202, p. 145; Corte Suprema, 8 de agosto de 1968, RDJ, tomo LXV, sec. 4ª, p. 188; Corte Suprema, 24 de septiembre de 1986, RDJ, tomo XXXIII, sec. 4ª, p. 191.

<sup>9</sup> Véase artículo 66, inciso 2°.

to. Por lo tanto, cuando se fije la compensación económica en cuotas y el cónyuge deudor no haya ofrecido garantías para su cumplimiento, procederán todos los apremios aplicables al alimentario contumaz en conformidad a la *ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias*.

No obstante, las precedentes características no permiten acordar el carácter alimenticio a la compensación económica. En realidad, esta institución no corresponde calificarla como alimentos<sup>10</sup>. En primer lugar, la mirada para determinar la procedencia de la compensación económica está volcada hacia el pasado. El juez debe considerar el sacrificio de alguno de los cónyuges en la vida marital, ya que por cuidar los hijos o dedicarse a las labores propias del hogar no pudo desarrollar una actividad remunerada o lo hizo en una menor medida de lo que podía y quería. En principio, no se trata de evaluar las necesidades futuras del cónyuge beneficiario, sino de todo aquello que no pudo ingresar a su patrimonio en razón del sacrificio durante el matrimonio. En otros términos, debería procederse a un cálculo del sacrificio económico o empobrecimiento del cónyuge beneficiario al haberse dedicado a tareas no lucrativas o haberlo hecho en menor medida. Esto no tiene nada que ver con los alimentos, los cuales se vinculan al deber de socorro y se fijan sobre la base de las necesidades económicas del alimentario y las facultades económicas del alimentante.

En segundo lugar, la compensación económica se fija por una vez y por siempre, no siendo posible su revisión por ninguna causa. Ni siquiera una excepcional precariedad en la situación patrimonial del cónyuge deudor con posterioridad a su fijación puede justificar la revisión de la compensación económica<sup>11</sup>. Tampoco una mejora en el estándar de vida del cónyuge beneficiario

<sup>10</sup> En este sentido se pronuncia el senador Chadwick quien declaró “que, en su opinión, no se trata de alimentos, los cuales tienen como objetivo permitir la subsistencia. En cambio, esta institución pretende compensar una expectativa económica a la cual se habría renunciado para dedicarse exclusiva o preferentemente a la familia común. Los casos de renuncia profesional se darán principalmente en los sectores medios y altos, pero en la gran mayoría de los casos la pérdida estará en los ámbitos de previsión y de salud”. Luego, los senadores Chadwick y Espina, “coincidieron en que la compensación no corresponde a alimentos, excepto en lo que atañe a su cumplimiento en ciertos casos, por lo que la modalidad de pago, de contado o en cuotas, que se adopte es irrelevante respecto del monto fijado”, en “Informe..., (n. 5), pp. 198 y 199.

<sup>11</sup> Este problema fue discutido en la tramitación del proyecto de ley. La Comisión rechazó la posibilidad de revisión de la compensación económica. Quedó constancia en actas de la negativa a “la posibilidad de que el deudor solicite el cese del pago del saldo insoluto, o su reducción, por la variación de su condición económica o de la del acreedor, o por el hecho de que su ex cónyuge se case nuevamente o conviva con otra persona”, en “Informe..., (n. 5), p. 199. El Ministro de Justicia a la época, Sr. Gómez, afirmó “que este sistema está operando en muchos países, y tiene la gran ventaja de que pone fin tempranamente a la discusión económica para no perpetuar el conflicto familiar, como ocurre con los alimentos, en que las solicitudes de rebajas o de aumentos producen enfrentamientos constantes, que lo único que hacen es perpetuar odiosidades. En su

altera el *quantum* de la compensación fijada. La razón, parece ser, que el monto fijado compensa un perjuicio hacia el pasado sin relación con la situación patrimonial futura de los cónyuges. En la práctica, esta cuestión reviste una gran importancia. Piénsese en una compensación económica fijada en cuotas durante cinco años, plazo en el cual el marido forma otra familia y la cónyuge beneficiaria contrae matrimonio con un sujeto de excelente situación patrimonial. La familia del marido se verá impactada por el menoscabo producto del pago de la compensación económica. Aún más, siendo transmisible, según veremos, sus herederos, entre ellos su propia cónyuge, podría quedar expuesta al pago de la compensación. Además, teniendo en cuenta los datos de la familia chilena en la mayoría de los casos la compensación se fijará en cuotas, creando una relación posdivorcio no exenta de dificultades<sup>12</sup>.

Por último, la propia expresión compensación conlleva de manera inevitable la idea de indemnización. El texto legal señala que se trata de *compensar* el *menoscabo económico*. La compensación involucra una pérdida consumada o, al menos, previsible, en razón de un hecho acaecido con anterioridad. En este sentido, la compensación económica se asemeja al lucro cesante, entendido éste, como las ganancias no percibidas en razón de un ilícito civil. Surge la necesidad, entonces, de evaluar la relación entre la compensación económica y la responsabilidad civil.

---

opinión, no deben existir alimentos después del divorcio, y no tiene objeciones en que se opte por la indemnización de perjuicios”, en Informe..., (n. 5), p. 185.

<sup>12</sup> La Ministra del SERNAM, Sra. Delpiano señaló que “aunque la fuerza de trabajo femenina ha ido creciendo en nuestro país, en la actualidad alcanza solamente al 35%, lo que significa que el 65% de las mujeres está dedicado al trabajo doméstico no remunerado. Por otro lado, en el caso de las mujeres que trabajan, existe una brecha salarial del 68% respecto de los hombres. Señaló que las mujeres de sectores de más altos ingresos trabajan en mucha mayor proporción que las de menores ingresos: el 65% de las mujeres más ricas trabajan remuneradamente y el porcentaje del primer y segundo quintil que trabajan no llega al 20%. En otras palabras, hoy en día el 80% de las mujeres más pobres del país, que tienen hijos, no trabajan por una remuneración”, en “Informe..., (n. 5), p. 192. Sobre el particular consultar *Mujeres chilenas, tendencias en la última década*, Santiago, Servicio Nacional de la Mujer, Departamento de Estudios y Estadísticas, enero de 2003, disponible en [www.sernam.cl/estudios/abstracts/mujereschilenas.htm](http://www.sernam.cl/estudios/abstracts/mujereschilenas.htm). En este trabajo puede constatar que las mujeres que tuvieron hijos al año anterior del censo de 2002 tenían como actividad principal el trabajo doméstico no remunerado. Véase, además, *Relaciones laborales de nuevo tipo. Sistematización, detección y medición de problemáticas de género de nuevo tipo*, Santiago, SERNAM, documento de trabajo N° 86, junio de 2004, disponible en [www.sernam.cl/estudios/abstracts/12.htm](http://www.sernam.cl/estudios/abstracts/12.htm). Un dato importante a tener en cuenta es el aumento en un 16% de las uniones de hecho en el período comprendido entre 1992 y 2002, sobre todo en la población joven. En caso de ruptura en las convivencias consensuales no habrá derecho a compensación económica.

## 2. Compensación económica y responsabilidad civil

Si bien las características de la compensación económica involucran una semejanza con el lucro cesante no cabe confundir ambas instituciones. En mi opinión, no puede considerarse una genuina indemnización de perjuicios a la compensación económica, pues ésta no exige culpa del cónyuge deudor. La compensación económica procede en todas las hipótesis de divorcio, aun en el más inocuo solicitado por ambos cónyuges por cese de la convivencia por un plazo superior a un año.

Además, en la responsabilidad civil la indemnización se fija en consideración a la extensión del daño, sin considerar la buena o mala fe del victimario, al menos en el ámbito extracontractual. Si la buena o mala fe del cónyuge deudor resulta relevante para fijar la compensación económica no es posible hablar de una genuina indemnización de perjuicios.

Por otra parte, no hay que olvidar que, al menos en el Derecho Comparado, el divorcio ha estado vinculado a genuinas hipótesis de responsabilidad civil. En efecto, el cónyuge víctima de un ilícito civil a instancias de los hechos que originan el divorcio puede incoar una acción civil por el daño moral causado. En Argentina, España o Francia, existe abundante jurisprudencia sobre daño moral por adulterio con escándalo, el cual, han entendido, significa un ilícito civil que debe ser reparado<sup>13</sup>. La compensación económica no cubre este tipo de daño, pues se refiere a un perjuicio material y en ningún caso de índole extrapatrimonial o moral.

Vemos entonces que existe cierta oscuridad en torno a la naturaleza jurídica de la compensación económica. Si bien en la definición se coloca el acento en paliar el desequilibrio económico a que queda expuesto uno de los cónyuges; también se refiere a la idea del sacrificio del cónyuge beneficiario al haberse dedicado a la tareas del hogar o al cuidado de los hijos. En el sistema continental la mirada del juez se centra de manera particular en el momento de la ruptura y la situación económica del cónyuge hacia el futuro. En el caso del modelo anglosajón la compensación involucra un cálculo orientado a determinar el valor del empobrecimiento del cónyuge beneficiario durante el matrimonio. En la nueva normativa, la compensación económica presenta un carácter indemnizatorio atenuado. La característica de inmutabilidad presente en la institución reafirma su carácter indemnizatorio por el menoscabo sufrido por el cónyuge beneficiario. En ningún caso procede entender dicha compensación como alimentos, salvo en cuanto al cumplimiento del pago en caso de fraccionamiento de la compensación. La naturaleza indemnizatoria se reafir-

<sup>13</sup> SAMBRIZZI, Eduardo, *Daños en el Derecho de Familia*, Buenos Aires, La Ley, 2001; ANGULO SANTANA, Pamela, *Responsabilidad Civil derivada del divorcio y separación*, Seminario, Universidad Diego Portales, 2003, 65 pp.

ma con la imposibilidad de revisión del monto de la misma fijado por el tribunal en la sentencia o por el acuerdo de los cónyuges. La noción de la compensación económica está relacionada con la necesidad de volcarse hacia el pasado para definir la institución. Aquella presenta un carácter estático que se aparta del dinamismo vigente en los alimentos. Se intenta perpetuar el pasado de la relación conyugal al compensar el menoscabo económico padecido por el cónyuge beneficiario. Según señala Seriaux, la compensación económica “perpetua el pasado, sin innovar. Este pasado incluye, por cierto, la representación de un futuro; pero se trata de un futuro previsible”<sup>14</sup>.

En suma, la compensación económica equivale al menoscabo patrimonial avaluado en dinero a favor de uno de los cónyuges que en razón de haberse dedicado más que el otro al cuidado personal de los hijos o a labores propias del hogar no desarrolló una actividad lucrativa o sus ingresos fueron inferiores a los que habría podido obtener. La “compensación económica” presenta un marcado carácter indemnizatorio por el enriquecimiento del cónyuge deudor y el empobrecimiento del cónyuge beneficiario. De ahí que su naturaleza jurídica pueda explicarse a través del enriquecimiento a expensas de otro.

### 3. La compensación económica y el enriquecimiento a expensas de otro

90

El pago de la compensación económica se justifica en la pérdida del cónyuge beneficiario de un estándar de vida al cual accedía durante la vida conyugal al haberse dedicado a la crianza de los hijos o a las tareas del hogar. El trabajo desempeñado por el cónyuge beneficiario significó un enriquecimiento del cónyuge deudor, puesto que este último gozaba de un beneficio en su nivel de vida en razón del sacrificio del otro cónyuge. La voz ‘enriquecimiento’ corresponde entenderla no sólo como el incremento patrimonial sino que comprende, también, la exclusión de un pasivo en el patrimonio del enriquecido<sup>15</sup>. Por lo mismo, el empobrecimiento del cónyuge beneficiario puede consistir en una merma económica o en la ausencia de ingresos a su patrimonio.

La explicación más apropiada consiste en la compensación del menoscabo económico del cónyuge beneficiario y el enriquecimiento injusto del cónyuge

<sup>14</sup> SERIAUX, Alain, “La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris”, en *RTD civ.*, 1997, p. 53.

<sup>15</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier, *Del enriquecimiento a expensas de otro en el derecho chileno*, 2003 (sin publicar), p. 155: “La regulación de la acción de enriquecimiento no sólo como límite cuantitativo de la obligación que recae sobre quien se ha enriquecido, sino también como su elemento ontológico, que puede consistir tanto en un incremento patrimonial directo cuanto en una ventaja indirecta, manifestándose por lo demás en la eliminación de un elemento pasivo del patrimonio, en una pérdida de riqueza o en un ahorro de expensas, y así evitarse una disminución que acarrearía el empobrecimiento”.

deudor, ambos, elementos propios del enriquecimiento a expensas de otro. Uno de los cónyuges resulta beneficiado en virtud del sacrificio del otro durante el desarrollo de la vida marital. El enriquecimiento y empobrecimiento deben evaluarse para compensar al cónyuge débil, el cual se ve expuesto a vivir una situación de precariedad futura. El desequilibrio económico a propósito del divorcio o nulidad en uno de los cónyuges lo habilita para demandar la compensación económica. De ahí que, si bien el menoscabo económico justifique la admisión de la compensación económica, los parámetros para fijar su monto estén, más bien, centrados en la situación actual del cónyuge beneficiario y su futura vida.

Al momento de analizar la procedencia de la compensación económica la ley no distingue si la decisión de contribuir a la familia con trabajo doméstico o la crianza de los hijos fue voluntaria o impuesta. Sólo tendrá relevancia, según veremos, la aptitud profesional del cónyuge beneficiario al momento de fijar el monto.

Salvo acuerdo de los cónyuges, el juez debe establecer en una cantidad fija de dinero el menoscabo económico del cónyuge beneficiario. No se trata de una pensión basada en deberes de socorro o auxilio, sino de una “compensación” del daño patrimonial destinada a mantener un cierto nivel de vida al cual el cónyuge beneficiario tiene derecho en virtud del sacrificio realizado durante el matrimonio.

Existe, entonces, un compromiso en la ley que toma en cuenta el empobrecimiento del cónyuge beneficiario, pero al momento de determinar el monto de la compensación no se lleva a cabo un cálculo sobre la base de dicha merma en el patrimonio, sino una cuestión distinta, se evalúa la situación actual del cónyuge beneficiario al momento de la ruptura y las perspectivas de vida hacia el futuro. Este compromiso permite explicar la compensación económica en la nueva legislación.

Ahora quisiera referirme a los elementos para la admisión de la compensación económica.

91

### *B. Elementos de la compensación económica*

Las condiciones para decretar la compensación económica están descritas en la propia ley. Al sacrificio económico y el respectivo menoscabo, ambos elementos necesarios para la procedencia de la compensación económica, debe agregarse el análisis y descarte de la liquidación del régimen patrimonial como condición de la compensación económica.

#### 1. Condiciones de la compensación económica

El artículo 61 de la ley señala los elementos necesarios para que proceda la compensación económica, lo cual redundará en la necesidad del cónyuge demandante de la compensación de probarlos.

a) Dedicación al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común.

En primer lugar, el cónyuge supuesto beneficiario debe acreditar una dedicación al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común. Estos elementos no son copulativos en el sentido de que una dueña de casa que no trabaja y tiene empleadas domésticas, igual será acreedora de la compensación. El cónyuge supuesto beneficiario debe probar, entonces, o que se dedicó al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar común o ambas circunstancias. No reviste importancia si la dedicación al cuidado de los hijos o a las tareas propias del hogar común tuvieron su origen en la voluntad del cónyuge beneficiario o en una situación impuesta, ya sea por el otro cónyuge o por las circunstancias. Se trata de un elemento objetivo que debe acreditarse por el cónyuge demandante.

b) Ausencia o reducción en la actividad remunerada del cónyuge beneficiario.

En segundo término, la circunstancia de haberse dedicado a los hijos o a las tareas del hogar debe haberle significado el impedimento de desarrollar una actividad remunerada durante el matrimonio o haberlo hecho en menor medida de lo que podía o quería. Este requisito constituye una consecuencia del primero. Al haberse dedicado a los hijos o al hogar común, el cónyuge beneficiario se vio impedido de acrecentar su patrimonio o lo hizo en una menor proporción. Según dije, el legislador no distingue para admitir la procedencia de la compensación si el demandante de la compensación decidió por sí mismo no trabajar o no tenía más alternativa. El hecho objetivo de haberse dedicado al cuidado de los hijos o trabajar en menor medida, conlleva un menoscabo económico que debe compensarse.

c) Menoscabo económico.

Por último, en tercer lugar, debe existir un menoscabo económico. Por ejemplo, si se trata de un matrimonio de una duración breve, lo más probable es que no se verifique ningún menoscabo económico y no proceda la compensación económica. Para determinar la existencia del menoscabo económico se utilizan los mismos criterios dispuestos para determinar el monto de la compensación. En ciertos casos operará una presunción de menoscabo económico, por ejemplo, cuando se trate de un matrimonio de larga duración en que el cónyuge ha dedicado sus esfuerzos de manera exclusiva al hogar y a los hijos. Con todo, la prueba de estos elementos será relevante y los abogados deberán entregar los elementos suficientes al juez para que pueda evaluar de la mejor forma la procedencia y monto de la compensación económica.

d) Situación del divorcio por culpa

El artículo 62 inciso segundo contempla la facultad del juez para excluir la compensación económica o rebajar su cuantía en el evento que el cónyuge que reclama la compensación haya dado lugar a la causa del



divorcio por culpa. En consecuencia, puede señalarse que una condición eventual de la compensación económica, tratándose del divorcio basado en la culpa, consiste en que el juez no aplique la prerrogativa otorgada en el citado art. 62.

Hasta aquí, hemos determinado el carácter de la compensación económica y sus elementos. Sin embargo, queda pendiente antes de analizar el régimen legal dilucidar la relación entre la compensación económica y el régimen patrimonial del matrimonio.

## 2. Compensación económica y régimen patrimonial

Algunos podrían pensar que la liquidación del régimen patrimonial, ya sea la sociedad conyugal o la participación en los gananciales sería suficiente para paliar el menoscabo económico del cónyuge demandante. A fin de cuentas corresponde la mitad de los gananciales a los cónyuges una vez efectuada la liquidación. No obstante, la compensación económica procede con independencia del régimen patrimonial vigente en el matrimonio. No se trata de compartir el haber común del matrimonio, sino de compensar aquello que no pudo ingresar al patrimonio del beneficiario por haberse consagrado al cuidado del hogar y de los hijos, de manera tal que hacia el futuro no se vea desmedrada su situación económica. Si fuera compensación en sentido estricto debiera compartir también el cónyuge beneficiario la compensación con el cónyuge deudor, ya que sería el reflejo de las ganancias no obtenidas por el cónyuge deudor, que en su momento habrían ingresado al haber social o se habrían colacionado en la participación en los gananciales. Empero, nada de esto es así, pues según demostraré en el análisis del régimen legal, si bien la compensación se justifica por un menoscabo económico, los parámetros para fijarla se centran en la situación de desequilibrio del cónyuge demandante con ocasión del divorcio o la nulidad matrimonial.

Además, la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio no se verificará necesariamente en el procedimiento de nulidad, separación judicial o de divorcio. En efecto, si bien la ley contempla la facultad del juez para liquidar el régimen patrimonial a propósito de la separación judicial, para que proceda se requiere que los cónyuges así lo hayan solicitado y se hubiere rendido prueba suficiente para tal efecto. De manera tal que si los cónyuges no lo solicitan o la prueba es insuficiente, el juez no procederá a liquidar el régimen patrimonial, sin que esto signifique excluir la posibilidad de la compensación económica. Con todo, la ausencia de liquidación planteará problemas para evaluar la cuantía de la compensación. De ahí la necesidad de contribuir a la liquidación de la comunidad una vez decretada la nulidad o el divorcio de los cónyuges. En efecto, parece razonable que con anterioridad a fijar la compensación económica haya operado la liquidación del régimen patrimonial, cuestión, además, útil para proyectar la situación económica de los cónyuges hacia el futuro.

En suma, la admisión de la compensación económica requiere la prueba del sacrificio del cónyuge beneficiario a las tareas del hogar o al cuidado de los hijos y el menoscabo económico; siendo irrelevante para su admisión la liquidación del régimen patrimonial. Ahora pasaré a revisar el régimen legal de la institución.

## II. RÉGIMEN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

El régimen previsto para la compensación económica involucra el análisis del ámbito de la aplicación, la oportunidad, fijación y cuantificación de la compensación y, por último, ciertos aspectos accesorios.

### A. *Ámbito de aplicación*

94

La normativa aplicable a la compensación económica se encuentra en el título VII relativo a las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio. Y en el párrafo 1º del capítulo se refiere a la compensación económica. Se constata una cierta impropiedad, ya que, según previene el artículo 61 se admite la procedencia de la compensación económica sólo en caso de que se declare la nulidad del matrimonio o se produzca el divorcio, dejando de lado la separación judicial<sup>16</sup>. Debiera inclinarse el intérprete por descartar la compensación económica en caso de separación judicial, ya que ésta no pone término al deber de socorro y, en consecuencia, persiste el deber de alimentos entre los cónyuges. En efecto, no habiéndose puesto término al matrimonio no existe razón alguna para hacer procedente la compensación económica. Si bien puede sostenerse que alguno de los cónyuges separados judicialmente puede encontrarse en el mismo supuesto fáctico que el cónyuge débil divorciado o anulado, no resulta admisible la compensación, pues persiste el vínculo matrimonial, siendo exigible la obligación alimentaria<sup>17</sup>. En consecuencia, la compensación económica procede en las hipótesis de nulidad matrimonial y de divorcio. La procedencia de la compensación económica ha sido tradicional en los casos de divorcio vin-

---

<sup>16</sup> La inconsistencia puede tener su origen en haber seguido el Derecho español en el título, mas no en el precepto que fija el ámbito de aplicación –artículo 61 *in fine*–. En efecto, el Derecho español admite la pensión económica en caso de separación, la cual es compatible con la pensión de alimentos. Véase, GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 141 y 142.

<sup>17</sup> Cf. BARRIENTOS GRANDON, Javier, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, Santiago, LexisNexis, 2004, p. 422: “Supuesta la naturaleza esencialmente resarcitoria, y no alimenticia o asistencial, de la compensación económica, no pareciera coherente haber negado su procedencia en los casos de separación judicial, sin perjuicio, evidentemente, de que si luego se decretare el divorcio no hubiera allí nuevo derecho a exigirla”.

cular, siendo excepcional su admisión en la hipótesis de nulidad matrimonial<sup>18</sup>. No resulta clara la razón de admitir la compensación en caso de nulidad, ya que el estado de los cónyuges se retrotrae al momento de la celebración del mismo. El fundamento, podría encontrarse, en la situación precedente a la nueva ley, ya que la nulidad matrimonial constituía un verdadero divorcio por mutuo consentimiento que implicaba el término de todos los deberes y obligaciones entre los cónyuges. Aunque las causales de nulidad son más extensas y el procedimiento más expedito, es de esperar que no se persistirá en la práctica de preferir la vía de la nulidad simulando las causales. De ahí que la compensación económica debiera tener aplicación mayoritaria en la hipótesis del divorcio<sup>19</sup>.

### B. Oportunidad, fijación y forma

#### 1. Oportunidad en que debe solicitarse la compensación

Existen diversas instancias en que los cónyuges pueden reclamar la compensación económica.

- a) En primer lugar, son los propios cónyuges quienes pueden fijar la procedencia, monto y forma del pago de la compensación económica, ya sea en el acuerdo regulatorio (demanda conjunta por cese de la convivencia o mediante acuerdo extendido por escritura pública o acta de avenimiento en cualquier estado del juicio). En el caso que se estipule en el acuerdo regulatorio, el legislador al referirse al carácter de suficiencia que debe cumplir aquél, se exige no sólo que se procure aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura sino, también, la necesidad de establecer relaciones equitativas hacia al futuro.
- b) En los escritos de discusión. En segundo lugar, la compensación económica puede ser solicitada en la demanda de divorcio si el cónyuge que se pretende beneficiario inicia el procedimiento. Puede demandarse en la contestación o en la demanda reconventional. El cónyuge que se pretende beneficiario puede tener interés en que se acredite el divorcio por culpa del deudor, ya que este criterio se tomará en cuenta para fijar el monto de la compensación. Imagínese que el marido demanda el divorcio por cese de la convivencia en un plazo superior a tres años, la mujer

93

<sup>18</sup> Véase, en todo caso, el *Código civil du Québec*, su artículo 427 admite la procedencia de la compensación económica en las hipótesis de separación de cuerpos, divorcio y nulidad. También acepta la compensación económica en caso de nulidad para el cónyuge de buena fe el *Código de Familia* de Cataluña (art. 84).

<sup>19</sup> El Senador Viera-Gallo manifestó “que él aplicaría estas normas también al caso de nulidad del matrimonio respecto del cónyuge que haya estado de buena fe, porque de lo contrario habrá una tendencia natural a ir por el camino de la nulidad, para evitar todas estas compensaciones”, en “Informe...” (n. 5), p. 186.

podrá contestar la demanda, por ejemplo, alegando que no ha pagado las pensiones alimenticias respectivas intentando paralizar la dictación del divorcio y, además, demanda reconvenzional alegando que el divorcio es por culpa del marido.

- c) En tercer lugar, si no se ha demandado la compensación, en la audiencia de conciliación obligatoria, el juez debe informar a los cónyuges el derecho a demandarla. Aquí podrán hacerlo en escrito complementario a la demanda. Cabe tener presente que la obligación de información respecto a la posibilidad de exigir una compensación económica sólo tiene aplicación en el procedimiento de divorcio, ya que la audiencia de conciliación no tiene cabida en los procedimientos de nulidad matrimonial.

En suma, la compensación económica puede acordarse por los propios cónyuges sujeta a la aprobación judicial, en el escrito de demanda, contestación, demanda reconvenzional o en un escrito complementario de la demanda.

## 2. Fijación de la compensación económica

La primera cuestión importante es: si las partes no acuerdan ni fijan el monto de la compensación económica, corresponde al juez establecer su procedencia y el monto. Este monto es fijo e invariable cualesquiera sean las circunstancias posteriores a su determinación. En la práctica será difícil establecer su monto, aunque el legislador prevé ciertos parámetros para determinarla. La lista propuesta por el legislador no es exhaustiva, sólo son ciertas condiciones que el juez debe evaluar para determinar el monto de la compensación. El juez, entonces, debe librarse a una doble tarea. Por una parte, debe tener por establecidas las condiciones de existencia de la compensación y, por otra, debe fijar la cuantía de la misma. Respecto de la primera cuestión, según señalé, el cónyuge beneficiario debe probar que no desarrolló una actividad remunerada durante el matrimonio o que si lo hizo, recibió ingresos inferiores a su capacidad productiva. Además, debe probar que la razón del menoscabo fue la dedicación superior al otro cónyuge del cuidado de los hijos o a las labores de casa. Estas circunstancias deben ser acreditadas por el cónyuge que pretende la compensación económica. Para la existencia del menoscabo económico, el artículo 63 señala ciertos factores que deben considerarse, aunque éstos tengan relación, más bien, con la cuantía de la compensación.

Sin duda, el gran problema de la compensación económica una vez admitida su procedencia consiste en determinar su cuantía. Si bien en cuanto a su naturaleza se aproxima dije al lucro cesante, en cuanto a la fijación del monto se acerca al daño moral. Existirá una cierta discrecionalidad del juez al momento de fijar la cuantía. Sin embargo, el legislador, siguiendo en esto el Derecho Comparado, ha establecido ciertos parámetros que deberá considerar de manera especial.

Los criterios expuestos por el legislador se relacionan con el matrimonio, con el cónyuge deudor y, de manera más significativa, con la situación personal del beneficiario.

a) Criterios vinculados al matrimonio

En cuanto a la institución matrimonial se considera la duración del matrimonio o, en su caso, la vida en común. Este criterio será útil para descartar la compensación en matrimonios anulados u objeto de divorcio con escaso tiempo desde su celebración. En estos casos el desmedro económico es, más bien, reducido o inexistente, pudiendo los cónyuges jóvenes lograr una reinserción laboral o enfrentar un nuevo proyecto de vida. Por el contrario, tratándose de matrimonios de prolongada duración la cuantía de la compensación será más importante.

b) Criterios vinculados al cónyuge deudor

El legislador considera la situación patrimonial del cónyuge deudor. Es decir, al momento de fijar la cuantía de la compensación debe tenerse en cuenta la situación económica del cónyuge deudor. Esto, según se dijo, plantea un cierto carácter alimenticio de la compensación económica, pues si sólo se tratara de compensar un menoscabo económico, el patrimonio del deudor no debiera tener ninguna incidencia. En efecto, la situación patrimonial del cónyuge deudor no debiera incidir en el monto de la compensación, ya que ésta debería fijarse sobre la base del menoscabo económico padecido y la situación futura del cónyuge beneficiario.

c) Criterios vinculados al cónyuge beneficiario

Sin embargo, la mayoría de los criterios previstos en la ley para fijar la cuantía de la compensación tienen relación con el cónyuge demandante o beneficiario. Estos parámetros son de índole patrimonial. En mi parecer refieren, más bien, a la situación desmejorada en que puede quedar el cónyuge a causa de la nulidad o el divorcio marital.

En primer lugar, debe considerarse la buena o mala fe<sup>20</sup>. Este criterio, incluido en la tramitación en el Senado, tuvo en vista la institución del matrimonio

<sup>20</sup> Por indicación de los honorables senadores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín (Nº 180), se agregó entre los elementos a considerar, la buena o mala fe de los cónyuges. El honorable senador Chadwick explicó que, sin llegar a negar el derecho a la compensación al cónyuge que contrajo matrimonio nulo estando de mala fe, parece prudente contemplarla como un factor que el juez debe considerar para fijar su procedencia y monto, en "Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento", en *Boletín* Nº 1.759-18, p. 74. Sin embargo, el senador Chadwick parece haber olvidado esta argumentación durante la discusión en sala al afirmar que: "Conforme al debate en la Comisión, la intención fue incorporarla. No fue un error. Está relacionada con la situación de aquel cónyuge que por su culpa da lugar al divorcio y después reclama la compensación económica. En la Comisión se estimó que esa situación incluso puede ser antinatural o extraordinariamente fuerte, porque se permite que alguien que da lugar al divorcio por culpa, de conformidad a las causales contempladas en la ley, además pueda exigir compensación. Sobre el particular, la Comisión prefirió encomendar

nulo celebrado por uno de los cónyuges en conocimiento de la causal de nulidad. Se trata de una clara sanción al cónyuge de mala fe, el cual se ve expuesto a una reducción en el monto de la compensación económica. En segundo lugar, se considera la edad y estado de salud del cónyuge beneficiario. Así, la compensación será mayor en el caso de una mujer de avanzada edad y en estado precario de salud, ya que las posibilidades de reinserción laboral son escasas o nulas. En este mismo sentido, deberá considerarse la situación previsional y beneficios de salud que registra el demandante. Si no tiene acceso a ninguna prestación social por concepto de jubilación la indemnización deberá acrecentarse. Asimismo, debe tenerse en cuenta qué beneficios de salud tiene el cónyuge demandante. Si tiene ISAPRE, FONASA o ningún acceso a la salud. Más aún, si presenta enfermedades<sup>21</sup>. También debe considerarse la calificación profesional y el acceso al mercado laboral del cónyuge demandante. A pesar de tener un título profesional, el cónyuge beneficiario puede verse en la imposibilidad de ejercer su profesión debido al disvalor de no haber trabajado durante mucho tiempo. Piénsese en un abogado que no ha ejercido la profesión y se divorcia a los 55 años. La posibilidad de insertarse en el mercado laboral será compleja. Por último, se indica la colaboración que hubiere prestado el cónyuge beneficiario al trabajo del otro cónyuge. Sin duda, esto constituye un menoscabo económico claro. Quizá sea, en verdad, el único criterio que observa el pasado y se aparta de la situación actual del cónyuge al momento de la ruptura. Además, esta situación ya había arrojado alguna jurisprudencia, en caso de convivencia. En efecto, la mujer que trabaja para su conviviente sin recibir remuneración podía obtener una indemnización denunciando un enriquecimiento sin causa.

Estas circunstancias que el legislador explicita son sólo por vía ejemplar. En efecto, al referirse a estos factores el legislador utiliza el vocablo ‘especialmente’, con lo cual le resta carácter exhaustivo a la enumeración. El monto de la compensación puede ser establecido teniendo en cuenta otras circunstancias. Así, por ejemplo, la renuncia a un trabajo específico por seguir al otro cónyuge a realizar estudios de posgrado.

---

al juez la ponderación de esos hechos. Y a eso se aplica la buena o mala fe”, *Diario de Sesiones del Senado. Ley de Matrimonio Civil*, sesión ordinaria N° 33<sup>a</sup>, p. 713. El problema planteado por el Senador durante el debate en sala fue resuelto en la propia ley al establecer la facultad del juez de excluir o moderar la compensación económica si quien la reclama dio lugar por su culpa al divorcio. Véase art. 62 inciso final. Por lo demás la expresión “buena o mala fe” está destinada a aplicarse a ambos cónyuges y no sólo a aquél que haya incurrido en culpa generadora del divorcio. De ahí que resulte más apropiado circunscribir la buena o mala fe al matrimonio nulo celebrado por alguno de los cónyuges en conocimiento del vicio.

<sup>21</sup> En el Derecho Comparado francés estas circunstancias podían dar lugar a negar el divorcio, mediante lo que se conocía como la cláusula de dureza –artículo 240-. Sin embargo, en la última reforma introducida al *Code Civil* se suprimió la *clause de dureté* (derogado por *Ley N° 2004-439 del 26 de mayo de 2004 art. 23 I Journal Officiel del 27 de mayo de 2004*). Esta misma cláusula estaba en el proyecto originario, pero fue excluida durante la tramitación.

Cabría señalar que estos factores tienen un importante contenido subjetivo entregado a la apreciación del tribunal. Esta discrecionalidad puede dar lugar a un problema presente en la indemnización del daño moral. Como se sabe, éste se aprecia de manera prudencial y discrecional por los jueces, siendo muy dispar la jurisprudencia en cuanto a los montos asignados a pesar de la identidad de las circunstancias. Lo mismo puede ocurrir en la jurisprudencia relativa a la compensación económica. Para solucionar este problema podría pensarse en recopilar y publicar la jurisprudencia al respecto con el objetivo de uniformar los montos en situaciones semejantes.

### 3. Forma de la compensación económica

La forma de pago de la compensación se encuentra regulada de manera amplia por el legislador. Según previene el artículo 66, en la sentencia el juez determinará la forma de pago de la compensación y puede utilizar las siguientes modalidades:

#### a) Entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes

En suma, cualquier bien mueble o inmueble, corporal o incorporal. En caso de que sea una cantidad de dinero, el juez puede establecer el pago en varias cuotas reajustables. En este caso el juez debe establecer en la propia sentencia las garantías para su pago. El cónyuge obligado debe otorgar alguna caución del pago de la compensación periódica.

99

#### b) Usufructo, uso o habitación en bienes del cónyuge deudor

Otra forma que puede revestir la compensación es la constitución de usufructo, uso o habitación en bienes del cónyuge deudor. A propósito de esta posibilidad, se establece una regla de protección de los acreedores del cónyuge propietario. A éstos no les resulta oponible el derecho real constituido. Por el contrario, el derecho establecido a favor del beneficiario no aprovechará a sus acreedores de cualquier tiempo. En consecuencia, se trata de un derecho inembargable. Nada impide tampoco al cónyuge acreedor ceder o transferir el crédito generado por la compensación económica.

#### c) Monto fijado en dinero y fraccionado en cuotas.

Como regla residual, cuando el cónyuge deudor carezca de bienes suficientes para aplicar las modalidades precedentes, el juez podrá dividir el monto de la compensación en cuotas. Se expresará el valor de la cuota en una unidad reajutable y se tendrá en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor. En este caso la cuota respectiva se considera alimentos para los efectos de su cumplimiento, salvo que exista otra garantía para su pago efectivo. Esta pensión debe ser establecida con un límite que se alcanza con el monto de la

compensación fijada por el tribunal. En todo caso, el legislador no ha establecido un plazo máximo para la compensación económica. Creo que en Chile no podría el juez fijar una compensación perpetua, ya que debe establecer su monto en la sentencia. Pero nada impide que fije una compensación por cualquier tiempo definido. Sólo cabría agregar que parece conveniente la temporalidad en la fijación de la compensación económica, puesto que su permanencia en el tiempo posibilita conflictos entre los cónyuges y no incentiva la inserción laboral del cónyuge beneficiario.

d) Capital o renta

100 Nada impide al juez fijar la compensación como capital fijo o como una renta, en cuotas reajustables. La forma de fijar la compensación económica es amplia. Puede ser en forma de capital por una sola vez, bajo las modalidades que establece el artículo 65 o como pensión de alimentos con una duración limitada. En todos los casos se fijará un monto determinado, sólo las modalidades para enterarlo varían. Esta situación no está exenta de problemas, según muestra la experiencia comparada. Por regla general será la mujer quien demande la compensación económica y en la mayoría de los casos se traducirá en la fijación de una renta periódica que asume el carácter de alimentos para los efectos de su cumplimiento, salvo el otorgamiento de garantías por el cónyuge deudor. (art. 67). Esto involucra una relación continua entre los cónyuges posterior al divorcio por un período de tiempo prolongado. A pesar de que hayan formado otras familias tendrán que cumplir con la compensación fijada por el tribunal. De ahí que en el Derecho Comparado se haya tendido a privilegiar la compensación económica en capital, evitando las relaciones posdivorcio, fuente de conflicto permanente. En efecto, si la compensación es fijada en cuotas, en caso de que el deudor no pague procederán los mismos apremios que para los alimentos<sup>22</sup>.

e) Revisión de la compensación económica

La relación posdivorcio, a propósito de la compensación económica, queda expuesta a la imposibilidad de revisar el monto fijado, salvo el acuerdo del cónyuge beneficiario, quien según se verá puede condonar o renunciar a la compensación ya fijada. La nueva normativa no contempla la posibilidad de revisión de la compensación económica establecida en la sentencia de divorcio. Ésta queda fijada de una vez y con un monto fijo reajutable que no puede ser modificada, aunque las circunstancias de los cónyuges varíen. Al tener por finalidad realizar una compensación por el desmedro económico del cónyuge beneficiario y no destinada a satisfacer las necesidades alimentarias del cónyuge, la solu-

<sup>22</sup> Véase en el Derecho francés el estudio empírico realizado por GUYOT, J.C. y JEANSON, G., *Prestations compensatoires. Premières applications de la loi du 30 juin 2000*, Paris, Dalloz, 2002.



ción impide la revisión de la compensación. De esta manera, se evita el contencioso en torno al cambio de circunstancias. Tampoco se contempla como parámetro la evolución de las circunstancias económicas del beneficiario. ¿Qué ocurre si el cónyuge beneficiario contrae nuevo vínculo matrimonial o inicia una relación afectiva de hecho que involucre una mejora en su situación patrimonial? La imposibilidad de revisar la compensación económica puede dar lugar a situaciones inicuas. Así, por ejemplo, el cónyuge deudor que debe la compensación económica ve desmedrada la posibilidad de iniciar una nueva relación o su nueva familia debe soportar el costo de la compensación fijada. En cambio, el cónyuge beneficiario puede en mejores condiciones iniciar una relación sentimental subsidiada en cierta manera por la compensación económica. También puede ocurrir que el cónyuge beneficiario reciba ingresos importantes y suficientes luego del divorcio. Estas circunstancias no son consideradas por el legislador. En suma, no se contempla la posible evolución de las circunstancias económicas de los cónyuges divorciados para revisar la compensación económica. Aquí se reafirma el marcado carácter indemnizatorio de la institución.

### C. Aspectos accesorios de la compensación económica

#### 1. Transferencia y transmisión de la compensación.

Una vez fijada la compensación económica por sentencia judicial nace un derecho personal para el cónyuge beneficiario, ingresando dicho derecho a su patrimonio. Por esta razón puede transferirlo por acto entre vivos o transmitirlo por causa de muerte. A pesar de que en la historia fidedigna de la ley se señala la intención de rechazar el carácter transmisible de la compensación económica, en el texto definitivo no se explicita dicha restricción. Por su parte, el cónyuge deudor transmite la deuda, lo cual puede significar que sus herederos sean obligados a pagar la compensación económica al cónyuge beneficiario, sin perjuicio que pueden aceptar la herencia con beneficio de inventario<sup>23</sup>.

101

#### 2. Renuncia

Un aspecto interesante a dilucidar estriba en la posibilidad de los cónyuges a renunciar al derecho a reclamar una compensación económica<sup>24</sup>. Nada impide

<sup>23</sup> Según la Comisión en su segundo Informe “La comisión rechazó, asimismo, hacer transmisible a los herederos del deudor que fallece la obligación de pagar la compensación, aun cuando ellos pudieran aceptar la herencia con beneficio de inventario. Estimó que, al no ser alimentos, no constituyen baja general de la herencia, sino que se debe tratar como cualquier deuda hereditaria. Además, no hay duda de que la herencia siempre se puede aceptar con beneficio de inventario. Es decir, se llega a la misma conclusión mediante la aplicación de las reglas generales”, en “Informe...”, (n. 20), p. 199.

<sup>24</sup> Sobre esto, véase GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil”, en *ADC*, 2003, p. 1.653 y ss.

a los cónyuges renunciar al derecho una vez iniciado el procedimiento de divorcio o nulidad. Se trata de un derecho renunciabile en conformidad al artículo 12 del *Código Civil*. Es, por lo demás, la solución aceptada de manera uniforme en el Derecho Comparado<sup>25</sup>. En efecto, los cónyuges, iniciado el procedimiento de nulidad o divorcio pueden pactar la renuncia a la compensación económica. Esta renuncia puede ser a título oneroso o gratuito. Además, no se requiere que se encuentren configuradas las condiciones de su procedencia. Es posible que dicha renuncia se verifique en el acuerdo obligatorio que deben adjuntar los cónyuges cuando habiendo cesado la convivencia por un plazo superior a un año demandan el divorcio de manera conjunta<sup>26</sup>. Sin embargo, la renuncia también puede estipularse en un contrato atípico, en cuyo caso no estará sujeto a la homologación judicial obligatoria para el acuerdo regulatorio. Por tratarse de un contrato deberá ajustarse a las reglas generales en materia de contratación. Con todo, la validez de la renuncia a la acción para exigir una futura compensación económica presenta mayor discusión en el pacto prenupcial o antes de verificarse la crisis matrimonial. En efecto, la discusión estriba en dilucidar si es posible a los esposos celebrar un acuerdo antes de la celebración del matrimonio que excluya la compensación económica, ya sea a título gratuito u oneroso. El debate se presenta, también, en el contrato de renuncia una vez celebrado el matrimonio, pero con anterioridad al procedimiento de divorcio o nulidad. En primer lugar, cabría señalar que la renuncia a la acción no aparece prohibida en las reglas atinentes a las capitulaciones matrimoniales. El límite al contenido de los acuerdos prenupciales está dado, al igual que en materia contractual, por las buenas costumbres y las leyes<sup>27</sup>. Resulta difícil sostener que

<sup>25</sup> La renuncia debe ser posterior al procedimiento de divorcio en España, Francia e Italia. El caso alemán permite la renuncia, salvo contravención de las buenas costumbres y la moral. Véase, GARCÍA RUBIO (n. 16), pp. 151 y 152, en particular nota (348). El § 1585 c) del BGB admite el acuerdo de los cónyuges con relación a los alimentos posteriores al divorcio. Por su parte, en Italia no procede la renuncia *ex ante*, siendo inválidos los pactos que regulen las consecuencias del divorcio, BARGELLI, E., "Limiti dell'autonomia privata nella crisi conjugale", en *Riv. Dir. Civ.*, 2003, pp. 57-72. en el caso español la doctrina mayoritaria acepta la renuncia *ex ante*, aunque la jurisprudencia resta dubitativa al respecto, Véase GARCÍA RUBIO (n. 24), p. 1.658 y ss.

<sup>26</sup> La cuestión no fue discutida sino de manera tangencial en el Congreso. A propósito de una indicación de los senadores Espina y Prokurica, relativa a esclarecer que la compensación económica no procedía en todo caso, sino toda vez que se cumplieran las condiciones de la misma, el senador Viera-Gallo manifestó que "entregar al acuerdo, como plantea la indicación, la determinación de la procedencia de la compensación económica", da pie para que se renuncie a ella. La renuncia podría aceptarse cuando los cónyuges negocian en un pie de igualdad, pero debe cuidarse que el cónyuge más débil no sea presionado a hacerlo. En todo caso, bien se podría sostener que son normas de orden público que no pueden renunciarse". En "Informe...", (n. 20), pp. 75 y 76.

<sup>27</sup> Artículo 1.717 del *Código Civil* "Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes".

la renuncia a la acción para obtener la compensación económica pueda significar una lesión a las buenas costumbres y tampoco se encuentra prohibida en la nueva legislación marital. Se trata, por cierto, de una expectativa que mira al solo interés del probable beneficiario. Tampoco puede argumentarse que por tratarse de un derecho futuro no quepa la renuncia, pues el Derecho acepta la contratación sobre derechos futuros<sup>28</sup>. La viabilidad de la renuncia se confirma con lo dispuesto en el artículo 12 del *Código civil*, según el cual: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”.

De manera tal que cabría afirmar la posibilidad de renunciar *ex ante* al derecho eventual a compensación económica, pues se trata de un interés individual del probable beneficiario y cuya renuncia no se prohibió en la nueva ley de matrimonio civil.

Con todo, la renuncia, según señalé, debe regirse por las reglas generales aplicables al contrato, por lo cual puede resultar ineficaz en el evento que se infrinjan reglas imperativas. Rige, en consecuencia, el principio de la buena fe contractual, lo cual puede servir para remediar un desequilibrio grave en el pacto de renuncia. Además, no debe incurrirse en algún vicio del consentimiento causal de nulidad del contrato. Por último, y en conformidad al citado artículo 12, no podrá otorgarse validez al pacto de renuncia en caso de lesión a intereses de terceros.

En suma, si bien debe aceptarse la renuncia a la acción de reclamo de compensación económica mediante la celebración de pactos prenupciales y con anterioridad al proceso de nulidad o divorcio, por tratarse de un contrato debe sujetarse a las reglas generales en materia de contratación, lo cual permite un control del contenido, a fin de evitar un manifiesto desequilibrio.

Por último, la renuncia a la acción no debe confundirse con el derecho ya establecido en la sentencia, en cuyo caso el cónyuge beneficiario puede condonar la deuda por concepto de compensación económica.

### 3. Aspectos tributarios<sup>29</sup>

Un tema no resuelto por el legislador se relaciona con la tributación de la compensación económica. Deben, entonces, aplicarse las reglas generales en materia de renta. El artículo 17 del DL 824 sobre impuesto a la renta contem-

<sup>28</sup> Véase art. 1.461 del *Código Civil*. Véase en el Derecho español, GARCÍA RUBIO (n. 24), p. 1.662.

<sup>29</sup> En el Senado se dejó constancia de la posición del SERNAM en lo relativo a la tributación de la compensación económica: “La Comisión, por último, tomó nota de la posición del Servicio Nacional de la Mujer, en el sentido de estudiar la posibilidad de que la compensación económica no se considere renta para los efectos tributarios, materia que requiere una indicación de S.E. el Presidente de la República, por tratarse de una materia que compete a su iniciativa exclusiva”, en “Informe...”, (n. 5), p. 200

pla los ingresos no renta. No existiendo ningún numeral que excluya la compensación económica de tributación, ésta debe entenderse sujeta a renta. Para efectos de excluir la compensación económica de tributación debiera agregarse al artículo 17 un numeral que así lo indique, lo cual constituye una materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

#### 4. Prescripción

No existen reglas especiales de prescripción aplicables a la compensación económica. Hay que distinguir la preclusión del derecho a reclamar la compensación económica de la prescripción una vez determinada la compensación en la sentencia de nulidad o divorcio. Respecto de esta última no hay mayor inconveniente, pues se aplica la regla general de prescripción de cinco años prevista en el artículo 2.515 del *Código Civil*. En cambio, en cuanto al Derecho a reclamar la compensación, la situación es menos límpida. En este caso existe una preclusión del derecho a reclamarla que se extingue en la audiencia de conciliación. Una vez que el juez informa la posibilidad de demandarla, la ausencia de requerimiento constituye preclusión del derecho a accionar.

#### CONCLUSIÓN

104

Como puede observarse la compensación económica constituye una novedosa institución en la nueva ley de matrimonio civil que, sin duda, dará lugar a un contencioso interesante en los tribunales de justicia. En cuanto a su calificación jurídica contiene un marcado carácter indemnizatorio, aunque los criterios para fijar su monto estén, más bien, orientados a permitir un cierto equilibrio en la situación del cónyuge beneficiario hacia el futuro. En todo caso no será una condición de procedencia la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, siendo la prueba del menoscabo económico y el sacrificio las condiciones necesarias para su admisión. Los criterios para fijar su cuantía, por su parte, están orientados a permitir un equilibrio patrimonial hacia el futuro que permita al cónyuge beneficiario mantener, en lo posible, el nivel de vida fracturado por la nulidad o divorcio. Los principales problemas estarán centrados en la imposibilidad de revisar el monto fijado en cuotas reajustables cuando el cónyuge deudor no tenga bienes suficientes y en la incertidumbre para fijar el monto, lo cual puede generar importantes disparidades en la jurisprudencia. Por último, en variados aspectos la ley ha guardado silencio, siendo tarea de la doctrina y los jueces lograr ciertos consensos que permitan una aplicación eficaz de la institución sobre la base del principio de protección del cónyuge más débil.

# Opinión Profesional

.....



## INFORME EN DERECHO

SOBRE EL MOMENTO EN QUE TIENE LUGAR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO CUANDO SE EJERCITA LA ACCIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 1.489 DEL *CÓDIGO CIVIL*.

SU CONSECUENCIA EN CUANTO A LA OPORTUNIDAD DEL PAGO

*Andrés Cuneo Macchiavello*

Decano Facultad de Derecho Universidad Diego Portales

1. El presente informe tiene por finalidad pronunciarse acerca del momento en que se produciría la resolución de un contrato de compraventa cuando el vendedor demanda la resolución del mismo, fundado en la circunstancia de que el comprador no habría enterado oportunamente la totalidad del precio convenido. La cuestión indicada resulta relevante a fin de decidir si acaso el pago por consignación, efectuado por el comprador, con posterioridad a la interposición de la acción respectiva, es capaz de evitar la resolución de la compraventa. El cometido supone analizar la operatoria de la condición resolutoria tácita, regulada, en general, por el artículo 1.489 y, en particular, para la obligación de pagar el precio, en el artículo 1.873, ambos del *Código Civil*<sup>1</sup>.
2. El informe se emite en relación con la sentencia de fecha xx de xxxx de 2004, dictada por el xx° Juzgado Civil de Santiago, en la causa rol xxxx-2002, seguida entre la sucesión de don YY y doña ZZ. En el juicio referido, la parte demandante demanda a la señora ZZ, ejercitando la acción resolutoria respecto del contrato de compraventa celebrada entre su causante y la referida señora, según escritura pública de fecha xx de xxxx de xxxxx, en la notaría de Santiago de doña Nancy de la Fuente Hernández. El contrato versa sobre dos inmuebles ubicados en la población Balneario xxxx, en la comuna de xxxx, provincia de xxxx. La acción resolutoria se funda en la circunstancia de que la demandada no habría pagado parte del precio convenido a plazo en el contrato. En la demanda se solicita, también, el pago de los perjuicios.

107

<sup>1</sup> Este estudio incide sobre una causa en actual trámite. Fue preparado por el autor a petición de una de las partes y para ser presentada en ella como informe en Derecho. Por esta razón se omiten los nombres y demás circunstancias que permitan identificarla.

3. La sentencia referida dio lugar a la resolución del contrato y denegó los perjuicios solicitados. Se funda en que, según el tribunal, la demandada no logró establecer legalmente el pago de

las cuotas que según el contrato quedaba adeudando y que

“el pago efectuado durante el juicio a efectos de enervar la acción... estaría vulnerando el derecho que le confiere la ley (al vendedor), obligándolo al cumplimiento, cuestión que convertiría en ilusorio su derecho a la elección de acciones”... El tribunal se refiere a la elección entre la acción resolutoria y la de cumplimiento del contrato que el artículo 1.489 del *Código Civil*, acuerda al contratante cumplidor. Indica, además, que, al momento de la consignación, el comprador se hallaba en mora en el cumplimiento de su obligación de pagar el precio.

4. En efecto, durante la secuela del juicio, a fs. 95 –como indica la sentencia– la demandada consigna a la orden del tribunal el saldo de precio, cuyo pago no ha podido acreditar, más los intereses corrientes devengados desde la fecha de la mora, esto es, según la demandada, desde la notificación de la demanda, pago que efectúa para tener por enervada la acción por haberse cumplido el contrato, debiendo quedar subsistente en todas sus partes.

5. Para preparar este informe se tuvo en vista copias de las siguientes piezas que forman parte del expediente:

- Contrato de compraventa de la nuda propiedad celebrado entre el causante del señor YY y doña ZZ;
- Escrito de demanda;

- Escrito de contestación;
- Resolución que recibió la causa a prueba;
- Escrito de reposición de la resolución que recibió la causa a prueba presentado por la demandada;
- Copia del escrito que da cuenta de pago por consignación y solicita liquidación de los intereses adeudados;
- Copia de la contestación del traslado conferido con motivo de la presentación del escrito anterior;
- Copia del fallo de fecha xx de xx de 2004.

6. El estudio de la cuestión planteada hace necesario evaluar si la interpretación y aplicación que realiza el tribunal, respecto del artículo 1.489 del *Código Civil* son acertadas y si, por tanto, la consignación efectuada por la demandada sería ineficaz para impedir la resolución del contrato; o por el contrario, si ellas son erradas y sus efectos deben ser corregidos por el tribunal de apelación.

7. El mencionado artículo 1.489 del *Código Civil* establece en nuestro Derecho contractual la institución de la condición resolutoria tácita, como uno de los elementos de la naturaleza de los contratos bilaterales. Dispone: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”. Agrega el inciso segundo: “Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

8. El artículo 1.489 forma parte del tí-



tulo IV del libro IV del *Código Civil*, relativo a las obligaciones condicionales y modales, el cual distingue, en lo pertinente, entre las obligaciones sometidas a condiciones suspensivas y resolutorias y, dentro de estas últimas, las sometidas a la condición resolutoria ordinaria y a la condición resolutoria tácita, que es la que nos ocupa. Dice Abeliuk<sup>2</sup>:

“La condición resolutoria ordinaria consiste en cualquier hecho futuro e incierto que no sea el incumplimiento de una obligación y que de ocurrir extingue el derecho... La condición resolutoria tácita es la que deriva del artículo 1489... y podemos definirla como la que va envuelta en todo contrato bilateral para el caso de no cumplirse por la otra parte lo pactado”.

El efecto del acaecimiento de esta condición, como indica el artículo tantas veces referido no es la extinción del derecho o de la obligación –como debemos decir más propiamente– sino el nacimiento de la facultad, para el contratante cumplidor, de optar por exigir el cumplimiento o por la resolución del contrato.

9. Conviene mencionar que la misma opción de acciones se contempla también en forma específica para el vendedor, en las normas particulares del contrato de compraventa. El artículo 1.873 dice

<sup>2</sup> ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, 4ª edición, Santiago, Jurídica, 1993, p. 460.

“Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho a exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios”.

En verdad, esta disposición es sólo repetitiva respecto del artículo 1.489 y nada agrega para el análisis del caso.

10. Antes de entrar en el fondo del tema que nos ocupa, no se puede dejar de hacer mención que el efecto de la condición resolutoria ordinaria cumplida, cuando ella va inserta en una obligación, es diverso al de la condición resolutoria tácita. En efecto, tratándose de las obligaciones sometidas a condición resolutoria ordinaria, el acaecimiento del hecho que constituye la condición acarrea, sin más, la extinción de la obligación misma, dejando a salvo el acto o contrato del cual ella emana. Esto ocurre porque el cumplimiento de la condición constituye un modo de extinguir las obligaciones, tal como lo indica el inciso segundo del artículo 1.567 del *Código Civil*: “Las obligaciones se extinguen además, en todo o en parte... 8° por el evento de la condición resolutoria”.

11. Tratándose, en cambio, de la condición resolutoria tácita, ella no extingue directamente obligación alguna ya que, no obstante su acaecimiento, el acreedor (contratante cumplidor) conserva su derecho a exigir el cabal cumplimiento de todas las obligaciones emanadas del contrato o a provocar la re-

solución del mismo. En este último caso las obligaciones se verán afectadas en su existencia en razón de la resolución o ineficacia sobreviniente del contrato que las origina. Esta distinción no deja de ser significativa en relación con el tema de la oportunidad en que tiene lugar la resolución y, consiguientemente, con el momento para darle cumplimiento.

12. Se sigue de todo lo anterior que la verdadera peculiaridad de la condición resolutoria tácita se manifiesta en cuanto crea el Derecho para que el contratante cumplidor pueda optar por perseguir la declaración de la ineficacia o resolución del contrato incumplido, pues la otra alternativa que consigna el artículo 1.489 como derecho para el acreedor (y el 1.873 reitera para el vendedor); esto es, instar judicialmente por el cumplimiento, no es sino una consecuencia de la mora del deudor, la cual conduce a la aplicación de las reglas generales sobre cumplimiento de las obligaciones, contenidas en los artículos 1.547 y siguientes del *Código Civil*: el cumplimiento forzado y la indemnización de los perjuicios.

13. Con estos presupuestos corresponde ahora examinar los temas que motivan este informe: cual es el momento en que tiene lugar la resolución originada en el incumplimiento del contrato bilateral y determinar, como consecuencia de lo anterior, hasta qué momento y de qué modo el deudor puede enervar la acción resolutoria intentada, a fin de impedir la resolución del contrato.

14. Se analiza, a continuación, en primer lugar, el problema relacionado con el momento en que se produce la resolución para, luego, pasar a estudiar la cuestión relativa a la posibilidad de enervar la resolución por medio del cumplimiento tardío y su forma.

15. Dice Claro Solar:

“A diferencia de la condición resolutoria ordinaria y expresa, la condición resolutoria tácita no produce ipso facto la resolución, volviendo las cosas al estado anterior al contrato. El art. 1489 después de formular la regla que la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, va envuelta en el contrato –agrega–. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento con indemnización de perjuicios”<sup>3</sup>.

16. Claro Solar desarrolla, a continuación, los argumentos que se han dado doctrinariamente para sostener el aserto.

17. Indica, en primer lugar, que a diferencia de la condición resolutoria ordinaria, que proviene de la voluntad expresa de las partes, las cuales convienen, al contratar, en poner término a la obligación, *ipso facto* si el evento futuro e incierto tiene lugar, en el caso de la condición resolutoria tácita ella...

<sup>3</sup> CLARO SOLAR, Luis, *Derecho Civil chileno y Comparado*, 2ª edición, Santiago, Jurídica, 1992, vol. v, tomo x, p. 176.

“es subentendida por el legislador, que la funda en consideraciones de equidad... cuya apreciación entrega desde luego al arbitrio del contratante que, habiendo cumplido el contrato... puede tener interés en que el contrato se cumpla por la otra parte, siendo posible el cumplimiento, ya que con este fin contrató”<sup>4</sup>.

18. La existencia de la condición resolutoria significa, en última instancia, una garantía de eficacia del contrato. El contratante cumplidor tiene la certeza que no sólo podrá exigir de la contraparte el cumplimiento de su prestación sino que, también, está facultado para solicitar que el contrato sea dejado sin efecto, quede liberado de su obligación y las cosas se restituyan de tal modo como si no hubiera habido contratación. La opción crea, de este modo, un beneficio para el contratante cumplidor. Si la resolución fuera automática, este beneficio no sería tal e, incluso, podría llegar a constituir un perjuicio ya que, en definitiva, la cláusula permitiría que bastara la mora del deudor para que el vínculo obligacional quedara sin efecto.

19. Por su parte y abundando en este mismo aspecto dice Abeliuk que la condición resolutoria es una garantía para el acreedor...

“en el sentido amplio del término... en su doble aspecto, porque frente a la amenaza de ver-

se privado del contrato, el deudor puede sentirse compelido a cumplir la obligación, y porque en caso de insolvencia de éste, si la resolución es oportuna, puede evitarse la necesidad de concurrir con los demás acreedores con el riesgo de no pagarse en forma íntegra”<sup>5</sup>.

20. Por todo lo anterior es esencial al mecanismo de la condición resolutoria tácita que la resolución no se produzca por el solo hecho del incumplimiento, sino que sea una consecuencia de la elección que hace el contratante que no está en mora, el cual, evaluando su propia conveniencia pueda optar por uno u otro de los derechos alternativos que le proporciona el artículo 1.489 del *Código Civil*.

21. “Por esto el artículo 1.489 dice: ‘*pero en tal caso*, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios’. Si la falta de cumplimiento de lo pactado hubiera producido de pleno derecho, como toda condición resolutoria la resolución del contrato, no se habría podido otorgar al otro contratante esta elección, a su arbitrio, entre la resolución o el cumplimiento del contrato, que son cosas precisamente contrarias”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> CLARO SOLAR (n. 3), p. 176.

<sup>5</sup> ABELIUK MANASEVICH (n. 2), p. 464.

<sup>6</sup> CLARO SOLAR (n. 3), p. 176.

22. El texto de la disposición proporciona un sentido inequívoco:

“La letra de la ley es bien clara, por lo demás. En la frase *pero en tal caso*, indica el legislador la diferencia que existe entre la condición resolutoria a que acaba de referirse y esta condición resolutoria subentendida... En efecto los arts. 1479 y 1487 acaban de expresar que la condición resolutoria expresa produce la extinción de un derecho y, cumplida, hace obligatoria la restitución... Era indispensable, por tanto, fijar los efectos que está llamada a producir esta condición resolutoria tácita; y se valió por eso de la frase *pero en tal caso* que importa la idea de una excepción a la regla general...”<sup>7</sup>.

23. La resolución del contrato no se produce, pues, de un modo automático, por el hecho de producirse el incumplimiento de uno de los contratantes. De ser así, ¿cómo se produce la resolución?

24. El presupuesto para la resolución de un contrato es el incumplimiento. La comprobación de este hecho no puede quedar sujeta a la pura estimación de la parte acreedora. El estado de derecho exige que tal pronunciamiento corresponda a los tribunales de justicia de tal manera que, sin una sentencia que lo declare, no puede darse

por establecido el incumplimiento y producido el efecto resolutorio del mismo. En efecto, sólo una sentencia antecedida por un debido procedimiento puede privar al deudor, presuntamente incumplidor, de su derecho respecto de aquello que ya ha recibido por causa de un contrato.

25. El propio texto de la disposición que se comenta conduce sin dificultad a la misma conclusión. En el inciso segundo del artículo 1.489, donde se regulan los efectos de la condición resolutoria tácita se indica que en caso de incumplimiento por uno de los contratantes... “podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento”... Es obvio que la forma verbal ‘pedir’ que usa la disposición no se refiere al otro contratante, sino que al órgano dotado de imperio, es decir, a los tribunales.

26. Nuestra jurisprudencia es unánime en el sentido indicado: sin una sentencia que la declare no hay resolución del contrato. Al efecto se puede consultar las sentencias incluidas bajo los números 33, 34 y 35, correspondientes al artículo 1.489 del *Código Civil*, del “Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas”<sup>8</sup> y también las sentencias incluidas en la nota al pie de la sentencia de Aguirre con Brahm, C. Suprema, 3 de diciembre de 1946<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> CLARO SOLAR (n. 3), p. 176.

<sup>8</sup> Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, tomo v, p. 160 y ss.

<sup>9</sup> RDJ, tomo 44, sección primera, 1947, p. 288.

27. En esta última sentencia, pronunciada en un caso en que se había solicitado por la demandante, señora Aguirre, la resolución de un contrato de compraventa, por el no pago de algunas cuotas del precio y en que la demandada, la señora Brahm, junto con expresar agravios consignó las sumas adeudadas, la Corte Suprema declara:

“4° Que del tenor literal... (del artículo 1.489) se desprende que la condición resolutoria tácita no produce ipso jure la resolución del contrato, sino que es necesario que la pida el contratante que ha cumplido y así se declare por sentencia ejecutoriada.

5° Que, por consiguiente, mientras no exista tal sentencia, el contrato queda subsistente y puede el contratante moroso cumplir su obligación durante el curso de la litis en que se pide la resolución y si se trata de un pago de dinero, como ocurre en este caso, le es permitido pagarlo por consignación como autoriza el inciso último del artículo 1600 del Código Civil”.

28. Un argumento adicional a la subsistencia del contrato, no obstante el incumplimiento, se encuentra en el artículo 1.879 del *Código Civil*, relativo al pacto comisorio llamado generalmente “calificado”, en el contrato de compraventa. Establece la referida disposición:

“Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo con-

venido, se resuelve ipso 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 de la demanda”.

Es obvio que aun en este caso calificado, la resolución no se produce por el solo incumplimiento.

29. Es importante destacar que, al menos tratándose de la compraventa, que es el contrato que nos ocupa, la autonomía de la voluntad reconocida por la ley a los contratantes en el artículo 1.545 del *Código Civil* es incapaz de crear, por sí sola, una cláusula contractual expresa que pueda dejar sin efecto el contrato en el caso de incumplimiento, sin que dicha pretensión deba ser formulada ante un tribunal y, todavía en este último caso, el incumplidor pueda enervar la resolución pagando dentro del plazo, breve por cierto, que consigna el artículo 1.879 del *Código* referido.

30. Esta doctrina es acogida cabalmente por la Corte Suprema en el caso Jorquera Vergara, José con González Fílidor, de 6 de abril de 1949<sup>10</sup>, en que se solicitaba la resolución de un contrato de cesión de derechos hereditarios por no haberse pagado el precio dentro del plazo convenido, sin que se hubiera estipulado el pacto comisorio calificado, la Corte declara:

<sup>10</sup> RDJ, tomo 43 (1946), Sección primera, página 416.

“4° Que cuando se trata del no cumplimiento por el comprador de su obligación de pagar el precio, en el contrato de compraventa la estipulación... mediante la cual se conviene que un contrato se resuelve si alguna de las partes no cumple sus obligaciones y que se denomina pacto comisorio, no se produce ipso jure... la resolución del contrato, siendo necesario que se declare una sentencia judicial, a menos que se haya establecido que, por no pagarse el precio en el plazo convenido el contrato se resuelva ipso facto, pero en tal caso conforme al artículo 1879 del Código Civil el comprador podrá hacer subsistir el contrato pagando aquel a más tardar dentro de las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación de la demanda;

5° Que en el contrato de compraventa de que se trata en la especie no se estipuló la cláusula de resolución ipso facto... por lo que el comprador ha podido pagar la cuota insoluble de los derechos hereditarios adquiridos por él, antes que se dictara sentencia de término en la causa”.

31. Sin que medie un requerimiento judicial en razón del incumplimiento de la parte en contra de quien se pretende la resolución, este efecto jurídico jamás tiene lugar en nuestro Derecho en razón de lo establecido en el artículo 1.489 del *Código Civil*.

32. Hay que recordar que el mencionado artículo 1.489 esta tomado del artículo 1.184 del *Código de Napoleón*, según indica Claro Solar<sup>11</sup> el cual dice expresamente y de modo más directo que “la resolución debe ser demandada judicialmente”.

33. Y, en verdad, las cosas no podrían ser muy distintas a lo dicho, ya que el presupuesto de la resolución es el incumplimiento total o parcial de la obligación por parte de uno de los contratantes y la referida circunstancia sólo puede quedar jurídicamente establecido si existe una sentencia declarativa que se pronuncie en tal sentido.

“La misión del juez en este caso no se reduce únicamente a establecer si el demandado ha dejado de cumplir su obligación y declarar la resolución en caso afirmativo, sino que debe apreciar las excepciones del demandado y las razones con que este excusa su incumplimiento para declarar resuelto o no el contrato”<sup>12</sup>.

34. En síntesis, el contrato puede entenderse resuelto, por causa del incumplimiento de uno de los contratantes, sólo desde el momento que se reúnen las siguientes condiciones o requisitos:

“1° Que se trate de un contrato bilateral;

<sup>11</sup> CLARO SOLAR (n. 3), p. 179.

<sup>12</sup> *Ibid.*

2° Que haya incumplimiento imputable de una obligación;

3° Que quien la pide haya cumplido o esté llano a cumplir su propia obligación, y

4° Que sea declarada por sentencia judicial”<sup>13</sup>.

35. La única calificación que hay que hacer en relación con lo aseverado en el párrafo precedente es que si se ha estipulado el pacto comisorio calificado del artículo 1.879 del *Código Civil*, relativo al contrato de compraventa, el contrato en cuestión deberá entenderse resuelto desde que vence el plazo de veinticuatro horas que consigna dicho artículo. Con todo, ello no libera al demandante de la carga de obtener una sentencia judicial ya que sólo ella es capaz de establecer jurídicamente que el incumplimiento del contrato efectivamente ha tenido lugar.

36. Con lo dicho queda resuelto el primer tema de este informe: por no existir una sentencia que la declare, la resolución del contrato de compraventa que motiva este juicio, seguido entre los sucesores del señor YY y la señora ZZ, respecto del contrato celebrado el xx de xxxx de 1997, no se había producido todavía a la fecha de la consignación efectuada por la demandada. Por ello, al menos desde el punto de vista del contrato y de su terminación, el pago así efectuado puede resultar tardío y eventualmente incompleto, pero, en todo caso, tuvo lugar durante la vigencia del contrato y de estimarse suficien-

te, en su caso, es capaz de impedir definitivamente la resolución del contrato.

37. Lo último dicho lleva a la segunda cuestión que motiva este informe y que se relaciona con la posibilidad de pagar contra la voluntad del acreedor y la oportunidad en que puede tener lugar ese pago, de modo de impedir la sentencia de resolución.

38. “El pago efectivo es la prestación de lo que se debe” (artículo 1.568 del *Código Civil*).

“El pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación... El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba” (artículo 1.569 del mismo *Código Civil*).

“El deudor está en mora, 1° Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado” (*Código Civil*, artículo 1.551).

39. En el párrafo anterior se reproducen algunas de las disposiciones más relevantes con respecto a la regulación del pago que tienen particular importancia en la solución del caso que nos ocupa.

40. No hay duda que, independientemente de la verdad material, según fueron establecidos los hechos en la sentencia de primera instancia, la demandada señora ZZ, se hallaba en situación de haber incumplido el contrato de compraventa, al momento de notificársele la demanda. En efecto, según la prueba

<sup>13</sup> ABELIUK MANASEVICH (n. 2), p. 465.

producida, a esa altura no había cumplido ni oportuna ni totalmente con el pago del saldo de precio convenido al celebrar dicho contrato. La deudora se hallaba, en consecuencia, en mora, conforme al artículo 1.551 del *Código Civil*, en circunstancias que la parte vendedora había cumplido ya cabalmente con su obligación, al haber hecho tradición del inmueble vendido. La situación descrita encaja perfectamente en la hipótesis del artículo 1.489 del *Código Civil* y autorizaba a los demandantes a ejercitar alguno de los derechos alternativos contemplados en dicha disposición, habiendo optado, al demandar, por pedir la resolución del contrato.

116 41. Se ha visto, sin embargo, que las solas circunstancias referidas en el párrafo anterior, si bien autorizan la demanda resolutoria, no producen de suyo la resolución misma por lo que el demandado bien puede todavía actuar a fin de impedir la resolución.

42. Claramente, tratándose del contrato de compraventa, salvo en el caso del pacto comisorio a que se refiere el artículo 1.879 del *Código Civil*, en que se establece legalmente un plazo para enervar la acción, como se dijo, en todas las demás situaciones resulta necesario aplicar las reglas generales sobre cumplimiento o extinción de las obligaciones, a fin de saber hasta que momento se puede producir el cumplimiento o la liberación de responsabilidad por parte del moroso.

43. En efecto, por regla general la resolución podrá ser enervada por el

pago debido al acreedor. Con todo, el pago es una convención que depende también de la voluntad del acreedor de modo que si este se resiste a recibirlo no tiene lugar. Así lo demuestran varias de las disposiciones citadas *supra* en el párrafo 38 de este informe. No obstante lo anterior, el artículo 1.598 del *Código Civil*, disposición inicial del párrafo séptimo “Del pago por Consignación”, del título XIV del libro IV relativo al pago dice:

“Para que el pago sea válido, no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor; el pago es válido aún contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación”.

Agrega el artículo 1.599:

“La consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho en virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla”...

En nuestro caso la parte demandante, por el hecho de interponer la demanda de resolución, está repugnado expresamente cualquier posibilidad de pago.

44. La ley considerará la hipótesis en que injustificadamente un acreedor no quiera recibir el pago y contempla, con esta modalidad de pago, denominada pago por consignación, una alternativa para que el deudor que quiere cumplir pueda liberarse debidamente de su obligación.



“El pago por consignación –dice Meza Barros–<sup>14</sup> ...es la única forma como el deudor puede obtener su liberación si el acreedor resiste el pago y produce los mismos efectos extintivos de la obligación que el aceptado voluntariamente por el acreedor”.

45. Sin entrar al estudio en detalle de la regulación legal del pago por consignación y teniendo en vista sólo el objeto de este trabajo, hay que consignar que en nuestro *Código Civil*, a partir de la ley N° 7.825, de 30 de agosto de 1944 existen dos modalidades aplicables a este tipo de pago: aquella más compleja, establecida en el texto original del *Código* que supone una oferta previa que regula detalladamente el inciso primero del artículo 1.600 y la otra, más simple, que tiene lugar sólo cuando el acreedor ya ha demandado judicialmente una acción que puede enervarse por medio del pago. Éste es el procedimiento que se ha invocado, por la parte demandada, en el caso en análisis y por ello, en lo que sigue, sólo a él se hará referencia. Como se indicará más adelante este procedimiento abreviado de pago por consignación concluye con una sentencia que debe declarar la suficiencia o insuficiencia del pago, caso este último que significará que la consignación no ha tenido capacidad para enervar la acción deducida, produciéndose consecuentemente la resolución del contrato.

<sup>14</sup> MEZA BARROS, Ramón, *De las obligaciones*, 9ª edición, Santiago, Jurídica, 1999, p. 360.

46. Lo anterior vuelve a confirmar la idea fundamental que sin sentencia que declare el incumplimiento no hay resolución. Como ha declarado la Corte Suprema:

“la condición resolutoria tácita no produce *ipso jure* la resolución del contrato, sino que es necesario que la pida el contratante que ha cumplido y así se declare en sentencia ejecutoriada”.

En rigor, mientras no haya sentencia ejecutoriada, desde un punto de vista sustantivo, todavía se puede pagar y enervar la resolución. Esta doctrina es seguida en forma uniforme en todos los fallos (que son numerosísimos) publicados<sup>15</sup>. El pago por consignación, declarado suficiente por el tribunal que conoce de la causa, tiene igual valor que el pago efectivo y produce la extinción de la acción resolutoria.

47. Con todo, es necesario mencionar que dentro de la jurisprudencia publicada existen dos fallos en contrario, en el que el tribunal da lugar a la resolución, no obstante haberse efectuado la consignación de lo debido. En el caso Cirilo Godoy con Eduardo Besoain (Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de octubre de 1917)<sup>16</sup> el demandado había consignado en el tribunal las su-

<sup>15</sup> Ver N° 36 de la jurisprudencia correspondiente al artículo 1.489 del *Código Civil* en el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia* citado *supra* n. 8.

<sup>16</sup> *Gaceta* de 1917, 2º semestre, sentencia N° 306, p. 983.

mas adeudas a título de renta de arrendamiento a fin de enervar la acción de resolución del contrato respectivo. La Corte considera que el pago efectuado después de notificada la demanda no es idóneo para enervar la resolución puesto que ya se... “había verificado entre los litigantes el cuasi contrato de litis contestación y el demandante ya había adquirido el derecho a solicitar la resolución”. Ello porque, a juicio del tribunal, no existen normas especiales que permitan mitigar el efecto resolutorio contemplado en el artículo 1.489 del *Código Civil*.

118

48. Igual predicamento se encuentra en el caso Valdivia con Concha (Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de abril de 1914)<sup>17</sup>, en que se practica la consignación judicial luego de haberse notificado la demanda de resolución.

49. Con todo, para considerar el mérito de las sentencias aludidas en los dos párrafos precedentes hay que tener en cuenta que ellas se dictan bajo la vigencia del texto original del *Código Civil* que no había experimentado la modificación introducida por la ley 7.825 de 30 de agosto de 1944, que agrega un inciso segundo al artículo 1.600 el cual contempla expresamente, como se verá más adelante en este informe, una modalidad de pago que consiste precisamente en la consignación de lo adeudado a la orden del tribunal que conoce del proceso. Con el texto legal actual

el valor jurisprudencial de tales fallos resulta nulo.

50. Dice Claro Solar concordando con la doctrina dominante en nuestra jurisprudencia:

“Mientras la resolución del contrato no ha sido declarada por la sentencia que ha de poner término al juicio, el contrato subsiste; y por lo mismo, hallándose requerido judicialmente el demandado con la notificación de la demanda, puede evitar la resolución ejecutando la obligación, efectuando la prestación de lo debido durante la secuela del juicio. –Agrega–: El art. 1489 no explica al respecto, porque no necesita hacerlo, desde que no produciéndose *ipso facto* la extinción del contrato por el evento de la condición resolutoria tácita, la obligación aún no cumplida y cuya resolución se halla sub lite, puede ser cumplida y efectuarse su pago, aún contra la voluntad del acreedor, según las reglas generales, el pago por consignación, por ejemplo”<sup>18</sup>.

51. Se señalaba más arriba que la oportunidad para enervar la acción resolutoria por medio del pago (salvo en el caso del pacto comisorio del artículo 1.879 del *Código Civil*), era antes que existiera sentencia ejecutoriada. Ello es verdadero desde el punto de vista del

<sup>17</sup> *Gaceta* de 1915, 1<sup>er</sup> semestre, sentencia N° 349, p. 868.

<sup>18</sup> CLARO SOLAR (n. 3), p. 187.

Derecho sustantivo. Con todo, la oportunidad procesal no es exactamente la misma ya que tratándose de la excepción de pago –como ocurre con la alegación del pago por consignación– ella sólo puede ser opuesta en las oportunidades procesales que, al efecto, consiga el artículo 310 del *Código de Procedimiento Civil*, esto es, antes de la citación para oír sentencia, en primera instancia y antes de la vista de la causa en segunda<sup>19</sup>.

52. Con lo reseñado queda resuelta la segunda cuestión planteada en este informe. Permanece, así fuera de toda duda que el pago efectuado luego de notificada la demanda de resolución y antes de vencidas las oportunidades procesales para oponer la excepción de pago, incluso mediando consignación, es apto para enervar la acción resolutoria.

53. Corresponde, ahora, referirse al último tema del informe. Se trata de determinar la forma como el demandado puede enervar la acción resolutoria, durante la secuela del juicio, esto es, una vez que el acreedor ha optado por la resolución y ha notificado su voluntad al contratante incumplidor.

54. Se decía más arriba que el artículo 1.600 del *Código Civil* contempla dos procedimientos de pago por consignación en sus dos incisos. El primero, aplicable cuando todavía no se ha iniciado una litis destinada a obtener el pago y el segundo y final, para el caso contrario.

<sup>19</sup> MEZA BARROS (n. 14), p. 83.

55. Dispone el mencionado inciso segundo:

“Sin embargo (respecto del modo más complejo que ha regulado en el inciso primero), si el acreedor demanda judicialmente el cumplimiento de la obligación o deduce cualquiera otra acción que pueda enervarse mediante el pago de la deuda, bastará que la cosa debida con los intereses vencidos, si los hay, y demás cargos líquidos, se consigne a la orden del tribunal que conoce del proceso en alguna de las formas que señala el artículo 1601, sin necesidad de oferta previa. En este caso la suficiencia del pago será calificada por dicho tribunal en el mismo juicio”.

La forma no puede ser más sencilla: consignación y juicio de suficiencia.

56. La jurisprudencia producida a partir de la entrada en vigencia de la modificación del artículo 1.600 del *Código Civil*, en 1944, ha aplicado sin dificultad el nuevo procedimiento, declarando extinguida la acción resolutoria, cuando lo debido se ha consignado a la orden del tribunal y éste ha calificado de suficiente el pago. Se incluyen como ejemplo tres casos de los años iniciales de la aplicación de una jurisprudencia que se ha mantenido inalterable.

57. En el caso Aguirre con Brahm, ya citado *supra* párrafo 25 de este informe

se refiere” en cuanto a la cantidad, la intensidad, el grado, el modo”, etcétera<sup>1</sup>.

Esta imprecisión de ‘alguno(s) - alguna(s)’, pues, puede referirse, desde luego, a la cantidad. En tal sentido, la voz (como otras, por ejemplo: ‘alguien’, ‘cualquiera’, ‘muchos’, ‘varios’, etc.), en cuanto indefinida, junto a los numerales (que también son adjetivos y pronombres) pertenece al género de los “cuantificadores”, porque aluden a la cantidad de lo mentado con ellas. Pero se opone a los numerales, porque estos designan con precisión la cantidad denotada, como cuando se dice: “uno, dos, tres”, etc., mientras que un cuantificador indefinido, como ‘alguno(s) - alguna(s)’, no determina de qué cantidad se trata<sup>2</sup>.

124

La indefinición de ‘alguno(s) - alguna(s)’ también puede referirse a la especificidad del objeto, en cuanto deja indeterminado el individuo o los individuos concretos de una clase integrada por varios, que se mienta. En tal sentido se opone a las palabras definidas, como los adjetivos y pronombres demostrativos ‘éste, ése, aquél, éstos, ésos, aquellos’, que señalan el objeto específico significado con ellas.

Ambas funciones de mención indefinida asignadas ‘alguno(s) - alguna(s)’, tanto la concerniente a la cantidad como la que atañe a la especificación, pueden ser cumplidas por separado o conjuntamente. Bastarán algunos ejemplos.

<sup>1</sup> ALARCOS, Emilio, *Gramática de la lengua española*, Madrid, Real Academia Española, Espasa Calpe, 1994, reimp. 1995, p. 114].

<sup>2</sup> *Op. cit.*, p. 117 y ss.

En la frase: “Solo alguno de vosotros será admitido” se significa que sólo uno y nada más que uno será admitido, pero no se dice quién (si Juan o Pedro, si ‘éste’ o ‘ése’, etc.); y equivale a “Sólo uno cualquiera de vosotros”. El pronombre ‘alguno’, en consecuencia, es indefinido ahí en cuanto a la especificación, pero definido en cuanto a la cantidad. Esto último, por cierto, merced a la adición de ‘sólo’.

La frase: “Sólo algunos de vosotros que seáis de elevada estatura seréis admitidos” mientras que de la clase de los ‘vosotros’ serán admitidos todos los de elevada estatura; y equivale, pues, a “todos los de elevada estatura en el número que sea”. En este caso, por ende, ‘algunos’ es indefinido en cuanto a la cantidad, ya que los de elevada estatura pueden ser dos, tres, cuatro, etc. e, incluso, haber uno solo de elevada estatura, pero definido en cuanto a la especificación, pues la referencia es a todos los de elevada estatura de la clase de los ‘vosotros’.

En la frase, en fin, “Algunos de vosotros será admitido”, el término ‘algunos’ es indefinido en cuanto a la cantidad y a la especificación, pues nada se dice en cuanto al número de los que serán admitidos ni en cuanto a quienes.

Por su propia naturaleza, no puede darse la posibilidad de combinar en ‘alguno’ la definición en la cantidad y en la especificación, porque que sea definido en ambos extremos es contrario a su naturaleza.

Así, pues, la indefinición o indeterminación cuantificadora propia de ‘alguno’ no implica que con tal palabra

sea imposible mentar a “todos” los individuos de una clase dada o a “uno” de ellos, precisamente por ser indefinida o indeterminada. Por serlo, ‘alguno’ nada dice a priori sobre la extensión que mienta. De tal modo que para impedir extender su denotación a “todos” o para reducirla a “uno” necesario es calificarlo con expresiones como ‘sólo’, ‘únicamente’, ‘nada más’, etc. Cuando se diga, por ejemplo: “Sólo alguno será admitido” se ha excluido, por un lado, que vaya a admitirse a “todos” y, por otro, que vaya a admitirse a más de “uno”. En tal caso, ‘alguno’ significa, pues, ‘uno’. Pero sigue siendo indefinido en cuanto al objeto concreto a que se refiere, porque ‘alguno’ se dice en el sentido de ‘uno cualquiera’, ya que no se indica en concreto quién será el admitido (si Juan o Pedro, etc.). Pero cuando simplemente se diga: “Alguno será admitido”, no se ha excluido que vaya a admitirse a todos, ni que vaya a admitirse a más de uno. En realidad, no se ha dicho nada con respecto al punto de a cuántos se admitirá. Tanto, pues, cuando el proferente de la frase admita a uno, como cuando admita a más de uno, lo mismo que si admite a todos, habrá admitido a “alguno”. Si no dijo “todos”, es porque quiso reservarse la posibilidad de que no fueran todos los admitidos. Si no dijo “uno” o “solo alguno”, es porque quiso reservarse la posibilidad de que fuera más de uno o todos. En otras palabras, quiso mantener su libertad de decisión final.

Hemos reconocido que el término en examen admite el número singular (‘alguno’) y plural (‘algunos’). Habría

la tentación de declarar, entonces, que en singular siempre se refiere, por definición de lo que es singular, a “uno”, y que en plural denota, también por su definición, a “más de uno”. Como consecuencia de ello, ‘alguno’ en realidad significaría siempre ‘uno’. Pero esto sería paradójico, pues si ‘alguno’ es indefinido, ¿cómo podría significar “uno” que es una palabra definida en cuanto al número (pues “uno” siempre designa a uno)?

No puede ser así. Pero la clave del problema está en que el plural y el singular no se refieren ambos a la indefinición en cuanto a la cantidad sino separadamente a la indefinición en cuanto a la especificación. En consecuencia, el singular ‘alguno’ no significa “uno”, como tampoco “más de uno, pero no todos” ni “todos”: en cuanto al número, significa las tres cosas o cualquiera de ellas, porque en torno a la cantidad no quiere definir nada. Y el plural ‘algunos’ no significa “más de uno, pero menos de todos”, pues puede significar “uno”, “más de uno, pero menos de todos” y “todos”, porque también en torno a la cantidad no quiere definir nada.

Otra cosa es la indefinición de ‘alguno’ en cuanto a la especificidad. Porque cuando el hablante quiere dejar indefinido a uno entre varios, entonces debe emplear el singular, como en la frase: “Sólo y únicamente alguno de vosotros”; pero cuando quiere dejar indefinidos a varios entre muchos, pero no a todos, entonces debe emplear el plural, como si dice: “Sólo únicamente algunos de vosotros”.

En conclusión, pues, las formas singular y plural de ‘alguno(s)’, como in-

definidos en cuanto a la cantidad, semánticamente no se identifican con cantidad singular y cantidad plural, precisamente porque se trata de indefinidos en cuanto a la cantidad que mientan. Pueden así designar indistintamente a cantidad singular o plural. Pero si adoptan ambas formas gramaticales, es para denotar al número de lo indefinido en cuanto a la especificación.

Cierto es que en antiguas ediciones del *Diccionario de la Real Academia Española* se podía leer que nuestro vocablo es un adjetivo “que se aplica indeterminadamente a una persona o cosa con respecto a varias o muchas”. Pero el error lexical de referir la palabra a “una” (persona o cosa) era tan craso, que la propia Academia tuvo que modificar esta definición. Y es así como ahora leemos que “alguno” es un adjetivo que “se aplica indeterminadamente a una o varias personas o cosas respecto a otras”<sup>3</sup>.

El siguiente texto de la obra de gramática antes citada puede servir de ilustración o comentario del exacto alcance de nuestro término:

“*Alguno* puede alternar con *uno* en su sentido singularizador, pero agrega mayor indeterminación cuantificadora, la cual permite en ocasiones la sinonimia del singular con el plural: *Algún autor piensa* puede ser sinónimo de *Algunos autores piensan*. La singularización es más unitaria y radical con *uno*, y, así,

no se refieren a lo mismo *Un autor dice* y *Unos autores dicen*”<sup>4</sup>.

Aplicada esta conclusión a la dicción “o el de alguno de ellos” del artículo 223 Ord. Ad., entonces resulta que morfológicamente nada se puede concluir sin un ulterior análisis de otra especie, pues ‘alguno’ podría significar “sólo y únicamente uno de ellos, aunque cualquiera”, caso en el cual estaríamos ante un indefinido relativo a la especificación (“cualquiera”), que sería definido en lo concerniente a la cantidad (“sólo uno”); o también significar: “uno”, “varios” o “todos” indistintamente, caso en el cual estaríamos ante un indefinido así en cuanto a la cantidad como a la especificación. En otras palabras, no porque, en cierto contexto, “alguno” pueda adquirir el sentido no natural en él de “uno sólo”, ése es el sentido con que fue adoptado en el artículo 223 letra a) Ord. Ad. Para entender que con tal sentido fue adoptado, menester es demostrarlo.

### III. ‘ALGUNO’ EN EL CÓDIGO CIVIL

Esta indiferenciación en cuanto al número de ‘alguno’ se repite una y cien veces en las leyes. En un apéndice a este informe (para no recargar su texto) transcribimos algunas disposiciones del *Código Civil* en que aparecen los vocablos concernidos, a las que recurrimos en atención al conocido hecho de haber sido un lingüista mayor el autor de ese cuerpo legal.

<sup>3</sup> Madrid, 2001, vol. I, p. 107.

<sup>4</sup> (n. 3), p. 124.

A modo de ejemplo, examínese el artículo 610 CC.: “Si alguno cazare en tierras ajenas sin permiso del dueño, cuando por ley estaba obligado a obtenerlo, lo que cace será para el dueño, a quien, además, indemnizará de todo perjuicio”. Es evidente que ‘alguno’ significa aquí “uno”, “varios” o “todos”. A nadie se le ocurriría pensar que significa “sólo uno”, por el hecho de presentarse ‘alguno’ bajo forma singular.

Al revés, lo dicho en el artículo 1.157:

“La substitución que se hiciere expresamente para algunos de los casos en que pueda faltar el asignatario, se entenderá hecha para cualquiera de los otros en que llegare a faltar; salvo que el testador haya expresado voluntad contraria”,

no porque la norma emplee la forma plural ‘algunos’ se refiere necesariamente a más de un caso, de modo que la substitución que se hiciere expresamente para un (algún) caso en que pueda faltar el asignatario no haya de entenderse a los otros. Como se sabe, un asignatario falta cuando repudia la herencia, o ha premuerto al causante, o es indigno de sucederle, o es incapaz de hacerlo. De esta manera, la norma solo dispondría que si un testador nombra sustituto para dos casos, como los de repudiación y premuerte, y el asignatario resulta incapaz, la substitución opera; pero no operaría cuando el testador hubiera nombrado sustituto para un único caso, como el de repudiar la asignación el heredero, en cir-

cunstancias de que éste, lejos de repudiar aceptara, pero resultare indigno de suceder. Semejante interpretación resultaría tan absurda e intolerable, formalista y verbalista, que merecería el repudio de hasta un estudiante de primer año.

Pero en el artículo 1.360:

“Las cargas testamentarias no se mirarán como carga de los herederos en común, sino cuando el testador no hubiere gravado con ellas a alguno o algunos de los herederos o legatarios en particular”,

es claro que ‘alguno’ significa “uno”, porque el plural está indicado expresamente con el empleo de ‘algunos’.

La lectura de las normas del código muestra, por ende, que no puede decirse a priori que ‘alguno’ signifique “sólo uno” y no “varios” o “todos”, ni que ‘algunos’ signifique “más de uno” y nunca “uno”.

¿La razón? Ya quedó explicada: ‘alguno’ y ‘algunos’ son indefinidos, y como tales nada dicen sobre el número ni la especificación a que se apliquen. Tal es, puede decirse con propiedad, su sentido natural y obvio. Para determinar, pues, en algo el número o la especificación necesario es recurrir el contexto en que aparecen esos vocablos.

#### IV. “ALGUNO” EN EL ARTÍCULO 223 ORD. AD.

En consecuencia, en la letra a) del artículo 223 Ord. Ad., cuando se dice que

la razón social de una sociedad formada para la agencia de aduanas “principiará con la expresión ‘Agencia de Aduanas’, seguida únicamente por el nombre del Despachador o el de alguno de ellos y las expresiones legales que indiquen la naturaleza de la compañía”, no se significa que, habiendo pluralidad de socios despachadores, el nombre de solo uno de ellos puede figurar en la razón social, y no el de varios ni el de todos, debido a que la norma dice “el [nombre] de alguno de ellos”. La voz ‘alguno’ es indefinida, y como tal no significa necesariamente “sólo uno” (como tampoco “solo varios” ni “solo todos”). Sobre el punto, esa voz no dice nada preciso, determinado o definido. Por lo tanto, en concreto significa indiferentemente o “uno”, o “varios” o “todos”. Para que significara “sólo uno” (o “sólo varios” o “sólo todos”), tendría que hallarse una razón que obligue a dar como semánticamente correcta esa acepción (u otra de las posibles) y no las demás. Lo que, por cierto, no es que no pueda ocurrir. Pero una razón tiene que haber para la alteración de la naturaleza indefinida del término ‘alguno’. Tal sucedería, por ejemplo, si la norma hubiera sido redactada así: “principiará con la expresión ‘Agencia de Aduanas’, seguida únicamente por el nombre del Despachador o solo (únicamente, nada más que) el de alguno de ellos y las expresiones legales que indiquen la naturaleza de la compañía”, pues en tal caso no cabría dudar que ‘alguno’ significa “uno”, debido a la determinación introducida por “sólo” o por alguna de las otras expresiones indicadas.

Pero si nada semejante aparece en la norma, y se insistiera, empero, en querer interpretar el indefinido ‘alguno’ en el sentido definido de “uno solo”, eso únicamente tendría que ser con apoyo en la existencia objetiva de una razón de fondo de carácter técnico, jurídico, político o de otra especie, que hubiera movido a la ley a reducir el indefinido ‘alguno’ al definido ‘uno’, la cual razón hubiera quedado testimoniada en la historia fidedigna del establecimiento de la norma. Mas, si no se encuentra una razón, lo único que puede gramaticalmente decirse del indefinido ‘alguno’ presente en el artículo 223 Ord. Ad., sin violar las reglas de la lengua, es que él significa algo indefinido, y que, por ende, no significa “sólo uno”, aunque, por cierto, signifique “uno”, como también “varios”, aunque no “sólo varios” e, incluso, “todos”, aunque no “sólo todos”.

#### V. ‘ÚNICAMENTE’ EN EL ARTÍCULO 223 ORD. AD.

Podría verse una razón –por meramente literal que fuese– en el empleo del adverbio ‘únicamente’ en el artículo 223 Ord. Ad:

“[...] principiará con la expresión ‘Agencia de Aduanas’, seguida únicamente por el nombre del Despachador o el de alguno de ellos y las expresiones legales que indiquen la naturaleza de la compañía”,

de modo de leérselo así: “principiará con la expresión ‘Agencia de Aduanas’,



seguida únicamente por el [nombre] de alguno de ellos [...]”. De acuerdo con lo dicho antes, ‘alguno’ significaría aquí “sólo el nombre de uno de los varios despachadores socios”.

Esta razón literal fuera aceptable si es que el adverbio ‘únicamente’ hubiera sido escrito para la expresión “o el de alguno de ellos”, a fin de transformar la significación cuantitativamente indefinida de ‘alguno’ en cuantitativamente definida. Pero no fue así. Ese adverbio fue escrito en el decreto-ley 743 de 1974, como artículo 241 letra a) de la Ordenanza de Aduanas que ese cuerpo legal fijaba, bajo la siguiente dicción:

“La razón social principiará con las palabras ‘Agencia de Aduana’, seguidas únicamente por el nombre del despachador y las expresiones legales [...]”.

Se justificaba ahí plenamente el adverbio, porque, regulando la ley que los agentes de aduana formaran sociedades con personas naturales que no fueran agentes (antes no estaba regulado el tema de tales sociedades) quiso establecer dos limitaciones (entre otras que no interesan ahora): primeramente, que en las sociedades constituidas para la agencia de aduanas solo interviniese un socio agente (y no dos o más); enseguida, y como consecuencia, que en la razón social figurara sólo el nombre del singular socio agente que podía haber. Esta segunda limitación hubo de ser expresada con recurso al adverbio ‘únicamente’, y su sentido fue, por ende, el de excluir que la razón social incorporara el nombre de los socios

que no eran agentes, como, de acuerdo con las reglas del Derecho Común, sí podía incorporarlos.

El artículo 241 letra a) de la Ordenanza de 1974, pasó a ser, sin variaciones en lo que ahora importa, el artículo 230 letra a) en la Ordenanza de 1982; y esta norma, a su vez, merced a la ley N° 18.853 de 1989, devino en el artículo 223 letra a) actualmente vigente. La ley citada introdujo una modificación de fondo al régimen de las sociedades creadas para la agencia de aduana, pues permitió formarlas con intervención de más de un despachador como socio, lo que, según precedentemente se recordó, antes no era posible. En atención a este nuevo régimen, la misma ley N° 18.853 debió regular el tema de la razón social de las compañías constituidas para la agencia de aduanas, para lo cual, en vez de redactar el legislador un nuevo artículo, reprodujo el de 1974-1982 con la interpolación de la expresión: “o el de alguno de ellos”, y entonces la norma, que ahora fue el artículo 230 letra a) Ord. Ad., quedó diciendo: “La razón social principiará con la expresión ‘Agencia de Aduanas’, seguida únicamente por el nombre del Despachador o el de alguno de ellos y las expresiones legales que indiquen la naturaleza de la compañía”.

Esta interpolación, como suele suceder con mucha frecuencia (según sabe bien quien tenga el hábito de escribir), puede crear un espejismo semántico: en este caso, el de que el antiguo ‘únicamente’, proveniente de la Ordenanza de 1974, se refiera al nuevo “o el de alguno de ellos”, proveniente de la Or-

denanza de 1989. Mas ya por esa sola y asaz evidente razón cronológica, en su momento el adverbio no pudo referirse a la expresión últimamente transcrita, porque cuando el adverbio fue escrito en 1974, no era posible que hubiera más que un solo socio despachador; ni desde 1989 pudo el adverbio adquirir el nuevo significado de que en la razón social no deba indicarse más que el nombre de un solo despachador de los varios que hubiera, porque entonces siguió teniendo su mismo significado original, de excluir el nombre de los socios no despachadores.

En consecuencia, nada dice ese adverbio en relación con el pronombre 'alguno' de la cláusula "o el de alguno de ellos", porque no fue escrito para definir cuantitativamente el pronombre 'alguno', por naturaleza indefinido, y existía desde mucho tiempo antes de introducirse la mencionada cláusula.

De lo anterior se concluye que la presencia del adverbio 'únicamente' no constituye razón para considerar alterada la naturaleza indefinida del término 'alguno' en el artículo 223 letra a) Ord. Ad.

#### VI. NORMAS SOBRE INTEGRACIÓN DE LA FIRMA SOCIAL

El derecho general sobre la composición de la razón social de una compañía colectiva está en el artículo 365 del *Código de Comercio*:

"La razón social es la fórmula enunciativa de los nombres de

todos los socios o de algunos de ellos, con la agregación de estas palabras: y compañía".

Como nadie hasta la fecha ha entendido que el uso del plural "o de algunos de ellos" signifique "o sólo de varios de ellos", de modo que la razón de estas sociedades deba contener el nombre bien de todos los socios, bien de varios de ellos; pero en ningún caso el de uno solo, en circunstancias que, a mayor abundamiento, todos los días se ven sociedades de personas cuya razón consta del nombre de solo un socio (otro ejemplo, pues, en que el plural 'algunos' abarca indefinidamente el singular), resulta, en efecto, que la regla general y común es que la razón social de las compañías colectivas puede incluir el nombre de todos los socios, de algunos o de uno solo.

Hay un derecho especial para las sociedades colectivas de responsabilidad limitada, contenido en el artículo 4 de la ley 3.918 de 1923: "La razón o firma social podrá contener el nombre de uno o más de los socios [...]", en que la especialidad, empero, no radica en esto sino en algo que ahora no interesa, pues, como se ve, la disposición reitera con otras palabras lo mismo que dice el artículo 365 C. de C. Para la ley 3.918, la razón social de las compañías de responsabilidad limitada puede incluir el nombre de un socio, de varios o de todos, pues aunque no diga "todos", el sentido de esta palabra queda incorporado en la expresión 'o más'.

En las sociedades constituidas para la agencia de aduanas, pese a tener que ser colectivas de responsabilidad limita-

da (artículo 223 inciso 1 Ord. Ad.), rige un derecho especialísimo sobre la materia. La ley dividió a sus socios en dos categorías: los que tenga la calidad de agentes de aduana (que pueden ser varios o uno solo) y los que no la tengan. El derecho especialísimo que rige entonces se refiere a los socios de la segunda categoría, porque en la razón social de la compañía no puede figurar el nombre de ninguno perteneciente a ella. Hay razones técnicas, jurídicas y de política aduanera muy poderosas que influyeron en este predicamento, que no es el caso tratar aquí. Pero, por lo que atañe a los socios de la primera categoría, no hay norma especialísima, y sigue rigiendo la tan solo especial del artículo 4 de la ley 3.918: “La razón o firma social podrá contener el nombre de uno o más de los socios [...]”, en donde, como vimos ‘o más’ significa “o varios o todos”, por lo que la norma es, como también dijimos, coincidente con el artículo 365 del *Código de Comercio*: “La razón social es la fórmula enunciativa de los nombres de todos los socios o de algunos de ellos [...]”.

Se ve que así como la Ordenanza de Aduanas sí tuvo razones vigorosas para modificar el derecho especial de la ley 3.918 y excluir de la firma social la mención de los socios no agentes; ella no tuvo razones que hacer valer, porque de hecho no las hubo, para hacer lo propio con el nombre de los socios agentes cuando hay varios de ellos. ¿Por qué iría a impedir que en la razón social figurara el nombre de varios o de todos y a disponer que solo se insertara el nombre de uno?

No existiendo razones en ese sentido, sigue en pie que el pronombre ‘al-

guno’ empleado por la letra a) del artículo 223 Ord. Ad., cuyo significado natural y obvio es indefinido, sigue siendo indefinido ahí, pues para entenderlo cuantitativamente definido, en el sentido de “sólo uno”, como en teoría y en abstracto podría significar, fuera necesario invocar razones, y estas no existen. Si no existen, hay que estar al significado natural y obvio de ‘alguno’, que es indefinido, lo que implica que ese pronombre no mienta solo a uno, solo a varios o solo a todos, y, por el contrario, se refiere indistinta y simultáneamente a uno, a varios y a todos, porque en eso consiste lo indefinido.

#### VII. LAS SOCIEDADES PARA LA AGENCIA DE ADUANAS Y LA CONSTITUCIÓN

Una de las transformaciones más relevantes del Derecho chileno contemporáneo radica en la nueva manera de control de las normas llamadas inferiores que la Constitución Política ha venido a asumir. Limitado antes su control al recurso de inconstitucionalidad caso a caso, hoy se presentan, aparte él mismo, el de protección y los recursos ante el tribunal constitucional. Pero, más aun, está la prohibición de afectar la esencia de los derechos garantidos por la carta fundamental cuando la ley los regule (artículo 19 N° 26); y está también el efecto obligatorio inmediato y directo de las normas constitucionales sobre toda persona, institución o grupo (artículo 6 C. Pol.). Por lo demás, ambos se relacionan.

Las implicancias de estas figuras son riquísimas. En este momento nos

limitaremos a invocar aquéllas concernientes a la interpretación.

Por lo que concierne a la consecuencia hermenéutica de la prohibición de afectar la ley la esencia de los derechos constitucionales, debemos mencionar que entonces ninguna interpretación de la ley que conduzca a afectar la esencia de un derecho constitucional es admisible, pues si interpretar es atribuir a la ley determinado sentido como propio, y el sentido atribuido a la ley afecta la esencia de un derecho constitucional, es la ley misma la que lo afecta, lo que no puede hacer.

En lo que atañe al efecto inmediato y directo de las normas constitucionales sobre la misma materia, ningún intérprete de normas inferiores a la Constitución puede atribuirles un sentido de guisa tal que las deje transgrediendo la Constitución, porque ésta obliga a todos, incluso a los intérpretes.

Lo anterior significa, pues, que la Constitución debemos considerarla hoy como límite negativo y como modelo positivo en la interpretación.

Ahora bien, el artículo 19 N° 15 C. Pol. garantiza a todas las personas “El derecho de asociarse sin permiso previo”. Es casi superfluo decir que la amplitud de esta norma llega hasta incluir a la asociación con fin de lucro. De acuerdo con lo dicho, esta norma es límite y modelo para la interpretación de todas las demás que regulen la asociación sea cual sea su naturaleza.

A decir verdad, en Chile hay normas en tal grado limitantes y afectantes de la libertad o derecho de asociación, que un estudio ligero de su contenido ya revela cuán inobservado queda el

artículo 19 N° 15 en relación con el artículo 19 N° 26 C. Pol. Por ejemplo, en materia de asociación para la agencia de aduanas está la aprobación que debe prestarles el Director Nacional de Aduanas (artículo 223 Ord. Ad.), y cabe indagar si ella es o no permiso previo, prohibido por el artículo 19 N° 26 C. Pol. Pero no nos ocuparemos de eso en este momento.

Para centrarnos en nuestro tema, digamos que la interpretación de la letra a) del artículo 223 Ord. Ad. en el sentido de que ‘alguno’ significa “sólo uno” introduce una restricción esencial al derecho de asociarse, garantizado por la Constitución. Es parte esencial de la libertad de asociación la libertad de imponer el nombre que se quiera a la asociación que se forma. Por una tradición inveterada, que la ley sancionó, en las asociaciones con fin de lucro hay libertad para que el nombre de la asociación, que se denomina razón social, refleje el de los asociados o socios, sea el de todos, de algunos o de uno. En consecuencia, la norma que restrinja esta libertad de reflejar el nombre de los socios en el nombre social, no diremos que sea a priori inconstitucional y sin más, sino que debe aprobar un examen riguroso de constitucionalidad, en el que se indagará por las razones de la restricción. En algún caso puede que haya razones potentes para ésta, como quizá ocurra en el de impedir que figure el nombre de los socios no agentes en la designación de las sociedades formadas para la agencia de aduanas. Pero en donde haya razones débiles, y con mayor lógica, en donde no haya razones en absoluto, la restricción no

puede ser aprobada. Esto para el caso de una norma que explícita y directamente limite la libertad de imponer nombre a las asociaciones. Con más fuerza debe concluirse lo mismo cuando simplemente se trata de una norma de la que una restricción a la libertad de nombrar asociaciones con su propio nombre los socios es deducida por una vía interpretativa, porque no es ni con mucho claro que la restricción exista. Cuando el resultado interpretativo es la restricción, y ese resultado no encuentra razones de fondo que lo apoyen vigorosamente, debe, pues, desecharse, y aceptarse la otra interpretación, aquella que conserva y favorece la libertad.

Ha quedado suficientemente aclarado aquí, que razones que conduzcan a hacer pensar que la interpretación de la letra a) del artículo 223 Ord. Ad. en el sentido de que ‘alguno’ significa “sólo uno” no tiene más apoyo en que, a veces, ‘alguno’ significa, en efecto, “uno”, sin que se pueda demostrar, porque faltan razones, que en esa disposición concreta ‘alguno’ haya sido adoptado, empero, con tal sentido. Si es así, como lo es con seguridad, entonces la interpretación restrictiva de la libertad de asociación a que conduce entender ‘alguno’ en el sentido de “uno solo” no puede sostenerse y debe desecharse.

### VIII. CONCLUSIONES

De lo expuesto, este abogado concluye:

1. Que en abstracto, el pronombre (y adjetivo) ‘alguno’ no significa

“sólo uno”, porque es indefinido, y tal calidad resulta incongruente con su aplicación exclusiva a uno solo. De hecho, pues, puede referirse a “uno”, pero también a “varios” e, incluso, a “todos”, y precisamente es por tal indeterminado espectro de significaciones que tiene naturaleza indefinida.

2. Que, en principio, pues, en el artículo 223 letra a) de la Ordenanza de Aduanas, el pronombre ‘alguno’ empleado en la expresión “o el de alguno de ellos”, sigue siendo indefinido, de modo de no poder significar definitivamente “sólo uno”, a menos que existan razones que hagan necesario entenderlo en este último sentido.
3. Que este uso natural y obvio, normal por así llamarlo, de ‘alguno(os)’ está ampliamente testimoniado en muchas disposiciones del *Código Civil*, algunas de las cuales ser transcriben en un apéndice a este informe.
4. Que en el artículo 223 letra a) Ord. Ad. aparezca el adverbio ‘únicamente’ no es razón ni puede serlo para apoyar el entendimiento de “sólo uno” del pronombre ‘alguno’, como si se haya dicho “únicamente el de alguno de ellos”, porque el adverbio fue escrito para un texto redactado en 1974, en el que la expresión “o el de alguno de ellos” no existía, y entonces su función semántica fue solo la de excluir que en la razón social de una compañía constitui-

- da para la agencia de aduanas se incorporara el nombre de los socios no agentes. Dicha expresión fue interpolada en el texto de 1974 en 1989, y entonces el adverbio no cambió su función original, de modo de nada poder concluirse en orden a que con él se hubiera querido definir el indefinido 'alguno' en el sentido de "sólo uno".
5. Que el derecho especial regulador de la manera de formarse la razón social de una sociedad de responsabilidad limitada, por lo que a la inserción del nombre de los socios atañe (ley N° 3.985, artículo 4), en todo coincidente en ese punto con el derecho general (artículo 365 C. de C.), otorga amplia libertad para que en esa razón sea insertado el nombre de uno, varios o todos los socios. Ambos derechos fueron modificados por el artículo 223 letra a) Ord. Ad. en cuanto al nombre de los socios no agentes, que no pueden ser insertados, y ello con fundamento en razones muy atendibles, que no existieron para también haberlos modificado en lo relativo al nombre de los socios agentes, los cuales, por ende, siguen sujetos al derecho especial coincidente con el común, en orden a que puedan ser insertados como se quiera.
  6. Que es inconstitucional la interpretación de la expresión "o el de alguno de ellos" como si dijera "o el de solo uno de ellos", porque el mandato de que la razón social contenga nada más que el nombre de solo un socio agente viene a ser una restricción que afecta en su esencia a la libertad de imponer nombres a las sociedades de agencia de aduana (en tanto impide a los demás socios reflejar su nombre en la razón social), la cual libertad es parte, a su vez, de la más general libertad de asociación garantizada por el artículo 19 N° 15 de la Constitución. Esta afectación esencial vulnera el artículo 19 N° 26 C. Pol., que junto con obligar al intérprete igual que a todos (artículo 6 C. Pol.), impele a buscar y encontrar interpretaciones acordes con la libertad garantizada constitucionalmente, y desde luego a desechar aquéllas que la coarten o limiten.
  7. Que, por ende, el artículo 223 letra a) Ord. Ad. no se pronuncia acerca del número de nombres de socios agentes que pueden integrar la razón social de una compañía establecida para la agencia de aduanas, y deja el punto indeterminado, merced al pronombre 'alguno' que emplea, dada su naturaleza indefinida, que no fue modificada en la disposición, por modo que en dicha razón bien puede figurar el nombre de uno o de varios de tales socios, o el de todos.

Es cuanto puedo informar.

## APÉNDICE

### ALGUNAS DISPOSICIONES DEL *CÓDIGO CIVIL* QUE EMPLEAN LAS LOCUCIONES 'ALGUNO' O 'ALGUNOS'

#### Art. 114:

“El que no habiendo cumplido dieciocho años se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo, podrá ser desheredado, no sólo por aquel o aquellos cuyo consentimiento le fue necesario, sino por todos los otros ascendientes. Si alguno de éstos muriere sin hacer testamento, no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido en la sucesión del difunto”.

#### Art. 348:

“No se puede dar tutor ni curador general al que está bajo la patria potestad, salvo que ésta se suspenda en alguno de los casos enumerados artículo 267”.

#### Art. 412:

“Por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de sus hermanos, o de sus consanguíneos o afines hasta el cuarto grado in-

clusive, o de alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorización de los otros tutores o curadores generales, que no estén implicados de la misma manera, o por el juez en subsidio”.

#### Art. 441:

“El pupilo tendrá derecho para solicitar la intervención del defensor de menores, cuando de alguno de los actos del curador le resulte manifiesto perjuicio; y el defensor, encontrando fundado el reclamo, ocurrirá al juez”.

#### Art. 610:

“Si alguno cazare en tierras ajenas sin permiso del dueño, cuando por ley estaba obligado a obtenerlo, lo que cace será para el dueño, a quien además indemnizará de todo perjuicio”.

#### Art. 843:

“Si se ha quitado de su lugar alguno de los mojones que deslindan predios vecinos, el dueño del predio perjudicado tiene derecho para pedir que el que lo ha quitado lo reponga a su costa, y le indemnice de los daños que de la remoción se le hubieren originado, sin perjuicio de las penas con que las leyes castigue delito”.

Art. 1.018:

“Termina el acto por las firmas del testador y testigos, y por la del escribano, si lo hubiere./ Si el testador no supiere o no pudiese firmar, se mencionará testamento esta circunstancia expresando la causa./ Si se hallare alguno de los testigos mismo caso, otro de ellos firmará por él y a ruego suyo, expresándolo así”.

Art. 1.157:

“La sustitución que se hiciere expresamente para algunos de los casos en que pueda faltar el asignatario, se entenderá hecha para cualquiera de los otros en que llegare a faltar; salvo que el testador haya expresado voluntad contraria”.

Art. 1.319:

“Si alguno de los coasignatarios lo fuere bajo condición suspensiva, no tendrá derecho para pedir la partición mientras penda la condición”.

Art. 1.337 N° 1.1.:

“Cumpliéndose con lo prevenido en los artículos 1322 y 1326, no será necesaria la aprobación judicial para llevar a efecto lo dispuesto en cualquiera de los números precedentes, aun cuando algunos o todos los coasignatarios sean menores u otras per-

sonas que no tengan la libre administración de sus bienes”.

Art. 1.340:

“Si alguno de los herederos quisiese tomar a su cargo mayor cuota que la correspondiente a prorrata [...] será oído”.

Art. 1.349:

“El haber omitido involuntariamente algunos objetos no será motivo para rescindir la partición. Aquella en que se hubieren omitido, se continuará después, dividiéndolos entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos”.

Art. 1.360:

“Las cargas testamentarias no se mirarán como carga de los herederos en común, sino cuando el testador no hubiere gravado con ellas a alguno o algunos de los herederos o legatarios en particular./ Las que tocaren a los herederos en común, se dividirán entre ellos como el testador lo hubiere dispuesto, y si nada ha dicho sobre la división, a prorrata de sus cuotas o en la forma prescrita por los referidos artículos”.

Art. 1.515:

“La demanda intentada por el acreedor contra alguno de los



deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos...”.

Art. 1.522:

“El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción de acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda. Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o

algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores”.

Art. 1.928:

“El arrendador en virtud de la obligación de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo, no podrá, sin el consentimiento del arrendatario, mudar la forma de la cosa arrendada, ni hacer las obras o trabajos algunos que puedan turbarle o embarazarle el goce de ella”.



# 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  
Instructor Universidad de Chile

### OBLIGACIONES

---

CLÁUSULA DE ACELERACIÓN Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EJECUTIVA. TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS. (CORTE SUPREMA, 20 DE SEPTIEMBRE DE 2004, N° DE INGRESO 3097-2003)

Es muy frecuente que en las obligaciones dinerarias de cumplimiento fraccionado, se pacte la caducidad convencional del plazo estipulado para el pago de las cuotas en que se divide el capital. Habitualmente, este pacto, conocido como cláusula de aceleración, es redactado en términos facultativos para el acreedor, de suerte que para hacer efectiva la aceleración, es necesario que éste manifieste su voluntad en tal sentido, lo que regularmente hará al demandar el total de la deuda como si fuere de plazo vencido. Si, por el contrario, la cláusula está redactada en términos imperativos, la caducidad se producirá de pleno derecho desde el momento en que el deudor se constituya en mora en el cumplimiento de su obligación.

La sentencia dictada por la Corte Suprema tiene la peculiaridad de que resuelve el conflicto de una manera diametralmente distinta a lo que en los últimos diez años había sido prácticamente una jurisprudencia uniforme de nuestros tribunales superiores de justicia. En efecto, los fallos que en la última década han abordado el problema de la cláusula de aceleración habían sentenciado, hasta ahora, que la aceleración del crédito se produce con la interposición de la demanda del acreedor por la que cobra tanto las cuotas vencidas como las futuras, con independencia de su notificación y de la suerte que corra el juicio, en términos de si tuvo o no la aptitud para interrumpir el plazo de prescripción extintiva de la acción. La sentencia, *en comentario*, sostiene, en cambio, que la nulidad del emplazamiento borra también el efecto de la aceleración del crédito, por aplicación de la *teoría de los actos propios*.

Los hechos, en apretada síntesis, son los siguientes: un banco de la plaza interpuso demanda ejecutiva en contra de dos personas naturales, una en calidad de deudor principal y otra en calidad de aval y codeudora solidaria

de la obligación que consta en un pagaré y que el deudor se obligó a pagar en 48 cuotas mensuales y sucesivas, dejando de pagar a partir de la sexta cuota. Se estipuló, en el referido pagaré, que sirve de título ejecutivo a la demanda, que en caso de mora o simple retardo en el pago del capital o los intereses se hará exigible el total de las obligaciones, más los intereses, como si fuere de plazo vencido.

La sentencia de primer grado, al amparo de la excepción contemplada en el art. 464 N° 17 del *Código de Procedimiento Civil*, alegada por los ejecutados, estimó que entre la fecha en que el acreedor hizo efectiva la cláusula de aceleración, esto es, la fecha de presentación de la demanda ante el tribunal competente, y aquélla en que se procedió a notificar válidamente la demanda a los ejecutados, transcurrió con creces el término de un año que establece el artículo 98 de la ley 18.092 para declarar la prescripción de las acciones cambiarias que tiene el portador contra los obligados al pago del documento. Esta sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, y en contra de esta última, el banco ejecutante dedujo recurso de casación en el fondo, sobre el que recae la sentencia que comentamos.

Conociendo del recurso, nuestro máximo tribunal sostuvo, en el considerando tercero, que los demandados al deducir el incidente de nulidad de la notificación practicada a su respecto (dentro del plazo de un año contado desde la presentación de la demanda) impugnaron la aceleración que se había hecho valer por el ejecutante, desconociendo los efectos que la misma

acarrea en su contra. Agregó, en el Considerando cuarto:

“Que al actuar de la forma que lo hicieron los ejecutados, esto es, interponer un incidente de nulidad de todo lo obrado, para posteriormente argumentar al deducir la excepción de prescripción que había transcurrido el plazo de un año a partir de la interposición de la demanda desconociendo el lapso intermedio, es hacer valer un derecho o una pretensión en contradicción con la anterior conducta de la misma persona, importando un perjuicio en contra del acreedor...”.

En nuestra opinión, la aplicación de la teoría de los actos propios, en la forma en que lo hace el tribunal de casación, al caso en cuestión, es técnicamente inapropiada y arbitraria. La teoría de los actos propios, que se expresa en la forma latina *venire contra factum proprio, non valet*, constituye una regla jurídica que integra nuestro Derecho Positivo, derivada directamente del principio de buena fe, y que importa una limitación al ejercicio de los derechos, siempre y cuando concurren los requisitos que la hacen procedente. En general, se ha entendido que los requisitos para su procedencia son los siguientes:

- a) una conducta de un sujeto jurídicamente relevante que suscite una expectativa seria de comportamiento futuro;
- b) una pretensión contradictoria con esa conducta anterior atribuible al mismo sujeto y

c) que la segunda conducta, contraria a la primera, afecte o dañe a un tercero.

(Véase PEÑAILLO, Daniel, *Obligaciones*, Santiago, Jurídica, 2003, pp. 66-72; Corte Suprema, 9 de mayo de 2001, en *RDJ*, tomo XCVIII, 2001, N° 2, secc. 1ª).

El primero de los elementos señalados supone que la conducta desplegada por el sujeto suscita en otro u otros una razonable confianza en que tal conducta permanecerá. Pero esa conducta puede estar encaminada a la forma en que el sujeto ejerce un derecho propio o, bien, puede consistir en el reconocimiento que el sujeto hace de un derecho ajeno. En ambos casos, el sujeto adopta una conducta vinculante y jurídicamente relevante, en virtud de la cual limita el ejercicio de su propio derecho o, bien, reconoce el derecho ajeno, generando, en ambos casos, la confianza de que tal limitación o reconocimiento permanecerá en el tiempo.

Situados, ahora, en el caso en análisis, a nuestro juicio, la actitud de los ejecutados en orden a impetrar la nulidad de todo lo obrado en el juicio por falta de notificación válida de la demanda, si bien puede ser una conducta vinculante, relevante, eficaz y consumada, no importa desconocer la manifestación de voluntad del acreedor en orden a acelerar el crédito y menos aún permite suscitar en el ejecutante la creencia de que los demandados no alegarán posteriormente la prescripción de la acciones que emanan del pagaré. Muy por el contrario, la nulidad de la notificación produce el efecto inverso, esto es, impedir que se configure la interrupción civil de la prescrip-

ción (art. 2.503 N° 1 del *Código Civil*), y su declaración es precisamente lo que posibilita el ejercicio de dicha pretensión.

De cara al segundo de los requisitos, esto es, una pretensión contradictoria con la conducta anterior atribuible al mismo sujeto, tampoco es posible sostener que la prescripción alegada sea contraria a la conducta procesal antes señalada. Como hemos visto, lo habitual será que invalidada que sea la notificación y habiendo transcurrido el plazo de prescripción sin que se haya emplazado válidamente al demandado, éste está en su legítimo derecho de alegar dicha excepción. De lo contrario, la aplicación a tabla raza de esta doctrina se traducirá, como ocurre en este caso, en un menoscabo al derecho de defensa.

No es de extrañar que la Corte Suprema, frente a situaciones similares, decida la controversia de forma distinta. Sin embargo, no deja de sorprendernos el hecho de que la misma sala de la Corte Suprema, por sentencia de fecha 5 de agosto de 2004, esto es, menos de un mes antes de dictar la sentencia que comentamos, haya fallado un recurso de casación donde, frente a una situación jurídicamente equivalente, resuelve de manera diametralmente opuesta. En efecto, en esta sentencia nuestro máximo tribunal sostuvo:

“que el demandante manifestó con fecha 25 de septiembre de 1987, su voluntad de cobrar el total del saldo adeudado por el demandado, y la circunstancia de haberse abandonado el pro-

cedimiento alegado por éste último con motivo de la acción hipotecaria hecha valer por el banco, no altera la eficacia de esta manifestación de voluntad”.

Como se observa, la Corte Suprema estima, en un caso, que el abandono de procedimiento –cuyo efecto es quizá más devastador para el acreedor que la nulidad del emplazamiento–, no altera la eficacia de la voluntad del acreedor, manifestada en la demanda, en orden a acelerar el crédito, y en el otro, en cambio, sostiene que la nulidad de todo lo obrado –que produce el efecto más restringido de retrotraer la causa al estado de notificarse válidamente la demanda–, sí resta eficacia a dicha declaración de voluntad. Por otro lado, en un caso, la interposición de la prescripción extintiva no contraría la conducta anterior del demandado consistente en solicitar el abandono del procedimiento y, en el otro caso, la interposición de la prescripción extintiva se estima contradictoria con la conducta anterior del demandado consistente en solicitar la nulidad de la notificación de la demanda.

A esto debe sumarse la circunstancia de que la manifestación de voluntad del acreedor en orden a hacer efectiva la cláusula de aceleración, es un acto jurídico unilateral, no recepticio, que produce el efecto preciso de hacer caducar el plazo pactado para el pago de las obligaciones fraccionadas. Esa declaración de voluntad, expresada en la demanda, constituye, por sí sola, un acto jurídico unilateral, eficaz y que establece derechos definitivamente consti-

tuidos, con prescindencia de la suerte que corra el procedimiento a que da lugar el ejercicio de la acción entablada y con prescindencia del éxito que ésta tenga. Así, y como lo ha resuelto también la Corte Suprema conociendo de otros recursos de casación, la decisión del ejecutante, de hacer efectiva la cláusula de aceleración, y manifestada en su demanda, constituye, de conformidad al inciso 2º del art. 156 del *Código de Procedimiento Civil*, un acto del que resultan derechos definitivamente constituidos y que, por ende, subsisten con todo su valor, no obstante declararse abandonado el procedimiento (V.gr. Corte Suprema, 11 de julio de 2001, en *LexisNexis* N° 19073 y Corte Suprema, 14, de abril de 1997, en *LexisNexis* N° 14381).

Siguiendo esta misma línea de argumentación y de cara a la teoría de los actos propios, debiera concluirse que dicha declaración de voluntad del acreedor, manifestada en la demanda, en orden a hacer efectiva la cláusula de aceleración, constituye una conducta jurídicamente relevante en relación con el ejercicio de un derecho propio, pues el acreedor ha autolimitado su ejercicio al cobro total de su acreencia; y tal actitud ha suscitado en el deudor una expectativa seria de comportamiento futuro, de suerte que impediría, luego, que el mismo acreedor ejerciera la pretensión de esperar el vencimiento de los plazos pactados para cobrar las cuotas en que se dividió el capital, aduciendo la exigibilidad postergada en el tiempo.

Tan evidente es lo anterior, que en el caso *en comento*, una vez notificada válidamente la demanda, los ejecuta-



dos no opusieron la excepción de prescripción parcial de las cuotas vencidas en el intertanto, confiados en que la conducta jurídicamente relevante y ya manifestada por el acreedor, en orden a acelerar el crédito, permanecería en el tiempo. Por lo mismo, resulta un despropósito que nuestro máximo tribunal, en el fallo que se comenta, resuelva que no corresponde declarar la prescripción parcial “pues en autos se ha solicitado una prescripción de toda la deuda impaga” (considerando quinto), sin advertir que en este caso la actuación de los deudores, en el ejercicio de su derecho de defensa, está guiada por la confianza en la actitud antes mostrada por el acreedor.

El mismo razonamiento que venimos defendiendo, aunque sin hacer aplicación –explícita al menos– a la teoría de los actos propios, es el que paradójicamente aplicó la Corte Suprema al rechazar un recurso de queja deducido en contra de los ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco. En efecto, en un fallo de abril de 1990, la Corte Suprema sostuvo que el ejercicio de la cláusula de aceleración por parte del acreedor en su primera demanda, que luego no prosperó por la declaración de nulidad de todo lo obrado, fijó la fecha en que por el no pago se hizo exigible el total de la obligación, quedando irrevocablemente señalado el efecto de la aceleración para el demandante y ello,

“porque al hacerlo así el ejecutante hizo nacer para el ejecutado el inicio del plazo de prescripción de la deuda a que se

refieren las acciones cambiarias contenidas en el pagaré, sin que le sea permitido, al mismo ejecutante, con posterioridad y por su propia voluntad, cambiar la fecha del último pago que hizo el deudor al Banco (...). Ejercido el derecho de acelerar la deuda como ocurrió y nacido en favor del deudor una fecha cierta para el comienzo de una prescripción, aún cuando como cláusula en favor del deudor, pudiera renunciarse y así se volviera a conceder el derecho al acreedor, tal cosa la impide el artículo 12 del Código Civil, puesto que sólo se puede renunciar un derecho establecido en interés individual del renunciante, y en el caso de autos por la aceleración, nació también un derecho para el deudor, que es contrario al del renunciante”.

(Corte Suprema, 11 de abril de 1994, en *LexisNexis* N° 10965).

En suma, de haberse aplicado correctamente la doctrina de los actos propios, nuestro máximo tribunal habría debido rechazar el recurso de casación en el fondo. A.A.

## RESPONSABILIDAD CIVIL

---

RUINA DEL EDIFICIO. PRUEBA DE LA OMISIÓN DE LAS NECESARIAS REPARACIONES. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 11 DE SEPTIEMBRE DE 2002, ROL 699-2002; CORTE SUPREMA, 12 DE JULIO DE 2004, ROL 4.450-03).

Las caídas continúan. Esta vez en Concepción una mujer al resbalar resultó con fractura de peroné y corte de ligamento a causa de los resbaladizo del piso en las dependencias de un banco de la plaza. Se reclama la indemnización de los perjuicios al banco consistentes en daño moral y daños materiales. La demanda es desestimada en primera y en segunda instancia, siendo rechazado el recurso de casación en el fondo por falta de fundamento. Lo particular de este caso radica en el fundamento que se esgrime para obtener la reparación del daño causado. En la demanda se señala como argumento legal la responsabilidad extracontractual fundada en el artículo 2.323 del *Código Civil*. Es decir, se trataría de una hipótesis de responsabilidad por el hecho de las cosas. A saber, la responsabilidad del dueño del edificio por los daños causados debido a la ruina acaecida por haber omitido las necesarias reparaciones, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. Para efectos de que se verifique la responsabilidad prevista en el citado artículo 2.323 se requiere acreditar la propiedad del edificio con el fin de hacer responsable al dueño del mismo. En este sentido se pronuncia

el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, al señalar que: “Es útil dejar consignado que el artículo 2323 hace responsable al ‘dueño del edificio’, cuestión que en autos no resultó acreditada”.

También debió agregar el fallo que la aplicación del artículo 2.323 del *Código Civil* requiere la ruina del edificio. La jurisprudencia ha entendido que existe ruina del edificio “cuando su caída o destrucción han tenido por causas señales evidentes de descomposición o desagregación de partes más o partes menos y, de aquí, que la ruina pueda ser parcial o total” (*RDJ*, tomo XLVIII, sec. 1<sup>a</sup>, p. 409). Sin embargo, la demandante omitió toda consideración sobre este elemento, faltando, de esta manera, una de las condiciones exigidas para la aplicación del referido artículo 2.323 del *Código Civil*.

No obstante, el verdadero fundamento para desestimar la demanda fue la falta de prueba de culpabilidad del banco en que se produjo la caída de la demandante. Llama la atención que se haya pasado por alto la presunción de culpa que involucra el artículo 2.323 del *Código Civil*. Así, la sentencia de segunda instancia indica que:

“precisamente, es la segunda parte de la disposición citada –artículo 2323– la que corresponde al fundamento de hecho: La caída por la supuesta existencia de un piso resbaloso, que no es propio de los cuidados que debe brindar un buen padre de familia. Que así planteado el debate, correspondía a la actora accredi-

tar los hechos que configuran la culpa que se imputa al demandado”.

En sentido similar ya se había pronunciado la Corte Suprema, según la cual:

“[D]e acuerdo con lo dispuesto en el art. 1698 del Código Civil incumbe probar las obligaciones o su extensión al que alega aquéllas o éstas; por lo que, fundándose la demandada en la responsabilidad extracontractual, la demandante ha debido probar la responsabilidad subjetiva de la demandada, es decir, el dolo o culpa de ésta, o bien, su responsabilidad objetiva, probando los hechos de los cuales la ley deduce la culpa como lo es el caso contemplado en el art. 2324 del Código Civil”

(Corte Suprema, 6 de marzo de 2001, *Lexis Nexis* N° identificador 18202).

Pues bien, ¿cabe realmente a la víctima probar la culpa del dueño del edificio en la hipótesis prevista en el artículo 2.323 del *Código Civil*?

La doctrina se ha pronunciado por la existencia de una presunción de culpa en contra del dueño del edificio que por ruina causa un daño. Así, por ejemplo, se ha dicho respecto al concurso de acciones de los artículos 2.323 y 934 del *Código Civil* que “la discusión es tribal pues una y otra norma han sido entendidas como constitutivas de una presunción de culpa del dueño” (BARRROS BOURIE, E., *Curso de responsabili-*

*dad civil*, s/f, p. 179, n. 459 *in fine*). Esta opinión ya había sido sustentada por Alessandri, aunque de manera confusa, al sostener que

“en esto consiste la presunción: la ley estima que hay culpa en ser dueño de un edificio que no se halla en buenas condiciones de solidez por alguna de las causas señaladas en el art. 2323, quien quiera sea su autor y aunque en el hecho la conducta de aquél haya sido irreprochable”.

(ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Universitaria, 1943, p. 432).

Más cerca nuestro, Corral alude a la hipótesis contenida en el artículo 2.323 como una presunción de culpa, si bien en los mismos términos de Alessandri exige que la ruina se deba al hecho de haberse omitido las necesarias reparaciones, o de haberse faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. El argumento es tautológico, pues o se requiere prueba de la culpa, debiendo la víctima acreditar la omisión en las necesarias reparaciones, o concurre una genuina presunción que libera a la víctima de dicha carga. Por su parte, Rodríguez Grez afirma de manera acertada que “la estructura de esta norma –art. 2.323–, por consiguiente, está integrada por la presunción de culpa y por los elementos que deben acreditarse para desvirtuarla” (RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica, 1999, p. 236). Así, correspon-

de, entonces, al dueño del edificio acreditar que ha efectuado las reparaciones cumpliendo con la diligencia exigida al buen padre de familia. Lo contrario significaría extraer el artículo 2.323 de las presunciones de culpa previstas en el ámbito extracontractual, reconduciendo dicha hipótesis a la regla general del artículo 2.314 del *Código Civil*, que exige a la víctima acreditar el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, en conformidad al artículo 1.698 del *Código Civil*. En efecto, el artículo 2.323 consagra una presunción de culpa en contra del dueño o dueños del edificio, puesto que en caso contrario esta regla carecería de sentido ante la existencia de la regla del artículo 2.314 del *Código Civil*. De ahí que sea criticable la sentencia comentada en cuanto le exige a la víctima acreditar la omisión en las necesarias reparaciones. Si bien en el caso no correspondía establecer la responsabilidad civil del demandado por no concurrir en la especie las condiciones previstas para la aplicación del artículo 2.323, no cabe duda que la sentencia yerra al colocar de cargo de la víctima la prueba de la culpa infringiendo el artículo 1.698 del *Código Civil*. C.P.

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL Y DAÑO A LAS PERSONAS. (CORTE SUPREMA, 8 DE MAYO DE 2003, N° DE INGRESO 1302-2003)

Se ha sostenido, y con razón, que la responsabilidad civil difícilmente puede servir a la protección del medio ambiente *per se*, como bien jurídico autónomo, independiente del daño que cause

o no en una o más personas concretas. El Derecho de Daños funciona como un mecanismo reparatorio en forma *ex post* de un daño personal (material o moral), poniendo en entredicho su eficacia como medio de protección ambiental. Al decir de Banfi del Río,

“las limitaciones estructurales de la responsabilidad civil afectan principalmente la causalidad, la retroactividad, la identificación de los contaminadores y las fuentes de polución, la evolución en el conocimiento y comprensión ambientales y la valoración social de actividades riesgosas”.

(BANFI DEL RÍO, Cristián, “De la responsabilidad como instrumento de protección ambiental, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 2, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, julio 2004, p. 21).

El fallo que ahora comentamos nos sugiere que los reparos antes mencionados, en estricta lógica al daño puramente ecológico, se comunican a la acción indemnizatoria por los daños personales derivados del daño ambiental, dejando en evidencia que el estatuto clásico de responsabilidad civil resulta igualmente insuficiente para dar adecuada protección a quienes sufren un daño en su persona o bienes como consecuencia de la contaminación.

En efecto, la obligación de reparar el daño personal causado por la contaminación al ambiente plantea un sinnúmero de inquietantes preguntas. La cuestión relativa al factor de imputación, el alcance del deber de previsión,

la noción de daño moral, el problema de los daños futuros y la valoración, en materia de responsabilidad civil, de lo resuelto previamente en un recurso de protección, son todos temas que transitan en el fallo que ahora comentamos.

Un grupo de pobladores de Antofagasta, en representación de sus hijos menores, entablaron acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual en contra de la empresa Ferrocarriles de Antofagasta a Bolivia, aduciendo que la demandada ha transportado y mantenido, sin protección, grandes volúmenes de concentrado de plomo en su patios, quedando los domicilios de los actores ubicados frente a ellos o en el trayecto que realizaban a los lugares de embarque, generándose por este hecho gran polución por concentrado de plomo, el que ha sido absorbido por sus hijos, provocando los daños materiales y morales cuya reparación reclaman.

La sentencia de primer grado negó lugar a la demanda argumentando, en síntesis, lo siguiente:

- a) Que la acción deducida en juicio no es la acción ambiental de la ley de Bases Generales del Medio Ambiente, sino la acción ordinaria por los directamente afectados, la que debe regirse por las normas de la responsabilidad extracontractual contenidas en el *Código Civil*, que no contempla la presunción legal de culpabilidad alegada por la parte demandante;
- b) No obstante, tiene por establecida la negligencia de la demandada por falta de previsibilidad del

daño que el acopio de concentrado de plomo podía ocasionar y por no haber instando a las autoridades para financiar y llevar a cabo el proyecto manejo de minerales bolivianos en Portezuelo, que la misma demandada había presentado;

- c) Que, si bien la contaminación con plomo de que fue objeto la ciudad de Antofagasta es un hecho público y notorio, ello no exime a la demandante de la obligación de acreditar el perjuicio singular, real y efectivo, susceptible de ser indemnizado, que pudiera haber sufrido cada uno de los niños demandantes, lo que no fue probado;
- d) Que de los antecedentes probatorios allegados al proceso tampoco aparece que la negligencia de la demandada sea la causa exclusiva y suficiente de la situación producida, advirtiéndose la acción de otros agentes contaminantes, específicamente, atribuible al transporte del mineral desde los patios de la demandada y hasta el puerto, lo que era ejecutado por otra empresa, y en cuyo recorrido o trayecto se advierte mayor presencia de plomo en suelo;
- e) Que, si bien el daño moral no requiere de prueba, es necesario que se trate de daños sufridos personalmente por la víctima, excluyendo la acción por daños difusos, que afecten a personas indeterminadas; y
- f) Que la sentencia dictada en el recurso de protección rol N°

11.495 que estimó conculcadas las garantías constitucionales consagradas en el art. 19 N° 1 y N° 8, si bien crea una situación jurídica material que debe respetarse, su efecto sólo se extiende al beneficio jurídico que se perseguía con tal acción de amparo constitucional, y al objeto litigioso y causa de pedir, no siendo suficiente, con su solo mérito, para hacer lugar a la demanda.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta confirmó, en lo resolutivo, al fallo de primer grado, agregando lo siguiente:

- a) Que en cuanto a la existencia de la contaminación por plomo en las zonas pobladas de la provincia de Antofagasta, la demandada no puede sustraerse a lo resuelto en el recurso de protección N° 11.495 ni a lo dictaminado por el decreto N° 397 del año 1998 del Ministerio del Interior, que declaró parte del territorio como zona de catástrofe ambiental;
- b) Que la demandante no allegó a los autos antecedentes suficientes que permitieran establecer, con base científica, la presencia de los contenidos de plomo en la sangre, las causas u orígenes de dicha contaminación y, en su caso, sus efectos o incidencia en la salud física y mental de los menores, para lo cual la actora solicitó prueba pericial que no rindió;
- c) Que en nuestro ordenamiento jurídico no cabe distinguir entre la antijuridicidad de la conducta y la culpa, pues esta última in-

cluye, en su concepción objetiva, el conjunto de condiciones para dar por establecida la ilicitud; y

- d) Que la consagración de la garantía constitucional del art. 19 N° 1 impedía al demandado desconocer que la mantención de concentrados de plomo eran nocivos para la salud, cualquiera sean los niveles que pudieran mantenerse en hombres, mujeres y niños, debiendo impedir los perjuicios que ello conllevaría, lo que es independiente que en la causa no se haya acreditado la presencia de plomo en los menores que han entablado la demanda.

Sería pretencioso, a los fines de este comentario, pretender abarcar –con meridiana profundidad– todos y cada uno de los elementos de responsabilidad envueltos en este caso. Nos limitaremos, entonces, a razonar en torno al criterio de atribución de responsabilidad y el daño injusto, y a la noción de daño moral, cuestión que incide, además, en la apreciación y prueba del daño.

- a) El criterio de atribución de responsabilidad y el daño injusto

Todas las normas del título III de la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y que integran el estatuto de responsabilidad civil por daño ambiental, presuponen la existencia de un daño personal. En efecto, la titularidad de la acción ambiental, aun aquella que busca reparar el ambiente dañado, se concede a las personas naturales o jurídicas “que hayan sufrido el daño o perjuicio”. La misma idea se desprende de

la responsabilidad solidaria que la norma atribuye a la Municipalidad respectiva cuando ésta, frente a una denuncia de una persona afectada, omite el ejercicio de la acción pertinente; y de la protección constitucional al ejercicio del “derecho” (necesariamente adscrito a un sujeto) de vivir en un ambiente libre de contaminación (Art. 1º de la ley N° 19.300). Como lo advierte el profesor Corral,

“...el medio ambiente libre de contaminación es considerado un derecho que la Constitución asegura a todas las personas. De esta forma, sólo aquella acción que menoscabe al medio ambiente, por cuanto rebaja la calidad de vida del ser humano, puede considerarse daño ambiental reparable a través del sistema jurídico de responsabilidad civil...”.

(CORRAL T., Hernán, “El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 1, Santiago, 1999, p. 81. En igual sentido, BARROS B., Enrique, “Responsabilidad civil en materia de medio ambiente”, en *Derecho del Medio Ambiente. Congreso Internacional. Facultad de Derecho U. de Chile*, Santiago, Jurídica Conosur, 1998, p. 57).

Se sigue de lo anterior, que el estatuto de responsabilidad civil por daño ambiental que contempla la ley 19.300 se aplica necesariamente a la acción indemnizatoria por el daño personal que es consecuencia de la alteración nociva

al ambiente. De ahí que no pueda sostenerse, como lo hace la sentencia de primer grado, que la presunción de culpa que establece el artículo 52 de la ley 19.300 no se aplica a la acción ordinaria ejercida por los directamente afectados. Habiendo infracción a las normas, planes y regulaciones ambientales, se invertirá la carga de la prueba de la culpa, debiendo la víctima acreditar, a todo evento, el daño personal y el nexo causal (aquí valga una prevención. A nuestro juicio, la violación de normas legales o reglamentarias no condiciona la culpabilidad, sino, más bien, la causalidad, en función del fin de protección de la norma como criterio de imputación objetiva. En efecto, la regulación ambiental tiene una finalidad preventiva, cual es evitar la producción de ciertos resultados dañosos como consecuencia de una determinada actividad. Por lo mismo, su infracción permite excluir la causalidad difusa, propia de los riesgos ambientales, e imputar, sin mayor dificultad, aquel resultado dañoso a la actividad que se ha ejecutado sin los resguardos o precauciones que impone la norma).

Con todo, la presunción de culpa del citado art. 52, es muy restrictiva. En el caso de la contaminación por plomo, materia del fallo *en comento*, no se alegó ni se determinó la infracción a ninguna norma legal o reglamentaria (cabe hacer notar que el fallo recaído en el recurso de protección que sirve igualmente de fundamento a la sentencia que comentamos, tuvo por establecida la ilegalidad de la conducta de la recurrida por infringir las resoluciones N° 2.078 de 4 de septiembre de 1992,

del Servicio Nacional de Salud de Antofagasta, que le otorgó el plazo de un año para trasladar los depósitos de mineral que mantenía al interior de sus recintos a un sector fuera del radio urbano de la ciudad y la resolución N° 3.407 del mismo Servicio de fecha 12 de noviembre de 1993, que dio su aprobación al proyecto para el acopio de minerales en el sector de Portezuelos y otorgó a la recurrida un plazo de seis meses para ejecutar dicho proyecto). Pero la sola circunstancia de que no exista una precisa infracción normativa (contradicción con el ordenamiento jurídico) no excluye la antijuridicidad de la conducta. Parafraseando a Díez-Picazo, el problema de la antijuridicidad no estriba en la calificación de la actividad inicial de la que el daño puede ser resultado, sino de la ilicitud del daño en sí mismo considerado. Desde este punto de vista, es dable sostener que existen daños que son resarcibles (daños injustos) y otros que no lo son.

Para delimitar los daños resarcibles es preciso encontrar, en el ordenamiento jurídico, un sistema de protección o valoración al interés jurídico lesionado (DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 1999, p. 290 y ss.). En este caso, la ilicitud del daño está determinada por la lesión al derecho de las víctimas a vivir en un ambiente libre de contaminación, que encuentra su máxima tutela en la Carta Fundamental. Sin embargo, el fallo de segundo grado, atribuye la ilicitud de la conducta a la vulneración de la garantía fundamental del art. 19 N° 1, esto es, la protección de la

vida e integridad de las personas (considerando décimo cuarto del fallo de la Corte de Apelaciones).

La sentencia de alzada recoge la noción de antijuridicidad material en el considerando décimo tercero del fallo, aunque lo subentiende en el concepto de culpa, a través de la determinación objetiva de la previsibilidad. De ahí los esfuerzos de los jueces del fondo por aportar criterios normativos que permitan determinar el grado de diligencia que le era socialmente exigido al demandado. En este contexto, el estándar de cuidado objetivo que subyace en el razonamiento del sentenciador es, incluso, más exigente que aquél que dimana de la escasa regulación vigente sobre la toxicidad del plomo (DS 374 de 1997 del Ministerio de Salud, que fijó el límite de plomo en las pinturas y DS 201 de 2001 del Ministerio de Salud, que establece un límite de tolerancia biológica de plomo en la sangre para trabajadores). En efecto, en el considerando duodécimo del fallo de segundo grado la Corte expresa que

“...la situación normal será la de carecer de la presencia de plomo en el torrente sanguíneo y que por ínfimo que sea su establecimiento el daño existe, correspondiendo su determinación en forma individual y teniendo presente asimismo que ello dependerá de circunstancias objetivas como residencias, tiempo de exposición y otras variables por una parte, y por la otra, el grado de tolerancia biológica que pueda tener cada individuo”.



Agrega, luego, en el considerando décimo cuarto:

“...la demandada no podía desconocer que la mantención de concentrados de plomo eran nocivos para la salud, cualquiera sean los niveles que pudieran mantenerse en hombres, mujeres o niños, debiendo impedir los perjuicios que ello conllevaría...”.

#### b) Noción del daño moral

No existe consenso en la doctrina y jurisprudencia a la hora de definir lo que debe entenderse por daño moral. Existen concepciones negativas, que la definen por contraposición a un perjuicio patrimonial y otras concepciones positivas que intentan precisar su contenido. En su concepción más amplia, el daño moral incluye todo daño a la persona en sí misma –física o síquica–, como todo atentando contra sus intereses extrapatrimoniales (DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, Santiago, Jurídica, 2002, tomo I, p. 83).

Los actores reclaman perjuicios patrimoniales y morales derivados de la lesión a la integridad física de sus hijos y de la vulneración al derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Como hemos dicho, las sentencias de primera y segunda instancia rechazan la acción indemnizatoria, tanto respecto de los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales, por no haberse acreditado el daño corporal, esto es, según lo entendió la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la presencia

de plomo en el torrente sanguíneo de los actores. Sin embargo, tiene por establecida la contaminación del ambiente con grave peligro para la salud y vida de la población, que atenta contra las garantías constitucionales señaladas en los artículos 19 N° 1 y N° 8 de la Constitución. ¿Cómo pueden conciliarse ambos asertos?

A mayor abundamiento, la sentencia recaída en el recurso de protección al que la misma Corte de Apelaciones de Antofagasta, en el considerando séptimo, le otorga el mérito probatorio de base a una presunción judicial dictaminó que

“la arbitrariedad del actuar de la recurrida lo constituye, en este caso, la pasividad en que se ha mantenido frente a una situación que se arrastra desde hace varios años y que de haber cumplido lo ordenado por la autoridad de Salud de esa época se habría evitado el daño que hoy sufre parte importante de la población infantil de esta ciudad, según consta de los informes médicos ya analizados”.

(Recurso de protección, rol 11.495-98, en *LexisNexis* N° 15132).

Desde luego, la lesión al derecho a vivir en un “ambiente libre de contaminación” –aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del

patrimonio ambiental-, lleva consigo, necesariamente, a partir de la misma definición del art. 2º letra m) de la ley 19.300, un *riesgo* a la salud de las personas, a su integridad física, síquica o ambas, es decir, una *potencialidad dañina* para el ser humano. Nuestro sistema de responsabilidad civil, aun en la ley de Bases Generales del Medio Ambiente, no obliga a reparar por la mera exposición al riesgo. No debe olvidarse que la antijuridicidad del Derecho de Daños supone un juicio de *desvalor de resultado*, esto es, la efectiva lesión a un derecho y no sólo su puesta en peligro. Así, pues, para que nazca responsabilidad civil del agente contaminante es necesario que se acredite un daño efectivo y actual. Esto excluye, por ende, los daños difusos y los daños futuros. Como se ve, la sentencia del recurso de protección, que por lo demás, no produce cosa juzgada material (SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección*, Santiago, Jurídica, Santiago, 1982, p. 290), habla en general del “daño que hoy sufre parte importante de la población”. Por su parte, el daño ambiental tiene un período de latencia relativamente prolongado, de manera que sus efectos (nocivos) se manifiestan con bastante posterioridad a la actividad que lo causa, lo que redundará en la dificultad de probar “daños futuros” (BANFI DEL RÍO, *op. cit.*, p. 31). Quizá sea éste el principal escollo que deben sortear quienes reclaman un daño personal. Nótese que en este caso resulta extremadamente difícil reconstruir la cadena causal del daño corporal. Si fuese el caso de que uno de los menores contaminados hubiese manifestado alguna enfermedad de las que proba-

lísticamente, conforme a la evidencia científica disponible, puede ocasionar la toxicidad del plomo, habría que reconducir la cadena causal a la presencia de plomo en la sangre y de esta última a la actividad de la demandada.

En el caso de la contaminación por plomo que comentamos, salvo por los exámenes de sangre que se acompañaron a la demanda, y que daban cuenta de la presencia de plomo en el torrente sanguíneo de los demandantes, no se estableció la efectividad, con base científica, del daño corporal alegado. Es por ello que lo resuelto por la Corte de Antofagasta no se opone a aquella jurisprudencia que sostiene que el daño moral no requiere de prueba, pues en este caso el perjuicio extrapatrimonial cuya reparación se demanda se hace derivar, por lo mismos actores, del daño corporal que, según la Corte, no se acreditó. Sin embargo, puede advertirse que en otras ocasiones los tribunales han utilizado la noción de daño moral puro para hacer procedente la reparación. Así, se ha sostenido

“Que los actores sólo han demandado el daño moral, el que debe ser entendido, en concepto de esta Corte, como todo menoscabo o detrimento a un derecho o interés extrapatrimonial de la víctima. En el caso de autos, lo configura la lesión al derecho de los demandados, garantizado por el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental, de vivir en un medio ambiente libre de contaminación”.

(Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de octubre de 2003, en *LexisNexis* N° 30684). En el caso del fallo que comentamos, no se acreditó la efectiva lesión a la integridad física (daño corporal) que habría justificado una condena por daño moral, pero sí se estableció la efectiva lesión al derecho extrapatrimonial de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. ¿Habría podido, entonces, la Corte de Antofagasta, acoger la pretensión de los actores? A.A

ACCIÓN CIVIL EN EL NUEVO PROCESO PENAL. LEGITIMACIÓN ACTIVA. VÍCTIMAS POR REBOTE (TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE VALPARAÍSO, 3 DE MAYO DE 2004; CORTE SUPREMA, 2 DE JUNIO DE 2004).

A propósito de un homicidio la hija del occiso presenta querrela criminal contra el imputado y deduce en la oportunidad procesal pertinente demanda civil de indemnización de perjuicios por el daño moral causado a su persona y a los demás hijos de la víctima directa, solicitando el pago de \$ 50.000.000 a título de reparación. Por su parte la defensa del imputado no opuso excepciones a la demanda civil en conformidad al artículo 62 del *Código Procesal Penal*, habiéndose limitado a esgrimir el carácter accesorio de la acción civil, la cual debiera desestimarse con la absolución del imputado. La sentencia del tribunal oral otorgó la indemnización de perjuicios por el daño moral padecido por la hija fijándolo en la suma de \$ 7.000.000. Para arribar a esta conclusión el tribunal oral de Valparaíso tuvo presente:

“Que habiéndose acreditado con la prueba antes reseñada que la querellante, quien se encuentra legitimada para deducir esta acción civil de conformidad con lo que dispone el artículo 108 del Código procesal penal, sufrió y sufre actualmente un gran dolor y aflicción por la pérdida de su padre, y por el dolor que han experimentado sus hijos menores, este tribunal acoge la demanda civil interpuesta, sólo a su favor, toda vez que por mandato expreso de la norma legal antes citada, sus hijos y nietos del occiso, no son sujetos titulares de esta acción”.

Por consiguiente, la sentencia permite fijar algunos criterios acerca de la legitimación activa para demandar la reparación de los daños, siendo, además, pertinente abordar la autonomía de la reparación civil en el nuevo proceso penal.

La primera condición para la admisión de la acción civil en el proceso penal es la existencia del hecho punible criminal. Debe verificarse un delito o cuasidelito penal susceptible de justificar la acción de indemnización de los perjuicios. El carácter accesorio de la acción civil se constata en la necesidad de la investigación sobre la comisión de un hecho punible doloso o culposo. Por esta razón la acción civil derivada del hecho punible no puede prosperar en el proceso penal si la acción criminal se encuentra prescrita, el tipo penal derogado o si el victimario ha fallecido. En estos casos deberá presentarse ante la

jurisdicción civil la demanda indemnizatoria pertinente si concurren las condiciones legales. Este carácter accesorio presentaba dos excepciones en el antiguo *Código de Procedimiento Penal*. Tratándose del sobreseimiento temporal por rebeldía del acusado (artículo 598) o un sobreseimiento definitivo por amnistía del delito (artículo 421 inciso final) no se impedía al juez criminal pronunciarse en el mismo juicio sobre la acción civil ya entablada.

En el nuevo proceso penal se establece como regla que el juez criminal habiéndose interpuesto la acción civil y con independencia del carácter condenatorio o absolutorio de la sentencia debe pronunciarse acerca de la demanda civil. Así lo afirma el artículo 67 del NCPP: “La circunstancia de dictarse sentencia absolutoria en materia penal no impedirá que se de lugar a la acción civil, si fuere legalmente procedente”.

En el mismo sentido el artículo 349 relativo al pronunciamiento sobre la demanda civil afirma que: “Tanto en el caso de absolución como en el de condena deberá el tribunal pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta”.

Las precedentes reglas confirman la disociación entre la reparación y la represión en la jurisdicción criminal en que se ha presentado una acción civil. El referido artículo 67 pone fin a una disputa doctrinal y jurisprudencial acerca de la facultad del juez penal para pronunciarse sobre la acción civil en caso de sentencia absolutoria (Véase DE LA FUENTE HULAUD, F., “La acumulabilidad de la acción civil en el proceso penal”, en *Derecho de daños*, Santia-

go, LexisNexis, 2002, p. 132). En definitiva, el nuevo *Código Procesal Penal* termina con la supuesta dependencia sustantiva de la decisión civil con respecto a la sentencia penal. La misma solución debe entenderse aplicable a la hipótesis de sobreseimiento. El artículo 68 del NCPP prescribe que:

“Si, comenzado el juicio oral, se dictare sobreseimiento de acuerdo a las prescripciones de este Código, el tribunal deberá continuar con el juicio para el solo conocimiento y fallo de la cuestión civil”.

Para la aplicación de esta regla se requiere el inicio del juicio oral y que el término haya sido por sobreseimiento. A diferencia de lo que ocurría en el antiguo procedimiento penal, el sobreseimiento por cualquiera de las causas permite la continuación a efectos de fallar la responsabilidad civil del imputado.

En consecuencia, la defensa del imputado, basada en la accesoriedad de la acción civil de la sentencia penal condenatoria, no tiene asidero, pudiendo el juez criminal pronunciarse, en todo caso, sobre la procedencia de la reparación de los perjuicios, a pesar de la absolución o sobreseimiento del imputado. Sin embargo, la sentencia resulta aún más interesante al definir la legitimación activa en el nuevo proceso penal.

En conformidad al artículo 59 del *Código Procesal Penal* sólo la víctima puede incoar ante la jurisdicción criminal la acción civil para la reparación de los

daños producidos por el hecho punible. Esta constatación convoca definir qué debe entenderse por víctima, ya que es el único legitimado para impetrar la acción civil indemnizatoria. El propio *Código* se encarga de definirla el artículo 108: “Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito”.

Luego, el mismo precepto expresa que en caso de muerte o imposibilidad de la víctima para ejercer los derechos que se le confieren un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas de una categoría excluye a las comprendidas en categorías posteriores. En consecuencia, sólo puede ejercer la acción civil en el procedimiento penal “el ofendido por el delito”; en otros términos, la víctima directa del daño. Diversas consideraciones merece esta restricción a la legitimación activa. En primer lugar, a diferencia de lo que acaecía en el procedimiento antiguo, las víctimas por rebote, esto es, aquéllas que reclaman un daño propio como consecuencia del perjuicio causado a la víctima directa, no pueden, en ningún caso, demandar la indemnización de los perjuicios ante la jurisdicción penal. Así, se deduce del inciso final del citado artículo 59 al referirse a las “personas distintas de la víctima”, quienes deberán reclamar los perjuicios ante el tribunal civil competente. La restricción es importante. Con anterioridad existía acumulabilidad de las acciones civiles de la víctima directa y aquéllas por rebote, todas las cuales se presentaban ante el juez criminal. Ahora la víctima directa podrá demandar los perjuicios ante la jurisdicción criminal o

ante el juez civil, pero las víctimas por rebote no tendrán elección, debiendo imperativamente si pretenden obtener el resarcimiento de los daños iniciar un juicio civil. No cabe en ningún caso interpretar la expresión ‘víctima’ que utiliza el artículo 59 como comprensiva de las víctimas por rebote, ni siquiera teniendo en cuenta el artículo 108, pues las víctimas por rebote no se excluyen unas por otras, sino que pueden concurrir a reclamar perjuicios el cónyuge, los descendientes y los ascendientes de manera conjunta e, incluso, otras personas que no tengan ningún vínculo jurídico o de parentesco con la víctima directa. En consecuencia, concurriendo la víctima directa en el reclamo de los perjuicios no podrá ningún otro sujeto participar en carácter de perjudicado civil en el proceso penal.

Esta conclusión merece, sin embargo, matizarse en caso de muerte o imposibilidad de la víctima directa para ejercer sus derechos.

El *Código Procesal Penal* admite que otras personas actúen en el juicio criminal en calidad de víctimas en caso de muerte o imposibilidad de la víctima para ejercer sus derechos. Según el orden de prelación establecido, aquella o aquellas personas que ejerzan la acción penal podrán demandar los perjuicios civiles propios. Es decir, podrán ejercer los derechos que se le reconocen a la víctima en el *Código Procesal Penal*, entre los cuales está la reparación civil de los daños que le haya irrogado el hecho punible. En este sentido se pronuncia el fallo *en comento* al afirmar que la querellante, hija de la víctima directa del homicidio, “se encuen-

tra legitimada para deducir esta acción civil de conformidad con lo que dispone el artículo 108 del Código procesal penal...”. En consecuencia, la persona que adquiere el estatus de víctima en el juicio criminal puede reclamar el daño propio en calidad de víctima por rebote y, además, la indemnización del daño padecido por la víctima directa, ya sean de carácter material o moral, si detenta la calidad de sucesor testamentario o *ab intestato*. En efecto, la víctima en virtud del artículo 108 para reclamar la indemnización de los daños de la víctima directa fallecida deberá invocar la calidad de heredero, y sólo en esta calidad podrá recibir la indemnización de los daños causados al occiso, aunque puede discutirse de si procede que reclame sólo su cuota o actúe en representación de la comunidad hereditaria. Ahora bien, puede ocurrir que la víctima que ejerza la acción penal no coincida con el heredero y en esta hipótesis no podrá demandar los daños del causante, sino sólo los propios. Surge, entonces, la interrogante acerca de la legitimación activa de los herederos en el nuevo proceso penal.

Razonablemente cabe interrogarse acerca de la intervención de los herederos de la víctima directa para reclamar los daños causados al *de cuius*. El artículo 108, según se dijo, no tiene relación con la calidad de heredero para participar en el proceso penal cuando el ofendido por el hecho punible haya fallecido. Respecto a los herederos no existe un texto que entregue una solución. No pueden incluirse los herederos en la expresión utilizada por el artículo 59, el cual alude a terceros que

demandan un daño propio (víctimas por rebote), siendo que los herederos ejercen una acción civil para reclamar el daño material o moral padecido por la víctima directa (imputado). Es cierto que los herederos en la casi unanimidad de los casos esgrimen su calidad de víctimas por rebote, dejando de lado el daño que pueda haber afectado a su causante. Bien podrían, en consecuencia, los herederos reclamar el daño de la víctima directa en el proceso penal, ya que no se trata de terceros, sino que representan la persona del causante en conformidad al artículo 1.097 del *Código Civil*. Esto podría significar, además, una real posibilidad de obtener la indemnización de los daños causados a la víctima directa como cuestión distinta del perjuicio de afectación de las víctimas por rebote que, en el caso de coincidir con los herederos, podrán reclamar la indemnización respectiva ante la jurisdicción civil. De esta manera, se logrará una reparación integral, pues al ejercer una misma persona dos acciones civiles por indemnización de daños ante jurisdicciones distintas –la indemnización del daño padecido por la víctima directa fallecida en calidad de heredero y la segunda acción en calidad de víctima por rebote por el daño propio–, los tribunales estarán compelidos a proceder a la reparación de ambos rubros de daños.

Puede observarse que la restricción en la legitimación activa no está exenta de problemas. Bien puede ocurrir que se verifiquen fallos contradictorios, ya que las víctimas por rebote al reclamar ante la jurisdicción civil pueden

obtener un resultado diverso a la pretensión de la víctima directa que haya incoado la acción civil ante la jurisdicción criminal. Por lo demás, la restricción a la legitimación activa para ejercer la acción civil en el nuevo proceso penal no constituye la única limitante a la acción civil. Existen importantes restricciones a la legitimación pasiva, ya que no podrá demandarse, como era usual en el antiguo proceso penal, a los terceros civilmente responsables o a cualquier responsable que sea una persona jurídica. Como se puede observar la nueva normativa procesal penal se orienta a trasladar el debate indemnizatorio a la jurisdicción civil, lo cual es consecuente con la política criminal. Habrá que estar atento a la jurisprudencia sobre esta materia, sobre todo tratándose de cuasidelitos por accidentes de tránsito o negligencias médicas. C.P.

VÍCTIMAS POR REBOTE Y TRANSMISIÓN DEL DAÑO MORAL. CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, 6 DE ABRIL DE 2004, ROL 1868-2003; CORTE SUPREMA, 30 DE JUNIO DE 2004, ROL 1814-04.

La presencia significativa de la responsabilidad civil por daños en el desempeño de una actividad laboral justifica comentar la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema acerca de la legitimación de las víctimas por repercusión para incoar la acción indemnizatoria ante la jurisdicción laboral.

Un trabajador agrícola mientras se dirigía a realizar labores de fumigación en un tractor de propiedad del emplea-

dor y demandado, cayó siendo arrollado por el vehículo, significándole la muerte inmediata. Se alega por la hija del occiso ante el juzgado laboral la responsabilidad contractual por infracción a la obligación de seguridad prevista en el artículo 184 del *Código del Trabajo*, pues el tractor se encontraba en mal estado y sin los permisos prescritos por la normativa de tránsito. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia se refiere a dos problemas que vinculan la responsabilidad civil y el derecho laboral. El primero se relaciona con la legitimación activa de la hija del trabajador fallecido ante el juzgado laboral y, en segundo lugar, el rubro de daños indemnizables.

En cuanto a la legitimación activa el tribunal de primera instancia sostuvo:

“Que apreciada la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y conforme al instrumento público de fojas 5 queda establecido que la actora e hija del trabajador SBC, por lo que posee tanto la acción de suceder a su padre en todos los derechos nacidos para su padre del término de la relación laboral, como a su vez posee acción directa por los perjuicios que la muerte de su padre le causó”.

Si bien la Corte de Valdivia no desmentirá la legitimación activa de la víctima, desechará la demanda en todas sus partes al estimar que la competencia del tribunal laboral excluye toda responsabilidad civil basada en la cul-

pa, la cual se identifica con la responsabilidad aquiliana. Sin embargo, será la decisión de la Corte Suprema la que afirma con un fundamento diverso la falta de competencia del juzgado del trabajo para conocer demandas de indemnización de perjuicios incoadas por víctimas por repercusión. Así la Corte afirma que:

“...esta Corte ha decidido reiteradamente que la responsabilidad del ex empleador de un trabajador fallecido, sólo puede ser exigida por los terceros parientes de la víctima por la vía de un juicio civil y no en sede laboral, puesto que no se trata de una cuestión entre trabajador y empleador ni se ejerció la acción en calidad de sucesor hereditario del dependiente afectado, por lo que no puede invocarse la obligación de seguridad que recae sobre el empleador, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 184 del código del Trabajo para demandar perjuicios, de manera que los supuestos errores cometidos en el fallo impugnado carecen de influencia en lo dispositivo del fallo”.

Efectivamente la Corte ya se había pronunciado por la exclusión de las víctimas por rebote para demandar ante la jurisdicción laboral (Corte Suprema, 19 de agosto de 2003, 26 de agosto de 2003 y 2 de octubre de 2003, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., “Comentario de jurisprudencia”, en *Revista de Derecho*, N° 211, Universidad de Concepción, p. 259 y

ss.). Se trata de la correcta doctrina, pues no existe vínculo contractual entre el empleador y la víctima por repercusión. Ésta reclama la indemnización del perjuicio propio, ya sea el lucro cesante por rebote, si el trabajador fallecido contribuía a la manutención del demandante y en, segundo término, el perjuicio de afección representativo del daño moral propio. Ahora bien. La restricción sólo alcanza a las víctimas por rebote, ya que, según lo deja entrever la propia sentencia de la Corte Suprema, si se hubiere invocado la calidad de heredero para demandar los perjuicios padecidos por el causante, la jurisdicción laboral se afirma sin contrapeso. En efecto, como suele ocurrir, el heredero coincide de manera frecuente con la calidad de víctima por rebote, concurriendo en una misma persona dos acciones indemnizatorias con contenido diverso; la primera se dirige a obtener la indemnización del daño padecido por el propio causante. Respecto a esta cuestión, conocida es la controversia sobre la procedencia de la indemnización del daño moral del causante reclamada por el heredero. Aunque la opinión tradicional ha sido rechazarla en caso de muerte instantánea (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Universitaria, 1943, N° 388, p. 467; RDJ, tomo xxx, sec. 1ª, p. 524; en el mismo sentido DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R. y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., *Derecho Sucesorio*, Santiago, Jurídica, 1998, tomo I, p. 142). Esta opinión aparece recogida en un antiguo fallo de la Corte Suprema (RDJ, tomo XLV, sec. 1ª, p. 526). Sin



embargo, hoy la doctrina mayoritaria es proclive a la transmisión de la acción con independencia de las circunstancias del fallecimiento (BIDART HERNÁNDEZ, J., *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica, 1985, p. 92; ELORRIAGA DE BONIS, F., “Daño por repercusión o rebote”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 2, 1999, pp. 396 y 397; RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica, 1999, p. 396 y ss.).

Empero, la importancia de este debate ha sido más bien opaca, pues las demandas, invocando la calidad de heredero para reclamar el daño padecido por el causante han sido escasas. Por regla general se demanda sólo en calidad de víctimas por rebote. Pues bien, el fallo de la Corte Suprema deja la posibilidad de actualizar esta discusión hasta ahora doctrinaria. En efecto, una lectura atenta de la sentencia permite constatar la posibilidad de esgrimir ante la jurisdicción laboral la calidad de heredero para reclamar los daños infligidos al trabajador y, por otra parte, incoar la acción indemnizatoria por el daño propio ante la jurisdicción civil. Esta práctica permitiría una reparación íntegra del daño, aunque habría que dilucidar qué daños corresponde reparar al heredero en representación de la víctima directa.

Para los autores citados, procede acceder a la transmisión de la acción para obtener la reparación del daño moral sufrido por la víctima directa a los herederos, aunque la muerte haya sido instantánea. En primer lugar, se ha dicho que la negación de la trans-

misión implica negar el principio de reparación integral, ya que el daño de la víctima directa quedaría sin reparación. Sin embargo, la indemnización de los perjuicios morales en caso de fallecimiento de la víctima directa se condice mal con la función de la indemnización del daño moral. La reparación de este daño pretende compensar los padecimientos de la víctima que pueden consistir en el sufrimiento o angustias, en la fractura del proyecto de vida, ya sea la compensación del perjuicio de agrado, el perjuicio estético o, en definitiva, el *pretium mortis*, el dolor de morir. Además, la compensación del daño moral puede tener una cierta función de sanción civil que satisface la necesidad de la víctima de poder constatar públicamente que el agente del daño le ha causado un daño que ha generado un derecho en su patrimonio. Sin embargo, ninguna de estas funciones del resarcimiento del daño moral se cumple en el caso de fallecimiento de la víctima directa. Para cumplir estas funciones la indemnización debe ser reclamada por la víctima directa. En el evento que sean los herederos quienes profiten de la indemnización por el daño causado a la víctima directa, la reparación del daño moral no cumple ninguna de estas funciones. Los herederos obtendrían una compensación pecuniaria con el dolor de su causante. Como señala Blondel

“la objeción fundamental –a la transmisión de la acción por daño moral de la víctima directa– reside en el carácter particular del perjuicio cuya reparación se

demanda. El sufrimiento, ya sea moral o físico, carece de naturaleza patrimonial; es propio a aquel que lo sufre y no es procedente aceptar que los herederos reclamen un sufrimiento que les resulta ajeno. Ellos solo podrían actuar a nombre propio, pero no en virtud de una acción del difunto que les habría transmitido”.

(BLONDEL, P., *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, Paris, LGDJ, 1969, p. 101 y ss; en el mismo sentido VINEY, G., *Les effets de la responsabilité*, 2ª ed., Paris, LGDJ, 2001, p. 325 y ss.; CARBONNIER, J., *Les obligations*, p. 370).

Sólo la víctima directa puede gozar de la satisfacción compensatoria personal en virtud de la indemnización del daño moral (FLOUR, J. y AUBERT, J.L., *Les obligations. 2. Le fait juridique*, 6ª ed., Paris, Armand Colin, 1994, pp. 331 y 332). En nuestra doctrina la autora Carmen Domínguez, quien ha dedicado un estudio acucioso al tema se pronuncia por esta vertiente, pues rechaza la transmisión al considerar que podría dar lugar a un enriquecimiento injusto en contravención a la función de la responsabilidad civil (DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, Santiago, Jurídica, tomo II, p. 735). Ésta parece ser la doctrina correcta.

Los autores que tienen un pronunciamiento favorable a la transmisión, sostienen que el rechazo a la acción es ilógico, pues niega la causalidad en términos que el daño antecedió al acci-

dente. Efectivamente el daño, el *pretium mortis*, antecede al hecho u omisión que genera la pérdida de la vida, pero dicho daño se extingue con la muerte de la víctima. Tampoco resulta coherente afirmar que la negación de la transmisión significa favorecer el autor del daño. Para Bidart negar la transmisión significa “dejar a los herederos sin acción en contra del responsable, liberándolo así de toda responsabilidad”. Esta afirmación es errónea, pues concurre en caso de dolo la responsabilidad penal si el hecho u omisión constituye un ilícito penal y, por otra parte, los herederos podrán accionar en calidad de víctimas por rebote para la indemnización del daño propio que les causa la muerte de su causante. En consecuencia, el agente del daño no resulta liberado de toda responsabilidad. No resulta coherente señalar que el autor del daño prefiera la muerte a la lesión, sobre todo cuando se trata de dolo, ya que esto nos pone en presencia del delito de homicidio y la sanción penal es mucho más relevante que la civil. No veo cómo el autor del daño pueda preferir matar que lesionar, siendo que la sanción penal será por delito de homicidio y, además, las víctimas por repercusión podrán impetrar el daño propio en calidad de víctimas por rebote. No es efectivo que rechazar la transmisión de la acción impida la posibilidad de reparación en la esfera moral. Es evidente que si fallece la víctima, aceptando o rechazando la transmisión, en ningún caso la víctima directa podrá verse reparada en su esfera moral. En caso que sean los herederos, la ficción de la continuación de la persona del

causante, ¿permite sostener que los herederos puedan en calidad de representantes ver satisfecha la dimensión moral fracturada de su causante? Aceptar el principio de la continuación de la persona del causante por los herederos no puede significar una identidad entre éstos y aquél. Constituye una gámatías inaceptable pensar que la reparación del daño moral padecido por el causante puede verse satisfecha con la indemnización a favor de los herederos. Éstos no han sufrido el daño, el *pretium mortis*, ellos pueden demandar la reparación de su daño propio, pero no se identifican suficientemente con el causante para establecer la necesidad de compensar el daño moral sufrido por su causante, mediante una compensación pecuniaria.

Tampoco se cuestiona la noción objetiva del daño moral cuando se rechaza la transmisión de la acción. Concordamos con entender la indemnización del daño moral como una técnica que intenta compensar por equivalencia la fractura a un plan de vida autónomo. Sin embargo, dicha compensación o satisfacción sólo puede darse en el patrimonio del causante y no en el de sus herederos. Si bien el hecho u omisión que genera el daño es anterior a éste, desde el punto de vista lógico, la acción es posterior al daño y, por ende, sólo una vez acaecido el daño puede generarse la acción para intentar la reparación. Sin embargo, como el daño al que aludimos es el *pretium mortis* o la pérdida de la vida, no podemos entender que la acción una vez fallecido el causante pueda ingresar a su patrimonio y luego transmitirse a los herederos.

La fractura del plan de vida del causante, que es definitiva, pues el daño sufrido por ésta es la pérdida de la vida, no puede significar aceptar que los muertos puedan ingresar en su patrimonio una acción para intentar compensar el daño moral padecido (V. ESMEIN, P., "Le culte des morts", en *Mélanges Dabin*, p. 541 y ss.).

En suma, la discusión sobre la transmisión de la acción para reclamar el daño moral del causante debe resolverse por la negativa.

BUENA FE. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 29 DE JUNIO DE 2000, ROL 781-99; CORTE SUPREMA, 12 DE JULIO DE 2004, ROL 2622-00.

Una empresa de telecomunicaciones celebró con el Club Hípico de Concepción una promesa de contrato de prestación de servicios de transmisión privada. El contrato prometido debió celebrarse el 2 de mayo de 1997, previo cumplimiento de condición consistente en la suscripción de un contrato de arrendamiento de un predio entre el referido club y la dueña del inmueble, la sociedad inmobiliaria L.E. Pese a la voluntad de esta última de perfeccionar el contrato de arrendamiento, éste no se celebró, siendo demandado el Club por la empresa de telecomunicaciones, fundando su pretensión en el régimen contractual entendiendo aplicable el cumplimiento *ficto* de la condición en los términos del artículo 1.481 inciso 2º del *Código Civil*, en subsidio, alegando

la responsabilidad precontractual por interrupción abusiva de las negociaciones, reconociendo aplicación al estatuto extracontractual. Se afirma que la empresa demandada habría procedido a la interrupción de las negociaciones de manera abusiva y culpable.

Por su parte, la demandada solicita el rechazo íntegro de la demanda, ya que la condición no se habría cumplido por imposibilidad absoluta que no le es imputable dando lugar a la extinción de la promesa. Además, afirma, no procedería la indemnización de perjuicios, por haberse renunciado de manera expresa al cumplimiento por equivalencia, siendo procedente sólo el cumplimiento por naturaleza, cuestión improcedente en atención a la imposibilidad de cumplimiento de la condición.

El juez de primera instancia rechazó la acción principal estimando improcedente el cumplimiento *ficto* de la condición, puesto que en dicha regla se alude al deudor que se vale de medios ilícitos destinados a impedir el cumplimiento de la condición. Siendo la omisión en la celebración del contrato de arrendamiento el basamento de la alegación de la demandante no procede acoger su petición, ya que:

“La regla en examen debe entenderse sólo comprensiva de un supuesto de actividad, excluyéndose, consecuentemente, las situaciones de inactividad, es decir, de omisión”.

Por lo demás, el sentenciador entiende la expresión “medios ilícitos” en el sentido que “se despliegan medios

con un propósito o intención determinados, lo que significa obviamente que se está refiriendo a una conducta dolosa”. Esta interpretación es errada, ya que la culpa es también una conducta u omisión ilícita, no siendo privativa del dolo la ilicitud.

En suma, la sentencia de primera instancia rechaza la acción principal, al considerar que

“los antecedentes probatorios aportados por la actora, resultan claramente insuficientes para dar por establecido que el mencionado contrato de arrendamiento no se haya otorgado dentro del plazo pactado en la promesa por una conducta exclusivamente imputable a la demandada”.

Sin embargo, el juez de primera instancia acoge la acción subsidiaria, por haberse infringido el deber de buena fe y, por consiguiente, se habría configurado un ilícito civil sancionado por las reglas de la responsabilidad extracontractual. El daño indemnizado se redujo al daño emergente, acogiendo la distinción entre daños provocados y espontáneos, siendo indemnizables en el ámbito precontractual sólo los primeros, pues tienen su fundamento en la voluntad de ambas partes o existió apariencia para el actor de ser indispensables para el proceso negocial. (Véase ROSENDE ÁLVAREZ, H., *Responsabilidad precontractual*, Valparaíso, Ediciones Universitarias, 1979, pp. 76 y 77).

El demandado interpuso casación en la forma y apelación. Siendo deses-

timada la casación en la forma, la Corte de Concepción revocó la sentencia en la parte en que se acogía la demanda subsidiaria rechazando la indemnización de perjuicios. La sentencia de alzada sostuvo:

“...si en algún momento, dicho Club tomó conocimiento y adquirió la convicción fundada de que el servicio ofrecido no iba a poder ser desarrollado dentro de los márgenes legales en la zona acordada creemos que por la buena fe con que habían actuado hasta ese momento, no pueden incurrir en responsabilidad precontractual si en definitiva se negaron a celebrar el contrato motivo de las tratativas”.

La demandante interpuso casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones. El recurso de nulidad sostuvo que la sentencia de alzada habría incurrido en infracción de ley al vulnerar el principio de la buena fe imperante durante las tratativas preliminares dirigidas a celebrar el contrato de prestación de servicios. Por consiguiente, la infracción al principio de la buena fe constituye un ilícito civil fuente de responsabilidad extracontractual. Ambos recursos fueron desestimados, siendo relevante el fundamento de la Corte Suprema para rechazar el recurso de nulidad. El tribunal de casación sostuvo:

“Que, sin perjuicio de lo anterior –rechazo del recurso de casación por haberse denuncia-

do la infracción de un principio y no de un texto legal–, cabe expresar que aún cuando el principio de derecho que se estima infringido es un contenido del precepto legal inserto en el artículo 1546 del Código civil, tampoco sería posible anular el fallo por su falta de aplicación en el caso de autos, desde que, según los fundamentos de la acción civil deducida en carácter de subsidiaria, se atribuye a la demandada una fuente de responsabilidad distinta a la que dicha norma se refiere, como es la que la doctrina denomina ‘responsabilidad precontractual’. Y, como se advierte del claro tenor literal de la citada norma legal, su ámbito de aplicación está restringido y reservado a la ejecución de los contratos; es decir, se trata, en éste (sic) último evento, de una materia propia de la responsabilidad contractual”.

La buena fe ha ido incrementando su aplicación en la jurisprudencia nacional. El ámbito de resonancia de este principio ha inundado diversas instituciones del Derecho Civil. Sin embargo, la sentencia de la Corte Suprema parece revertir esta tendencia dando lugar a una interpretación restrictiva del artículo 1.546 del *Código Civil*. La importancia del principio de la buena fe amerita comentar la sentencia abordando el ámbito de aplicación del artículo 1.546 del *Código Civil*, siendo necesario analizar de manera previa la responsabilidad precontractual.

Tanto en la sentencia de primera como aquélla de alzada se ratifica la libertad de contratar entregada a las partes negociantes. Se trata de una de las principales manifestaciones de la autonomía de la voluntad que permite a las personas decidir o rechazar la celebración de un contrato. Así, las partes tienen el derecho a interrumpir las negociaciones sin que les sea imputable responsabilidad alguna. La jurisprudencia comentada se orienta en este sentido, al rechazar la responsabilidad extracontractual reclamada al Club... Sin embargo, ninguna de las sentencias rechaza la posibilidad que se verifique responsabilidad civil durante las tratativas preliminares. Por lo demás, la jurisprudencia ya ha reconocido con anterioridad la indemnización por responsabilidad precontractual por infracción de la buena fe que debe auspiciar las tratativas preliminares (Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de junio de 1996, Comentario de jurisprudencia, DOMÍNGUEZ BENAVENTE *et al.*, en *Revista de Derecho*, N° 199, p. 179 y ss.). En el caso en cuestión, la Corte de Apelaciones fue de una opinión diversa, pues estimó que la demandada había actuado de buena fe, no cumpliéndose, en consecuencia, un elemento necesario para otorgar los perjuicios reclamados. Esta afirmación, común en la doctrina y jurisprudencia, según la cual la responsabilidad precontractual se basa en un comportamiento atentatorio a la buena fe debe matizarse. En efecto, si consideramos que el régimen aplicable a la responsabilidad precontractual es el estatuto extracontractual por no existir vínculo jurídico entre las partes, no

se aprecia el por qué debiera exigirse la mala fe en las tratativas para justificar la responsabilidad civil. En realidad, debiera bastar la concurrencia de las condiciones de la responsabilidad extracontractual, entre las cuales no figura la mala fe, sino la culpa. Así las cosas, lo que cabe concluir es que para la indemnización de perjuicios generados por la ruptura intempestiva de las negociaciones preliminares debe procederse como en cualquier ilícito civil. Si el juez logra la convicción de que la conducta de alguno de los futuros contratantes se aleja del comportamiento de un buen padre de familia debe asignar la reparación de los perjuicios. Pero, la buena o mala fe no procede como condición particular de este tipo de responsabilidad.

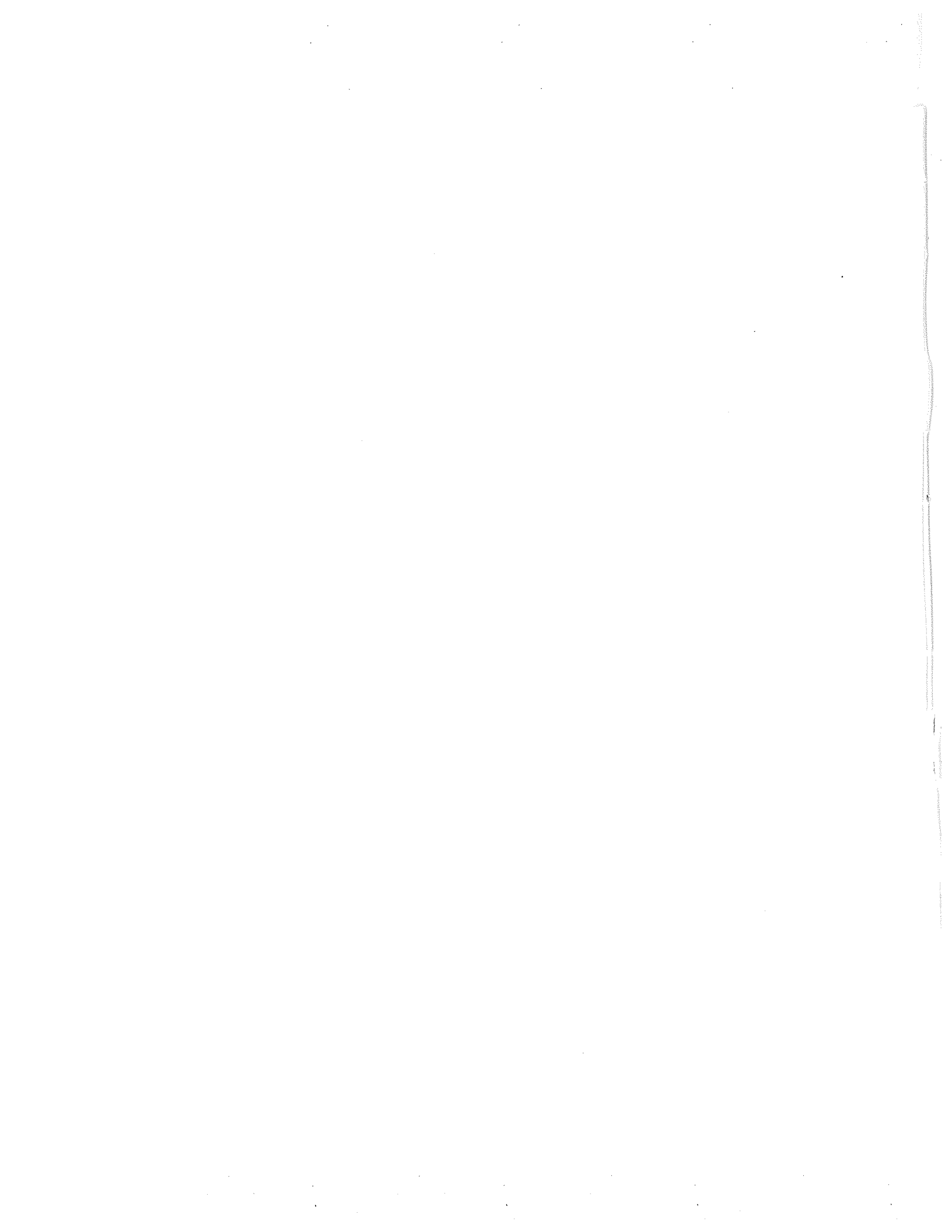
Con todo, y aquí me refiero al segundo aspecto de la sentencia, la Corte Suprema estimó que el artículo 1.546 del *Código Civil* sólo recibe aplicación una vez perfeccionado el contrato, lo cual se desprendería de la lectura servil del precepto, según el cual la buena fe rige en la ejecución contractual. Esta interpretación debe ser rechazada. Según afirma Domínguez

“...desde que comúnmente se piensa en la buena fe sólo en etapa de cumplimiento del contrato ya formado, supuesto a que se refiere el art. 1546 del C. Civil; pero olvidándose que ese es sólo un supuesto de aplicación de un principio más vasto que rige en el ejercicio de todo derecho” (*op. cit.*, p. 182).

Y más adelante de manera acertada señala que

“el abuso del derecho de retiro no es el único fundamento de esta responsabilidad, pues también lo es la simple aplicación de los principios de la culpa, que obligan a comportarse con la debida diligencia para no dañar a otro” (*op. cit.*, p. 183).

En resumen, no se requiere recurrir a la buena fe para justificar la responsabilidad precontractual, pues basta un ilícito civil bajo las reglas de la responsabilidad aquiliana. Aunque resulta discutible la interpretación restrictiva del art. 1.546 del *Código Civil* que entrega la Corte Suprema, en cuanto la buena fe sólo tendría aplicación durante la ejecución contractual, lo más relevante es que basta culpa para generar responsabilidad precontractual. C.P.





## CONTRATOS ESPECIALES

*Iñigo de la Maza G.*

Profesor de Derecho Civil  
Universidad Diego Portales

CONTRATO DE COMPRAVENTA Y PROHIBICIÓN DE ENAJENAR (CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, 22 DE ENERO DE 2003; CORTE SUPREMA, 17 DE JUNIO DE 2004).

En el año 1954 don FGV compró a don SSV un inmueble ubicado en calle Siete Norte de Viña del Mar. En el contrato de compraventa se incorporó, en su cláusula quinta, una prohibición de enajenar respecto de un pasaje de acceso al inmueble adquirido por don FGV, de propiedad del vendedor en los siguientes términos:

“El vendedor deja expresa constancia que constituye en beneficio de la propiedad que adquiere el señor G., servidumbres de tránsito sobre el pasaje de acceso que da frente a la calle Siete Norte, como asimismo servidumbre de luz y vista sobre el mismo pasaje y hacia calle Siete Norte, declarando, además, que el referido pasaje no será de acceso no podrá ser transferido a tercera persona, sin el consentimiento del comprador, para lo cual constituye en su favor la prohibición de gravar y enajenar que corresponde”.

Fallecido el vendedor, sus causahabientes –en adelante las vendedoras– enajenaron la propiedad raíz que servía de acceso a la propiedad de don FGV a la Inmobiliaria N. Don GGC –en adelante el demandante–, quien compró a don FGV el predio, demanda a las vendedoras y a la inmobiliaria N –en adelante la compradora–.

En su presentación el demandante solicita se declare la nulidad del contrato de compraventa suscrito entre las vendedoras y la compradora, que se las considere poseedoras de mala fe para efectos de las prestaciones mutuas, que se declare inoponible el contrato de compraventa respecto de él y se le indemnice por los daños causados. En subsidio, demanda indemnización de perjuicios por incumplimiento de las vendedoras de una obligación de no hacer. Respecto de la nulidad, sostiene el autor que la referida compraventa se realizó sin su consentimiento, pese a la existencia del pacto de no enajenar ya indicado. Afirma que la prohibición de enajenar que consta en dicho pacto es válida, pues en Derecho Privado puede hacerse todo aquello que no se encuentra prohibido; por lo demás, agrega, el artículo 53 N° 3 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces permite la inscripción de

prohibiciones convencionales. Finalmente, no se trataría de una prohibición absoluta, sino de carácter temporal y transitorio, toda vez que se encuentra sujeta a una condición: el consentimiento del acreedor, por lo demás se encontraría amparada por un interés legítimo. Respecto de la inoponibilidad argumenta que, aun cuando no se acogiera la nulidad, el contrato de compraventa le resulta inoponible toda vez que, bajo el amparo de la cláusula de no enajenar se le debió haber citado al contrato de compraventa. Respecto de su petición subsidiaria señala que se infringió la obligación de no enajenar, es decir, una obligación de no hacer surgida del contrato de compraventa. Contestando la demanda –y en lo que interesa a este comentario–, la compradora hace presente que respecto de la prohibición voluntaria de enajenar existen en doctrina tres posiciones. No obstante, identifica solamente dos. Según la primera, se le concede validez siempre que tenga una limitación en el tiempo, sea condicional y exista un motivo legítimo. De acuerdo con la segunda –la doctrina mayoritaria según la compradora– dicho pacto no tendría valor alguno por cuanto atentaría contra los elementos esenciales del derecho de dominio y contravendría el principio de libre circulación de los bienes, por estas razones adolecería de nulidad absoluta. Junto con lo anterior, sostiene que la prohibición le es inoponible puesto que el demandante no es acreedor de ninguno de los demandados. Señala, finalmente, que el demandante no es titular de los derechos emanados de la prohi-

bición toda vez que no la constituyó ni le fue transferida y no sufre perjuicio alguno con su vulneración toda vez que se han respetado las servidumbres de tránsito, luz y vista constituidas a favor del predio. Las vendedoras comparecen en autos defendiendo su posición con los mismos argumentos que la compradora. En su sentencia, el tribunal de primera instancia advierte que la demanda se fundamenta principalmente en la vulneración del pacto de no enajenar ya indicado, advirtiendo que de los antecedentes se desprende que las partes que lo pactaron no determinaron un plazo de vigencia. Sobre esto señala que “en general al ordenamiento jurídico repugna las limitaciones al derecho de dominio de los bienes” y que en este caso la prohibición ha quedado sujeta al arbitrio de una de las partes, situación que

“atenta contra el orden público, porque ‘embaraza la circulación de los bienes y entibia el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria’ como dice el Mensaje del Código Civil”.

Es en consideración a esto que señala que la cláusula de no enajenar contiene un objeto moralmente imposible y, por lo tanto, adolece de objeto ilícito. Por lo mismo, declara de oficio la nulidad absoluta de la cláusula. Recurrida a través de los recursos de apelación y casación en la forma por ultrapetita la decisión del tribunal de primera instancia, la Corte de Apelaciones acoge la casación en la forma. La competen-

cia del tribunal de instancia se limitaba, en opinión de la Corte, a conocer la validez del contrato de compraventa celebrado entre las vendedoras y la compradora, sin alcanzar al contrato de compraventa en que constaba la prohibición de enajenar. En su sentencia de reemplazo, el tribunal de alzada señala, sin embargo, que la controversia se centra en la prohibición de enajenar y los efectos que ésta pueda tener sobre el contrato de compraventa cuya nulidad se solicita.

Sobre esto advierte que ella tiene plena validez entre quienes contrataron, pero resulta inoponible a la compradora, pues ésta no tuvo intervención alguna en el acto que la constituyó, por lo mismo, sus efectos sólo podrían afectar a la parte vendedora. Recurrída la sentencia a través de un recurso de casación en el fondo en el cual el actor se sirve de los artículos 1.681 y siguientes, 1.445 y 1.464 y siguientes, todos ellos del *Código Civil*, para impugnar la sentencia del tribunal de alzada, la Corte Suprema indica que la nulidad absoluta y relativa sólo procede como sanción de infracciones de ley y no de estipulaciones contractuales de las partes.

La prohibición de enajenar incorporada voluntariamente en un contrato de compraventa impone al vendedor en este caso, según el máximo tribunal, una obligación de no hacer que, en definitiva, se resolverá en una obligación de indemnizar si no pudiera deshacerse lo hecho. Agrega la Corte que no puede entenderse que exista allí un objeto ilícito, pues no corresponde a ninguna de las hipótesis contempla-

das por las leyes como tales. Por lo mismo rechaza el recurso de casación en el fondo.

Como queda suficientemente claro de lo que ya se ha expuesto, la pregunta en torno a la cual giran las sentencias ya referidas es qué efectos produce un pacto de no enajenar incorporado por las partes en un contrato de compraventa. Sobre esto conviene advertir que, en general, el problema se ha planteado en un escenario donde la prohibición grava al comprador respecto de la cosa comprada y no al vendedor como sucede en este caso. No obstante, los argumentos que se han cruzado en esa discusión resultan aplicables para este caso.

En lo que respecta a este caso conviene recordar que se trata de un contrato –la compraventa– en que no existe una solución inmediata que reconozca o desconozca valor al pacto como sucede, por ejemplo, a propósito de la propiedad fiduciaria (art. 751 del *Código Civil*), en el usufructo (art. 793 inc. 3º del *Código Civil*) o en la donación (art. 1.432 Nº 1 del *Código Civil* en que se le reconoce valor) o respecto del legado (art. 1.126 del *Código Civil*), el contrato de arrendamiento (art. 1.964) y la hipoteca (art. 2.415) en los cuales se le desconoce.

La primera pregunta que surge en este escenario es respecto de la validez del pacto *en comento*.

Frente a esto han existido dos posiciones. Según la primera de ellas se le reconoce validez a dicho pacto, sugiriendo, sin embargo, que su trasgresión no acarrearía la nulidad de la enajenación, sino que operaría como una

condición resolutoria (así, por ejemplo, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. *De la compraventa y de la promesa de venta*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, tomo II, vol. 1, p. 356 y DIEZ DUARTE, R. *La compraventa en el Código Civil chileno*, 2ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1993, p. 237).

Los argumentos que se han acompañado en abono de esta posición son la inexistencia en el Derecho chileno de una regla que prohíba dicho pacto, la facultad del propietario de desprenderse de uno de los atributos del dominio —el *ius abutendi* en este caso—, y la regla del artículo 53 N° 3 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces (todos ellos pueden consultarse en LEÓN HURTADO, A., *El objeto en los actos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983, pp. 121-122). La segunda posición se inclina, más bien, a negar valor al pacto, señalando que, en general, adolecería de objeto ilícito. En este sentido, Alessandri Besa, por ejemplo, señala que “las cláusulas de no enajenar son nulas por ser contrarias al orden público” (*La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1949, p. 172. En una posición similar, LEÓN HURTADO, *op. cit.*, p. 126 y Somarriva Undurraga, quien se inclina por considerar la cláusula como no escrita según la regla del artículo 1.126 [*Las obligaciones y los contratos en ante la jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 167). En abono de esta posición se ha señalado el Mensaje del *Código Civil* en cuanto evidenciaría la voluntad del legislador de evitar toda traba a la libre circulación de los bienes. Por lo mis-

mo, la ilicitud del objeto no proveniría del artículo 1.464, sino de la vulneración de un principio general del Derecho chileno. Respecto de los demás argumentos (ver LEÓN HURTADO, *op. cit.*, p. 122): de la máxima según la cual en Derecho Privado se permite todo aquello que no está prohibido, se ha sugerido que lo que tutela dicha máxima es la libertad del comercio jurídico y esta cláusula lo entraba frente al argumento según el cual el titular del dominio podría desprenderse de sus facultades, se sugiere que la facultad de disposición es esencial. Finalmente, respecto del artículo 53 N° 3 del Reglamento, se sugiere que se aplicaría únicamente a las prohibiciones convencionales autorizadas por el legislador.

Con todo, los autores que sostienen esta posición se cuidan de hacer presente que, excepcionalmente, se puede reconocer validez a dichas cláusulas, aun en casos diversos de los expresamente considerados por las leyes. A este respecto es necesario distinguir según si las prohibiciones son absolutas o permanentes por una parte y relativas o limitadas por la otra (ver LEÓN HURTADO, *op. cit.*, p. 123). En el primer caso, la cláusula adolecería de nulidad absoluta por comprometer el orden público. En el segundo caso, no. Ahora bien, ¿qué requisitos debe satisfacer la cláusula para considerarse relativa o limitada? Según ha dejado ver León Hurtado, la cláusula debería satisfacer copulativamente dos requisitos: estar limitada en el tiempo por un plazo o condición determinados y estar justificadas por un interés legítimo. Así su-

cedería, por ejemplo, en el caso que se incorpore en un pacto de retroventa respecto del comprador (*op. cit.*, pp. 129-130, en el mismo sentido ALESSANDRI BESA, *op. cit.*, pp. 175-176).

Advertido lo anterior, parece razonable afirmar que la posición mayoritaria reconoce validez al pacto de no enajenar más allá de aquellos casos en que la ley lo autoriza, siempre y cuando éste se encuentre limitado en el tiempo y se encuentra justificado por la protección de un interés legítimo. La segunda pregunta refiere a los efectos de dicho pacto, bajo aquellas condiciones en las que se le reconoce validez. Sobre esto, una vez más, la opinión mayoritaria considera que no existiría aquí nulidad de la venta efectuada en contravención al pacto; para que así sucediera la prohibición de enajenar debería tener su origen en la ley o en un decreto judicial. Se trataría, en cambio, de una obligación de no hacer (así, por ejemplo, LEÓN HURTADO, *op. cit.*, p. 130; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 356; ALESSANDRI BESA, *op. cit.*, p. 177; PEÑAILILLO ARÉVALO, D. "Prohibición de enajenar voluntaria y negativa de del Conservador" Comentario de Sentencia, en *Revista de Derecho*, N° 168, Universidad de Concepción, Escuela de Derecho, 1980, pp. 87-93; DIEZ DUARTE, *op. cit.*, p. 237). Por lo mismo, si se encuentra en un contrato su contravención dará lugar a la regla del artículo 1.489 y si se trata de un acto diverso el problema se resolverá según la regla del artículo 1.555.

Considerada ya la validez del pacto de no enajenar y los efectos que éste produce cuando el ordenamiento jurí-

dico le reconoce validez es posible volver sobre las sentencias *en comento*. Respecto de la primera instancia, la declaración de nulidad absoluta del pacto se condice con una opinión doctrinaria suficientemente difundida en Chile. Se trataría aquí de una prohibición absoluta, toda vez que, aun, cuando se aceptara la condición de la que pende, la voluntad del acreedor, no parece existir un motivo legítimo que la justifique (conviene recordar aquí la existencia de las servidumbres). Por lo mismo, si se acepta que este tipo de estipulaciones repugnan al orden público, la cláusula adolecería de objeto ilícito. No obstante lo anterior, las presentaciones de las partes se encaminaban a obtener un pronunciamiento sobre la validez de un contrato diverso de aquél que contenía el pacto, de allí entonces la declaración de ultrapetita. El pronunciamiento de los tribunales superiores, por razones que no se explicitan, reconoce plena validez entre las partes que lo convinieron al pacto de no enajenar. Esto nos lleva a la segunda pregunta: los efectos del pacto. Sobre esto tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema consideran que los efectos de dicho pacto resultan inoponibles al vendedor por no haber sido parte en el contrato en que se incorporó dicho pacto. Sobre esto conviene hacer algunas precisiones. La primera de ellas es que resulta evidente que, aun cuando se considere que el pacto es válido su transgresión no ocasiona la nulidad del contrato a través del cual se infringió. Para que esto sucediera la prohibición de enajenar tendría que ser legal y judicial. La segunda es que, en términos

generales, la inoponibilidad no se relaciona necesariamente con el hecho de que la compradora no hubiera comparecido al contrato en que se estipuló el pacto sino, más bien, con las peculiaridades de este caso. Dicho en otras palabras, sería perfectamente posible que un pacto de no enajenar fuera oponible a un comprador, aun cuando no hubiera comparecido al contrato en que se estipuló el pacto. Sobre esto conviene advertir que, como ya se ha visto, la opinión mayoritaria sugiere que el pacto engendraría una obligación de no hacer, cuya infracción se resolvería según las reglas de la condición resolutoria tácita. Por lo mismo, la vulneración del pacto podría oponerse a terceros en virtud de éstos la acción resolutoria ejercida contra el deudor según lo dispuesto en los artículos 1.490 y 1.491.

En resumen, de las sentencias de los tribunales superiores aparece con suficiente claridad que la vulneración de un pacto de no enajenar no acarrea la nulidad del contrato a través del cual se infringe y las razones que se allegan para arribar a esta conclusión son ampliamente compartidas por la doctrina. En segundo lugar, se asume, aunque no se explica por qué, que un pacto de no enajenar que no satisface los requisitos que, en general, la doctrina ha considerado deben satisfacerse para que tenga el carácter de relativo es plenamente válido entre las partes. Una discusión más acabada sobre la validez de este tipo de pactos deberá esperar entonces a una próxima sentencia.

MANDATO NULO Y OPONIBILIDAD DE COMPRAVENTA AL VERDADERO DUEÑO (CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, 9 DE JUNIO DE 2003; CORTE SUPREMA, 27 DE MAYO DE 2004).

Resulta una cuestión discutible –e inescindible de la conexión que exista entre ambos contratos– que la nulidad de una promesa de compraventa acarree la de un contrato de mandato contenido en una de las cláusulas del primer contrato. Lo que resulta claro a todas luces es que el contrato de compraventa celebrado por un mandatario cuyo mandato fue declarado nulo no puede ser declarado nulo por falta de consentimiento del mandante. La razón, sin embargo, no se encuentra, como estimó la Corte Suprema, las reglas del artículo 1.815, sino las del 2.122.

Con fecha 12 de noviembre de 1987 la Sociedad AL compareció a través de un representante en calidad de compradora de un inmueble. El vendedor, don JLL, compareció también a través de un representante. Sin embargo, según alega, el contrato de mandato que lo vinculaba a su representante fue declarado nulo de nulidad absoluta. Lo anterior toda vez que dicho contrato se encontraba inserto en un contrato de arrendamiento y promesa de compraventa celebrado entre don JLL y la Sociedad AL cuya nulidad absoluta fue declarada por sentencia judicial.

Don JLL –el demandante– alegó entonces la nulidad absoluta del contrato de compraventa por falta de consentimiento. En lo que resulta relevante a este comentario, la sentencia de prime-

ra instancia resolvió que la nulidad de un contrato –el de promesa de compraventa– no conlleva la nulidad del otro –el de mandato–, y que en autos no se había acreditado que el contrato de mandato adoleciera de alguna causal que justificara su declaración de nulidad. En virtud de estas razones se desechó la pretensión del demandante.

En segunda instancia los sentenciadores fueron de una opinión distinta. Consideraron, en primer lugar, que

“el mandato tenía como única y exclusiva finalidad dar cumplimiento a la promesa de compraventa prometida (sic) y si esa promesa es nula, el mandato no tiene causa, es ineficaz, puesto que la finalidad que se tuvo en vista para otorgarlo ya no existe”.

En segundo lugar, determinaron que toda vez que la compraventa no contenía el consentimiento del vendedor, y éste es un requisito esencial de una compraventa válidamente celebrada, dicho contrato adolecía de nulidad absoluta.

Resolviendo sobre ambas cosas la Corte Suprema decidió que la nulidad del contrato de promesa no acarrea la del contrato de mandato toda vez que el artículo 1.683 exige que sea el juez quien efectúe dicha declaración –la de nulidad– sea de oficio o a petición de parte. En este caso existió una sola declaración que recayó sobre el contrato de promesa, sin que se cumpliera este requisito respecto del mandato. Sobre lo segundo, sostiene la Corte que aun en caso de que el mandato fuera nulo,

y en virtud del artículo 1.815, la compraventa no adolecería de nulidad, sino que sería válida, pero resultaría inoponible al verdadero dueño.

Lo que interesa comentar aquí entonces son dos cosas. La primera de ellas es el efecto de la nulidad del contrato de promesa sobre el mandato y, la segunda, la sanción que acarrea la falta de voluntad del verdadero dueño de la cosa.

Respecto a los efectos de la nulidad del contrato de promesa sobre el mandato una primera cosa es pacífica en este caso: se trata de dos contratos diversos. El mandato no constituye parte de la estructura del contrato de promesa. Lo que sucede, más bien, es que en un mismo instrumento existen dos contratos diversos. Lo anterior posee importancia toda vez que, siendo así las cosas no se trataría de un caso de nulidad parcial, pues, como ha sugerido Domínguez Águila para que ésta tenga lugar es necesario que “el vicio afecte en parte a un solo negocio” (*El negocio jurídico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 215).

Advertido lo anterior conviene señalar que las sentencias del tribunal de primera instancia y de la Corte Suprema consideraron, a diferencia de la Corte de Apelaciones, que la declaración de nulidad del contrato de promesa no alcanzaba al mandato. No obstante, sus razones fueron distintas. En el caso de la primera instancia se utilizaron tres argumentos. En primer lugar, el artículo 1.690 del *Código Civil*, señalando que los efectos de la nulidad alcanzan sólo a las partes. En segundo, el hecho de que no existían antece-

dentos que indicaran que la nulidad de la promesa conllevara la del mandato. En tercer lugar, se indicó que en el juicio no se había acreditado que el mandato adoleciera de alguna causal de nulidad. En el caso de la Corte Suprema el argumento fue que la sentencia de la Corte de Apelaciones que resolvió que el contrato de mandato era ineficaz sin que existiera una declaración de nulidad anterior sobre este contrato vulneraba la regla del artículo 1.683.

Conviene, entonces, examinar estos argumentos. En el caso de la sentencia de primera instancia, el primer argumento, como ya se advirtió, es la regla del artículo 1.690. ¿Está correctamente invocada? La respuesta es no. Las condiciones de aplicación del artículo son diversas a aquéllas de este caso. Sobre esto conviene advertir que el primer requisito del artículo *en comento* es que dos o más personas contraten con un tercero y se declare la nulidad del contrato respecto de una de ellas. ¿Cómo se aplicaría aquí? Las dos personas serían los promitentes y el tercero el mandatario. El detalle, sin embargo, es que el promitente comprador no contrató con el mandatario. En el mejor de los casos el mandato le interesa y, por lo mismo, no es revocable por la sola voluntad del mandante (ver STITCHKIN BRANOVER, D. *El mandato civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975, p. 395 y ss.), pero eso no lo transforma en parte. Respecto de los dos argumentos siguientes pueden fusionarse en una sola pregunta, ¿existen en este caso argumentos para sostener que la nulidad del contrato de promesa conlleva la nulidad del mandato? Esta pre-

gunta precisa volver sobre la sentencia de la Corte de Apelaciones. Con una redacción poco feliz, la Corte estima que el mandato se ha quedado sin causa, toda vez que la promesa fue declarada nula.

En estricto rigor lo que parece suceder es que la obligación del mandatario se ha quedado sin objeto —lo que se trataba de hacer era concurrir a la celebración del contrato prometido— y en virtud del efecto retroactivo de la nulidad judicialmente declarada, en verdad, nunca tuvo objeto. Pero, aun cuando esto sea incorrecto y, en definitiva, el problema sea la causa, una segunda interrogante: ¿Bastaba que el contrato de promesa hubiera sido declarado nulo o resultaba necesaria, además, una declaración de nulidad recaída sobre el mandato? Para aceptar la posición de la Corte de Apelaciones habría que reconocer que existe aquí un caso de nulidad consecuencial, es decir, aquélla en que la nulidad de un acto afecta a otro que depende de aquél sobre el cual recayó la nulidad, como sucede, por ejemplo, en el caso de la prenda, la hipoteca y la fianza. Ahora bien, la discusión sobre este punto puede ser dejada hasta aquí toda vez que, en su sentencia, la Corte Suprema, sostiene que, aun en el caso de estimarse nulo el mandato, el mandatario habría vendido una cosa ajena, por lo mismo la regla aplicable es la del artículo 1.815. Aceptando que se vendió una cosa ajena, queda una última pregunta por resolver, ¿se aplica aquí el 1.815? La respuesta parecer ser negativa (agradezco aquí a Javier Barrientos quien me hizo ver la importancia de la regla del artículo



2.122 para este caso). La razón de lo anterior es que el *Código Civil* contiene una regla expresa para estos casos: el artículo 2.122, según su tenor:

“El mandatario que ejecuta de buena fe un mandato nulo o que por una necesidad imperiosa sale de los límites de su mandato, se convierte en un agente oficioso”.

La buena fe se refiere aquí al desconocimiento por parte del mandatario de la causal de nulidad que afectaba al mandato. En este caso, el contrato de promesa se celebró el 9 de agosto de 1979, el de compraventa el día 12 de noviembre de 1987 y la sentencia que declaró la nulidad del contrato de promesa es de fecha 21 de enero de 1994. Por lo demás, en autos no hay constancia de que se haya intentado probar la mala fe del mandatario.

Ahora bien, si se acepta que lo que procedía aplicar en este caso eran las reglas de la agencia oficiosa resulta necesario tener a la vista el artículo 2.290, cuyo inciso primero dispone que:

“Si el negocio ha sido bien administrado, cumplirá el interesado las obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión y le reembolsará las expensas útiles o necesarias”.

En este caso el negocio que se administró fue la compraventa (ver sobre esto (ROMÁN BARBERIS, R. *Jurisprudencia crítica del cuasicontrato de agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos*, memo-

ria de prueba, Santiago, Editorial Universitaria S.A., 1956, p. 37, citando una sentencia de la Corte Suprema en que resuelve que la administración puede recaer sobre un negocio aislado) Teniendo en cuenta que las obligaciones del agente oficioso son las mismas que las del mandatario es posible sostener que la buena administración en este caso debe entenderse a la luz de los artículos 2.131 y 2.134 y, por lo mismo, habrá existido una correcta administración en la medida que el mandatario se haya ceñido rigurosamente a las instrucciones de su mandante. Si así sucedió, el mandante debe cumplir con las obligaciones contraídas por su mandatario, en este caso las obligaciones propias del vendedor. Por lo mismo, la Corte Suprema yerra cuando hace aplicable a este caso la regla del 1.815. Si la Corte considera que el mandato es válido se equivoca porque los efectos jurídicos de los actos celebrados por el mandatario se radican directamente en el patrimonio del mandante o éste tiene la obligación de asumirlos, según si existió o no representación. Por lo tanto, en cualquier caso le son oponibles. Si la Corte considera que el contrato era nulo, existe una regla que regula específicamente el caso –la del artículo 2.122– y, según lo dispuesto en el artículo en el artículo 13 del *Código Civil*, esta regla prefiere a la del artículo 1.815. Podría, por supuesto, discutirse que las dos reglas poseen el mismo grado de especificidad cuando se trata de aplicarlas en este caso. Sin embargo, resta aún un segundo argumento para defender la primacía de la regla del artículo 2.122. Únicamente

existiría venta de cosa ajena si se acepta que el mandato es nulo y esto en virtud del efecto retroactivo de la nulidad judicialmente declarada. Empero el 2.122 constituye precisamente una excepción a los efectos de la nulidad (ver STITCHKIN BRANOVER, *op. cit.*, p. 95). Así las cosas, pareciera no quedar espacio para invocar la regla del 1.815.

En resumen, entonces, en aquellos casos en que la gestión encargada al mandatario es una compraventa y éste concurre de buena fe en ejercicio de un mandato nulo, la regla que disciplina las relaciones entre el vendedor, el aparente mandatario y el comprador no es la del artículo 1.815, sino la del 2.122.

178

PREARIO, CONTRATO PREVIO E IGNORANCIA O MERA TOLERANCIA DEL DUEÑO. SENTENCIAS (1) ROL 2375-99 CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL 06 DE JUNIO DE 2003; (2) ROL 10.239. CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA 25 DE OCTUBRE DE 2002. CORTE SUPREMA 18 DE MAYO DE 2004; (3) ROL 2434-2000. CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO 15 DE MAYO DE 2003. CORTE SUPREMA 27 DE MAYO DE 2004.

Según el inciso segundo del artículo 2.195 “Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”. Las limpias palabras del inciso segundo han dado lugar a un abultado número de sentencias judiciales que oscurecen la correcta lectura del precepto.

Se trata aquí de examinar tres sentencias. En los dos primeros casos, el

comprador de un predio intenta la acción de precario contra quien detenta la tenencia de la cosa o parte de ellas. En ambos el mero tenedor alega en su defensa la existencia de un contrato de promesa de compraventa suscrito con el propietario anterior del inmueble. Frente a esto la Corte de Apelaciones de San Miguel en un caso y la Corte Suprema en el otro resuelven que el título invocado por el mero tenedor –un contrato de promesa celebrado con el anterior propietario del predio–, un tercero ajeno al juicio, no es vinculante para el actual propietario y, por lo tanto, no constituye justificación de la ocupación del inmueble frente al actor que excluya la tenencia precaria. En el tercer caso, se demanda de precario a una mujer que detenta la mera tenencia de un departamento de propiedad del actor. La demandada argumenta en su defensa que la propiedad fue adquirida con los dineros de ella y del demandante en el marco de un concubinato que se mantuvo por largos años y que el inmueble en cuestión constituyó su hogar común. La Corte de Apelaciones de Valparaíso negó lugar a la acción del demandante señalando, por una parte, que la demandada había alegado una circunstancia que podría otorgarle derecho para permanecer en la tenencia del inmueble –ser comunera de la propiedad– la cual debía ser ventilada en un juicio ordinario y, por otra parte, sostuvo que del probatorio resultaba posible concluir que había existido un acuerdo entre el actor y la demandada en virtud del cual el primero había autorizado a ésta a permanecer en el inmueble, por lo mismo no se

cumpliría con el requisito que ella se mantuviera en el departamento por mera tolerancia del dueño.

Es posible sostener que quien inerte la acción del precario debe acreditar cuatro cosas, a saber:

- a) La calidad de propietario indiscutido de la cosa,
- b) La detentación material de la cosa con una relación de mera tenencia por parte del demandado,
- c) La falta de un contrato que vincule al demandado con el demandante y
- d) Que el demandante ignore o tolere esta situación de hecho.

La interpretación de la regla contenida en el artículo 2.195 no ha sido pacífica en las decisiones de los tribunales chilenos y cada uno de estos requisitos ha dado lugar a sendos problemas (sobre esto puede consultarse VERGARA ALDUNATE, S. *El comodato precario y el simple precario ante el derecho y la jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1991 y HALABI RIFFO, F. y SAFFIRIO SUÁREZ, C., *La acción de precario ante la doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996).

Para efectos de este comentario interesa detenerse nada más en los requisitos c) y d), aquellos que han dado lugar a mayores equívocos por parte de los tribunales.

#### “Sin previo contrato”

Aceptándose, en general, que el título debe ser apto para justificar la mera tenencia, la principal discusión que se ha planteado a este respecto –sobre la cual tratan las dos primeras sentencias–

es si resulta necesario que este título sea oponible al demandante. En las dos primeras sentencias resulta evidente que el derecho surge para el promitente del perfeccionamiento del contrato de promesa no es oponible al verdadero dueño en virtud del efecto relativo de los contratos. Lo que aparece más discutible es que no tenga la aptitud suficiente para enervar la acción de precario. Una mirada a las decisiones de nuestros tribunales muestra que existen decisiones en ambos sentidos (para una muestra ver HALABI RIFFO y SAFFIRIO SUÁREZ, *op. cit.*, pp. 56-63). La solución al problema –desde mi punto de vista al menos– precisa detenerse en algunas consideraciones. La primera de ellas es que el precario es una figura diversa del comodato precario regulado en los artículos 2.194 y 2.195 inciso primero y la diferencia radica en que en los dos primeros existe contrato entre el comodante y el comodatario y en este último no. Lo anterior resulta más o menos evidente si se examina la letra de los dos artículos. Al prescribir el 2.194 que “el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución” es evidente la existencia de un vínculo contractual previo con el comodatario. Igual cosa sucede en el artículo 2.195 respecto de la frase “ni se fija tiempo para su restitución”. El tiempo se habría fijado en un contrato previo: el de comodato. Distinta cosa sucede en el caso del inciso segundo, pues aquí no ha existido “contrato previo”. Sin embargo “constituye también precario”. El uso de la expresión ‘también’ pareciera sugerir que a esta institución, diversa de las dos anteriores,

se le extenderá el régimen de aquéllas. Si esto es correcto, se seguiría de allí que el legislador utilizó la expresión "sin contrato previo" para distinguir esta última figura de las dos anteriores. Por lo mismo, el contrato previo al que se refiere no puede ser sino uno que resulte oponible al verdadero dueño. Si se acepta que la inspiración de Bello para la regulación del precario fue el desarrollo que experimentó el Derecho Romano (ver sobre esto HALABI RIFFO y SAFFIRIO SUÁREZ, *op. cit.*, pp. 4-10), la lectura anterior podría justificarse desde la figura romana del precario sobrevenido que acaecía, en palabras de Guzmán Brito,

"toda vez que alguien que había una cosa como tenedor en virtud de un derecho real o personal, continúa habiéndola de hecho, después que el derecho se extinguió por alguna causa eficaz. Esto le acaece, por ejemplo, al arrendatario, si su arrendador enajena la cosa a un tercero: ante éste, dicho arrendatario carece de cualquier derecho (aunque pueda indemnizarse frente al que fue su arrendador), y su situación frente a la cosa dependerá exclusivamente de la voluntad del nuevo dueño: en consecuencia, el tenedor es un precarista a su respecto". (*Derecho privado romano*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, tomo 1, pp. 778 y 779).

Si lo que se ha venido advirtiendo hasta el momento es correcto, puede

concluirse que la expresión "sin contrato previo" no designa cualquier título que justifique la mera tenencia, si no un contrato que vincula al tenedor y al verdadero dueño. De allí entonces que los tribunales fallan correctamente, un contrato de promesa de compraventa celebrado con el anterior propietario carece de la aptitud suficiente para enervar la acción de precario. Otra cosa distinta es que bajo ciertas circunstancias el incumplimiento de dicho contrato dará acción al precarista para dirigirse contra quien lo incumplió. Así, por lo demás, lo ha fallado la Corte Suprema en numerosas ocasiones (ver VERGARA ALDUNATE, *op. cit.*, pp. 123-128).

"La ignorancia o mera tolerancia"

Si se vuelve a poner atención a los orígenes romanos del precario se advertirá que se trata de una situación de hecho en que una persona pide a otra que le conceda, permite o tolere el uso de una cosa mueble o inmueble. Acceder o no al ruego es un acto completamente discrecional por parte de dueño (*precario dans*). Igualmente discrecional es la posibilidad de revocarlo (todo esto en GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, pp. 776-777). Una lectura en esta clave de la ignorancia o mera tolerancia implica que sólo hay precario si la subsistencia de la mera tenencia depende de la voluntad del comodante. No se cumpliría, sin embargo, este requisito si la mera tenencia se justifica en un antecedente jurídico diverso de un contrato previo con el dueño que, no obstante, resulta oponible a éste. Así, por ejemplo, la subsistencia no dependería de la ignorancia o mera tolerancia en aquellos

casos en que el mero tenedor dispone de un título que justifica su detentación material del bien, diverso de un contrato con el dueño, como sucedería, por ejemplo, en el caso de un derecho real de usufructo, uso o habitación o bien en el caso del contrato de arrendamiento cuando éste resulta oponible a terceros. Advertir lo anterior posee importancia por la equívoca interpretación que han hecho los tribunales sobre este requisito entendiéndolo que si la justificación de la mera tenencia se encuentra en un antecedente diverso de ignorancia o mera tolerancia del dueño no se satisfaría este requisito. De esta manera se ha resuelto que si la mera tenencia se justifica en un contrato de promesa de compraventa suscrito entre el anterior dueño y el actual tenedor no cabe sostener que la detentación del inmueble obedece a mera tolerancia del actual propietario (citada en VERGARA ALDUNATE, *op. cit.*, p. 149), o que no concurre el requisito cuando el demandado tiene la cosa en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con el anterior dueño de ella (citada en HALABI RIFFO y SAFFIRIO SUÁREZ, *op. cit.*, p. 89).

Yendo ahora al tercer caso, que se trata de comentar aquí, lo que es necesario advertir es si el concubinato puede o no constituir un título de mera tenencia que resulte oponible al verdadero dueño. Sobre esto, lo primero que conviene advertir es que bajo ciertas condiciones el concubinato da lugar a una comunidad o sociedad de hecho, en cuyo caso la demandada podría haber discutido su calidad de comunera respecto del bien (sobre esto puede con-

sultarse BARRIENTOS GRANDON, J. y NOVALES ALQUÉZAR A., *Nuevo derecho matrimonial chileno*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2004, pp. 94-101). Éste no fue, sin embargo, el camino que tomó la demandada quien se limitó a enervar la acción de precario. Sobre lo anterior, existen abundantes sentencias que han sostenido que el concubinato por sí solo no constituye un título capaz de enervar dicha acción, pues de él no se desprende que haya nacido derecho alguno para el mero tenedor, siendo necesario que se acredite, además, la comunidad de bienes a que el concubinato dio lugar (ver HALABI RIFFO y SAFFIRIO SUÁREZ, *op. cit.*, p. 78). En el caso de autos se tuvo por acreditado

- 1) Que el demandante y la demandada mantuvieron una convivencia por alrededor de diez años,
- 2) Que convivían aparentando una relación matrimonial,
- 3) Que el inmueble cuya restitución reclama el actor constituyó el hogar común de las partes y
- 4) Que una vez producida la separación de la pareja, el actor, en forma expresa autorizó a la demandada para continuar la ocupación del inmueble.

Se acreditó, por lo tanto, la existencia de concubinato, pero no la existencia de una comunidad de bienes. En este sentido, el concubinato *per se* no constituye un título que se le pueda oponer al demandante. Sin embargo, se acreditó, además, que el demandante autorizó expresamente a la demandada a permanecer en el inmueble y esta autorización, según el tribunal es incompatible con el requisito de la mera tolerancia o igno-

rancia del dueño. Aquí la Corte lleva razón, existiendo dicha autorización la figura es el comodato precario del primer inciso del artículo 2.195, no el precario del segundo. El demandante, sin embargo, accionó según la regla del inciso segundo, por lo mismo, en virtud del principio dispositivo que prima en materia civil, la Corte de Apelaciones y la Suprema fallan correctamente al negar lugar a la acción.

En resumen, se ha criticado el inciso segundo del inciso segundo del artículo 2.195 por su inadecuada ubicación y por la oscuridad de su sentido. Una mirada a las fuentes que, aparentemente, consultó Bello, muestra otra cosa. Si es efectivo que la figura que inspira el precario es el precario so-

brevenido romano pueden extraerse dos conclusiones de innegable relevancia forense. La primera de ellas es que la expresión “contrato previo” refiere a un contrato celebrado entre aquél contra quien se intenta la acción de precario y el demandante, que sirve como título que justifica la mera tenencia. La segunda es que la expresión “ignorancia o mera tolerancia del dueño” se utiliza para indicar que el detentador de la cosa carece de un antecedente jurídico, diverso del contrato previo con el dueño de la cosa, que justifique su tenencia haciéndola oponible a ésta. Todo esto, por cierto, si se acepta que la interpretación genealógica de los preceptos del *Código Civil* es la que resulta más adecuada.

DE LOS BIENES,  
Y DE SU DOMINIO,  
POSESIÓN, USO Y GOCE

*Javier Barrientos Grandon*  
Profesor de Historia del Derecho  
Universidad Diego Portales

1. COSAS QUE PUEDEN REIVINDICARSE. REIVINDICACIÓN DE CUOTA DETERMINADA PROINDIVISO. CORTE SUPREMA, CASACIÓN EN EL FONDO, SANTIAGO, 19 DE JULIO DE 2004. ROL 4073-03.

Interpuesta acción reivindicatoria por quien pretende ser titular del 34,545% de cierto inmueble en contra de quien se hallaba en posesión del mismo predio, luego de las pruebas rendidas y demás diligencias, la sentencia de primera instancia del Primer Juzgado Civil de Rancagua (6 de marzo de 2002) dio lugar a la demanda. Apelado dicho fallo, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua lo revocó por sentencia del 2 de septiembre de 2003, y ésta fue confirmada por la Excelentísima Corte Suprema, conociendo en casación en el fondo, por su sentencia del 19 de julio de 2004.

Los fundamentos de la Ilma. Corte de Apelaciones y de la Excma. Corte Suprema para no dar lugar a la reivindicación giraron en torno a la cuestión ligada a “Qué cosas pueden reivindicarse” y, concretamente, a la regla sentada en el artículo 892 del *Código Civil*, de acuerdo con la cual: “Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular”. En tal

contexto, en el considerando tercero y cuarto de su sentencia, la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago dio las siguientes razones para negar la reivindicación:

“Que, conforme lo dispone el artículo 892 se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular. La jurisprudencia de nuestra Excma. Corte Suprema ha sido concluyente en determinar que para que una acción de reivindicación como la intentada en autos pueda prosperar se debe poder fijar necesariamente, la cuota determinada que a cada uno de los comuneros le corresponde en la cosa singular. Obviamente no basta con declarar cuál es la cuota que le corresponde al comunero que pretende reivindicar el bien raíz, sino que durante la secuela del juicio se debe discutir y comprobar la cuota determinada que le corresponde a cada uno de los comuneros en la cosa singular. Que lo anterior fluye de la interpretación armónica de las disposiciones citadas”.

“Que, en estos autos no se precisó, al interponer la demanda, qué cuota correspondía a cada comunero sobre la cosa singular, tampoco se discutió o se produjo prueba al respecto. Es más tan siquiera se identificó, en su totalidad, a los componentes de la comunidad”.

La Excma. Corte Suprema, en el considerando segundo de su sentencia de casación en el fondo (19 de julio de 2004), compartió el dictamen del tribunal de alzada y rechazó el recurso, junto con reiterar:

“Que los sentenciadores han hecho una correcta aplicación de las disposiciones legales atinentes al caso de que se trata, por cuanto el artículo 892 del Código Civil, dispone que se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular, pero no basta con declarar cuál es la cuota que le corresponde al comunero que pretende reivindicar el bien raíz, sino que durante la secuela del juicio, se debe comprobar la cuota que corresponde a cada uno de los comuneros en la cosa singular y que en estos autos al interponer la demanda ello no se precisó y tampoco se discutió ni probó durante la secuela del juicio; por ello la casación en estudio adolece de manifiesta falta de fundamento”.

Estas sentencias dan pie para ocuparse en su comentario a propósito del § 1 del título XII del libro II del *Código Civil*, cuyo preciso epígrafe es: “Qué cosas pueden reivindicarse”.

a) *Reivindicación de las cosas corporales, raíces y muebles (art. 890):*

La regla general en esta materia la sienta el inciso primero del artículo 890 del CC: “Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles”. Esta disposición es el natural corolario de las reglas generales sentadas en los artículos 577, 582 y 889 del mismo CC, cuya lectura exige ocuparse de los siguientes aspectos: a) cosas corporales; a”) cosa singular; a”) bienes raíces y muebles.

a) *Cosas corporales*

Que, en principio, sean las cosas corporales las que puedan ser objeto de la reivindicación es consecuencia directa de la clásica noción de dominio recibida en el artículo 582 del *Código Civil*, que lo circunscribe a ellas: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal...” y que, en cuanto derecho real, al tenor de la parte final del inciso 2 del artículo 577 genera una acción real: “De estos derechos nacen las acciones reales”, concretamente, la reivindicación, que es la definida en el artículo 889.

Se dice aquí que en la definición de dominio del inciso 1 del artículo 582 del *Código Civil* se recibe su “noción clásica”, porque en el Derecho Romano clásico el dominio únicamente se



podía presentar en relación con las cosas corporales.

a”) Cosa singular

La definición de la acción de dominio, contenida en el artículo 890 del CC, precisa que para que una cosa corporal pueda reivindicarse es preciso que se trate de una cosa singular: “La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular...”, expresión que vuelve a utilizarse en el artículo 892.

En la disciplina del *Código Civil* la categoría de “cosa singular” se opone a la de “cosa universal”, como con toda claridad puede leerse en su artículo 2.304:

“La *comunidad* de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato”

y como también queda patente en la parte inicial del inciso 1 del artículo 1.317: “Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión”.

La “cosa universal” más característica es la herencia, ejemplo que ofrece el mismo CC en su artículo 2.306: “Si la cosa es universal, como una herencia...”. En este caso, la herencia, en cuanto “cosa universal” constituye el objeto de un derecho real distinto del de dominio, precisamente el derecho real de herencia, tal cual lo señala el

artículo 577: “Son derechos reales el de dominio, el de herencia...” y, por lo tanto, de este derecho real nace también una acción real (art. 577 inc. 2), diversa de la reivindicación, que es la acción “de petición de herencia”, descrita en el artículo 1264:

“El que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños”.

Tal es la razón por la que en el inciso 1º del artículo 891 se señala que, si bien pueden reivindicarse otros derechos reales, al igual que el dominio, ello no es posible respecto del derecho real de herencia, porque como se declara en su inciso 2º: “Este derecho produce la acción de petición de herencia, de que se trata en el Libro III”.

Es en esta misma línea en la cual se ha de entender la regla contenida en el inciso primero del artículo 1.268 del CC, en cuanto prescribe que:

“El heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables, que hayan pasado a terceros, y no hayan sido prescritas por ellos”,

supuesto que no hace más que confirmar las reglas generales sobre reivindicación de cosas singulares que, en este caso, son las que han pasado a manos de terceros y aún no han sido adquiridas por la prescripción.

a”) Bienes raíces y muebles

Tratándose, pues, de una cosa corporal y singular es indiferente que ella sea mueble (art. 567) o inmueble (art. 568), porque unas y otras son susceptibles de dominio y, por ende, de reivindicación, y en cada caso la acción tendrá un carácter u otro, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 580.

b) *Reivindicación de ciertas cosas  
incorporales (art. 891)*

186 Sin perjuicio de lo que se lleva dicho, en el artículo 891 del *Código Civil* se dispone que: “Los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio; excepto el derecho de herencia”.

Así, pues, es posible la reivindicación de los derechos reales, excepto el de herencia, lo cual supone que la acción de dominio también puede tener como objeto ciertas cosas incorporales, supuesto que, de acuerdo con el artículo 576 del CC: “Las cosas incorporales son derechos reales o personales”. En este aspecto, la regla del artículo 891 no es más que un corolario natural del artículo 583:

“Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”.

Si el *Código Civil*, siguiendo una tradición de raigambre medieval, admite en su artículo 583 que sobre la cosas incorporales existe “una especie de propiedad”, lógico es que ella pueda ser reivindicable, tal como lo declara el citado artículo 891 (*Vide* GUZMÁN BRITO, Alejandro, *De las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, Santiago de Chile, 1995).

c) *Reivindicación de cuota determinada  
proindiviso de una cosa singular  
(art. 892)*

Por último, en el artículo 892 se contiene la última regla tocante a las cosas que pueden ser objeto de la acción de dominio, y que es la que se refiere directamente a la sentencia de la Corte Suprema transcrita líneas arriba: “Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular”.

Esta regla del artículo 892 exige ocuparse en dos cuestiones diversas: a) exclusión de las cosas universales y b) precisión de la categoría de “cuota determinada proindiviso”.

c’) Exclusión de cosas universales

No resulta ser esta una cuestión problemática, supuesto que ella no es más que una natural consecuencia de concebirse que el dominio, por principio, sólo recae en una cosa corporal singular, y que la universalidad, como la herencia, queda amparada por una acción peculiar: la de petición de herencia y, ya queda dicho, que la regla del artículo 1.268 del CC no hace excepción a este principio.

Debe notarse aquí, que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, mayoritariamente ha entendido que existiendo una cosa universal, como la herencia, y dentro de ella cosas singulares, es posible el ejercicio de la acción reivindicatoria respecto de las cuotas *pro indiviso* en dichas cosas singulares, mas no la reivindicación de las mismas cosas singulares.

Así, por ejemplo, lo recordaba la Corte de Apelaciones de San Miguel en su sentencia del 2 de agosto de 2000:

“Que el art. 892 del Código Civil, también permite reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, y se estima que ella incluso procede cuando tal cosa singular forme parte o esté comprendida en una comunidad universal, como la que se produjo entre los herederos de don ... y de su última cónyuge. Ello porque la ley sólo exige que la cosa a reivindicar sea singular y no se trate de la propia universalidad jurídica. Así lo acepta la más reciente jurisprudencia, que ha señalado que el comunero de una comunidad universal puede, durante la indivisión, reivindicar su cuota en una cosa singular, y no necesita para ello el consentimiento de los demás comuneros” (Rol 191-99),

y en igual dirección la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia del 22 de abril de 2002, confirmada por la Corte Suprema el 1 de agosto de ese mismo año:

“Se ha discutido bastante en doctrina, acerca de la necesaria titularidad para reivindicar de acuerdo a esta disposición legal, cuando la cosa reivindicada forma parte de una universalidad jurídica, encontrándose también soluciones diversas en la jurisprudencia. La tendencia, claramente mayoritaria, apunta a aceptar sólo la acción reivindicatoria de cuota, aun cuando recaiga sobre un bien que es parte de una universalidad jurídica” (Rol Corte Suprema, 1718-02).

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia del 9 de julio de 1990 ha señalado los fundamentos de la citada regla contenida en el artículo 1.268:

“Si no se permitiera reivindicar una cuota proindiviso de una cosa singular que forma parte de una universalidad jurídica, sería dejar en la indefensión al comunero que no concurrió a su enajenación, pues debería pedir el consentimiento a los que dispusieron de ella, los que por cierto se negarían. Lo mismo ocurriría si el derecho del comunero quedara subordinado a la partición previa para poder ejercitar sus derechos desconocidos en un acto ejecutado por algún otro comunero” (Rol 113.431).

c”) Cuota determinada proindiviso:

La disciplina de la comunidad en una cosa singular en el *Código Civil* chileno

se funda, básicamente, en el esquema clásico que de ella se construyó en el Derecho Romano clásico sobre la base de la categoría de la *communio pro indiviso*, de acuerdo con la cual la cosa es considerada como una cantidad abstracta y, por ende, es susceptible de ser dividida en cuotas o partes ideales (*quota pars* o *pars pro diviso*), de tal manera que los distintos comuneros no son dueños de una parte física de la cosa, sino que tienen el dominio en una parte de toda la cosa que permanece indivisa (*quota*), supuesto que en esta noción de *communio* la cuota adquiere una entidad intelectual, tal como ya lo anticipaba un clarísimo pasaje de Ulpiano recibido en *Digesto* 45.3.5:

“El esclavo común es de todos de este modo: no como si todo él fuera de cada uno, sino, en verdad, por partes indivisas, de modo que tengan partes más con el intelecto que con el cuerpo”.

Supuesto lo anterior, la regla del artículo 892 lo que permite es la reivindicación de una “cuota” en una comunidad *pro indivisa* que recae en una cosa singular, pero, además, exige que dicha cuota sea “determinada” y es aquí en donde la jurisprudencia de la Corte Suprema ha fijado una cierta interpretación en la sentencia que queda citada párrafos arriba.

En efecto, la Corte Suprema, confirmando la sentencia de alzada, ha precisado que:

“No basta con declarar cuál es la cuota que le corresponde al comunero que pretende reivindicar el bien raíz, sino que durante la secuela del juicio, se debe comprobar la cuota que corresponde a cada uno de los comuneros en la cosa singular”.

De esta sentencia y de otras de la misma Corte se desprenden las siguientes consecuencias:

1ª. Determinación implica señalar la cantidad abstracta a que equivale la cuota:

Sobre la base de la misma noción de “cuota”, como entidad intelectual, la Corte Suprema parte del supuesto en su sentencia de que es necesario que el actor precise “cuál es la cuota” que le corresponde como comunero y que es la que está reivindicando, y que esa precisión implica la indicación de la fracción o cantidad abstracta que le corresponde en la cosa singular.

Así, la referida Corte Suprema en sentencia del 26 de marzo del año 2002 había declarado que la acción reivindicatoria en este caso “supone necesariamente que pueda fijarse una cuota determinada para cada uno de los comuneros (un tercio, un cuarto, un décimo) en la cosa singular hereditaria” (Rol 444-01), y en el mismo sentido en otra sentencia suya del 16 de mayo de 2002, confirmaba uno de los considerandos de la sentencia de primera instancia (20 de marzo de 2001) en el que se declaraba que:

“En cuanto a la determinación de la cuota proindiviso que le corresponde a la parte demandante en el dominio de la cosa singular que se encuentra en posesión de la demandada, este punto está referido a que es necesario que los actores la hayan especificado, y como en el lenguaje de la ley la palabra cuota se toma en el sentido de parte intelectual, deben haber precisado qué parte reclaman, es decir, si un tercio, un quinto, etc.” (Rol 4004-01).

Esta interpretación, en cierto modo, significa impedir la reivindicación de una “cuota” o “parte incierta”, que era posible en el Derecho Romano clásico mediante una alteración en la fórmula de la acción reivindicatoria para hacerla procedente respecto de una *incertae partis*, pues en tal caso se vindicaba no “la cuota” en la cosa proindiviso sino la “cuota que resultare” pertenecerle en la cosa *pro indiviso* (Véase *Digesto* 6.1.3.2 y 10.3.8.1).

## 2ª. Prueba de la cuota reivindicada

La misma sentencia de la Corte Suprema ratifica un criterio jurisprudencial anterior, de acuerdo con el cual no es suficiente la afirmación del actor de reivindicar una cuota, señalándola en lo que equivale abstractamente, “sino que durante la secuela del juicio, se debe comprobar la cuota que corresponde a cada uno de los comuneros en la cosa singular”.

En igual sentido, la Corte Suprema, en sentencia del 26 de marzo de 2002, declaraba expresamente que la “determinación” de la cuota:

“Exige, no sólo de una petición concreta de los actores sobre el particular, sino también que en el transcurso del juicio se discuta y compruebe la cuota determinada que a cada uno de los herederos corresponde en la cosa singular” (Rol 444-01).



## DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y REGÍMENES MATRIMONIALES

*Leonor Etcheberry Court*  
Profesora de Derecho Civil  
Universidad Diego Portales

### FILIACIÓN

---

RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD. CORTE SUPREMA, 8 DE MARZO DE 2004.

La demandante COV interpone acción de reclamación de filiación en contra de don FGV para acreditar la filiación no matrimonial del menor COO, funda su petición en haber mantenido una larga relación sentimental con el demandado, de la cual nació su hijo C.O.O., el cual el demandado se negó a reconocer. Habiendo admitido la demanda a tramitación; el demandado se niega a practicarse la prueba biológica del ADN, por ser “un atentado contra su honra, basado en sus principios morales y religiosos”.

El Juzgado de Primera Instancia acoge la demanda declarando la filiación no matrimonial a favor del menor. En segunda instancia la Iltrma. Corte de Apelaciones de Valparaíso ratifica el fallo. Conociendo por la vía del recurso de casación en la forma, la Excma. Corte Suprema declara inadmisibile el recurso; dejando a firme la sentencia de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

De este fallo es importante destacar algunos puntos que pueden ser

significativos para la futura jurisprudencia en esta materia. Al cambiarse el estatuto filiativo en Chile, el derecho a la identidad, esto es, a que la persona pudiera saber quiénes en definitiva son su padre y su madre, fue un derecho central en el proyecto de ley; lo que hubiera resultado totalmente utópico sin no se hubiera establecido la libre investigación de la paternidad y la maternidad, pudiendo utilizar como establece el artículo 198 del *Código Civil* toda clase de pruebas, señalando el artículo 199 del CC, específicamente las pruebas biológicas. Este principio tan amplio podía, en cierta forma, “atacar” la tranquilidad y paz de las familias, con lo cual se consagró un examen de admisibilidad de la demanda, establecido en el artículo 196 CC.

Vemos en este fallo claramente cómo la jueza de primera instancia dio lugar a la tramitación de la demanda sin que se acompañara ninguna prueba específica, más que el relato coherente, que establece la presunción de que al momento de la concepción la demandante con el demandado tenían efectivamente una relación de pareja, no olvidemos que definir si el hijo es o no del demandado se decidirá en la sentencia definitiva y no en este trámi-

te; es la misma postura, que con un artículo bastante más exigente que el nuestro, ha tomado la jurisprudencia española; todo lo anterior con el fin de lograr que el mencionado artículo 196 no se convierta en una barrera infranqueable para las reclamaciones de paternidad, y que se volviera a la situación anterior a la reforma donde se requería por lo menos “un gesto” del supuesto padre (recordar el antiguo artículo 271 del CC) para poder obtener la declaración de paternidad.

Al ser sometida a tramitación la demanda, llegada la fase de la prueba, el tribunal se enfrenta a un nuevo desafío, ambas partes aportan sus respectivos testigos, de los cuales unos (los de la demandante resultan más creíbles), pero a pesar de esto el artículo 198 inciso 2° establece que “para estos efectos será insuficiente por sí sola la prueba testimonial”, es decir, es necesario que las partes aporten más pruebas para poder declarar una determinada filiación. La parte demandante solicita que el demandado se realice la prueba biológica de ADN, sin que ello se verifique por no concurrencia del demandado; ante esto es necesario aplicar el inciso 2° del artículo 199, ya que se ha configurado la presunción allí establecida, donde el juez debe analizar, en primer término, si la negativa es injustificada; hasta el momento los magistrados no habían tenido que pronunciarse respecto a este punto, pues simplemente los demandados no acudían a la prueba sin dar explicación alguna; sin embargo, el demandado, al ser llamado a absolver posiciones, señala que no se efectuó el examen de ADN “por ser un

atentado para su honra y en base a sus principios morales y religiosos”; a pesar de que no señala en qué forma se produce este atentado, es decir, sólo lo menciona, pero no lo explica; la jueza entiende que la negativa igualmente es injustificada, lo cual es meritorio destacar ya que no basta de acuerdo con lo señalado en el artículo 199 del CC, para entender que estamos ante una justificación válida para no comparecer a la prueba biológica solicitada, lo cual sienta un buen precedente en nuestra jurisprudencia.

La jueza va más allá aún, y en el considerando vigésimo cuarto señala:

“que en todo caso, la ‘justificación’ a que se refiere la ley, debe entenderse en relación con antecedentes de carácter objetivo que permitan a cualquier persona analizar y comprender racionalmente el motivo que se esgrime como justificación para la negativa, y no en apreciaciones netamente subjetivas, como el honor o los principios, los que por sí solos son imposibles de evaluar en términos aplicables a todas las personas, puesto que entenderlo de otra manera llevaría al extremo de considerar que cualquier sentimiento o apreciación personal acerca de lo que es el honor, la moral o los principios es una justificación para no realizarse el examen que determina la ley”.

Creemos que éste sería un buen precedente para las futuras negativas



que pudieran producirse basadas en el honor o la honra de las personas; o sus principios morales o religiosos; sin embargo, discrepamos en la medida que por esencia, dichas causales no son objetivas; el honor, la honra, la religión son conceptos netamente subjetivos, que afectan a todas las personas de distinta forma. Si nos enfocamos en los principios religiosos, los que forman parte de una religión seguramente no comprenderán la justificación para oponerse basados en principios religiosos diferentes a los suyos, pero igualmente respetables en una sociedad donde la libertad de culto está permitida; si retrocedemos un poco en los avances científicos, antes era necesario la extracción de sangre para realizar este examen de ADN, claramente, aquellas personas que practiquen las religiones que prohíben este hecho, habrían podido excepcionarse en principios religiosos que, aunque no fueran compartidos deberían ser respetados; gracias a los avances científicos esto ya no es necesario, pues el examen es igualmente efectivo con un pelo o con una muestra de saliva; por lo cual al afectado se le sugeriría someterse al examen bajo esa modalidad.

En cuanto a la honra o el honor de las personas, es más discutible aún, éstos se encuentran dentro de los llamados “derechos de la personalidad” y si podemos entender que el honor “es la estimación de la persona en y por la sociedad, y contribuye a configurar el estado social de la misma” (DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 1990, p. 370); es difícil pensar que éste pueda tener el carácter

objetivo que pide la jueza para justificar la negativa, ya que la honra es un derecho que en caso de ser afectado será diferente para cada uno; y si no se permite esgrimir como posibles justificaciones el verse afectado en su derecho al honor, a la honra o a sus principios morales o religiosos; claramente nadie podría justificar su negativa y prontamente en la parte de la negativa injustificada la norma caería en desuso.

Lo que sí en un excelente precedente para futuras sentencias es el haber determinado que no basta con mencionar los supuestos derechos que el demandado entiende se encuentran afectados, sino que se debe justificar la forma en que esto sucede; cada vez que el demandado sólo los invoque, pero no los justifique con argumentos sólidos, coherentes y convincentes, la negativa seguirá siendo injustificada y podrá configurarse la presunción del artículo 199 del CC, tal como lo sostuvo la jueza en su sentencia.

Es necesario destacar lo que se establece en el considerando vigésimo quinto, que puede servir de antecedente para todos aquellos casos en que los demandados no se realizan el examen de ADN, sin razón alguna, y los jueces en ciertos casos se muestran temerosos de declarar la filiación con la sola presunción; se señala

“es incomprensible que se negara a efectuarse el examen en circunstancias que si fuera efectivo que no es el padre del menor, como asevera, ello habría permitido confirmar su afirmación, de donde puede deducirse que

esa negativa obedece simplemente a no permitir establecer con esa prueba científica su paternidad”;

me parece que la deducción de la jueza se ajusta plenamente a la realidad de los casos donde los demandados se niegan a practicarse las pruebas biológicas.

NULIDAD DE CONTRATO. SIMULACIÓN. LEGADOS. HEREDERO DEL REMANENTE. SENTENCIA CORTE SUPREMA DEL 31 DE MAYO DE 2004.

La Fundación ALP y don GGA dedujeron demanda en contra de don MDMC solicitando la nulidad del contrato de renta vitalicia, celebrado por éste con doña BCR. Doña BCR otorgó testamento abierto en el cual los demandantes fueron instituidos legatarios en dos inmuebles de propiedad de doña BCR, y, además, la Fundación fue instituida heredera del remanente. Con fecha posterior doña BCR suscribió un contrato de renta vitalicia con el demandado transfiriéndole la propiedad de los dos inmuebles en cuestión por una suma mensual ascendiente a \$ 80.000. Los demandantes estiman que este último contrato es simulado, porque en su concepto lo que realmente se pactó fue una donación, que adolece de nulidad absoluta por no haberse cumplido el trámite esencial de la insinuación.

El fallo de primera instancia no acogió la demanda, pues estima que en el caso de autos no se configura una simulación en relación con el contrato de renta vitalicia, ya que se hicieron los

pagos convenidos y el demandado, de acuerdo con las pruebas aportadas, se encargaba del pago de todas las necesidades de doña BCR. El contrato de renta vitalicia es un contrato aleatorio, lo cual indica claramente que las prestaciones no se miran como equivalentes, son aquellos en que tal como lo señala el artículo 1.441, el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, esto es, depende de la suerte. En el caso de autos por recibir una mensualidad de \$ 80.000, doña BCR transfirió los inmuebles que anteriormente había legado a los demandantes, al demandado como contraprestación. El hecho de ser un contrato aleatorio donde no es requisito para que sea válido la proporcionalidad de las prestaciones, no indica que, valiéndose de esas figuras, las partes no puedan simular un contrato de esta especie para ocultar otro. Al suscribir el contrato la beneficiaria de la renta tenía la edad de 92 años y contrató para recibir, menos de \$ 1.000.000 al año lo que, comparado con el valor de los inmuebles cuyo dominio entregó, que tenían un valor comercial de aproximadamente \$ 75.000.000, lleva a señalar por parte de los demandantes que para que existiera cierta proporcionalidad la señora BCR debía vivir 70 años más, de hecho sólo vivió cuatro con posterioridad al acto, con lo que el demandado obtuvo una ganancia de \$ 71.000.000; es cierto que frente a los contratos aleatorios la proporcionalidad no rige, pero si una persona de 92 años contrata, está claro que a lo más vivirá diez años y el contrato deja de ser aleatorio, para pensar que las prestaciones deberían ha-

berse mirado como equivalentes. Lo anterior nos lleva a concluir que a pesar de las pruebas aportadas, y que el demandado cumplió con el contrato como señala el juez de primera instancia, lo que las partes ocultan es una verdadera donación de dichos inmuebles, pues al no ser familiar el demandado, aunque doña BCR hubiese dejado sin efecto el testamento, no sería él quien heredaría los bienes. Si se reconoce la donación ésta adolece de nulidad en el exceso a dos centavos, según el art. 1.401, por no haberse cumplido con el trámite de la insinuación.

El juez incurre en un error al señalar en el considerando sexto que los demandantes carecen de interés actualmente comprometido, ya que éstos con el testamento, sólo adquieren meras expectativas, que sólo se consolidarán con la muerte de doña BCR, y que ella revocó los legados, al enajenarlos a un tercero; pero olvidó que la Fundación, además de legataria, era heredera del remanente, por lo que si el contrato de renta vitalicia se anulara, de acuerdo con lo expresado en el artículo 1.135 inciso 2° “la enajenación de las especies legadas, en todo o parte, por acto entre vivos, envuelve la revocación del legado, en todo o parte; y no subsistirá o revivirá el legado, aunque la enajenación haya sido nula y aunque las especies legadas vuelvan al poder del testador”, y siguiendo la argumentación, los inmuebles pasarían a engrosar la masa hereditaria, donde para estos efectos el único heredero es la Fundación, es por eso que ella sí tiene un interés en que se declare la nulidad absoluta del contrato de renta vita-

licia y estaría dentro de los titulares de la nulidad absoluta que menciona el artículo 1.683 y no estaría comprendida en la excepción, “del que ejecutó el acto o celebró el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”, ya que no es parte en el contrato y, además, está ejerciendo el interés del heredero y no el del contratante.

A pesar de lo que hemos señalado, el Juez de Primera Instancia no acogió la demanda, por no existir simulación y por no estar legitimados los demandantes, para solicitar la nulidad absoluta del contrato por tener sólo meras expectativas respecto de los derechos de legatario que emanan del testamento de la causante.

En segunda instancia la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago incurre en el mismo error, ya que sólo toma en cuenta la calidad de legatarios de los demandantes, omitiendo la calidad de heredero del remanente de la Fundación, basándose en la regla categórica del artículo 1.135 del *Código Civil* antes transcrito, lo que la lleva a establecer en su considerando séptimo:

“Que desprovistos como están los demandantes del imprescindible interés jurídico actual en el que se sustenten sus pretensiones jurisdiccionales, salta a la vista el vacío de semejante presupuesto de procedencia de sus acciones, lo que conlleva su aborto y hace innecesario el análisis de otras materias que, si bien fueron ventiladas en autos, resultan del todo inconducentes”;

debido a lo anterior la Iltma. Corte considera que basta con no tener interés jurídico para solicitar la nulidad, y que pronunciarse sobre la existencia o no de la simulación no es procedente. Por lo que se puede apreciar, no solo omite la calidad de heredero del remanente de la Fundación, sino que al desear pronunciarse sobre la simulación, deja hipotéticamente a la Corte Suprema en la imposibilidad de pronunciarse sobre la misma.

Conociendo del caso por vía del recurso de casación en el fondo, la Excma. Corte Suprema repara el error cometido por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago y señala en su considerando cuarto:

“ que la Fundación es efectivamente heredera de la causante, en cuanto ésta la instituyó en dicha calidad respecto del remanente, y por ello, constituye un error de la sentencia el entender que la persona jurídica carece de legitimación activa para demandar la nulidad del contrato de renta vitalicia, toda vez que al suceder a la difunta en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, le asiste el interés de lograr dicha nulidad, pues de esa manera vuelven al patrimonio de la sucesión de la causante los inmuebles transferidos...”.

A pesar de lo anterior la Excma. Corte Suprema estima que está imposibilitada de dictar la correspondiente sentencia de reemplazo, ya que el artículo 785 del CPC, señala que dicha resolu-

ción, la de reemplazo, ha de dictarse conforme “al mérito de los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido”; y en este sentido la Iltma Corte de Apelaciones fijó como únicos presupuestos fácticos: a) el testamento de doña BCR; b) la celebración del contrato de renta vitalicia con el demandado y c) el fallecimiento de doña BCR; presupuestos que la Excma. Corte Suprema considera del todo insuficientes, pues el fallo no hace referencia alguna a la prueba rendida para probar la supuesta simulación y la falta de insinuación en el contrato de donación que estaría oculto, bajo el aparente contrato de renta vitalicia. Debido a lo anterior la Corte rechaza el recurso.

Creemos que es lamentable que, estando entre los presupuestos fácticos, la existencia del contrato de renta vitalicia entre la causante y el demandado, no haya podido la Corte traer a la vista los antecedentes de dicho contrato, los que sí tienen presentes en el considerando segundo del fallo para los efectos de la adecuada inteligencia del recurso en estudio, para así poder dictar la sentencia de reemplazo, pero se entiende que no formando parte de la simulación ni toda la prueba que se rindió para acreditarla del fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, era imposible dictar nueva sentencia.

TUICIÓN. CORTE SUPREMA, 19 DE ABRIL DE 2004. EN LEXIS NEXIS N° IDENTIFICADOR 30008.

Don JPCC solicita la tuición de sus hijos menores JPCCS y RCS de 15 y 12

años, respectivamente, en contra de su cónyuge doña NSM; se basa principalmente en que los menores hace ya un año por propia decisión de ellos abandonaron la casa de su madre y se fueron a vivir con el padre; aunque mantienen una relación directa y regular con la primera. La madre se opone señalando que es una forma de eludir el pago de las pensiones alimenticias adeudadas y que los menores están viviendo en un sistema sin ningún tipo de disciplina y que el padre mantiene una convivencia con otra mujer, con la cual tiene un hijo. La sentencia de primera instancia otorga la tuición al padre y la de segunda instancia se la otorga a la madre; la Corte Suprema declaró inadmisibles los recursos de casación por no proceder en los juicios de menores.

El principio que tiene relación con la materia de tuición en nuestro *Código Civil*, es el del interés superior del menor, que se encuentra establecido en la Convención de los Derechos del Niño, y en nuestra legislación principalmente en el artículo 222 que trata de definir lo que se entenderá o lo que quedará comprendido dentro de este principio; y el artículo 242 inc. 2° que señala:

“En todo caso para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”.

El artículo 225 da el cuidado personal de los hijos a la madre, cuando

los padres viven separados, pero señala que dicha regla puede ser variada cuando el interés del hijo lo haga indispensable, por alguna causa calificada.

En este juicio estamos frente al hecho de que ambos padres son hábiles para ejercer la tuición de los menores, es por eso que el juez debe construir el interés superior del menor para determinar dónde el desarrollo del menor será mejor y dónde su autonomía futura se verá mejor asegurada. Lamentablemente el juez de primera instancia basa su fallo en las opiniones de los menores, opiniones, sin lugar a duda, que son importantes, ya que los menores tienen 15 y 12 años, respectivamente, edad que puede ser más que suficiente para determinar con cuál de sus progenitores quieren vivir; pero no indaga más allá el porqué de este deseo; si es simplemente por escapar de la disciplina que les impone la madre; por el relajo y las cosas entretenidas que hacen con el padre; o por algún motivo más serio que los hace decidir que es ahí donde mejor se encuentran. También toma en cuenta el informe social y la declaración de los testigos y el informe del Defensor Público; los cuales están de acuerdo en que los hijos se encuentran bien con la actual situación, esto es, viviendo con su padre y manteniendo una fluida relación con su madre; se echa de menos un informe psicológico de los menores y de los padres. Basado en estos antecedentes, pero sin determinar qué considera el tribunal por interés superior de los menores, el juez de primera instancia falla a favor del padre, otorgándole la tuición de sus hijos.

El fallo de segunda instancia hace una primera interpretación del artículo 225 del CC, donde señala que la madre solo se podrá ver privada de la tuición de sus hijos si es inhábil para ejercerla, lo que no ha acontecido ni ha sido probado en el juicio. Debemos recordar que partimos el comentario señalando que ambos padres son hábiles para ejercer la tuición, y es más, ninguna de las partes ha tratado de inhabilitar al otro. La interpretación que hace la Iltrma. Corte de Apelaciones de Chillán respecto de esta materia es errada; al cambiar la redacción del artículo 225, se trató de establecer que, si bien la regla legal es que los hijos deben estar con la madre, esto no significa que siempre es con ella con quien mejor estarán; incluso, el hecho de cambiar la tuición no debe ser tomado como un castigo en contra de la madre, sino como un beneficio a favor de los hijos, que lograrán una mejor autonomía y un mejor desarrollo con el padre.

Asimismo, la Corte cita el inciso 3° del artículo 225 donde se señala:

“...Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la Mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo”.

Es cierto que a la fecha el demandante adeuda una suma por concepto de pensiones alimenticias, pero durante este tiempo los padres se encuentran separados de hecho desde hace ocho años y el padre ha cumplido de mane-

ra regular con su obligación alimenticia y que sólo en los últimos años ha cumplido parcialmente, pero nunca ha dejado de cumplir, por lo que no le es aplicable esta limitación, para que el juez pueda negarle la tuición.

Sorprende la forma en que la Corte se refiere a las opiniones de los menores, en su considerando 11° parte final señala: “...y no es dable aceptar que el simple deseo de un menor es suficiente para desconocer el ámbito de las normas legales aplicables” (se refieren al art. 225) y en su considerando 12° señala:

“...cabe señalar que los menores se limitaron a manifestar que ellos deseaban continuar viviendo con su padre, sin que se les hubiere preguntado siquiera por el juez cuál es la causa que los mueve a hacer esa petición, vale decir, no se les interrogó acerca del motivo por el que no quieren volver donde su madre...”.

A pesar de su preocupación, la Corte no consideró oír a los menores para aclarar sus motivos; tampoco tomó en cuenta la edad de los menores, esto es, 15 y 12 años, respectivamente, ni tampoco su madurez; no consideró el que los hermanos actuaran de común acuerdo para mantenerse unidos y que ambos quieran vivir con el padre, y que así como es necesario aplicar el artículo 225 con todas sus excepciones, también es necesario aplicar el artículo 242 en cuanto a oír a los menores; tampoco la Corte determinó con algún informe psicológico, cómo sería la vida de estos

menores que deseaban vivir con el padre y que ella determinó cambiar la situación y entregarle la tuición a la madre, sobre todo respecto de un menor de 15 años.

La Corte no construye tampoco el interés superior de los menores; no establece cuál será el beneficio para los menores al vivir con su madre, contra su voluntad, cual será la ganancia para ellos que no tendrán al vivir con el padre. Creemos que lo que hace la Corte es interpretar restrictivamente el artículo 225, buscando el beneficio de la madre y no el de los menores y castigar al padre, por la deuda por concepto de pensiones de alimentos. Las dudas que manifiesta la Corte respecto al porqué los menores quieren vivir con el padre no las desentraña y, es más,

tampoco determina las razones por las cuales no quieren vivir con la madre, donde las dudas serán las mismas, pero por alguna razón la Corte las considera de menor importancia.

En conclusión, estimamos que, si bien ambos fallos no construyen el interés superior de los menores, que es particular en cada caso, la interpretación del artículo 225 y la importancia que le otorga a la opinión de los menores, hace que el fallo de primera instancia se acerque más a establecer el interés superior de los menores; pero sin dejar de lado el hecho que debió indagarse más en los motivos de los menores y en ordenar informes psicológicos de la familia, para protegerlos adecuadamente.





## DERECHO DE LA COMPETENCIA

*Rafael Mery Nieto*

Profesor de Derecho Económico  
Universidad Diego Portales

LA EXCLUSIÓN COMO ATENTATORIA A LA LIBRE COMPETENCIA. (COMISIÓN RESOLUTIVA, RESOLUCIÓN N° 704 DE 20 DE AGOSTO DE 2003, CORTE SUPREMA, 1 DE ABRIL DE 2004, ROL N° 3739-2003)

En diciembre de 2002, Transbank –administrador de las tarjetas de créditos emitidas por los bancos comerciales– lanzó una promoción para usar sus tarjetas mediante el sistema de tres cuotas precio contado, sin pie y devengo de intereses, medio de pago que fue rechazado por las grandes multitiendas, las que se negaron a procesar el pago cuando el cliente invocaba la referida promoción.

Por requerimiento en contra de SACI Falabella, Comercial Eccsa SA y Almacenes París Comercial SA, la Fiscalía Nacional Económica solicitó a la Comisión Resolutiva declarar los hechos y actos ejecutados por las requeridas negándose a procesar los pagos con tarjetas de crédito sujetos a la promoción de tres cuotas precio contado, impidieron y entorpecieron la libre competencia en el mercado de tarjetas de crédito.

Los argumentos aducidos por la Fiscalía Nacional Económica fueron los siguientes, a saber: que la negativa de las multitiendas a aceptar el pago me-

dante tres cuotas precio contado a través de tarjetas de crédito emitidas por los bancos comerciales no tiene justificación alguna, ni en la lógica del negocio de las multitiendas, el *retail*, ni en la lógica de su relación contractual con Transbank. Agregaron, además, que dicha negativa tuvo como finalidad obstaculizar el acceso de los emisores de tarjetas bancarias a un sector del mercado, y que las multitiendas, para tal efecto, actuaron de modo establecido concertado y coordinadamente.

A su turno, Comercial Eccsa SA alegó que la promoción tres cuotas, pago contado, sin intereses constituye una abierta infracción al contrato celebrado entre ésta y Transbank, ajena al espíritu del mismo, y es erróneo suponer que la integración del negocio financiero con el del *retail* por parte de las multitiendas otorgaría un importante poder de mercado a aquéllas, toda vez que la participación en el sector comercio de Ripley es marginal y no supera el 2,59% del total, siendo la participación de las tres multitiendas requeridas inferior al 9,62% del total. Asimismo, agregó que el no cobro de intereses por parte de algunos emisores de tarjetas de crédito es predatorio y constituye competencia desleal y una infracción al ley general de bancos.

Por su parte, Falabella destacó que dentro de las actividades comerciales que desarrolla, la venta directa al consumidor final de una amplia gama de artículos constituye una de las actividades más competitivas que existe en el país, donde la participación de Falabella no supera el 3%. Se trataría –en opinión de Falabella– de un mercado desprovisto de barreras de entrada y que presenta patrones de volúmenes y desarrollo que tienden a la homogeneización competitiva.

En ese escenario, la promoción de los bancos de diciembre de 2002 estaba destinada a provocar graves e ilegales perjuicios a Falabella, tanto en el negocio del *retail* como en el ámbito de los créditos, pretendiendo depredar en el mercado competitivo de los medios de pago con el objetivo de aumentar artificialmente los montos que por comisiones por venta tendrían derecho a cobrar Falabella y, de esa manera, abusar del poder monopólico que detentan los bancos en el mercado del *merchant discount*.

Por último, Almacenes París señaló que no habría incurrido en una negativa de venta y al negarse a aceptar la promoción aludida ejerció libremente su autonomía privada y sus derechos contractuales. Asimismo, destacó que no habría existido colusión entre Almacenes París y las otras requeridas, y que el actuar similar se debería a la naturaleza del negocio y que el contrato con Transbank es idéntico. Para concluir su defensa, señaló que su conducta no atenta contra la libre competencia y ello en razón de que su participación en el mercado –de un 3,8%– no alcanza para

mantener un poder de mercado suficiente que permita afectar el mercado, donde los bancos tienen una participación del 71% del mercado del crédito de consumo.

Así las cosas, la Comisión Resolutiva le dio lugar al requerimiento del Fiscal Nacional Económico toda vez que

“...la conducta de rechazar la promoción, ejecutada en forma paralela por las requeridas, considerando las condiciones de competencia imperantes, aparece entonces como un acto de exclusión de una modalidad de venta promocionada por un competidor ejecutada concertadamente por varios actores con poder dominante con el objeto de proteger las operaciones de crédito otorgadas por las casas comerciales requeridas directamente o por intermedio de sus empresas filiales”.

Con todo, el voto disidente del señor Francisco Labbé Opazo era partidario de no sancionar a las sociedades requeridas, dado que la negativa de las empresas no es anticompetitiva, sino que “sirve a sus legítimos intereses comerciales que entre los productos ofrecidos incluyen créditos de consumo”.

En contra de la resolución N° 704 de 20 de agosto de 2003, de la Comisión Resolutiva, tanto SACI Falabella, Comercial Eccsa SA como Almacenes París Comercial SA, interpusieron recurso de reclamación ante la Corte Suprema. Por su parte, el Fiscal Nacional Económico también interpuso

recurso de reclamación ante la Corte Suprema para que se eleven las multas en atención a la gravedad de la infracción y a la capacidad económica de las infractoras.

En su Informe N° 574 de 27 de noviembre de 2003, la señora Fiscalía de la Corte Suprema manifestó su parecer de acoger las reclamaciones interpuestas por las empresas requeridas, revocando la sentencia requerida, por estimar que no se habría configurado un atentado a la libre competencia en los términos del D.L. N° 211.

La Fiscalía de la Corte Suprema argumentó que

“Falabella, Ripley y Almacenes París actuaron legítimamente y con apego a derecho, al negarse a procesar el crédito de consumo en 3 cuotas que los Bancos pretendían otorgar a los tenedores de sus Tarjetas de Crédito, cuando los clientes solicitaban hacer uso de ese crédito”.

El argumento de la señora Fiscalía de la Corte Suprema parte de la base de que sólo podría haber sido obligatorio para las casas comerciales implementar la “promoción navideña” materia de este proceso, en virtud de una estipulación expresa contenida en el Contrato de Afiliación, celebrado entre las empresas requeridas y Transbank SA, cuestión que no ocurrió en los hechos. Así, señala que el argumento de la Fiscalía Nacional Económica, que es recogido por la Resolución de la Comisión Resolutiva, es errado, toda vez que

“parte de la base que era obligatorio para las casas comerciales acceder a procesar los créditos de consumo que los Bancos Emisores resolvieron otorgar a sus clientes, conforme a la promoción que ellos acordaron con Transbank S.A.”.

En suma, la Fiscalía de la Corte Suprema concluye sosteniendo que la conducta desarrollada por las casas comerciales requeridas no constituye un atentado a la libre competencia, por lo que corresponde acoger las reclamaciones interpuestas por Falabella, Ripley y Almacenes París, revocando la sentencia contenida en la resolución N° 704 de la Comisión Resolutiva.

A su turno, la Corte Suprema, conociendo de los recursos de reclamación interpuestos por las partes, sostiene que los hechos que motivan la causa trascienden completamente el marco contractual para caer –afirma la Corte en su considerando décimo tercero– en el campo del orden público económico.

En ese contexto, la Corte Suprema concluye que la conducta materia de autos se trataría de una negativa de venta, “bajo la forma particular de negarse a hacerlo en la modalidad establecida en la promoción”, conducta que se encontraba plenamente probada en opinión de la Excelentísima Corte, constituyendo una arbitro de aquellos que contempla el D.L. N° 211, específicamente los artículos 1, 6 y 17, letra a), N° 4.

En efecto, la Corte Suprema sostuvo que, tanto, SACI Falabella, Comercial Eccsa SA, como Almacenes París Comercial SA, rechazaron

“...participar de una promoción implementada a favor del público consumidor, usuario de las tarjetas de crédito emitidas por las entidades bancarias que se indicaron y administradas por Transbank, que le permitía acceder a un crédito enteramente gratuito, para la adquisición de los productos en venta en los establecimientos que mantenían previos contratos de afiliación de aquellas. Ello, bajo premisas inaceptables..., y con la única finalidad de privilegiar los instrumentos del mismo tipo, propio de cada una de las empresas comprometidas en tan graves y perjudiciales hechos”.

Así las cosas, la Corte Suprema, en fallo redactado por el Ministro señor Domingo Yurac S., rechazó las reclamaciones deducidas contra la resolución N° 704 de la H. Comisión Resolutiva.

Ahora bien, para analizar la sentencia *en comento*, se hace necesario hacer algunas precisiones conceptuales que nos permitirán ilustrar la decisión tanto de la Comisión Resolutiva como la de la Corte Suprema.

La conducta objeto de análisis tiene relación con la negativa de venta por parte de Falabella, Ripley y Almacenes París, de procesar las tarjetas de créditos emitidas por los bancos comerciales bajo la modalidad de tres cuotas precio contado, sin pie y devengo de intereses.

La negativa de venta, en los términos expuestos en el caso que venimos

comentando, se enmarcaría dentro de lo que la teoría denomina abuso de posición dominante, esto es, aquella situación en que una o más empresas están en condición de controlar el mercado relevante de un bien o servicio o de un determinado grupo de bienes o servicios. Así, bajo la denominación “abuso de posición dominante” podemos agrupar ciertas prácticas comerciales restrictivas de la competencia, donde una empresa que tiene poder de mercado desarrolla acciones tendientes a impedir o restringir la competencia.

Con todo, cabe destacar que será necesario sancionar el abuso de posición dominante, pero no la posición dominante *per se*, ya que ésta puede existir por imperfecciones del mercado, pero que no importen necesariamente un abuso por parte de quien la ostenta.

En el caso que venimos comentando cabe destacar que la negativa por parte de Falabella, Ripley y Almacenes París de procesar los pagos con tarjetas de crédito sujetos a la promoción de tres cuotas precio contado, impidieron y entorpecieron la libre competencia en el mercado de tarjetas de crédito, operando como un abuso de la posición de dominio de las referidas casas comerciales y como una barrera que sólo pretendía defender el negocio crediticio éstas.

Sostener que se trataría de una barrera cobra sentido al analizar la estructura del negocio de estas casas comerciales, donde alrededor del 70% de sus utilidades se genera en su negocio financiero, mientras que el restante 30% provendría del margen de las ventas. Negarse a procesar la promoción ofrecida

por las tarjetas de crédito, es una conducta atentatoria a la libre competencia, donde las casas comerciales están abusando de su posición de dominio y estableciendo una barrera que buscaba inducir la compra por parte de los consumidores a través de sus propias tarjetas de crédito, defendiendo, de esa manera, su negocio financiero.

La acertada sentencia de la Comisión Resolutiva, ratificada por la Corte Suprema, viene a sentar un precedente al sancionar una conducta que

“ha importado una verdadera agresión económica tanto a los bancos que implementaron la promoción como al público consumidor, esto es el usuario de las tarjetas, que es el gran damnificado o lastimado como consecuencia de tan reprochable proceder, en cuanto quedaron marginados de la promoción”,

y de este modo, entrega una certeza jurídica a los actores y agentes del mercado, promueve y protege la competencia, y termina beneficiando a los consumidores finales, cuestión esta última que muchas veces se descuida al fallar asuntos relativos a la libre competencia.

LA FUSIÓN DE METRÓPOLIS INTERCOM SA Y VTR SA (TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, RESOLUCIÓN N° 01/2004)

Con fecha 12 de diciembre de 2003, los abogados de CristalChile Comuni-

caciones SA y Liberty Media comunicaron a la Comisión Preventiva Central<sup>1</sup> la existencia de conversaciones entre sus representadas a propósito de una posible fusión de Metrópolis Intercom SA con VTR SA.

A su turno, se informó a la Superintendencia de Valores y Seguros, por parte de Cristalerías de Chile SA, que la empresa CristalChile, propietaria del 50% de Metrópolis Intercom SA, había alcanzado, con fecha 9 de enero de 2004, un principio de acuerdo con Liberty Media, dueña indirecta del 50% de Metrópolis Intercom SA y de un porcentaje mayoritario de VTR, en torno a una posible fusión de ambas sociedades, esto es, de Metrópolis Intercom SA y VTR SA. En dicho informe, señalan que de materializarle la referida fusión, CristalChile pasaría a ser titular del 20% de las acciones de la empresa fusionada.

En esa misma oportunidad, Liberty Media Comunicaciones de Chile Uno Ltda., filial de Liberty Media, y CristalChile Comunicaciones SA, formulan a la Comisión Preventiva Central una consulta respecto a la legalidad de la operación de fusión entre Metrópolis Intercom SA y VTR SA, en el marco del decreto ley N° 211.

En dicha comunicación, las consultantes, señalan que

<sup>1</sup> Luego de la dictación de la ley N° 19.911 con fecha 14 de noviembre de 2003, que crea un nuevo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y conforme a su disposición transitoria quinta, al asunto fue remitido al referido Tribunal para su conocimiento y resolución.

“...la fusión es una consecuencia natural frente a la realidad del mercado, ya que MI y VTR son empresas pequeñas compitiendo en mercados grandes, dinámicos y de actores poderosos.”

Agregan, que las referidas empresas participan en los mercados relevantes de video, televisión abierta, televisión satelital y otros competidores, compitiendo principalmente con la televisión abierta, industria dominante en el mercado del video chileno.

Asimismo, señalan que Metrópolis Intercom SA y VTR SA fusionados podrán competir y desafiar la posición de dominio que actualmente detenta CTC en telefonía fija.

En relación con las negociaciones para fusionar las empresas, destacan que éstas sólo comenzaron una vez que se suscribió un contrato en Estados Unidos por el cual Liberty Media adquiriría el derecho a elegir a la mayoría de los directores de United Global Com, empresa matriz de VTR. De esa manera, Liberty Media se transformó en controlador de VTR y accionista de Metrópolis Intercom SA en un 50%.

Respecto a los efectos de la fusión, destacan que ésta producirá efectos en el mercado de las telecomunicaciones, dentro del cual la televisión pagada por cable sería la menos desarrollada y “un segmento del mercado cuyo crecimiento se ha mantenido estancado”.

Agregaron, además, que Metrópolis Intercom y VTR son actores débiles para competir en otros mercados de las telecomunicaciones (telefonía fija e Internet) cuando actúan por separa-

do, toda vez que existen, en esos mercados, competidores grandes y en fuerte crecimiento.

Analizando el mercado relevante, esto es, el mercado del video, señalan que las empresas que participan del mercado son los canales de televisión, las empresas de televisión pagada por cable, satelital y digital, las empresas de arriendo de videos y otras empresas que utilizan tecnologías emergentes. En esta línea, argumentan que en Chile el mercado del video estaría dominado por los canales de televisión abierta y, dado el comportamiento de los hogares chilenos, la televisión pagada sólo participa del 8% del referido mercado. Así las cosas, la empresa fusionada tendría una participación aproximada de un 85% de ese 8% del mercado.

Las consultantes señalan, también, que en el mercado del video no existen barreras de entrada importantes, lo que es posible advertir por el crecimiento que ha experimentado la televisión satelital en el último tiempo y por las posibilidades técnicas que tienen las compañías telefónicas que están establecidas para ofrecer señales de video.

Por último, llaman la atención en la importancia de definir el mercado relevante no sólo desde la oferta sino, también, desde la perspectiva de la demanda. Esta forma de aproximarse a la definición del mercado relevante, les permite sostener a los interesados que

“para la gran mayoría de la población la TVP constituye un bien de carácter suntuario, pues para ellos los productos compe-

titivos y los sustitutos incluyen la TVA, TVP satelital, Internet, teatros y cines en general y la empresa de arriendo de videos”.

La Fiscalía Nacional Económica, a su turno, y en relación con la distribución de contenidos de video, argumentó que existen diferentes formas de distribuir contenidos de video, pero que no son sustitutos, toda vez que existirían diferencias importantes en los productos, tanto en su uso como en los precios.

En relación con el mercado relevante, la Fiscalía señala que se trata de la distribución de video y programas en múltiples canales a través de televisión por cable, lo cual restringe bastante el mercado con relación a lo sostenido por las consultantes. Respecto al mercado geográfico relevante, la Fiscalía argumentó que “es el territorio en el cual las empresas ofrecen sus servicios y comprende el mercado nacional”. Agregó, además, que en el mercado de la televisión por cable no es posible advertir economías de escalas y que la existencia de importantes costos hundidos hace improbable el ingreso de nuevos competidores.

Sobre los efectos de la fusión, la Fiscalía sostuvo que de aprobarse la misma, se creará una empresa dominante en el mercado de la televisión por cable, lo que podría traducirse en eventuales prácticas anticompetitivas, incluso en mercados relacionados.

En suma, la Fiscalía concluyó que

“la fusión no debiera ser autorizada y dado que Liberty Media

es propietaria de VTR y posee el 50% de la propiedad de MI, resultaría prudente que se dispongan las medidas para que Liberty Media opte por la participación en alguna de las dos compañías”.

Con todo, la Fiscalía hizo presente al Tribunal de la Libre Competencia que sería recomendable aprobar la fusión si fuere el caso que Liberty Media aportara mayores antecedentes acerca de la estructura jurídica que adoptaría la empresa fusionada, las inversiones proyectadas y los beneficios en mercados relacionados que generaría la fusión, todo ello con ciertas restricciones.

Junto a las opiniones de las consultantes y de la Fiscalía, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se acompañaron informes técnicos de economistas y empresas consultoras, un informe de la Subsecretaría de Telecomunicaciones y una serie de antecedentes aportados por otros intervinientes, como fueron la demanda presentada por los abogados Marcial Mora y Bosco Martínez y por Sky Chile Televisión Directa al Hogar Limitada y Compañía en Comandita por Acciones, y la opinión de la Compañía Nacional de Teléfonos, Telefónica del Sur SA.

Con todos los antecedentes a la vista, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los considerandos de la sentencia, analizó en primer lugar el mercado relevante y otros mercados afectados, centrandó su análisis en el mercado de la televisión pagada. En dicho mercado, sostiene el Tribunal,

existen en la actualidad en Chile veintitrés prestadores de televisión por cable, donde Metrópolis Intercom y VTR concentran un 32% y 68%, respectivamente. Con la finalidad de definir el mercado relevante, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fue de la opinión que resultaba más apropiado

“...más que utilizar un criterio de sustituibilidad de la demanda y de la oferta mediante el análisis de la elasticidad cruzada de la TV pagada y otros bienes, por carecer de información en el expediente acerca de las elasticidades respectivas, el principal criterio a utilizar en este caso será el análisis cualitativo enfocado en características de precio, calidad y uso”.

Después de examinar distintos bienes que eventualmente puedan ser considerados como sustitutos o potenciales sustitutos de la televisión por cable (televisión abierta, televisión pagada por satélite, arriendo de video, DVD o visitas al cine), el Tribunal concluye que, salvo la televisión pagada por satélite, ninguno de los otros bienes pueden ser considerados como sustitutos perfectos, por lo que el mercado relevante en lo relativo a la televisión por cable es precisamente el de la televisión pagada, esto es, “la distribución al abonado de múltiples canales, a cambio de un pago mensual y a través de cable, satélite u otra plataforma tecnológica idónea”.

Respecto al mercado de la banda ancha y de la telefonía local, el Tribu-

nal se limitó a constatar la participación de las empresas Metrópolis Intercom y VTR.

Asimismo, el Tribunal analizó otros mercados relevantes, como el mercado de adquisición de contenidos por parte de las empresas de televisión pagada, advirtiendo su posible afectación “toda vez que el acceso a contenidos es una condición necesaria para que exista competencia potencial o efectiva en la industria de la TV pagada”.

En segundo lugar, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia analizó el problema de las barreras de entrada específicamente en el mercado de la televisión pagada, donde argumentó que la televisión por cable presentaría características propias de un monopolio natural producto de la existencia de costos medios decrecientes a escala, además de presentar importantes costos hundidos o inversiones irre recuperables. Con todo, el Tribunal concluye que, independiente de las referidas características, todavía es posible que se instalen múltiples operadores de menor tamaño en aquellas zonas geográficas que presenten alta densidad poblacional.

Por su parte, y en tercer lugar, el Tribunal hizo referencia a la estructura de los mercados, señalando que “los aspectos tecnológicos juegan un papel fundamental” en la configuración de la estructura del mercado, por lo que resulta indispensable considerar “las posibilidades de competencia que las tecnologías hoy disponibles permiten”.

Por último, se hace mención a los efectos sobre la competencia, destacando los efectos para los consumidores, y a las eficiencias derivadas de la ope-



ración consultada, principalmente las relativas a la reducción de los costos por parte de las empresas consultantes.

En la conclusión, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

“...estima que la fusión de las empresas consultantes puede ser positiva para el mercado nacional de las telecomunicaciones pues ella reducirá los costos de inversión para proveer los tres servicios en conjunto y, así, permitirá cumplir con una expansión que llevará telefonía y conexión de banda ancha a un número importante de hogares en Chile, que hoy sólo cuentan con un proveedor de infraestructura de redes para satisfacer tales demandas. La competencia que se dará en servicios tan esenciales para el desarrollo del país entregará, a juicio de este Tribunal, beneficios que superan los costos de tener, por un tiempo, una empresa con clara posición dominante en el mercado de la TV pagada”.

Sobre la posición de dominio que tendrá la empresa fusionada, el Tribunal estimó que en el mediano plazo ésta decaería producto del dinamismo tecnológico del sector, lo que se traducirá en mayor competencia.

Pero como “en el corto plazo la fusión representa una concentración muy importante en el segmento de la TV pagada”, pudiendo obstaculizar el desarrollo de la competencia efectiva en este mercado en el corto plazo, el Tri-

bunal decidió aprobar la fusión, pero subordinada al cumplimiento de ocho condiciones o restricciones, donde destaca la restricción para el grupo controlador de la empresa fusionada de participar, directa o indirectamente, en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas, debiendo proceder a la enajenación de cualquier participación que mantenga actualmente en las sociedades que exploten ese giro.

Por su parte, el Tribunal es claro al señalar que en el caso de que la empresa fusionada realice ofertas conjuntas de distintos servicios, deberá señalar separadamente y en forma clara, el valor o precio y las condiciones de cada uno de los servicios ofertados. De esta forma se prohíbe la comercialización en forma “atada”, es decir, imponer una venta en relación con otro producto. Además, en las restricciones séptima y octava, se establece que la empresa fusionada no podrá subir los precios en los próximos tres años y tendrá que mantener una política de precios uniforme para todo el país.

Sin embargo, el voto en contra de los ministros señores Depolo y Serra era partidario de rechazar la consulta, “declarando que la operación consultada es contraria a las normas de defensa de la libre competencia”.

El referido voto en contra de los ministros Radoslav Depolo y Pablo Serra, por el cual se opusieron a la fusión entre Metrópolis Intercom y VTR, sostiene que “la operación consultada es indivisible en cuanto a los mercados relevantes involucrados” y que en dos de los tres mercados relevantes, esto es,

el mercado de la televisión pagada y en el mercado de Internet banda ancha, existen antecedentes suficientes que permiten afirmar que la operación supondrá la creación o el reforzamiento de una posición de dominio. En efecto, sostienen que

“...en televisión pagada se reemplazaría una estructura de mercado en que compiten dos empresas, por un monopolio sujeto a condiciones, circunstancia que, a juicio de estos Ministros, no es deseable desde el punto de vista de la libre competencia”,

toda vez que producto de la fusión se puede generar un aumento en la tarifa efectiva y una disminución en la diversidad de la oferta.

Respecto del mercado de telefonía fija, sostienen que, “si bien es cierto que la consolidación de una red HFC de cable de amplia cobertura representaría una mayor competencia para la empresa dominante”, “los beneficios involucrados no alcanzarían los niveles necesarios para respaldar dicha alegación”.

Concluye el voto de los ministros Depolo y Serra sosteniendo que

“...el escenario post-fusión implicaría el claro reforzamiento o creación de una posición de dominio en el mercado de TV pagada y en el de Internet banda ancha, lo que constituye, a juicio de los Ministros concurrentes a este voto de minoría, una circunstancia contraria a las nor-

mas de defensa de la libre competencia, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, por lo que correspondería rechazar la consulta de autos, prohibiendo la operación de concentración entre las consultantes”.

La sentencia que venimos comentando, y que aprueba la fusión de Metrópolis Intercom y VTR, no aparece del todo acertada, toda vez que, aun cuando impone ciertas restricciones, éstas únicamente limitan el comportamiento de las empresas, pero en ningún caso garantizan un beneficio para los consumidores. En efecto, si bien impone algunas restricciones sobre los precios y los contenidos en cuanto a no realizar alzas de precios ni disminuciones en la calidad programática, la oferta de contenidos se unificará y los consumidores dejarán de recibir ofertas de precios o promociones por períodos limitados.

En este sentido, la experiencia nos enseña que siempre después de una fusión, y especialmente fusiones tecnológicas, cae la calidad de los servicios, ya que la empresa fusionada tendrá que recuperar la inversión realizada, lo que implica que tendrá que realizar ahorros en distintos ítems, y por regla general, el ítem de atención al cliente es el que más cae.

En general, existen varios motivos para oponerse a la fusión de Metrópolis Intercom y VTR, y de esa manera oponerse también a la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Primero, porque la fusión elimina

el potencial de competencia en el mercado de la televisión pagada, creándose una manifiesta posición de dominio, toda vez que la empresa resultante de la fusión ostentaría una participación de mercado del 88%. Segundo, porque Metrópolis Intercom y VTR fusionadas conformarían un monopolio en la práctica en la televisión por cable, y como enseña la teoría económica, los monopolios tienden a apropiarse del excedente del consumidor, fijando precios por sobre el costo marginal. En efecto, los monopolios son ineficientes ya que producen una cantidad inferior a la socialmente eficiente y cobran un precio mayor al costo marginal, también ineficiente, por lo que impide que se realicen algunos intercambios mutuamente beneficiosos, generando lo que la teoría denomina una *pérdida irrecuperable de eficiencia*.

La existencia de un monopolio en el mercado de la televisión por cable generará presiones por elevar los precios, debido precisamente al mayor poder monopolístico, pero, además, se reduciría la calidad y variedad de la programación, y habrá menos presión por introducir innovaciones tecnológicas o promociones como las combinaciones de televisión por cable, servicio telefónico e Internet banda ancha.

Ahora bien, respecto al argumento referente a que la fusión se traducirá en una baja en el costo de servir a cada usuario, lo que constituiría un beneficio para éstos, pues la empresa fusionada tendría incentivos para aumentar la bidireccionalidad en la red, disminuyendo costos de duplicación de redes, comercialización y traslado de clientes,

cabe señalar que, si bien es un argumento correcto, ello nos debería llevar a sostener que tendríamos que establecer monopolios en todos los sectores económicos.

La aprobación de la fusión por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no se traduce en mayores beneficios para los consumidores. Sin embargo, lo acertada o no de la decisión dependerá de las condiciones del mercado en el futuro, pero el futuro es incierto por lo que únicamente podemos observar las condiciones existentes para la competencia en la provisión del servicio de televisión por cable. El curso de los próximos años nos permitirán evaluar si los resguardos, condiciones y restricciones que estableció el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia han sido suficientes para evitar el riesgo de abuso de posición dominante en éste. Con todo, no resulta aventurado afirmar que a la larga será necesario regular este servicio debido a las condiciones monopolísticas que se crearán luego de la fusión, y como muestra la experiencia, la regulación siempre funciona peor que la competencia.

En la operación entre Metrópolis Intercom y VTR, los proponentes recurren a una serie de argumentos para demostrar su conveniencia, como son: la creación de un competidor fuerte en telecomunicaciones, tanto en el área de la telefonía como la banda ancha, y la disminución de los costos por el constante traslado de clientes entre redes, la duplicación de redes y bajar los gastos de comercialización, y de esta forma generar mayores beneficios a los

consumidores. No obstante, tradicionalmente el propósito de una fusión entre empresas rivales es la reducción de la competencia y de esa manera la obtención de mayores rentas. ¿Existe entonces alguna razón para suponer lo contrario en este caso?

# Resúmenes de jurisprudencia



*Claudia Bahamondes Oyarzún*  
Estudiante de Derecho  
Universidad Diego Portales

*Hugo Cárdenas Villarreal*  
Abogado. Licenciado en Derecho  
Universidad Complutense de Madrid

#### CASACIÓN EN LA FORMA DE OFICIO. DENUNCIA DE OBRA NUEVA

AVR interpone denuncia de obra nueva en contra de MVAT, por cuanto esta última se encuentra construyendo un galpón para venta de vehículos, colindante con su propiedad. Este depósito poseería graves irregularidades en su construcción, provocando daños en el domicilio de la denunciante.

Citadas las partes a oír sentencia, el Segundo Juzgado Civil de Rancagua analiza el informe de un ingeniero constructor, acompañado por AVR, en el que se da cuenta de los defectos en la edificación y que generan en el inmueble contiguo inundaciones y daños interiores en los muros. De acuerdo con el artículo 426 del *Código de Procedimiento Civil*, el tribunal considera este medio probatorio como una presunción, ya que se encuentra revestida de caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar el convencimiento. Así también, el receptor judicial respectivo toma razón del estado de la obra y de los daños en la propiedad de AVR, lo cual, a juicio del tribunal, constituirían hechos verdaderos, conforme con el artículo 427 del cuerpo legal citado. Finalmente, este sentenciador declara que la exhibición por

parte de MVAT del Permiso de Edificación y Certificado de Recepción Definitiva de Obras que entregan las Municipalidades, no obsta la posibilidad de poner en entredicho las consecuencias de la obra. Por estas razones se ordena la demolición de la obra nueva. Esta sentencia fue apelada por MVAT y confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua.

En contra de la resolución dictada por el tribunal de primer grado, se dedujo recurso de casación en la forma. No obstante, la Corte Suprema advirtió un vicio de forma no denunciado en el recurso y respecto del cual se manifestó en el considerando quinto:

“Que el artículo 930 del *Código Civil* dispone en su inciso 1°: El poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que *se trate* de construir sobre el suelo en posesión. A su vez, el artículo 549 N° 4 del *Código de Procedimiento Civil* señala que puede intentarse un interdicto *para impedir* una obra nueva. Que, en consecuencia, la denuncia de obra nueva es la acción judicial que, a fin de prevenir un daño, se dirige a lograr la suspensión de los trabajos de obra

nueva, comenzados o a punto de comenzarse, para impedir que la obra nueva se consume o concluya, pero no cabe respecto de una obra ya terminada o concluida, que ya no puede ser impedida. Es por ello que el artículo 565 del *Código de Procedimiento Civil* dispone la presentación de la demanda sobre denuncia de obra nueva 'para la suspensión de una obra nueva denunciabile' y no se puede pretender la suspensión de una obra que ya ha sido concluida".

De este modo, la Corte anula de oficio la sentencia de primera instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones, al haberse incurrido en la causal contenida en el artículo 768 N° 5, en relación con el artículo 170 N° 4 del *Código de Procedimiento Civil*.

SEGUNDO JUZGADO CIVIL DE RANCAGUA, 19 DE DICIEMBRE DE 2002, ROL 1484-01; CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, 2 DE MAYO DE 2003, SEGUNDA SALA, ROL 19.768; CORTE SUPREMA, 17 DE JUNIO DE 2004, PRIMERA SALA, ROL 2070-03.

PALABRAS CLAVE: DENUNCIA DE OBRA NUEVA, INTERDICTOS, ALCANCE DEL ARTÍCULO 549 N° 4 DEL *CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL*, CASACIÓN DE OFICIO.

COMPRAVENTA: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS DEBEN SER DETERMINADAS TENIENDO EN CUENTA EL REAL SENTIDO Y ALCANCE QUE LAS PARTES LE OTORGARON.

Se deduce demanda en juicio ordinario de cobro de pesos en contra de la sociedad demandada, fundamentándose la petición en la vulneración de una obligación que llevaba aparejada una cláusula penal, que operaría en el caso de que una de las partes del contrato de compraventa incumpliese el mismo. El negocio se refería a la compra por la parte demandada de cinco inmuebles que pertenecían a la parte demandante, para los que acordaron un precio equivalente a US \$8.000.000. Se cumplió con la entrega de los inmuebles y el precio acordado, pero en la cláusula séptima del contrato, se establecía que la compradora, por sí o por medio de otra sociedad, construiría un centro comercial en los predios comprados, y dentro de él, un local de 120 m<sup>2</sup> entre sus ejes, con el fin de entregarlo en comodato a la parte demandante por un plazo de veinte años; siendo, precisamente, esta última cláusula la que provocó el litigio, ya que transcurrido el plazo pactado, el centro comercial ni siquiera se había empezado a construir.

La parte demandada, contestando la demanda, solicitó el rechazo de la misma, señalando que en el instrumento acompañado en autos, no existe uno sino dos contratos distintos, el primero de compraventa, perfecto y otro de comodato, que nunca se perfeccionó,



pues siendo un contrato real no existió la entrega de la cosa; que la cláusula séptima contenía una disposición meramente potestativa; y entre otros argumentos, que la cláusula penal establecida en el contrato importa por su parte un abuso circunstancial o un abuso de hecho, lo cual la haría nula.

El Juez de primera instancia, al determinar la naturaleza de la obligación, entendió que había que tener en cuenta “el real sentido y alcance que las partes le otorgaron, conforme a la voluntad real de las mismas, más allá de las declaraciones en el contenidas”, y que era indudable

“que las partes introdujeron en el contrato de compraventa una obligación adicional para la compradora y respecto de la que, y en caso de incumplimiento, se pactó una cláusula penal (considerando 8º).

En relación con la nulidad de ésta, estimó el Juzgador,

“que tampoco ha existido un abuso circunstancial o abuso de hecho, toda vez que, conforme al principio de libertad jurídica, y más aún la pretendida ejecución práctica que ha propuesto la demandada, demuestran que se obligó válidamente a favor de la actora y que los eventuales cambios de la situación económica, en la medida en que no constituyan un colapso de esta (cuyo no es el caso), son elementos siempre presentes en las relaciones

comerciales y en las variables de rentabilidad que deben, consecuentemente, ser consideradas por las partes al tiempo de celebrar sus negocios”.

Por ello, el juez resuelve acoger la demanda y hacer efectiva la cláusula penal que equivalía a 17.534 unidades de fomento a la fecha del pago. La Corte de Apelaciones de Concepción confirma el fallo, y acertadamente puntualiza, que

“cuando se rompe el equilibrio contractual como consecuencia de circunstancias nuevas, se está frente no a una nulidad –como pretende la demandada–, sino frente a la denominada teoría de la imprevisión”.

2º JUZGADO CIVIL DE CONCEPCIÓN, 9 DE MARZO 2002, ROL Nº 2175-01. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 27 DE ENERO DE 2003, ROL Nº 1219-02.

PALABRAS CLAVE: COMPRAVENTA, COMODATO, CLÁUSULA PENAL, NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES, VOLUNTAD REAL DE LAS PARTES, TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN, LESIÓN ENORME.

#### DAÑO MORAL DERIVADO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

En sentencia de 23 de abril de 2004, la Corte de Apelaciones de Concepción da muestra de su buen oficio al revocar una sentencia de primera instancia, que entre otras partidas, indemnizaba el daño moral que, según estimó

su juzgador, se derivó del incumplimiento de un contrato de arrendamiento. La Corte, en el considerando quinto se refirió al daño moral derivado de contrato en los siguientes términos:

“con relación al daño moral impetrado por la demandante, si bien el Tribunal tiene amplia discrecionalidad para valorar la prueba rendida en el proceso sobre la materia y para la fijación de su monto, ello no es arbitrario, por lo que deben existir elementos en los cuales deben cimentarse las conclusiones del Tribunal. En el caso de autos, para que exista daño moral derivado de responsabilidad contractual, no es suficiente que se deje de cumplir un contrato. En efecto, en el ámbito comercial siempre es posible la contingencia de ganancia o pérdida, lo que puede derivarse del incumplimiento o no de un contrato. No es posible establecer que por el solo incumplimiento de un contrato se derive dolor y aflicción susceptibles de ser indemnizados por vía del daño moral. De esta manera, el daño moral derivado de responsabilidad contractual tiene su origen en situaciones excepcionalísimas, como cuando la víctima deja de recibir los beneficios del mismo sin que tenga otros ingresos y siempre que el infractor tenga conocimiento de este hecho, o cuando se ha engañado obteniendo ventajas, beneficios o regalías”.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 23 DE ABRIL DE 2004, ROL N° 3380-2003.

PALABRAS CLAVES: DAÑO MORAL, INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

#### DAÑO MORAL DERIVADO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

La Corte de Apelaciones de Valparaíso confirma una sentencia de primera instancia, que indemniza el daño moral derivado de un incumplimiento contractual. Los sucesos tuvieron lugar cuando el demandante figuró como moroso en el *Boletín de Protestos e Impagos* de DICOM, como consecuencia del desfase que se produjo en la comunicación entre la empresa de cobranzas O... y el Banco E... La sentencia reviste interés, pues, la Corte, a pesar de tratarse de un daño a los derechos de la personalidad, señala contundentemente, que “estando vinculados contractualmente el demandante y el demandado, la responsabilidad derivada de dicha circunstancia es contractual” (considerando segundo). Por otra parte, al tratarse de responsabilidad contractual, en aplicación del art. 1.547, inc. 3°, corresponde al deudor acreditar la diligencia: “tratándose, como se dijo, de una responsabilidad contractual, la culpa del demandado al haber comunicado una morosidad inexistente, se presume”.

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, 30 DE ABRIL DE 2004, ROL N° 218-2002.

PALABRAS CLAVES: DAÑO MORAL CONTRACTUAL, DERECHOS DE LA PERSONALIDAD, VÍCTIMA.

## RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN

El proceso se inicia con la demanda de reclamación de filiación que interpone SAJ en contra de SAMZ, fundando su acción en que el demandado es padre de su hijo, IJMA. La actora solicita al 24° Juzgado Civil de Santiago que se oficie al Servicio Médico Legal para llevar a efecto el examen de ADN a las partes y al menor, requerimiento que fue acogido por el tribunal, evacuándose posteriormente el oficio. Más adelante, se decreta como medida para mejor resolver la determinación del día y hora para la comparecencia del demandado al Servicio Médico Legal, bajo el apercibimiento de que si no se presenta, se le tendrá por renuente, aplicándose la presunción del artículo 199 inciso segundo del *Código Civil*.

Una vez notificado, SAMZ no concurre al Servicio Médico Legal para practicarse el examen de ADN. Dada esta situación, el tribunal emite su pronunciamiento, manifestando que esta negativa injustificada a someterse al peritaje biológico, que, además, se complementa con la prueba testimonial que da cuenta de la existencia de relaciones íntimas entre las partes durante el período de concepción del menor, constituye una presunción grave en contra del demandado, lo cual hace aplicable el artículo 199 inciso segundo del *Código Civil*, en relación con el artículo 426 del *Código de Procedimiento Civil*, estableciéndose plena prueba de la paternidad del demandado respecto de IJMA. Finalmente, el tribunal declara que IJMA tiene la calidad de hijo no matrimonial de SAMZ, ordena practicar las inscrip-

ciones correspondientes y priva al demandado de la patria potestad y de todos los derechos que la ley confiere respecto de la persona o los bienes de su hijo o sus descendientes.

Una vez apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Santiago confirma la decisión adoptada en primera instancia. Posteriormente, el demandado deduce recurso de casación en el fondo en contra de esta última resolución, puesto que, en su opinión, el informe pericial fue decretado como medida para mejor resolver, diligencia que no se cumplió antes de los veinte días que exige el artículo 159 del *Código de Procedimiento Civil*, por lo cual no sería posible aplicar la respectiva presunción de paternidad.

La Corte Suprema rechaza el recurso y expresa que no es posible entender infringido el artículo 198 inciso segundo del *Código Civil*, por cuanto en este caso la acreditación de la paternidad no se configuró únicamente con la prueba testimonial rendida, sino que, además, se utilizó la presunción grave en contra del padre por no haber concurrido, injustificadamente, a practicarse el examen de ADN.

Tampoco estima vulnerados los artículos 159 del *Código de Procedimiento Civil* ni el artículo 1.698 del *Código Civil*, toda vez que la pericia no fue decretada por el tribunal como medida para mejor resolver, sino que ella fue ordenada por el juzgado, a petición de la actora, durante el término probatorio. Finalmente, la Corte declara que el artículo 412 del *Código de Procedimiento Civil* permite a las partes solicitar la práctica de pericias dentro del térmi-

no probatorio, sin perjuicio de esclarezcer lo siguiente:

“...lo que no implica que el informe deba ser evacuado en ese lapso, de modo tal que, si como ocurre en el caso sub lite, el informe fue pedido por el actor dentro de la oportunidad procesal para ello, despachándose el oficio respectivo a la entidad encargada de practicar el examen biológico y el informe es evacuado fuera del lapso existente para la prueba, aún cuando en el ínterin se haya decretado una medida para mejor resolver reiterando la pericia, debe entenderse que el cumplimiento de ésta obedece a la diligencia solicitada por la parte”.

VIGÉSIMO CUARTO JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, 23 DE OCTUBRE DE 2002, ROL 5324-01; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 4 DE JUNIO DE 2003, QUINTA SALA, ROL 10.804-02; CORTE SUPREMA, 9 DE JUNIO DE 2004, PRIMERA SALA, ROL 2609-03.

PALABRAS CLAVE: PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD, PRESUNCIÓN GRAVE, LEY 19.585, DEMANDA DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN, DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN, ARTÍCULO 199 DEL *CÓDIGO CIVIL*, MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER, PERITAJES BIOLÓGICOS.

#### DERECHO DE OBLIGACIONES. PRUEBA: DEMANDA DE RESTITUCIÓN DE DINERO EN PRÉSTAMO

En la ciudad de Villarrica, el Banco... demanda en juicio ordinario el cobro de pesos a don M..., fundamentando su petición en el hecho de haberle prestado al demandado la suma de dinero equivalente a \$3.000 unidades de fomento, suma que el demandado no pagó en su totalidad y que no puede ser cobrada ejecutivamente, toda vez que la demanda ejecutiva fue desechada por carecer de mérito ejecutivo el pagaré en que constaba la obligación.

El juzgador de primera instancia, tras constatar la existencia de la obligación y tras verificar a través de pruebas testimoniales la inexistencia del pago, decide acoger la demanda, debiendo el demandado pagar al demandante la suma de 2.812,5 unidades de fomento. El caso *sublite* revisto cierto interés, pues la Corte Suprema conociendo del recurso de casación que interpuso el representante legal de la parte demandada, reafirma dos principios relacionados con la prueba de las obligaciones que constituyen doctrina firme y reiterada. En primer lugar, afirma la Corte, que

“se infringe el inciso 1º del artículo 1698 del Código Civil cuando los jueces del fondo invierten el *onus probandi*, esto es, cuando hacen recaer la carga de la prueba en quien no está obligado a hacer acreditación alguna”,

por lo que el Juzgador de primera instancia aplica bien el principio al determinar que corresponde al demandado la prueba del pago que extinguiría la obligación que se cobraba en autos. En segundo lugar, también reafirmó la Corte, que conociendo de un recurso de casación, como Tribunal de Derecho “debe aceptar como definitivos e inamovibles, los hechos sentados por los jueces del mérito, salvo que se invoque o se acredite que en el establecimiento de estos, se hayan vulnerado normas que gobiernan la prueba”.

JUZGADO DE LETRAS DE VILLARRICA, 29 DE JUNIO DE 2001, ROL N° 13.904-001. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, 1 DE JULIO DE 2003, ROL N° 1041-2001, CORTE SUPREMA, 16 DE AGOSTO 2004, ROL N° 3117-03.

PALABRAS CLAVE: CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES, INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, MUTUO.

#### NULIDAD DE CONTRATO. TRANSMISIÓN DE LA INHABILIDAD

HMC interpone demanda en juicio ordinario de nulidad absoluta de contrato y subsidiariamente nulidad relativa por lesión enorme, en contra de doña AEG, ya que ésta habría celebrado con el padre del actor la compraventa de tres predios agrícolas con sus respectivos derechos de aprovechamiento de aguas, fijándose como precio único y total la suma de \$700.000. Funda la reclamación de nulidad absoluta en la no especificación del precio de los bienes raíces y de las aguas por separado, incumpléndose, así, el requisito esencial de la com-

praventa de que el precio sea determinado. En cuanto a lo demandado subsidiariamente, HMC estima que el valor total de los predios y los derechos de aprovechamiento de aguas asciende a \$9.900.000, siendo esta cifra inferior a la mitad del justo precio de la cosa que se vende, con lo cual se verificarían los presupuestos para rescindir el contrato por lesión enorme.

El tribunal se hace cargo, en primer lugar, de la acción de nulidad absoluta y respecto de ésta considera que el demandante no puede demandar la procedencia de esta sanción civil, puesto que sobre él recae la inhabilidad del artículo 1.683 del *Código Civil*, esto es, no puede alegarse la nulidad absoluta de un acto o contrato por quien lo ejecutó o celebró sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. En este caso, la compraventa fue celebrada por el padre de HMC y el tribunal califica que el conocimiento que éste tuvo de la transacción fue real, completo y efectivo, tanto respecto del precio como en cuanto a la cosa que se vendió, ya que el contrato se celebró por escritura pública, siendo posteriormente inscrita en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. De este modo, y al haberse acreditado fehacientemente durante el proceso la calidad de heredero de HMC respecto de su padre, la inhabilidad para reclamar la nulidad absoluta de este contrato se transmite al actor.

En segundo lugar, el Juzgado de Letras de Elqui-Vicuña examina la procedencia de la acción de nulidad relativa por lesión enorme y estima que, en la especie, la parte demandante no ha

rendido prueba alguna que permita acreditar el error en la magnitud de las contraprestaciones y los perjuicios que produce a esta parte en el contrato, por lo cual se rechaza en todas sus partes la demanda interpuesta.

En contra de esta resolución se interpone recurso de apelación, el cual es conocido por la Corte de Apelaciones de La Serena, tribunal que descarta la posibilidad de que HMC pueda alegar la nulidad absoluta que podría afectar al contrato, puesto que se le aplica el artículo 1.683 del *Código Civil*, precepto que consagra el principio *nemo auditur propiam suam turpitudiner allegans* y que es aplicable a los herederos por ser continuadores de la persona del causante. En cuanto a la acción por lesión enorme, la Corte la rechaza tomando en cuenta un usufructo vitalicio constituido por la compradora a favor del vendedor y respecto de los bienes objeto de la convención, dejando la nuda propiedad a la adquirente. En opinión de este tribunal, el usufructo, en tanto es parte del precio de la compraventa, transforma al contrato conmutativo en aleatorio, puesto que la plena disposición de los bienes vendidos la tendrá la compradora en un término imposible de prever y será cuando se extinga el gravamen por la muerte del usufructuario. Por otra parte, la Corte declara que el justo precio disminuye cuando no se entrega el dominio absoluto de las cosas vendidas y es obligación del demandante acreditar el valor pecuniario de la constitución del usufructo, lo cual es un elemento esencial de la acción para fijar la relación entre el valor convenido y el justo precio.

Finalmente, el actor deduce recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de La Serena. La Corte Suprema rechaza el recurso de casación en la forma, por cuanto no entiende configurada la causal de *ultra petita*, ya que el hecho de que los jueces hayan utilizado al usufructo vitalicio como argumentación de su sentencia pese a no haber sido alegada por la demandada, sólo implica examinar los presupuestos de las acciones y excepciones deducidas, lo cual es una facultad que ha sido reconocida a los tribunales en forma amplia por esta Corte.

Asimismo, se rechaza el recurso de casación en el fondo, puesto que el demandante acompañó documentos que no fueron adjuntados en la oportunidad procesal correspondiente y emite afirmaciones no vertidas a lo largo de la etapa de discusión, en particular, el hecho de no haber obrado con dolo, ya que su padre, a la época de la celebración del contrato, se encontraba privado de sus facultades mentales. La Corte Suprema, sin compartir lo aseverado por el tribunal de alzada en cuanto a que una compraventa en que se vende la nuda propiedad constituyéndose un usufructo vitalicio a favor del vendedor es un contrato aleatorio, considera que no existe el pretendido error de derecho en la aplicación del artículo 1.683 del *Código Civil* y declara:

“Que, por consiguiente, si el causante no tenía el derecho de pedir la nulidad absoluta del contrato de compraventa que celebró con la demandada, tampoco le asiste a su heredero este

derecho. Y esto no significa, como se ha dicho por esta Corte, que se haga responsable al heredero del dolo o culpa ajenos, pues no cabe identificar al dolo mismo, que es personalísimo y que nace y muere con el autor, con sus consecuencias o efectos civiles que por ser de carácter económico se transfieren o transmiten de acuerdo con las reglas generales”.

JUZGADO CIVIL DE MAYOR CUANTÍA DE ELQUI-VICUÑA, 1 DE OCTUBRE DE 2002, ROL 17.587; CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, 20 DE JUNIO DE 2003, ROL 27.840; CORTE SUPREMA, 15 DE JUNIO DE 2004, PRIMERA SALA, ROL 2957-03.

PALABRAS CLAVE: ARTÍCULO 1.683 DEL CÓDIGO CIVIL, NULIDAD ABSOLUTA, DETERMINACIÓN DEL PRECIO, LESIÓN ENORME, NULIDAD RELATIVA, TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES.

NULIDAD TESTAMENTARIA: DEMENCIA COMO CAUSA DE NULIDAD TESTAMENTARIA.

En la ciudad de Arica, concurre ante el juez de primera instancia doña Juana T..., y a través de su representante legal deduce demanda para que se declare nulo el testamento otorgado por doña Sabina R... a favor de la parte demandada, y que en su lugar se declare su derecho preferente a heredar *ab intestato* a la causante. La demandante fundamenta su acción basándose en el hecho de que la causante, de 87 años, declaró en el testamento no tener herederos forzosos, lo cual no era cierto, pues la unía con ella un parentesco le-

gítimo del cuarto grado. Además, alegó la falta de habilidad de la causante para testar, ya que al momento de otorgar el testamento padecía de demencia senil.

El juzgador de primera instancia rechaza la demanda, ya que no entiendo probada la relación de parentesco, y haciéndose eco del artículo 1.182 del *Código Civil*, y aquí lo interesante de la sentencia, señala que de haberse probado tampoco prosperaría, pues

“entre los legitimarios y consecuentemente herederos de la cuota de bienes del difunto que les asigna la ley no están designados los parientes colaterales, tratándose de una enumeración taxativa que realiza dicha disposición legal. De tal manera, que no tendiendo la calidad de legitimaria la peticionaria, aun en el evento de haberse acreditado la relación de parentesco, ello no obligaba a la testadora ha incluirla como heredera en una sucesión testada”.

La sentencia en alzada es confirmada por la Corte de Apelaciones de Arica.

2º JUZGADO DE LETRAS DE ARICA, 28 DE NOVIEMBRE DE 2003, ROL N° 502-2002. CORTE DE APELACIONES DE ARICA, 15 DE ABRIL DE 2004.

PALABRAS CLAVE: NULIDAD, TESTAMENTO, LEGITIMARIOS, SUCESIÓN TESTADA.

## OPOSICIÓN AL SANEAMIENTO DE LA PROPIEDAD RAÍZ

MFVA interpone demanda de oposición al saneamiento de posesión de la pequeña propiedad raíz en contra de CBN, fundando su acción en el hecho de ser propietaria del inmueble en disputa y que habría sido arrendado al hijo del demandado, contra quien se inició un proceso de cobro de rentas que no fue terminado. En su contestación, el demandado alega estar en posesión del inmueble por más de 27 años, en forma continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad, lo cual supera los cinco años exigidos por la ley para solicitar la regularización de la propiedad raíz ante el Ministerio de Bienes Nacionales. El fundamento esgrimido para ocupar la propiedad se encontraría en un supuesto contrato de compraventa de inmueble celebrado entre el hijo del demandado, por intermedio de un mandatario, y la demandante.

Una vez rendida la prueba, el tribunal de primera instancia llega a la conclusión de que en la especie no se presenta la pretendida posesión regular, toda vez que existe una dueña que ya ha demandado por no pago de rentas y que ha sido identificada como tal por CBN y por los testigos presentados por éste. Asimismo, se manifiesta la falta de acreditación de la existencia de un contrato de compraventa celebrado entre MFVA y el hijo del demandado. Finalmente, se ordena la inscripción del inmueble a nombre de la oponente. En contra de esta resolución, se interpone recurso de apelación por CBN, recurso que es conocido por la

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, la cual confirmó el fallo emitido por el tribunal *a quo*.

Posteriormente, el demandado deduce recursos de casación en la forma y en el fondo, siendo ambos rechazados, el primero de ellos fundado en la causal contenida en el artículo 768 N° 4 del *Código de Procedimiento Civil*, esto es, *ultrapetita*, por cuanto el sentenciador habría ordenado efectuar la inscripción del inmueble a nombre de MFVA, en circunstancias de que ésta nunca invocó la diligencia en su demanda de oposición al saneamiento. Frente a esta argumentación, la Corte Suprema declara que la actora habría actuado personalmente y sin asesoría legal, no obstante lo cual, la solicitud cumpliría con los requerimientos del artículo 19 N° 2 del decreto ley N° 2.695; de este modo, el juzgado queda facultado para resolver la contienda y para aplicar lo dispuesto por los artículos 20 y 24 inciso segundo del cuerpo legal citado, preceptos que obligan al tribunal que acepte la oposición a ordenar la inscripción a nombre del oponente, en caso de que ella procediere.

En cuanto al recurso de casación en el fondo, el recurrente alega que se ha vulnerado el artículo 19 del decreto ley N° 2.695, por cuanto no fueron invocadas las causales que hacen procedente la oposición en el escrito de la demandante, ni tampoco en las sentencias pronunciadas por los tribunales recurridos. La Corte estima que la acción de la oponente ha respetado las exigencias básicas del citado artículo 19, cumpliendo con la normativa establecida por el decreto ley N° 2.695 y que



faculta a los jueces a resolver la contienda, una vez que la solicitud de oposición es sometida a tramitación.

JUZGADO CIVIL DE PUERTO NATALES, 25 DE NOVIEMBRE DE 2002, ROL 10.244; CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS, 7 DE MARZO DE 2003, ROL 10.655; CORTE SUPREMA, 1 DE JULIO DE 2004, PRIMERA SALA, ROL 1461-03.

PALABRAS CLAVE: REGULARIZACIÓN DE LA PROPIEDAD RAÍZ, SANEAMIENTO, OPOSICIÓN AL SANEAMIENTO, DECRETO LEY N° 2.695.

#### PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES CAMBIARIAS

CTG celebró con la CORFO un contrato de apertura de crédito. En esta convención se acordó que las entregas de dinero, recibidas a título de mutuo, quedarían sujetas a la suscripción de los pagarés que correspondieran, pagándose en cuotas trimestrales. CTG deja de cumplir con el pago de una de las cuotas, por lo cual se hace efectiva la cláusula de aceleración pactada. Posteriormente, la CORFO celebra un contrato por medio del cual vende, cede y transfiere al Banco del Estado de Chile el ya referido crédito y en virtud de ello, la institución bancaria demanda a CTG en juicio ordinario.

En su defensa, el demandado interpone diversas excepciones, entre ellas, la de prescripción de la deuda. Respecto de ésta, el tribunal de primera instancia declara que la acción intentada emana de un título de crédito, del cual, a su vez, derivan las acciones cambiarias regidas por la ley 18.092. Por lo ante-

riormente señalado, se acoge esta excepción estimando que el artículo 98 de la ley 18.092 establece el plazo de un año para entender prescrita una acción cambiaria, el cual no es susceptible de ser clasificado en ordinario y ejecutivo, quedando sin aplicación las reglas del artículo 2.515 del *Código Civil*. En contra de esta sentencia, el banco interpone recurso de apelación, el cual fue rechazado por la Corte de Apelaciones, que confirmó la resolución emitida por el juez de primer grado.

Posteriormente, el actor deduce recurso de casación en el fondo. Sin embargo, la Corte Suprema resuelve advirtiendo un vicio de casación en la forma, que queda en evidencia toda vez que lo que se ha demandado es la declaración acerca de la existencia de la obligación del demandado de pagarle al Banco del Estado de Chile una determinada suma de dinero obtenida a título de mutuo; por tanto, en opinión de la Corte lo que se estaba ejerciendo era la acción ordinaria derivada de dicho contrato y no la acción cambiaria derivada del pagaré.

La Corte Suprema expresa que la sentencia impugnada no ha cumplido con las consideraciones de hecho y de derecho que deben de servir de fundamento al fallo, exigidas por el artículo 170 N° 4 del *Código de Procedimiento Civil*, en relación con los números 5, 6 y 7 del auto acordado de esta Corte de 30 de septiembre de 1920, puesto que no se realiza ningún análisis acerca de la existencia del contrato de mutuo y de la mora del deudor; únicas referencias a las que alude el demandante como fuente de la obligación de

CTG, presentando el pagaré nada más que como dato ilustrativo y acompañándolo como prueba del referido préstamo.

En la sentencia de reemplazo, la Corte Suprema manifiesta:

“Que el demandado ha opuesto como excepciones perentorias las de prescripción y pago, aunque para ello se ha remitido a los números 17 y 9 del artículo 464 del *Código de Procedimiento Civil*, lo que constituye un claro error si se tiene presente que esta última norma está inserta en el juicio ejecutivo y, en el caso *sub lite*, se ha demandado por la vía ordinaria la declaración de la existencia de la obligación de pago por parte del demandado de una determinada suma de dinero a favor del Banco demandante, recibida a título de préstamo o mutuo”.

Finalmente, se revoca la sentencia del 19° Juzgado Civil de Santiago, por cuanto a la fecha de la notificación aún no había transcurrido el plazo de cinco años exigido por el artículo 2.515 del *Código Civil*.

DECIMONOVENO JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, 23 DE OCTUBRE DE 1998, ROL 4519-96; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 29 DE MAYO DE 2003, SEXTA SALA, ROL 813-99; CORTE SUPREMA, 16 DE JUNIO DE 2004, PRIMERA SALA, ROL 2555-03.

PALABRAS CLAVE: ACCIONES CAMBIARIAS, PAGARÉ, COBRO DE PESOS, LEY 18.092, PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

CAMBIARIAS, PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE MUTUO, CONTRATO DE MUTUO.

#### RESCISIÓN POR LESIÓN ENORME

El actor, don J... interpuso demanda ordinaria en contra de doña G..., a fin de que se declare la rescisión por lesión enorme del acto de liquidación de la sociedad conyugal habida entre ambos. El demandante fundamenta su demanda en la lesión que le produjo en su patrimonio, el error de hecho de que adoleció la tasación de dos inmuebles que formaban parte de la sociedad de gananciales, y que en el acto de liquidación de la misma fueron adjudicados a la parte demandada, resultando ésta de tal manera beneficiada.

La parte demandada, contestando la demanda, solicitó su rechazo alegando entre otros argumentos, que el demandante carecía de legitimación activa, atendido que según lo dispuesto en el artículo 1.351 del *Código Civil*

“no podrá intentar la acción de nulidad o rescisión el partícipe que haya enajenado su porción en todo o en parte, salvo que la partición haya adolecido de error, fuerza o dolo, de que resulte perjuicio”.

El juez de primera instancia, tras dejar sentados los hechos, inicia por recordar que el legislador

“luego de sentar la regla general de que la participación se

anula y rescinde como los contratos, se preocupa en el mismo título del libro III, del caso especial de la lesión, sin contentarse con la fórmula general, atendiendo al carácter restringido de este vicio, con lo cual ha entendido la jurisprudencia –C. Suprema, 8 de julio de 1919, G. N° 15 y C. Suprema, 29 de diciembre de 1930, G N° 50–, que al decir el Código que las particiones se anulan y se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, lo es con sujeción a las dadas en general para éstos y no a las especiales de la rescisión de la venta por lesión enorme”.

Entiende el juez, de esta manera, que la excepción por error que ofrece el artículo 1.351 del *Código Civil*, funcionan sólo en presencia de un vicio del consentimiento y no en el caso de una lesión; y por ello, y tras haberse acreditado la enajenación por parte del demandante de uno de los bienes de la partición, no recoge la demanda. Con el mismo criterio, la Corte de Apelaciones de San Miguel confirma la sentencia de primera instancia.

JUZGADO CIVIL DE SAN BERNARDO, 22 DE OCTUBRE DE 1999, ROL N° 4.074-97. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, 8 DE SEPTIEMBRE DE 2003, ROL N° 300-2000.

PALABRAS CLAVE: RESCISIÓN, LESIÓN ENORME, NULIDAD, LEGITIMIDAD ACTIVA.

#### RESPONSABILIDAD CIVIL: DAÑO MORAL, DAÑO PATRIMONIAL

En la ciudad de Rancagua, se interpone demanda de indemnización para que se repare el daño moral que el demandado ocasionó a los demandantes y que los mismos avalúan en las sumas de \$5.000.000 y \$4.000.000, respectivamente. Al mismo tiempo se pide el resarcimiento del daño material de la motocicleta propiedad de uno de los demandantes. Éstos basan su pretensión en que con ocasión del juicio que se siguió al demandado en sede penal como consecuencia del accidente en que se vieron envueltos, el mismo fue condenado como autor del cuasidelito de lesiones graves. La sentencia reviste importancia pues el juzgador civil otorga valor probatorio a la sentencia penal, encontrando que lo allí dicho resulta concluyente en cuanto a la responsabilidad de la parte demandada. No puede ser de otra manera en atención al artículo 178 del *Código de Procedimiento Civil*

El juzgador, tomando en cuenta las circunstancias especiales del caso y la situación socioeconómica de las víctimas concede la indemnización por daño moral, el cual avalúa en \$5.000.000 y \$3.000.000, respectivamente. Por otro lado, deniega la indemnización de los perjuicios materiales por no estar suficientemente acreditados. Apelada la sentencia de primera instancia, resulta curioso que la Corte de alzada, sin esgrimir criterio alguno, confirma la sentencia, pero reduce el monto de las indemnizaciones a \$4.000.000 y \$2.000.000, respectivamente. Contra

la sentencia de la Corte de Apelaciones se interpone recurso de casación el la forma y en el fondo, siendo que la Corte, declaró inadmisibile el primero, y rechaza el segundo.

JUZGADO DE LETRAS DE RANCAGUA, 24 DE JULIO DE 2003, ROL N° 1888-2001. CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, 30 DE ENERO DE 2004, ROL N° 20.816, CORTE SUPREMA, 10 DE AGOSTO DE 2004, ROL N° 1.102-04

PALABRAS CLAVE: RESPONSABILIDAD CIVIL, DAÑO MORAL, DAÑO PATRIMONIAL, PRUEBA.

RESPONSABILIDAD CIVIL: DAÑO MORAL, DAÑO PATRIMONIAL

228

En la ciudad de Antofagasta, se interpone demanda de indemnización de daños y perjuicios para que se condene a los demandados a pagar solidariamente las sumas de \$1.390 por concepto de gastos de atención de salud y de \$2.000.000 por concepto de daño moral. Según la demandante, los daños se produjeron como consecuencia del corte de electricidad que los demandados en su calidad de representante legal y administrador del conjunto habitacional, llevaron a cabo en su vivienda por adeudárseles el pago de los gastos comunes. El tribunal de primera instancia entendió que para que proceda la obligación de indemnizar extracontractualmente, deben concurrir los siguientes requisitos: a) que se haya causado daño; b) que el hecho que lo generó provenga de dolo o culpa; c) que exista un nexo causal entre el hecho doloso o culposo y el daño y d) que el autor

sea capaz de delito o cuasidelito civil. Y, siendo que consideró que el solo hecho de haber cortado el suministro de energía eléctrica a una comunera "que por años no ha pagado los gastos comunes, no es constitutivo de delito ni cuasidelito civil"; rechaza la demanda presentada. La sentencia es confirmada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

2° JUZGADO CIVIL, 25 DE ABRIL DE 2003, ROL N° 14.580, CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, 7 DE ABRIL DE 2004.

PALABRAS CLAVE: DAÑO MORAL.

RESPONSABILIDAD CIVIL: DAÑO MORAL DERIVADO DE DESPIDO INJUSTIFICADO

El actor, habiendo recibido una indemnización previa por despido injustificado en sede laboral, ejercita ahora en sede civil demanda de indemnización de perjuicios por el daño moral que le ocasionó el haber sido despedido injustificadamente.

La parte demandada opuso excepción de cosa juzgada, fundada en la existencia del juicio laboral rol 5.903 del Tercer Juzgado de Letras de Arica, en virtud de la cual se pagó al trabajador la suma de \$ 16.959.813, excepción que fue rechazada, pues entendió el juzgador que en la especie, si bien existía identidad legal de personas, la cosa pedida y la causa de pedir no era la misma.

El juez acoge la demanda e indemniza el daño moral que fija en la suma de \$3.000.000 no sin antes advertir,

que por el carácter extrapatrimonial del daño, corresponde al juez de la causa regular su indemnización de manera prudencial, tomando en consideración la naturaleza del derecho agraviado, la extensión en el tiempo de los sufrimientos morales y psicológicos inherentes a la ofensa, las facultades o recursos del ofendido y del ofensor; de tal manera que la suma fijada satisfaga a aquél y sancione económicamente este último.

El Tribunal de Alzada revoca la sentencia, pues, estimó que la errónea interpretación del derecho que llevó al empleador a entender que la falta de su empleado era causal de despido,

“no justifica de manera alguna la indemnización por el daño moral, por mucho que sea el sufrimiento que haya experimentado el trabajador con su despido, lo que tampoco se comprobó, en el supuesto de haber sido efectivo”.

Tampoco consideró el Tribunal, probada la culpa del demandado, pues,

“no se ha demostrado en el presente juicio que los perjuicios ocasionados al demandante provengan de un incumplimiento intencional, ni tampoco que tal incumplimiento haya sido doloso”.

La decisión de Alzada es confirmada por la Corte Suprema.

El caso resulta interesante por varios aspectos: en primer lugar, y a pesar de haber sido revocado por la Cor-

te de Apelación, el juzgador de primera instancia menciona los criterios que han de ser observados en la evaluación del daño moral; en segundo lugar, porque el mismo juzgador, al justificar la utilización como criterio evaluador las facultades o recursos del ofendido y del ofensor (“de tal manera que la suma fijada satisfaga a aquél y sancione económicamente este último”), acoge explícitamente la doctrina de los daños punitivos al entender que la indemnización civil debe sancionar económicamente al ofensor; y, en tercer lugar, siendo lo que más llama la atención, que el tribunal de apelaciones descarta la existencia de la culpa, entendiendo que no hubo en el caso intención ni dolo, lo que se aparta del concepto tradicional de culpa civil, que no requiere el elemento volitivo para configurarse, bastándole la existencia de una simple negligencia.

2º JUZGADO DE LETRAS DE ARICA, 18 DE JUNIO 2003, ROL N° 1.218-2001. CORTE DE APELACIONES DE ARICA, 1 DE DICIEMBRE DE 2003, ROL N° 9.231. CORTE SUPREMA, 9 DE AGOSTO DE 2004, ROL N° 34-04.

PALABRAS CLAVES: DAÑO MORAL, CRITERIOS DE AVALUACIÓN, DESPIDO INJUSTIFICADO, CULPA.

## RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Confeciones HSA, demanda en juicio ordinario de indemnización de perjuicios a CONAF, para que ésta sea condenada al pago de \$45.000.000. La acción se funda en que la demandante participó en una propuesta privada

para fabricar vestuario a los funcionarios de CONAF, la cual le fue adjudicada, emitiéndose una orden de compra por parte de la demandada. Las prendas fueron proporcionadas con anticipación al vencimiento del plazo de entrega acordado, ascendiendo el costo de fabricación a los \$14.112.500. No obstante, la entidad forestal resolvió no adquirir la indumentaria, por cuanto luego de realizar un control de calidad a un determinado número de unidades, detectó graves deficiencias en la vestimenta al no corresponder las especificaciones técnicas exigidas en las bases de la licitación.

El plazo de garantía, dentro del cual era posible para el adquirente requerir el cambio de las prendas sin costo alguno, fue sustituido por un período más largo, pero cuya fecha es indeterminada a juicio del tribunal. Sin embargo, Confecciones HSA no tuvo la oportunidad de cumplir con esta obligación, ya que CONAF dio por vencido el plazo en la fecha originalmente pactada, desentendiéndose de la modificación. Finalmente, el tribunal acoge la demanda de indemnización de perjuicios, por haber incurrido la demandada en responsabilidad contractual, declarando la procedencia de los artículos 1.545 y 1.552 del *Código Civil*, de acuerdo con los cuales el contrato es una ley para las partes y ninguna de ellas estará en mora de cumplir lo pactado, mientras la otra no la cumpla o se allane a cumplirla en tiempo y forma.

En contra de esta resolución se interpusieron recursos de casación en la forma y de apelación, siendo desestimado el primero de ellos, toda vez que

los perjuicios no son reparables únicamente con la invalidación de la sentencia, pudiendo ser corregidos mediante el resultado de la apelación. Respecto de este último recurso, la Corte de Apelaciones analiza la prueba rendida en el proceso tendiente a acreditar los daños experimentados y concluye que, de acuerdo con el artículo 1.698 del *Código Civil*, la actora no demostró con precisión la concurrencia de un menoscabo económico, sino que sólo alegó la supuesta existencia de éste, el cual estaría constituido por el pago de remuneraciones e impuestos y también por el deterioro de su imagen comercial.

No obstante, la Corte acoge el recurso de apelación interpuesto, reduciendo el monto de la indemnización a \$14.112.500, puesto que en su concepto y según se desprende de la prueba rendida, existen perjuicios efectivos comprendidos dentro de las categorías de daño emergente y lucro cesante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.556, inciso primero del *Código Civil*. Aclara también que los detrimentos contractuales poseen la naturaleza de compensación y no implican ser una fuente de lucro, ya que sólo se respondería por los perjuicios que se previeron o pudieron preverse a la fecha de celebración del contrato al no haberse acreditado, en este caso, dolo en el incumplimiento alegado por HSA.

La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación en el fondo deducido por CONAF decide rechazarlo, puesto que la demandada utiliza argumentos que se desarrollan sobre la base de hechos diversos a los establecidos

por los sentenciadores, sin haberse impugnado mediante la denuncia de infracción a las leyes reguladoras de la prueba en la oportunidad procesal correspondiente.

CUARTO JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, 26 DE MAYO DE 1998, ROL 350-96; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 22

DE ABRIL DE 2003, QUINTA SALA, ROL 6518-1998; CORTE SUPREMA, 12 DE JULIO DE 2004, PRIMERA SALA, ROL 2278-03.

PALABRAS CLAVE: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS, RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, PRUEBA DEL DAÑO.





# Actualidad legislativa



## LEY 19.968 QUE CREA JUZGADOS DE FAMILIA; COMENTARIOS ACERCA DE SUS ASPECTOS PRINCIPALES

por *Consuelo Gazmuri Riveros*  
Profesora de Derecho Civil  
Universidad de Talca

El día 30 de agosto último se promulgó y publicó la ley 19.968, que establece una nueva judicatura de familia en Chile, la que entrará en vigencia el día 1 de octubre de 2005. No obstante, que desde hacía largo tiempo los organismos vinculados a esta trascendental institución, los abogados de la especialidad, los propios jueces y la comunidad jurídica en general reclamaban la existencia de tribunales especializados en el conocimiento del contencioso familiar<sup>1</sup>, la iniciativa tuvo una tramitación legislativa de casi siete años. Durante este largo período el proyecto correspondiente, si bien conservó sus líneas generales, sufrió importantes modificaciones, entre las que puede señalarse el aumento del número de jueces y tribunales pri-

mitivamente considerados; la introducción de un procedimiento compuesto de dos audiencias; la supresión de la competencia para conocer del trámite de discernimiento y la eliminación del sometimiento obligatorio de algunas materias (alimentos, tuición, visitas) a mediación, entre otras.

### OBJETIVOS Y FUNDAMENTOS DE LA LEY

El diagnóstico de la actual justicia de familia –si es que se puede hablar de que exista genuinamente una– revela que ésta no responde al imperativo de protección de la institución familiar que el artículo primero de nuestra Carta Fundamental impone al Estado. En efecto, se trata, en primer lugar, de una justicia dispersa, en la que los juzgados de menores, a través de procedimientos especiales se encargan de conocer tanto asuntos civiles como protectores relacionados con niños, niñas y adolescentes<sup>2</sup>, a lo que se suma la declaración de discernimiento en caso de ilícito

<sup>1</sup> La Comisión Nacional de la Familia, convocada por el ex presidente Aylwin, en su informe final, evacuado en el año 1993, formula entre sus recomendaciones la de crear tribunales de familia y, por otra parte, durante la tramitación legislativa de la ley 19.325 sobre violencia intrafamiliar, quedó constancia en actas de la opinión de los parlamentarios de la falta de un órgano jurisdiccional idóneo para conocer de esta materia, como lo serían los tribunales de familia.

<sup>2</sup> La ley utiliza esta nomenclatura para referirse a las personas menores de 18 años,

tos penales cometidos por personas de entre 16 y 18 años de edad, y aquellos con competencia civil de los conflictos familiares que afectan directamente a los miembros adultos de la familia, pero también indirectamente a los niños, a través, de otros procedimientos. Todo esto a pesar de que en la mayoría de los casos se trata solamente de los distintos aspectos jurídicos que asume un mismo conflicto, generalmente derivado de la ruptura de la pareja.

Esta segmentación provoca una demora innecesaria en la resolución del conflicto, un fuerte desgaste emocional en las familias involucradas y, muchas veces, costos económicos que éstas no pueden asumir. Esto, sin contar con que, en ocasiones, se dictan resoluciones contradictorias por distintos tribunales que están conociendo de la misma materia<sup>3</sup>.

Una segunda deficiencia grave la constituye la escasez de juzgados de menores<sup>4</sup>, que provoca en muchos de los existentes, una grave sobrecarga de trabajo que incide en la excesiva demora en la resolución de asuntos ur-

---

dejando de lado la tradicional de “menores”, que posee cierta connotación peyorativa.

<sup>3</sup> Así suele ocurrir, por ejemplo, cuando un juez civil, conociendo de una acción de violencia intrafamiliar, decreta alimentos provisorios, paralelamente al juez de menores que está conociendo de esta materia.

<sup>4</sup> Actualmente existen 51 juzgados de menor en todo el país, quince de los cuales se concentran en la Región Metropolitana. Aquellos que soportan una mayor sobrecarga, tienen un ingreso de entre cuatro mil quinientas y seis mil causas anuales en circunstancias que un estándar adecuado no debe sobrepasar las ochocientas.

gentes, como los alimentos, tuiciones, visitas, adopciones, etc., que requieren ser solucionados con urgencia<sup>5</sup>; un alto grado de delegación de funciones y, por último bastante ineficacia, traducida en un amplio incumplimiento de las conciliaciones y fallos judiciales.

Como una tercera falencia, podemos destacar el carácter excesivamente controversial y ritualizado de los procedimientos de familia, lo que resulta francamente inadecuado para las especiales características del contencioso familiar, el que se da entre personas que normalmente deberán seguir manteniendo una relación –la parental– a lo menos respetuosa, en bien de los hijos comunes. Por su parte, el ritualismo y extensa utilización del lenguaje jurídico-judicial, que suele resultar bastante críptico, determinan que los justiciables, en este caso personas que generalmente están pasando por una situación aflictiva, se enfrenten a un sistema que no logran comprender, pero que perciben, adoptará resoluciones determinantes para sus vidas, causándoles temor y angustia.

Finalmente, cabe señalar el enfoque exclusivamente jurídico en la solución de estos conflictos, dejando de lado el hecho que ellos presentan otras muchas otras facetas, respecto de las cuales la mirada del Derecho –única que el juez puede hacer– resulta insuficiente y muchas veces hasta distorsionadora.

---

<sup>5</sup> Un estudio realizado por Carlos Cerda y Arturo Onfray, hace algunos años concluye que la duración promedio de la primera instancia de un juicio de menores de menores en la Región Metropolitana era de 420 días.

A partir de este diagnóstico, se planteó la creación de una judicatura especializada de familia como

“un sistema capaz de dar soluciones socialmente adecuadas y que se perciban como legítimas, tratándose ante todo de dotar a nuestro sistema de administración de justicia de órganos y procedimientos para hacer frente a un especial tipo de contencioso, para el cual se carecía de una respuesta específica”<sup>6</sup>.

Así, el proyecto propuso la creación de una jurisdicción única y especializada, encargada de conocer todos los conflictos de naturaleza familiar, con una inspiración conceptual y un diseño procedimental, adecuados a la especial naturaleza del contencioso familiar y que respondiera a las exigencias que establece el Derecho Internacional humanitario, especialmente en relación con los niños, en cuanto sujetos de derechos.

Con esta perspectiva, se diseñó procedimientos orales, concentrados y basados en la inmediatez entre el juez y las partes, en los que los derechos de los niños tuvieran una especial consideración y en que el juez pudiera tomar, con un enfoque amplio, apoyado en las opiniones de otros profesionales de distintas disciplinas, que lo asesoraran.

Como otros objetivos de política pública en la creación de juzgados de

familia se tuvieron en vista los siguientes:

- Mejorar el acceso a la justicia de los sectores más pobres, tradicionalmente restringido. La información empírica existente muestra que el contencioso familiar (junto a asuntos relativos a la justicia penal) es de los problemas por los cuales los pobres acuden más a tribunales.<sup>7</sup>, de manera que invertir una mayor proporción del gasto en justicia en ellos significa una redistribución del tal gasto, el que tradicionalmente ha presentado un carácter regresivo, al concentrar buena parte de los recursos que se invierten en la cobranza judicial.
- Dar primacía a las soluciones no adversariales. Los conflictos de familia suelen poseer una naturaleza propia y sistémica en la que – tal como lo destaca el mensaje de la ley – las nociones propias del Derecho Privado, como la atribución de culpas, o las técnicas de la responsabilidad resultan inadecuadas. Se trata, más bien, de que en cuanto ello resulte posible, sean las propias partes las que

<sup>6</sup> Mensaje presidencial, con el que se envió a tramitación legislativa el proyecto de ley respectivo, p. 2

<sup>7</sup> Un estudio realizado por la Corporación de Promoción Universitaria puso de manifiesto que cuando se pregunta a los pobres urbanos y rurales qué prefieren que se mejore, más del 80% responde que la penal y aquella que se ocupa de los problemas familiares. Por otra parte, entrevistas realizadas a jueces de menores de Santiago y regiones, por quien escribe, revela que la percepción de los jueces es que alrededor de un 70 a 75% de las personas que acuden a sus tribunales son de escasos recursos.

encuentren una solución a su conflicto, acorde con las especiales circunstancias que comparecen en cada caso, contando para ello con los indispensables apoyos que el sistema debe brindarles. Únicamente este tipo de soluciones puede acrecentar el bienestar de todas las partes en conflicto. Existe, por otra parte, evidencia de que ellas garantizan mejor al efectivo cumplimiento de los acuerdos, optimizando la eficacia del sistema.

Acorde con estos objetivos, las ideas matrices de la ley son la transformación de los actuales juzgados de menores en juzgados de familia y la creación de nuevos juzgados de esa especialidad en jurisdicciones con alta carga de trabajo en materia familiar como: Vallenar, Ovalle, Quilpué, San Fernando, Tomé, Talagante, Melipilla, Buin, etc., que hoy carecen de ella; dar a estos nuevos juzgados una estructura organizacional adecuada a una gestión más eficiente e incorporar a su personal un consejo técnico asesor del juez, compuesto por profesionales especializados en familia e infancia; dotarlos de una competencia amplia, que cubra todos los asuntos en que se encuentren involucrados intereses tanto familiares como de niños, niñas o adolescentes; establecer nuevos procedimientos basados en los principios de oralidad, concentración, inmediación, desformalización, actuación de oficio del tribunal, colaboración e interés superior del niño y, finalmente, (*last but not least*) crear una instancia de mediación, que ayude a las partes a encontrar una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos.

#### NÚMERO DE JUECES Y ESTRUCTURA DEL TRIBUNAL

En cuanto al número de los nuevos jueces de familia, éste alcanza a 258, distribuidos en sesenta tribunales. Esto se explica porque cada uno de ellos está compuesto por un número variable de jueces, de acuerdo con la carga de trabajo esperada, en lo que constituye una estructura orgánica similar a la de los juzgados de garantía. Estos jueces se distribuyen las causas entre sí, de acuerdo con un sistema equitativo, correspondiendo a cada uno de ellos la potestad jurisdiccional plena respecto de los asuntos que se le han asignado. Tal como en aquellos juzgados, se contempla la existencia de un administrador especializado; se elimina la figura del secretario letrado, con lo que se libera de tareas administrativas a un funcionario calificado para la realización de tareas jurisdiccionales, permitiendo a quienes actualmente sirven el cargo postular preferentemente a ser jueces; y se distribuye el personal administrativo en distintas unidades, a cargo de tareas concretas.

El gran aumento en el número de jueces, responde, por una parte, a la cantidad de causas de familia existentes en el país, la que es considerable (185.470 causas de menores ingresadas en el año 2002, según estadísticas de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, a las que deben agregarse los asuntos de familia que actualmente son conocidos por los juzgados civiles, entre los que son relevantes en número las causas por violencia intrafamiliar) y, por otra, a que el principio

de intermediación que inspira los nuevos procedimientos, al exigir la presencia personal del juez durante la totalidad de las audiencias, implica una disponibilidad mucho mayor de tiempo dedicado a cada causa por parte del juez.

La función del Consejo Técnico Asesor que se crea en cada uno de los juzgados de familia (y que también existirá, compuesto por al menos un miembro en todos los juzgados de letras que conserven competencia en materia de familia) es, según señala el artículo 5° de la ley,

“asesorar individual o colectivamente a los jueces en el mejor análisis y comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad”.

Es, entonces, a través de este organismo que se busca cumplir el objetivo de conocer y resolver los asuntos de familia desde un enfoque interdisciplinario. Con todo, ha existido cierta discusión e incerteza acerca de las funciones exactas que corresponden a este Consejo y, específicamente, sobre la posibilidad de que el juez solicite a uno o más de sus miembros la evacuación de informes periciales (al modo, por ejemplo, de los actuales informes sociales). Asimismo, las profesiones que debieran tener sus integrantes fueron ampliamente debatidas durante la discusión parlamentaria, optándose, finalmente, por una fórmula amplia, pero con el requisito de especialización en familia e infancia. (art. 7° de la ley).

## COMPETENCIA

La competencia de los nuevos juzgados de familia abarca todas las materias que el artículo 26 de la ley 16.618 entregaba a los jueces de menores<sup>8</sup>, con excepción de la declaración de discernimiento, que se traspasa a los jueces de garantía (en lo que debiera ser una norma de corta vida, ya que este trámite desaparece en el proyecto sobre responsabilidad penal juvenil, en actual tramitación parlamentaria, el que ha contado con amplio apoyo) En todo caso, constituye una idea fundamental de la ley que estos tribunales no se aboquen al conocimiento de infracciones penales cometidas por adolescentes

<sup>8</sup> Esto es:

1. Determinar a quien corresponde la tuición de los menores, establecer la forma en que ha de ejercerse el régimen comunicacional (visitas) y declarar la suspensión o pérdida de la patria potestad y autorizar la emancipación.
2. Conocer de los asuntos de alimentos que se deban a menores, al cónyuge cuando éste los solicite junto con sus hijos menores o a parientes mayores y menores de edad que los soliciten conjuntamente.
3. Conocer de los disensos para contraer matrimonio.
4. Nombrar guardador al menor que carezca de bienes.
5. Resolver sobre la vida futura del menor en el caso del inciso 3° del art. 234 del *Código Civil*.
6. Conocer de la citación a confesar paternidad o maternidad.
7. Conocer del trámite de discernimiento.
8. Conocer de los asuntos en que se impute un hecho punible a un menor que carece de responsabilidad penal.

imputables. Los expertos en Derecho de Infancia estiman al respecto, que no debe ser un mismo juez ni tribunal el que conozca de medidas de protección de niños vulnerados en sus derechos y el que juzgue tales infracciones, pues históricamente esta doble función ha llevado a aplicar criterios similares ante situaciones que reclaman soluciones diferentes.

A las materias señaladas anteriormente se agrega el conocimiento de las acciones de la ley de adopción, separación de bienes, separación judicial, divorcio, nulidad de matrimonio, bienes familiares, alimentos mayores, filiación, violencia intrafamiliar, guardas (con excepción a de la herencia yacente) e interdicción, actualmente radicadas en la jurisdicción civil<sup>9</sup>. La inclusión de estas dos últimas materias ha sido también objeto de discusión, especialmente por parte de jueces de menores. Sin embargo, la consideración básica para incluirlas radica en que ambas instituciones –por lo demás estrechamente relacionadas entre sí– miran a la protección de la integridad del patrimonio familiar.

Se incluyen, además, las autorizaciones judiciales relacionadas con la administración de los bienes en la sociedad conyugal, el régimen de participación en los gananciales, los bienes familiares y el ejercicio de la patria potestad y de las guardas.

La nueva ley de matrimonio civil, por otra parte, entrega a los jueces de

familia competencia para liquidar el régimen patrimonial que medie entre los cónyuges, en el marco de las acciones contempladas por esta misma legislación.

Finalmente, una norma de clausura establece que corresponderá a los juzgados de familia el conocimiento de cualquier otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia.

Se excluyen, por otra parte, los asuntos patrimoniales suscitados entre algún miembro de la familia y sus acreedores o deudores extraños a ella, por encontrarse involucrado en estos casos derechos de terceros, que deben ser resueltos de acuerdo con los principios propios del Derecho Civil patrimonial.

Cabe comentar –y también lamentar– que las cuestiones patrimoniales suscitadas entre convivientes, sea durante la unión o a su disolución, no quedan incluidas. Ello responde más a una omisión que a una intención en ese sentido, pero lo adecuado a una mirada no restrictiva acerca de la familia, sino que atenta a su protección integral, habría sido incluirlas.

#### PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO

Los procedimientos de familia que establece la ley 19.968 se rigen por una serie de principios procesales que se estiman claves para el conocimiento y resolución de los asuntos familiares. Probablemente en la comprensión cabal y la aplicación efectiva de estos principios por parte de los jueces de familia se jugará buena parte del éxito de los nuevos tribunales.

<sup>9</sup> Salvo las acciones relativas a la adopción, cuyo conocimiento corresponde a los juzgados de menores en virtud de la ley 19.620.



Estos principios son los siguientes:

1. Oralidad: las actuaciones procesales son orales, con las excepciones que la misma ley señala, entre las que se puede mencionar la demanda, que puede interponerse en forma oral o escrita, los incidentes promovidos fuera de una audiencia y la sentencia.
2. Concentración: los actos procesales se desarrollan en una o más audiencias próximas entre sí (dos por la regla general), a fin de que el juez conserve en su memoria las manifestaciones de las partes y los resultados de las pruebas.
3. Desformalización: se trata de evitar ritualismos innecesarios y de flexibilizar el procedimiento, cuidando de no afectar el debido proceso. Se manifiesta especialmente en la posibilidad de las partes de litigar personalmente, en la simplificación de los requisitos de la demanda, en la libertad de prueba y en el sistema de notificaciones. Este principio está íntimamente conectado con el objetivo de mejorar el acceso a la justicia, haciéndola más cercana y comprensible a sus usuarios.
4. Inmediación: las audiencias y las diligencias de prueba deben realizarse siempre con la presencia del juez, sancionándose con nulidad la delegación de funciones. Ello a fin de que el juez forme su convicción sobre la base de las alegaciones y pruebas que haya recibido personalmente.
5. Actuación de oficio: una vez promovido el proceso el juez debe

adoptar, por propia iniciativa, todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad. Como manifestaciones de este principio, el juez posee una potestad cautelar amplia, puede rechazar prueba inconducente y decretar la que estime necesaria y no haya sido ofrecida por las partes, disponer la comparencia de personas que a su juicio posean antecedentes relevantes a las audiencias, etcétera.

6. Colaboración: se trata de buscar, durante el procedimiento y en la resolución del asunto alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes. Para ello se da a éstas diversas oportunidades de someter el conflicto a mediación y de no hacerse así, o frustrarse la mediación intentada, se llama a conciliación, proponiendo el juez las bases correspondientes (con excepción de los asuntos relativos al estado civil de las personas y sin perjuicio de lo establecido en la ley de matrimonio civil, la declaración de interdicción, el maltrato y la adopción, en los que no proceden la mediación ni la conciliación). En los casos de violencia intrafamiliar, por su parte, se restringen las soluciones consensuadas al acuerdo de medidas reparatorias).
7. Protección de la intimidad: los procedimientos de familia son, en principio, públicos, según lo exige la transparencia de la administración de justicia. Sin embargo, este principio pugna con

el derecho a la intimidad de las partes y, especialmente de los niños, en asuntos de índole estrictamente privada. La plena vigencia del principio de publicidad, su restricción o su supresión fue una materia ampliamente debatida en todas las instancias de la tramitación legislativa, llegándose, finalmente, a una fórmula que, conservando la publicidad como principio, permite al juez atenuarla, prohibiendo la difusión de algunos datos del proceso o disponer la realización de actuaciones reservadas, lo que debe hacer fundadamente.

8. Prevalencia del interés superior del niño: este principio responde a la tendencia actual del Derecho de Familia de dar especial protección a los derechos de sus miembros más débiles y particularmente los niños. Sobre este principio cabe comentar que, al menos desde la Convención Internacional de los Derechos del Niño<sup>10</sup>, no puede considerarse que el interés superior del niño constituya una cuestión más o menos vaga y subjetiva. Por el contrario, como lo señala Cillero<sup>11</sup>, apunta directamente a la me-

jor protección de los derechos y garantías que corresponden a todos los niños, en tanto personas e implica, entre otras cosas, que en caso de colisión entre derechos de niños y de adultos, por más legítimos que sean estos últimos, deben prevalecer los primeros.

#### REGLAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO

La ley establece una serie de reglas generales de procedimiento que modifican aquéllas contenidas en el título preliminar del *Código de Procedimiento Civil*, a fin de dar operatividad a los principios antes señalados. Ellas se refieren principalmente a la prueba, estableciendo un sistema muy similar al del *Código Procesal Penal* (teniendo en cuenta las diferencias que imponen las respectivas materias) que, entre otras modificaciones a las reglas generales, contempla un sistema de libertad de medios probatorios y de apreciación según las normas de la sana crítica<sup>12</sup>.

Asimismo, se regula especialmente la comparecencia en juicio, la representación de los niños en caso de que sus intereses sean independientes o contradictorios con los de sus representantes legales, el sistema de notificaciones, la potestad cautelar del juez, el aban-

<sup>10</sup> Ratificada por Chile en el año 1989.

<sup>11</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel. "El interés superior del niño en el contexto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá - Buenos Aires, Temis - Depalma, 1998.

<sup>12</sup> "Podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografía, fonografías, video grabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe (art. 54).

dono del procedimiento y los incidentes. Finalmente, cabe señalar sobre este punto que las normas del *Código de Procedimiento Civil* rigen supletoriamente sólo en cuanto no pugnen con los principios del procedimiento, en cuyo caso el juez determina la forma de realizar la actuación respectiva, en lo que constituye una clara muestra de las facultades directivas de que goza el juez de familia.

#### EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Éste comienza por demanda oral o escrita y se desarrolla, generalmente, a través de dos audiencias. Una primera, de carácter preparatorio en que se ratifica la demanda, se contesta verbalmente, se llama a conciliación<sup>13</sup>, se determina el objeto del juicio –la controversia no queda limitada en este procedimiento por las alegaciones de la demanda y su contestación (y la eventual reconvencción), sino que puede extenderse en ese momento a otras materias de su competencia que una o ambas partes deseen someter al tribunal– se determinan las pruebas que deberán rendirse<sup>14</sup> y se recibe aquélla que sea posible rendir en ese momento.

La segunda audiencia tiene por objetivo principal la recepción de la prue-

<sup>13</sup> En esta misma audiencia también se vuelve a invitar a las partes a someter el conflicto a mediación, si éstas no han decidido hacerlo antes.

<sup>14</sup> En relación con ello, en esta misma ocasión se dispone la citación de los testigos y peritos en su caso, se despachan los oficios necesarios, etcétera.

ba, pudiendo el juez, cuando lo estime pertinente, oír las opiniones de algún miembro del Consejo Técnico sobre la que se haya rendido. Al término de esta audiencia el juez comunica su resolución a las partes, indicando los fundamentos principales tomados e consideración para dictarla. La redacción del fallo puede diferirse por un plazo de hasta cinco días ampliables a diez.

La sentencia debe cumplir con una serie de requisitos tendientes a su sustentación jurídica, entre ellos el análisis de la prueba rendida y la exposición de las razones legales y doctrinarias que sirven para sustentar el fallo. Ciertamente, esto significa un enorme avance en relación con las actuales sentencias de menores, que suelen carecer de mínimos análisis.

#### LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Además de los procedimientos relativos a la adopción –regulados por la ley respectiva– se contemplan dos procedimientos especiales, a saber: el de aplicación de medidas de protección de derechos de niños<sup>15</sup> y el de violencia intrafamiliar, los que modifican al ordinario en aquellos puntos en que las especificidades de las respectivas materias lo requiere. Como ejemplo, puede señalarse que el procedimiento de protección puede iniciarse por requerimiento del mismo niño u otras personas, no requiriendo de formalidad alguna e, incluso, de oficio; que en él

<sup>15</sup> Párrafo 2º del título IV, arts. 68 a 80.

el juez debe tener necesariamente en consideración las opiniones de los niños afectados, en función de su edad y madurez, y que cuenta con un catálogo de medidas cautelares especiales<sup>16</sup>. Por su parte, el de violencia intrafamiliar<sup>17</sup> puede iniciarse por demanda o denuncia, cuenta también con un catálogo de medidas cautelares especiales y –institución novedosa en nuestros procedimientos civiles– cabe la suspensión condicional de la sentencia cuando se cumplen determinados requisitos que llevan a suponer que se trata de un caso aislado y se asumen por el ofensor determinados compromisos.

#### LOS RECURSOS

244

La reposición y la apelación se rigen por las reglas generales con algunas modificaciones ligadas a la oralidad, en el caso de la reposición, y a la desformalización tratándose de la apelación.

Lo más novedoso es, la procedencia del recurso de casación en la forma en contra de las sentencias definitivas de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, en los casos que señala la letra b) del artículo 67 de la ley<sup>18</sup>.

En todo caso, es en materia de segunda instancia donde el sistema pre-

senta una notoria debilidad. En efecto, los principios de oralidad e inmediatez, tan celosamente resguardados en la primera instancia, simplemente desaparecen en la segunda. Se trata, sin duda, de una cuestión fundamental que queda pendiente, pero a la que deberá darse solución cuanto antes.

#### LA MEDIACIÓN FAMILIAR

El establecimiento de este sistema alternativo de resolución de conflictos, que sustituye o complementa el procedimiento judicial es uno de los aspectos más innovativos de la ley. Al iniciarse los estudios que culminaron en el respectivo proyecto de ley, se pensó en situar el sistema de mediación al interior del tribunal, pero, tras un mayor análisis, se concluyó que las familias en conflicto sentirían más confianza para expresarse con entera libertad en un ambiente distinto, más amable y distendido que el que puede brindar un tribunal. Se optó, así, por un sistema de mediadores externos, que deben cumplir con ciertos requisitos que la ley y su reglamento establecen, y que deben inscribirse en un registro nacional.

El mensaje del Ejecutivo contemplaba el acceso gratuito a este sistema para todas las personas y así fue aprobado en el primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados. Sin embargo, en el Senado se restringió tal gratuidad a quienes gocen de privilegio de pobreza, aprobándose, de esta forma, la ley. Si bien tal decisión parece razonable desde el punto de vista financiero, el costo de la mediación,

<sup>16</sup> Las que se encuentran taxativamente enumeradas en el art. 71 de la ley.

<sup>17</sup> Párrafo 3º del título IV, arts. 81 a 101.

<sup>18</sup> Éstos son: incompetencia del tribunal; implicancia del juez; *ultrapetita*; cosa juzgada; decisiones contradictorias en la sentencia y falta de algún trámite esencial.

que deberán sumir las partes en el resto de los casos, puede desestimular gravemente su utilización, lo que atenta contra las bases mismas del sistema.

La ley expresa que para los efectos contemplados en ella se entiende por mediación

“aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”.

La posibilidad de mediar el conflicto procede, en la mayoría de las materias, de competencia de los juzgados de familia, excluyéndose solamente los asuntos relativos al estado civil (sin perjuicio de lo establecido por la ley

de matrimonio civil), la declaración de interdicción, el maltrato de niños o incapaces y la adopción. Por otra parte, en materia de violencia intrafamiliar, la mediación se restringe a los acuerdos reparatorios para el caso de la suspensión condicional de la sentencia.

Las partes pueden someter el conflicto a mediación en forma previa al inicio de la acción, al interponerla o durante el curso del juicio, y los acuerdos totales o parciales que se obtengan, tienen valor de sentencia ejecutoriada una vez aprobados por el juez.

Cabe señalar, por último, que las diversas experiencias de mediación familiar desarrolladas hasta ahora en Chile, en forma experimental, han dado excelentes resultados, llegándose a un elevado porcentaje de acuerdos, los que la vez presentan un alto grado de cumplimiento.

conflictos interpersonales— pero aquí adquieren un papel preponderante. Se trata de factores emocionales y afectivos que cruzan las relaciones familiares, que en la mayoría de los casos están asociadas a lazos de consanguinidad entre las partes. La continuidad de las relaciones familiares —entre padres e hijos, abuelos y nietos y otros miembros de la familia— son especialmente vulnerables a las decisiones y al modo en que éstas se tomen en un escenario de conflicto.

Dada la naturaleza sistémica de este tipo de conflictos, el enfoque legalista y fraccionado predominante debe dar paso a una nueva óptica que se haga cargo e integre la gran variedad de aristas que están en juego en un conflicto de familia, todo ello desde una perspectiva de trabajo interdisciplinario.

Otro tanto ocurre con los procedimientos hasta ahora empleados para resolver los conflictos de familia. Los procedimientos vigentes responden a la lógica de adjudicación de derechos en juicio, del tipo de conflictos de suma cero, en lo que una parte gana la otra lo pierde, estableciendo, entonces, la dicotomía entre un vencedor y un vencido. El carácter eminentemente confrontacional de estos procedimientos atenta contra la viabilidad de fórmulas alternativas de solución del conflicto que privilegien decisiones acordadas entre las partes en función de sus intereses, necesidades y características del grupo familiar. Por otra parte, la estructura de los procedimientos imperantes, escritos, latos y en los cuales el contacto del juez con las partes se ve mediado por los funcionarios judiciales y

los abogados impiden la entrega de respuesta oportuna.

Y a esto se suma la distribución de la competencia de los asuntos de familia, que en la actualidad se encuentra dispersa en distintos tipos de tribunales, civiles y de menores, lo que no hace sino dificultar el acceso a la justicia y dilatar los tiempos de resolución.

Estos dos aspectos, la naturaleza de los conflictos de familia así como el diagnóstico de la situación de la justicia de familia hoy en día constituyen los fundamentos de la reforma *en comento*, la que tiene por objetivo dotar al sistema judicial de órganos y procedimientos que permitan buscar soluciones adecuadas a la problemática familiar que llega a los tribunales de justicia. Para ello, se establece la creación de una justicia especializada que concentre en una sola sede jurisdiccional el conocimiento de todos los asuntos de familia y se establecen nuevos procedimientos orales, concentrados y desformalizados.

Esta ley, siguiendo la técnica legislativa de la Reforma Procesal Penal titula y define cada uno de los principios formativos que sustentan los procedimientos que contempla, lo que permite tener una mira resumida, pero global de ellos y, a la vez, ofrece herramientas para la interpretación judicial y doctrinaria de las normas allí contenidas.

Junto con la oralidad (artículo 10) y la concentración (artículo 11), esta ley recoge el principio de la inmediatez, en virtud del cual el juez debe presenciar todas las audiencias y diligencias probatorias, so pena de la nulidad de

la actuación, asimismo, se prohíbe en forma categórica la delegación de funciones (artículo 12). Bajo el nombre del principio de actuación de oficio, se dota al juez de la facultad de adoptar todas las medidas necesarias para llevar a término el proceso con mayor celeridad (artículo 13).

Mención aparte requiere el principio denominado protección de la intimidad (artículo 15), el que se refiere a la publicidad del proceso. Como sabemos, en Chile todos los actos procesales, por regla general, son públicos, salvo las excepciones legales dentro de las cuales habitualmente se consideraban los asuntos de familia. Sin embargo, esta ley no establece explícitamente dicha excepción, sino que, por el contrario, se refiere a la facultad del juez de prohibir la difusión de datos e imágenes del proceso o de las partes en pos del derecho a la intimidad de las personas. Y esto se ve reforzado cuando hay niños, niñas y adolescentes involucrados. Esta prohibición deberá ser objeto de una resolución fundada con especificación si se trata de algunas o todas las actuaciones del proceso. De allí se colige que el principio consagrado es el de la publicidad, con una facultad amplia para el juez de decretar que las actuaciones del proceso se realicen en forma reservada.

A estos principios se suman otros dos que, si bien no forman parte de lo que la doctrina procesal ha identificado como principios formativos, en esta ley se recogen y se les otorga dicha calidad. Se trata del interés superior del niño (artículo 16) y de la colaboración (artículo 14). Esta ley –haciendo eco

del mandato de la Convención de Derechos del Niño– establece como uno de sus objetivos el de garantizar el ejercicio y goce pleno y efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional. Se hace especial hincapié a dos garantías prescritas en la Convención, el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído, las que el juez deberá considerar al momento de resolver el asunto. Este principio cruza transversalmente todos los procedimientos establecidos en esta ley, con mayor detalle, por cierto, en el que regula la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Por su parte, el principio de la colaboración recoge la necesidad de ampliar la oferta de tutela jurisdiccional que ofrece el sistema, en la línea de proveer a los justiciables vías alternativas de resolución de sus conflictos. Como se decía al inicio, la respuesta adversarial que ofrece el proceso judicial se contrapone a una de las características de las relaciones familiares, cual es su permanencia en el tiempo. Las vías alternativas –como la conciliación y la mediación– permiten a las partes por sí mismas tomar decisiones satisfactorias y adecuadas a su realidad, considerando los intereses y necesidades de todos los involucrados, cualquiera sea su naturaleza y así contribuir a mitigar la confrontación entre las partes.

La ley regula en un capítulo especial (título v) el sistema nacional de mediación, el que queda entregado a profesionales externos al Poder Judicial, los que previamente inscritos en

el Registro Nacional de Mediadores (artículo 110) podrán ofrecer sus servicios. Para ser mediador adscrito a los tribunales de familia se exige ser un profesional idóneo –calificación que no queda clara en la ley– y no haber sido condenado o sujeto a formalización de investigación criminal por delitos que merezcan pena aflictiva, delitos de los artículos 361 a 375 del *Código Penal*, ni por actos de violencia intrafamiliar. Además, se debe cumplir con los requisitos complementarios que establecerá el reglamento que elaborará el Ministerio de Justicia (artículo 111). En este último punto, cabe señalar que los requisitos complementarios –entre otros– se refieren al número de horas y lugares de formación de los mediadores de familia.

Todas las materias que conoce un tribunal de familia son susceptibles de mediación, salvo aquéllas relativas al estado civil, maltrato infantil, declaración de interdicción y adopción. Respecto de los casos de violencia intrafamiliar se crea una figura especial denominada suspensión condicional de la dictación de la sentencia, que faculta al juez de familia a derivar un caso a mediación siempre que se cumplan algunas condiciones, como que el agresor reconozca los hechos ante el tribunal, que existan antecedentes que permitan presumir que no volverá a cometer los mismos actos y que las partes se encuentran en condiciones de negociar en un plano de igualdad. La mediación sólo podrá llevarse a efecto para regular las obligaciones respecto de las relaciones de familia y otras de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima, previo

acuerdo de las partes. Para ello, el juez de familia deberá ser asesorado por el Consejo Técnico (artículo 96).

La mediación en esta ley tiene el carácter de voluntaria –las partes podrán solicitarla o, bien, ser derivadas por el tribunal con la anuencia de las partes– y puede operar en cualquier momento del proceso hasta antes de la audiencia del juicio. En efecto, las partes podrán participar en un proceso de mediación antes de ejercer la acción correspondiente (artículo 103); pueden ser derivados por el oficial de mediación del tribunal al momento de ejercer la acción antes de la audiencia preparatoria (artículo 105) y durante la misma audiencia (artículo 61). En relación con los costos de la mediación, se establece un sistema mixto, debiendo las partes pagar los servicios del mediador, de acuerdo con un arancel que fijará el Ministerio de Justicia, salvo si se trata de personas que cuenten con un informe favorable de las corporaciones de asistencia judicial o instituciones privadas o públicas que presten asistencia judicial en forma gratuita (artículo 113).

Volviendo, ahora, al instrumento diseñado para canalizar las demandas de justicia, uno de los aspectos centrales de esta ley es la regulación de un nuevo procedimiento ordinario de aplicación general para todos los asuntos de competencia de los tribunales de familia, de manera de unificar la forma de conocer y resolver estos asuntos. Se regulan, además, tres procedimientos especiales –violencia intrafamiliar, aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de niños, ni-



ñas y adolescentes y los actos judiciales no contenciosos de familia – por las particulares características de este tipo de asuntos.

En términos generales, todos los procedimientos se estructuran sobre la base de dos audiencias –una preparatoria y otra de juicio– que requieren de la presencia activa y directa del juez en todas ellas y las que se desarrollarán una seguida de la otra, en breve plazo.

La audiencia preparatoria (artículo 61) tiene varios objetivos, pero el primordial es proveer a la depuración de la litis, definiendo el asunto controvertido. En primer término, en ella ratificada la demanda se recibirá la contestación oral o escrita, se contestará la reconvencción si se ha deducido y se decretarán medidas cautelares de oficio o a petición de parte. Una vez cumplidos esos objetivos, el juez promoverá la mediación y la conciliación entre las partes y si éstas propuestas no prosperaren, el juez procederá a determinar el objeto del proceso, a fijar los hechos que deben ser probados y a determinar las pruebas que deberán rendirse. Si es posible, se rendirá en esa oportunidad la prueba disponible y se fijará fecha de la audiencia de juicio, la que debe realizarse en un plazo no superior a treinta días.

Como su nombre lo indica, esta audiencia tiene como finalidad “preparar” la audiencia de juicio, en la cual se presentarán los medios de prueba ofrecidos por las partes y los decretados por el juez de familia.

El texto legal establece un sistema probatorio innovador que sigue de cerca el modelo propuesto por la Reforma

Procesal Penal. Por una parte, establece la libertad de prueba, en virtud de la cual se podrán probar todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del caso (artículo 28), a través de todos los medios de prueba de que dispongan las partes y de los que puedan ser solicitados al tribunal para su generación (artículo 29). Asimismo, se permite la presentación de otros medios de prueba que no se encuentran regulados expresamente por la ley, como videos, grabaciones, fonografías y, en general, cualquier medio apto para producir fe (artículo 54).

Establece, también, la figura de las convenciones probatorias (artículo 30) y de la exclusión de la prueba (artículo 31), que tienen por objetivo evitar la presentación de pruebas respecto de hechos en que no hay disputa entre las partes y aquélla que resulte sobreabundante, impertinente, que dé por acreditados hechos públicos y notorios o que haya sido obtenida en forma ilícita, es decir, con infracción de las garantías constitucionales.

Se establece la valoración de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo que se ha considerado un avance en relación con el sistema vigente, el de apreciación de la prueba en conciencia, pues obliga al juez de familia a fundamentar su fallo de acuerdo con los principios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados (artículo 32).

Se regulan como medios probatorios en forma expresa la prueba testimonial, la pericial y lo que se ha denominado declaración de partes que se

asimila a la prueba confesional. En esta materia son innovadoras las normas que establecen que no habrá testigos inhábiles (artículo 40), el principio de no autoincriminación (artículo 37) y aquella que los niños, niñas y adolescentes podrán ser testigos, los que serán interrogados sólo por conducto del juez (artículo 41).

Una vez rendidas la pruebas en la audiencia de juicio, el juez de familia deberá fallar inmediatamente, pudiendo reservar la redacción de fallo por un plazo de cinco días. Lo que persigue esta norma es que el juez, con el mérito de lo visto y oído en las audiencias, resuelva sin dilaciones. Tal como opera en la Reforma Procesal Penal, el juez de familia debe dar su veredicto sin necesidad de señalar en forma detallada su razonamiento, sino que indicando los principales fundamentos tomados en consideración. Si la audiencia de juicio durara más de dos días, el juez podrá postergar la decisión hasta el día siguiente hábil (artículo 65). La sentencia deberá ser fundada y explicitará las razones legales y doctrinarias que sirven de base al fallo, además de otros requisitos (artículo 66).

El régimen de recursos procesales se rige por las reglas del *Código de Procedimiento Civil*, siempre que ello no resulte incompatible con los principios formativos del procedimiento antes señalados. Se contempla el recurso de reposición el que podrá ser presentado y resuelto en la misma audiencia; el recurso de apelación para sentencias definitivas, interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su prosecución y las que se pronuncien

sobre medidas cautelares y el recurso de casación en la forma sólo respecto de sentencias definitivas de primera instancia y de interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación (artículo 67).

A estas audiencias las partes podrán comparecer personalmente sin necesidad de patrocinio letrado. Sin embargo, si una de ellas designa abogado patrocinante, todas las demás deberán contar con la misma asistencia y el juez debe velar por ello (artículo 18). En esta materia, se adoptan medidas para garantizar que también los intereses de los niños e incapaces se encuentren debidamente representados, para lo cual se designará a un abogado de alguna corporación de asistencia judicial o de un organismo dedicado a la promoción, prevención y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, quien actuará en calidad de curador *ad litem* (artículo 19).

Con la finalidad de posibilitar la adopción de medidas urgentes cuando la situación lo amerite, se otorga al juez de familia una potestad cautelar amplia, la que puede ejercer tanto de oficio como a petición de parte (artículo 22). Se contemplan la figura de la acumulación necesaria, cuyo objetivo es permitir al juez conocer y resolver en un mismo proceso todos los asuntos que las partes sometan a su consideración, con el fin de ofrecer una solución integral a las familias y evitar la duplicación de recursos personales y judiciales (artículo 17).

En relación, ahora, con la estructura orgánica de los nuevos tribunales de familia, esta ley introduce impor-

tantes reformas al Poder Judicial, reemplazando los actuales tribunales de menores por los tribunales de familia unipersonales de composición múltiple y creando la figura del Consejo Técnico.

En efecto, la ley crea sesenta nuevos tribunales de familia en todo Chile, cada uno de ellos formado por un número variable de jueces, de uno a doce jueces, los que compartirán la infraestructura y la organización administrativa, pero ejercerán en forma independiente y autónoma la potestad jurisdiccional. El número de jueces aumenta considerablemente, pasando de 51 jueces de menores a 258 jueces de familia, con lo que se quintuplica la dotación en la judicatura de familia, de modo de permitir la aplicación efectiva de los principios de la inmediatez y de la concentración en el desarrollo de los procesos.

Además de estas innovaciones, se crea la figura del Consejo Técnico en la línea de ofrecer a los justiciables una respuesta integral desde una perspectiva interdisciplinaria. Compuesto por profesionales con experiencia y conocimientos en materia de familia, además de la exigencia de un curso de especialización de dos semestres (artículo 7), estos profesionales se abocarán a la tarea de asesorar individual o colectivamente al juez en el análisis y mejor comprensión de los casos. La ley sólo estipula que los miembros del Consejo Técnico deberán ser profesionales sin definir en forma explícita la carrera de origen de éstos, lo que abre la puerta a que distintos tipos de profesionales puedan acceder a formar parte

de este órgano –psicólogos, sociólogos, profesores e, incluso, abogados– sin perjuicio de lo cual se estima que principalmente se tratará de los asistentes sociales judiciales de los actuales tribunales de menores, que serán traspasados por derecho propio a los nuevos tribunales de familia.

Entre sus funciones estará la de participar en las audiencias de juicio a las que sean llamados por el juez de familia; entrevistar a niños, niñas y adolescentes; evaluar la pertinencia de derivar a mediación o aconsejar la conciliación y en todas aquellas materias que por sus conocimientos puedan colaborar en una adecuada resolución del conflicto (artículo 5).

Dada la amplitud de las normas *en comento*, en la actualidad existe discusión acerca del papel que representarán los miembros del Consejo Técnico. Hasta ahora el debate se ha centrado en el carácter de las opiniones que ellos emitirán y a la posibilidad de impugnarlas. Sin perjuicio de las diversas posturas que puedan plantearse, existe cierto consenso en que los consejeros no tienen la calidad de peritos, por tanto, no emiten informes a ser presentados como medios de prueba en la audiencia de juicio, sino que dan opiniones al juez en su calidad de asesores.

Otra interesante figura que se crea con esta ley –ya conocida por la Reforma Procesal Penal– es la del administrador del tribunal, quien tendrá a su cargo la adecuada y oportuna gestión de los servicios que presta el tribunal de familia. Bajo su mando estará el personal administrativo que se divide en funcionarios de atención de

público, de sala y de contabilidad y que tendrá entre otras funciones organizar y coordinar la realización de las audiencias.

Como se aprecia, la estructura de los nuevos tribunales dista con creces del actual sistema, lo que unido a los procedimientos establecidos propende a una justicia que responda en forma

adecuada a las necesidades y características de las familias. Es de esperar que estas nobles aspiraciones se concreten en la realidad –siempre compleja y cambiante– permitiendo mejorar el acceso, oportunidad y calidad de la respuesta jurisdiccional para los conflictos de familia.

# Recensiones

.....



FRANÇOIS CHABAS, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, traducción y notas de Mauricio Tapia, París, Van Dieren, 2004, 127 pp.

El libro del profesor François Chabas, cuya traducción estuvo a cargo del profesor Mauricio Tapia Rodríguez, presenta una apretada síntesis de la evolución de la responsabilidad civil en Francia durante el siglo xx. En esta *belle édition* se constata la importante evolución de la responsabilidad civil a partir de fines del siglo xix, época en la cual los cambios en la producción condujeron a los juristas franceses a interrogarse sobre la situación de la víctima y el fundamento de la responsabilidad civil. Justamente Saleilles y Josserand introducen la noción de responsabilidad por riesgo con el firme propósito de proteger a las víctimas. La propuesta de la doctrina será acogida de manera favorable por la jurisprudencia, siendo ambas fuentes del Derecho determinantes en la evolución de la responsabilidad civil. En esta época se sitúa el inicio de las reflexiones del profesor Chabas, quien en la primera parte analiza la decadencia del papel de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, lo cual se manifiesta en la objetivación de

este elemento y en la expansión de la responsabilidad objetiva. Aquí repasa las diversas manifestaciones del alicaido elemento subjetivo. Por ejemplo, la exclusión de la imputabilidad como elemento de la culpa, al permitir la responsabilidad de los dementes e infantes, lo cual más tarde tendrá consagración legislativa.

En cuanto a la objetivación de la responsabilidad civil debo destacar el análisis de la responsabilidad por el hecho de las cosas y por el hecho de otro. Ambos temas han tenido un desarrollo fundamental en la jurisprudencia de la Corte de casación. El análisis jurisprudencial es claro y exacto, siendo posible constatar el inmenso aporte de la jurisprudencia para adecuar una normativa anquilosada a la realidad social contemporánea.

La segunda parte del libro discurre sobre la extensión de la reparación. Este tránsito desde la responsabilidad civil centrada en la culpa hacia la actual nomenclatura de Derecho de Daños. Con el aval del Tribunal Constitucional la reparación pasa a constituir un derecho. Si el Estado establece un derecho a favor de la víctima debe proveerla de un sistema de indemnización efectivo que permita garantizar dicho

derecho. Aquí, el autor repasa las diversas categorías de víctimas y daños. En especial se ocupa de la *perte d'une chance* y el perjuicio de agrado, ambas categorías de daños no siempre fueron abordadas de manera acertada por la jurisprudencia francesa. En el caso de la pérdida de una posibilidad las fronteras con los problemas de causalidad no están exentas de ambigüedad. Por su parte, el perjuicio de agrado, que pretendía constituir una categoría precisa de daño moral, ha pasado por su extensión a perder su fisonomía primigenia. En este mismo acápite se alude al *arrêt Perruche* cuya decisión significó una reforma en materia de responsabilidad médica, según informa el traductor. El libro revisa las diversas garantías de la reparación, siendo interesante el análisis de la obligación *in solidum*, cuyos problemas han estado vinculados a la acción de repetición una vez solucionada la indemnización. En Chile, por el contrario, las vicisitudes respecto a la solidaridad se deben a la interpretación estricta del artículo 2.317 del *Código Civil*, que ha excluido la solidaridad en el ámbito de la responsabilidad por el hecho ajeno. El profesor Chabas termina exponiendo los fondos de garantía, lo que quizá sea el preludio de la nueva orientación de la responsabilidad civil, marcada por la prevención y la socialización del riesgo.

En suma, la síntesis propuesta expone la evolución en la jurisprudencia francesa de la responsabilidad civil. Un claro ejemplo del trabajo que desarrolló la doctrina francesa durante todo el siglo xx. No sólo una descripción de los fallos de principio dic-

tados por la *Cour de Cassation* sino, también, el intento de dar a la jurisprudencia de esta Corte una estructura lógica que les permitiera extraer los grandes principios. Sin duda, el libro propuesto a la comunidad nacional permite conocer las grandes tendencias de la jurisprudencia francesa durante el siglo xx, sobrepasando la obra importante, pero ya anquilosada de los hermanos Mazeaud.

CARLOS PIZARRO WILSON

JAVIER BARRIENTOS GRANDON y ARANZAZU NOVALES ALQUÉZAR, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, Santiago, LexisNexis, 2004, pp. 472.

#### 1. DISCLAIMER

*Nuevo derecho matrimonial chileno* es el primer libro sobre la ley N° 19.497; y se agradece, por varias razones. Antes de enunciarlas, sin embargo, es necesario un *disclaimer*. Considero a Javier Barrientos mi amigo y de Aránzazu no me atrevería a decir lo mismo simplemente por no abusar de su confianza; por lo mismo renuncio desde el comienzo a toda pretensión de imparcialidad que se pueda pedir a una recensión.

#### 2. AÚN DESDE UNA MIRADA PARCIAL

No obstante, el hecho que uno se aproxime al libro de Barrientos y Novales



con simpatía hay ciertos méritos en él que resultan suficientemente elocuentes. El primero de ellos, en mi opinión, es que se trata de un libro útil. Como resulta bien sabido la entrada en vigencia de la ley 19.947 modifica significativamente la disciplina del matrimonio en Chile, una disciplina –conviene recordarlo– que imperó desde 1889, aun cuando desde la primera mitad del siglo XX convivió con la nulidad por incompetencia del Oficial del Registro Civil, un sucedáneo espurio del divorcio vincular. Las modificaciones que incorpora esta ley no sólo son radicales sino que refuerzan instituciones latentes en el Derecho chileno, introducen otras largamente esperadas y anunciadas, y otras bien desconocidas para la dogmática chilena. En el primer caso se encuentra, por ejemplo, el *ius conubii* que sin encontrarse reconocido expresamente en la Constitución de 1980 podía deducirse, sin problema, como lo advierten los autores del libro que se comenta (p. 145) de los artículos 1 y 19 de la Carta Fundamental. La ley 19.947 lo contiene expresamente en su artículo 2. Barrientos y Novales le dedican once elocuentes páginas (pp. 155-165) que deberían ser suficientes para ilustrar a un lector profano. Respecto de las segundas instituciones, la principal –aquí no cabe duda– es el divorcio vincular, tratado en sus aspectos sustantivos y, con menor detención, en los procedimentales entre las páginas 355 y 434. Finalmente, respecto de las instituciones menos difundidas en la dogmática chilena, los autores realizan una interesante sistematización de la compensación econó-

mica a el ámbito del Derecho Comparado (francés, italiano y español [pp. 410-415] para luego detenerse en la fisonomía de esta institución bajo el alero de la ley 19.947, que debería resultar extraordinariamente útil para los abogados que lo litiguen y los jueces que decidan concederla –y en que términos– o negarla. Por todo lo que va dicho, el libro que se está comentando interesa al menos a cuatro actores del sistema legal: los abogados que ejercen la profesión, los profesores de Derecho, sus estudiantes y los jueces.

El segundo mérito del libro –que explica su utilidad para estos cuatro actores– es la amplitud de su registro. Sin perjuicio de que a ratos resulta disparate –y vuelvo sobre esto más adelante– el libro de Barrientos y Novales, prescindiendo de la letra pequeña y la mayoría de las notas a pie de página, constituye un magnífico manual que, desde mi punto de vista, sistematiza con corrección y elegancia la nueva ley de matrimonio civil. De allí, entonces, su utilidad para los estudiantes de Derecho y para los profesores de Derecho de Familia que agotan sus cursos en los manuales. Si se presta atención a la letra pequeña y a la mayoría de las notas a pie de página el texto –aunque, insisto, en forma dispareja– exhibe un fluido diálogo con la jurisprudencia, con la doctrina nacional cuando esto es posible y, con generosidad, con la doctrina comparada. A esto todavía se puede sumar un acabado conocimiento y ordenado registro de la farragosa historia fidedigna del precepto. El diálogo con la doctrina nacional y comparado, el examen de la jurisprudencia pertinente y

la ilustración de la ley a través de su historia fidedigna hacen de este libro una obra imprescindible para académicos del Derecho, jueces y abogados. Esto último, más que un elogio es una constatación empírica. A cinco meses de su salida el libro va en la segunda edición, esperando la tercera.

El tercer mérito del libro –aunque en este caso puede ser una deformación mía– es su frescura. Barrientos y Novales se permiten, de tema en tema, presentar su particular visión de algunos temas, utilizando una ligera ironía o un leve sarcasmo para poner distancia entre algunas de las múltiples torpezas del proceso legislativo o las imperfecciones de la redacción del precepto y la mirada de los autores de la obra. Así, por ejemplo, respecto del deber del Oficial del Registro Civil de comunicar a los contrayentes la existencia de cursos de preparación para el matrimonio del artículo 10 de la ley los autores anotan que

“(Y)a puestos a exigir ‘cursos’, nos suponemos que no sólo sería necesaria su realización, sino también su aprobación, porque un ‘reprobado’ en ellos se hallaría en una incomoda situación, al igual que aquella persona que se casare con un ‘reprobado’, pero, en fin... (n. 293, p. 268)”.

Y respecto del proceso legislativo, los autores relatan con especial gracia –casi con ternura– un delirante episodio del senador Muñoz Barra respecto de sus dudas sobre la fecha del matrimonio, resuelto, en definitiva, gracias

a la piedad del senador Chadwick (ver pp. 276-279).

### 3. NOBLESSE OBLIGUE

Se trata, según he venido diciendo, de un magnífico libro esta obra de Barrientos y Novales. Con todo, y para hacerle justicia, es necesario detenerse sobre aquellas cosas que se pueden mejorar. He advertido antes, que parte del atractivo del libro es la amplitud de su registro, sin embargo, su principal debilidad –desde mi punto de vista al menos es que resulta disparejo. Es evidente que la división de capítulos permite y justifica que en algunos temas exista mayor riqueza dogmática, en otros un diálogo más fluido con la jurisprudencia y, en fin, en otros una mayor atención al proceso legislativo, pero, aun, teniendo en cuenta esto, mi impresión es que ya sea por intereses personales de los autores o por la presión del tiempo la diferencia en el tratamiento de los temas es a veces significativa. Así, por ejemplo, resulta difícil comparar los excepcionales capítulos Primero, Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto con la aridez más propia de un manual de los capítulos Séptimo o Undécimo. Asimismo, el tono de la obra también cambia, a veces asume una visión más fresca –aunque no por eso menos rigurosa– y otras más distante, a ratos se aproxima a la técnica del manual y en ocasiones a la de un tratado.

En mi opinión entonces –y ya a manera de conclusión–, el libro de Barrientos y Novales (sus primeras dos ediciones) puede ser considerado como

un gran aporte al estudio del Derecho de Familia que, en mi opinión, no va a ser sencillo superar. Salvo, por supuesto, que los autores decidan emparejar, allí donde resulte necesario, este magnífico libro en una tercera edición.

IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI

RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Jurídica, 2004, 435 pp.

Hace un par de meses tuve el placer de coincidir con el profesor Domínguez en Rio de Janeiro para festejar el bicentenario del *Code civil des français*. En esa oportunidad tuve la ocasión de conversar acerca del libro objeto de la recensión. Según me dijo, tardó tres años para terminar este libro, restando tiempo al esparcimiento y al ejercicio profesional. El sacrificio valió la pena.

Nadie puede desconocer la importancia práctica de la prescripción en el derecho nacional. Esta institución recibe aplicación cotidiana en los tribunales de justicia, dando lugar a problemas complejos y controversias no resueltas en el ámbito doctrinario. De ahí el gran interés que presenta la obra del profesor Domínguez. El título es revelador del contenido y método utilizado. Se trata de un trabajo minucioso en que se procede a la revisión acabada de la jurisprudencia relativa al tema tratado, para luego exponer la doctrina atinente tanto nacional como comparada. Método que debe elogiarse, pues cum-

ple a cabalidad con el rigor académico de una obra jurídica. Sin embargo, no se trata de un mero trabajo expositivo, pues el autor toma partido, esgrime sus argumentos intentando entregar la solución apropiada y ajustada a derecho, entregando fundamentos sólidos a sus opiniones.

El libro cuenta de tres partes, la primera dedicada a los aspectos generales de la prescripción extintiva, la segunda se ocupa de las prescripciones de largo tiempo y finaliza con el análisis de las prescripciones de corto tiempo. Algo que no queda tan claro es la ubicación del tratamiento de la prescripción y caducidad, tema que pudo quedar mejor antes del tratamiento de las reglas generales. La primera parte es maciza, se abordan cuestiones centrales de la institución. Así, por ejemplo, la discusión acerca de la aplicación del artículo 310 del *Código de Procedimiento Civil* al juicio laboral y sumario, denunciando la contradicción en la jurisprudencia relativa al juicio ejecutivo; la práctica forense de intentar revivir un título prescrito a través del reconocimiento de firma, problema al cual se le dedican varias páginas y sobre el cual vuelve el autor en otras partes del texto; otro tanto ocurre con el problema de la renuncia y la situación del tercer poseedor de la finca hipotecada, lo cual debe completarse con el análisis posterior de la interrupción de la obligación accesoria y su repercusión respecto a la obligación principal. Según nos señala Domínguez, aquí se altera el principio *ad persona ad personam ab actione ab actionem* dando paso al aforismo lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de tal manera que

el plazo de prescripción de las obligaciones accesorias queda supeditado a aquél de la obligación principal. Sin embargo, la situación es menos límpida cuando se trata de la interrupción de la prescripción de la acción de garantía y su repercusión en la obligación principal. Domínguez, siguiendo a Goubeaux (*La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris, LGDJ, 1969) distingue claramente entre la uniformidad del plazo y las consecuencias de la interrupción, fundando la solución en el principio *accessorium sequitur principale*; así, la interrupción de la obligación principal conlleva la interrupción de la obligación accesoria, mas no a la inversa (p. 310 y ss.). Especial mención merece el tratamiento de los requisitos de la prescripción extintiva (capítulo v). El análisis exhaustivo de las excepciones al carácter prescriptible, sobre todo en el ámbito laboral, materia de creciente importancia práctica —la imprescriptibilidad del derecho a obtener una jubilación y la distinción con las pensiones ya devengadas—.

Otro aspecto clave que se analiza a propósito de la necesidad del transcurso del tiempo es el momento a partir del cual comienza a correr el plazo y, en particular, la forma de computar el mismo. Aquí resalta el estudio de la caducidad convencional, siendo la jurisprudencia caótica, el profesor Domínguez da cuenta de la misma, para proceder más tarde a desechar la jurisprudencia que intenta disociar la exigencia del total de la obligación del transcurso del término de prescripción. En caso contrario, la prescripción quedaría a merced del acreedor, cuestión que repugna al fundamento de la institución.

En la segunda parte, según se dijo, se analizan las prescripciones de largo tiempo, siguiendo el esquema tradicional. Destaca el estudio acabado de la interrupción de la prescripción. Sin duda, un aspecto capital de la institución. A propósito del clásico problema sobre qué debe entenderse por “demanda judicial” (artículo 2.518 del *Código Civil*), señalando la jurisprudencia y casos específicos que deben entenderse por “demanda judicial”, se debe resaltar el análisis sobre la capacidad interruptiva de la querrela criminal. Este asunto no sólo dio lugar a abundante jurisprudencia sino, también, a reformas legales, que vienen a solucionarse, estima el autor, con el nuevo *Código Procesal Penal*. Otro tema clásico es la discusión sobre la condición de haberse notificado la demanda, y si este acto procesal debe verificarse antes de expirar el plazo de prescripción.

Por último, en la tercera parte, dedicada a las prescripciones de corto tiempo, se estudian aquéllas generales y, luego, las denominadas especiales. Estas últimas tienen especial interés práctico, ya que en esta parte se alude al alcance del artículo 2.332 del *Código Civil*, según el cual, la prescripción de la acción indemnizatoria extracontractual se cuenta “desde la perpetración del acto”. También reviste gran importancia la prescripción en materia laboral. Se analiza la caducidad de las reclamaciones por despido, los accidentes del trabajo y la prescripción común en Derecho Laboral. Aquí se habría apreciado agregar el análisis del plazo para reclamar ante la Inspección del Trabajo, el cual no ha estado exento de problemas.

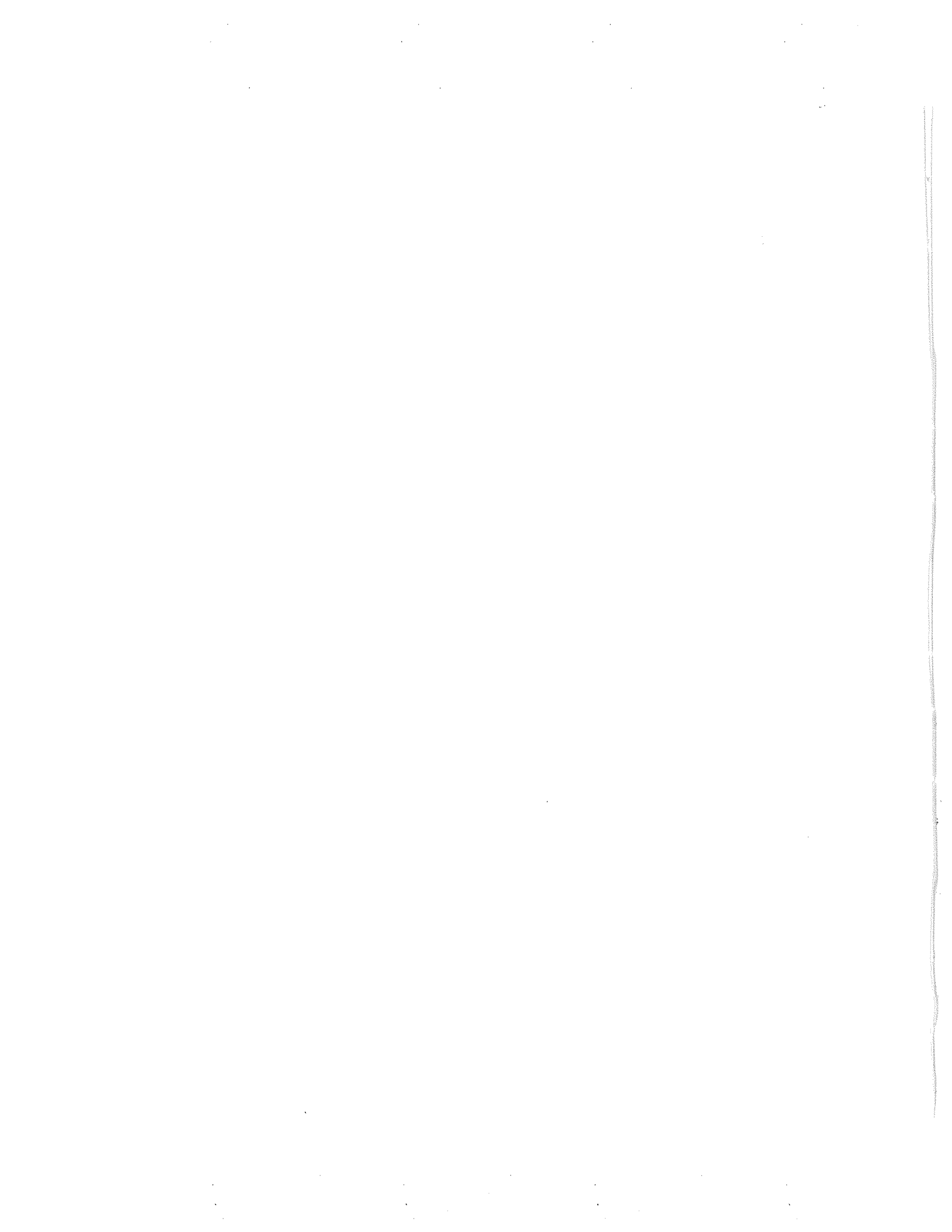
Esta obra sirve y mucho, no sólo a los estudiosos del Derecho Civil sino, y quizá de manera principal, a los abogados, quienes contarán con una herramienta erudita para entender los meandros de la prescripción. En ella abundan las explicaciones prácticas, el análisis de casos y cómo ha operado la prescripción en la jurisprudencia. Se realizan proposiciones de cambios legislativos, por ejemplo, el tratamiento de la interrupción y la suspensión como reglas comunes de la prescripción.

Saludo con gran fervor el libro del profesor Domínguez, quien espero, entre sus agobiantes actividades profesionales y académicas, pueda seguir brindándonos este tipo de trabajos tan logrados. Sin duda, el objetivo anunciado en la introducción “realizar, a pesar de todo, un examen lo más completo posible del estado actual de la prescripción extintiva en el derecho nacional” ha sido cumplido con creces.

CARLOS PIZARRO WILSON



# Índice de materias





# ÍNDICE DE MATERIAS

(LOS NÚMEROS REMITEN A LAS PÁGINAS RESPECTIVAS)

Abandono, De familia, 87 Del procedimiento, 144	Causahabientes, 169
Abuso, Del derecho, 167	Cláusula, De aceleración, 141 Prescripción, 141 Penal, 217
Agencia, De aduanas, 123	Cláusulas Abierta, 50, 58 Abusivas, 35, 37, 40 Control, 37 y ss., 42 De contenido, 50, 57 De inclusión, 47 Judicial, 45 Represivo, 46 Preventivo, 42 Mixto, 45 Represivos, 45 Definición, 38 Incorporación, 38 Sanción, 54
Acción, Ambiental, 149 Civil, 155 Resolutoria, 107	Compensación, Económica, 83 Ámbito de aplicación, 94 Alimentos, 86 Elementos, 91 Forma, 99 Inmutabilidad, 87, 89 Fijación, 95 Criterios, 97 Menoscabo económico, 92 Noción, 85 Renuncia, 101 Revisión, 100
Acciones, De interés difuso, 44	
Actos propios, 141	
Acuerdos, Prenupciales, 102	
Adopción, 82 Homosexuales, 80	
Adulterio, 89	
Alimentos, 86	
Antijuridicidad, 152	
Asimetrías, Informativas, 49	
Buena fe, 35, 51, 57, 59, 97, 142, 163, 177	
Caducidad Convencional, 141	
Capital, 99	
Casación, En la forma, 215	
Causa, Ausencia de, 11 Teoría de la, 11 y ss.	

- Transferencia, 101
- Transmisión, 101
- Compraventa, 169, 174, 216
  - Cosa ajena, 176
  - Nulidad, 169
  - Precio, 107
    - Saldo de, 108
  - Pago, 107
  - Prohibición de enajenar, 169
- Comunidad, 185
  - De bienes, 78
  - Hereditaria, 157
- Concubinato, 72, 75, 181
- Condición,
  - Resolutoria, 107
    - Ordinaria, 109, 110
    - Tácita, 107, 109, 110, 118
  - Ficta, 163
- Condiciones generales, 42
  - Registro, 44
- 268 Consentimiento,
  - Formación, 48
- Consumidor, 39, 40
- Contaminación, 148
  - Ambiental, 148
- Contratación,
  - Administrativa, 32
- Contrato,
  - Arrendamiento, 163
  - Compraventa, 107, 169, 174
  - Comodato, 217
  - Concubinato de, 72
- Desequilibrio, 64
  - Finalidad del, 65
  - Mandato, 174
  - Precario, 178
  - Promesa, 163, 175
  - Resolución, 107
- Contratos
  - Por adhesión, 36, 39
  - Bilaterales, 108
- Cónyuges, 83
  - Más débil, 84
- Corte,
  - Europea, 70
- Cosas, 183
  - Corporales, 184
  - Incorporales, 186
  - Singular, 185, 186
- Cuota,
  - Determinada, 183
- Culpa, 167
- Daño,
  - Ambiental, 148
  - Extensión, 89
  - Moral, 88, 149, 153, 159, 217, 218, 227, 228
    - Despido injustificado, 228
    - Patrimonial, 227, 228
    - Personal, 148
- Denuncia,
  - De obra nueva, 215
- Derecho
  - De pareja, 81
  - De la competencia, 201
  - Francés, 69
  - Indivisible, 78
  - Natural, 21
  - Público, 26
  - Tributario, 27, 79, 103
- Derechos,
  - Humanos, 70
- Directiva, 49, 51, 53
- Divorcio, 71, 84
  - Por culpa, 92
  - Régimen patrimonial, 92
  - Responsabilidad, 88
- Empobrecimiento, 17
- Enriquecimiento, 16
  - Actio in rem verso*, 14 y ss
  - Subsidiariedad, 18
    - injusto, 11
    - sin causa, 9, 90
- Expropiación, 28

- Filiación, 191
- Firma social, 130
- Función
  - Pública, 29
- Fusión, 205
- Herederos, 158, 163, 185
  - Del remanente, 194
- Homicidio, 155, 162
- Homosexuales, 70
- Ignorancia, 178
- Indemnización,
  - De perjuicios, 108, 155, 161
- Indivisión, 77
- Información, 39, 40
  - Contra proferentem*, 56
- Interpretación, 49, 56, 80, 216
- Legado, 194
- Legitimación,
  - Activa, 155, 158, 159
- Mala fe, 97
- Mandato, 174
- Matrimonio, 71, 83
  - Régimen patrimonial, 92
    - Liquidación, 93
- Mera tolerancia, 178
- Mercado,
  - Falla, 39
- Mora, 120
- Muerte
  - Presunta, 19
- Nulidad,
  - Compraventa, 169, 221
  - De oficio, 170
  - Mandato, 174
  - Matrimonial, 84, 94
  - Notificación, 142, 143
  - Relativa, 171
  - Renta vitalicia, 194
  - Testamentaria, 223
  - Transmisión, 221
- Objeto, 170
- Obligación,
  - Alimentaria, 83
  - Obligaciones, 141
  - Oponibilidad, 174
  - Orden público, 173
  - PACS, 69 y ss.
    - Efectos patrimoniales, 75
    - Indivisión, 76
    - Efectos personales, 74
    - Naturaleza jurídica, 80
    - Obligación, 75
    - Recíproca, 75
    - Organización, 72
    - Solidaridad, 76
- Pacto, 69
  - Comisorio, 113, 116
    - Calificado, 113
- Padre,
  - Buen, 147
- Pago
  - de lo no debido, 1
  - efectivo, 114
  - por consignación, 107, 116, 117
- Pareja,
  - Homosexual, 71
- Plomo, 149, 154
  - Contaminación, 150
- Precario, 179
- Prescripción, 103
  - Acción cambiaria, 225
  - Aceleración, 141
  - Excepción, 142
  - Extintiva, 144
- Presunción, 67
  - De culpa, 147, 151
  - Indivisión, 77, 81
  - De paternidad, 192
- Principio (s)
  - Colisión, 22
  - De protección, 84
    - Cónyuge débil, 84
  - General del derecho, 9, 21
- Proceso,

- Penal, 155
  - Víctima, 157
- Proindiviso, 183
- Protección,
  - Recurso de, 131
- Proveedor, 38, 52
- Proveedores, 40
- Prueba,
  - Daño, 230
  - Pago, 220
  - Testimonial, 192
- Razón social, 123 y ss.
- Reclamación,
  - De filiación, 219
  - De paternidad, 191
- Recurso,
  - De protección, 149, 153
- Reivindicatoria, 183
- Resolución, 107, 112
- Renta, 99
- 270 Reparaciones, 146
- Rescisión,
  - Lesión enorme, 226
- Responsabilidad,
  - Ambiental, 148
  - Civil, 141, 146
  - Contractual, 229
  - Extracontractual, 163
  - Objetiva, 20
  - Por el hecho de las cosas, 146
  - Precontractual, 163
- Ruina
  - Del edificio, 146
- Saneamiento,
  - Propiedad raíz, 224
- Separación,
  - Judicial, 94
- Sociedades, 123
- Socorro,
  - Deber, 83
- Solidaridad, 69
- Tarjetas,
  - De crédito, 201
- Transmisión, 159
- Tuición, 196
- Unión,
  - Civil, 69
- Usufructo, 99
- Víctimas,
  - Directa, 161
  - Herederos, 158
  - Por rebote, 155, 157, 159

# Índice de autores

---



## ÍNDICE DE AUTORES

(LOS NÚMEROS REMITEN A LAS PÁGINAS RESPECTIVAS)

- Abeliuk Manasevich, René, 20, 109, 110, 115  
Aedo Barrena, Cristián, 18  
Aguad Deik, Alejandra, 141  
Aimone Gibson, Enrique, 54  
Alarcos, Emilio, 124  
Albiez Dorman, Klauss, 63  
Alcalde Rodríguez, Enrique, 21  
Aldunate Lizana, Eduardo, 14  
Alessandri Besa, Arturo, 172, 173  
Alessandri Rodríguez, Arturo, 147, 160, 173  
Angulo Santana, Pamela, 89  
Aróstica Maldonado, Iván, 33  
Aubert, J. -L., 71, 162  
Ballesteros Garrido, José Antonio, 47, 52, 64  
Banfi del Río, 148, 154  
Bargelli, E., 101  
Barrientos Grandon, Javier, 23, 90, 94, 258  
Barros Bourie, Enrique, 147, 151  
Bénabant, Alain, 70  
Bianca, Cesare, 52, 64  
Bidart Hernández, J., 161  
Blondel, P., 162  
Burke, John, 47  
Carbonnier, Jean, 60, 71, 162  
Céspedes Proto, Rodrigo, 9  
Cicoria, Cristian, 49  
Claro Solar, Luis, 110, 111, 114, 118  
Córdova, Marcos L., 52  
Cornejo Fuller, Eugenio, 16  
Cornu, Gérard, 70, 73  
Corral Talciani, Hernán, 17, 44, 61, 147, 151  
Courbe, P., 70  
Craswell, Richard, 37, 39, 43  
Cruz Cruz, Sergio, 56  
Cury Urzúa, Enrique, 17  
Chabas, François, 257  
De Castro y Bravo, 39  
De la Fuente Hulaud, F., 156  
De la Maza Gazmuri, Iñigo, 35, 38  
De los Mozos, José Luis, 60  
Díaz Alabart, Silvia, 45, 51, 53  
Diez Picazo, Luis, 152  
Diez Picazo Ponce de León, Javier, 60  
Domínguez Águila, Ramón, 10, 160, 175, 261  
Domínguez Benavente, Ramón, 160, 166  
Domínguez Hidalgo, Carmen, 153, 162  
Ducci Claro, Carlos, 19, 23  
Elorriaga de Bonis, Fabián, 54, 161  
Esmein, Paul, 163  
Fernández Fredes, Fernando, 55  
Figueroa Vásquez, Waldo, 20  
Flour, Jacques, 162  
Fueyo Laneri, Fernando, 24  
García Amigo, Manuel, 42, 45, 54, 63  
García Rubio, María Paz, 94, 101, 102  
Gazmuri Riveros, Consuelo, 235

- Ghestin, Jacques, 37  
Guyot, J. C., 100  
Guzmán Brito, Alejandro, 11, 61, 180  
Halabi Riffo, F., 179, 180  
Hanson, Joy, 41  
Harpwood, Vivienne, 16  
Hernández Gil, Antonio, 60  
Hillman, Richard, 40  
Jara Amigo, Rony, 54  
Jeanson, G., 100  
Kansinger, P., 60  
Korobkin, Rusell, 40  
Kysar, Douglas, 41  
Larenz, Karl, 38  
Larroumet, Christian, 38  
León Hurtado, Avelino, 11, 172  
López Santa-María, Jorge, 54, 60  
Lequette, Yves, 79  
Llamas Pombo, Eugenio, 64  
Massone Parodi, Pedro, 17, 27  
274 Méndez Pinedo, Enrique, 45  
Messineo, Francisco, 39  
Meza Barros, Ramón, 117, 119  
Novales Alquézar, Aránzazu, 258  
Omisa, Benjamín, 62  
Pagador López, Javier, 52, 53, 59, 61,  
63  
Peñailillo Arévalo, Daniel, 10, 13, 21,  
143, 173  
Pizarro Wilson, Carlos, 54, 141, 258,  
263  
Polo, Enrique, 42  
Rachlinski, Jeff, 40  
Rakoff, Todd, 39, 47  
Rezzónico, Juan Carlos, 39, 51, 65  
Rodríguez Grez, Pablo, 31, 147  
Romero Seguel, Alejandro, 44  
Rosende Álvarez, Hugo, 164  
Saffirio Suárez, C., 179, 180  
Sambrozzi, Eduardo, 89  
Samuel, Geoffrey, 16  
Schäffer, Hans, 39,  
Schwartz, Alan, 39  
Seriaux, Alain, 90  
Serra Rodríguez, Adela, 51, 52, 66  
Simmler, Philippe, 80  
Slawson, David, 47  
Somarriva Undurraga, Manuel, 172  
Soto Kloss, Eduardo, 14, 19, 20, 22,  
154  
Stitchkin Branover, David, 176  
Tapia Rodríguez, Mauricio, 38, 49, 54,  
55, 57, 60, 257  
Terré, François, 79  
Valdivia Olivares, José Miguel, 38, 49,  
54, 55, 57, 60  
Vargas Pavez, Macarena, 247  
Vergara Aldunate, S., 179, 181  
Viney, Geneviève, 162  
Yussef Quirós, Gonzalo, 20  
Wieaker, Franz, 61



# Siglas y abreviaturas



## SIGLAS Y ABREVIATURAS

Art	Artículo
ADC	Anuario de Derecho Civil
AGB-GESETZ	Ley alemana sobre condiciones generales de la contratación
AA.VV.	Autores varios
APETICE	Asociación para la Promoción de las Tecnologías de la Información y del Comercio
BBB	Better business Bureau
BGB	Código Civil Alemán
Cass	Cassation
C.	Corte
CC	Código Civil
C.civ	Código Civil
CEDH	Cour Européenne de droits l'homme
C.de C	Código de Comercio
CEE	Comunidad Económica Europea
CES	Concejo Nacional del Desarrollo Indígena
civ.	civil
CONAF	Corporación Nacional Forestal
CORFO	Corporación de Fomento de la Producción
CPC	Código de Procedimiento Civil
Cons	Considerando
C.pol.	Constitución Política
CTC	Compañía de Teléfonos de Chile
D.	Recueil Dalloz
DL	Decreto ley
DS	Decreto supremo
DVD	Digital video disco (disco video digital)
FONASA	Fondo Nacional de Salud

*Siglas y abreviaturas*

GJ.	Gaceta Jurídica
GTA	Global Trust Alliance
HFC	Hybrid-Fiber Coax (red híbrida de fibra óptica-coaxial)
Inc.	Inciso
ISAPRE	Instituto de Salud Provisional
IVA	Impuesto de Valor Agregado
Journ not.	Journal Notarial
LOC	Ley Orgánica Constitucional
Ltda.	Limitada
MI.	Metrópolis Intercom S.A
n.	nota
N°	número
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal
N.Y.	New York
Ord. Ad.	Ordenanza de Aduanas
p.	página
préc.	Precitado
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia
Rev.	Review
RFM	Revista Fallos del Mes
RTD civ.	Revue Trimestrielle de droit civil
SA	Sociedad Anónima
SACI	Sociedad Anónima Comercial e Industrial
SAG	Servicio Agrícola y Ganadero
Secc.	Sección
SERNAM	Servicio Nacional de la Mujer
SII	Servicio de Impuestos Internos
Sra.	Señora
ss.	siguientes
TGI	Tribunal de grande instance
TVA	televisión abierta
TVP	televisión pagada
UCC	Uniform Commercial Code
Univ.	University
UCTA	Unfair Contract Terms Act
UTCCR	Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations
Vol.	volumen
VTR	VTR SA

# Normas editoriales



## NORMAS EDITORIALES

Los colaboradores de la *Revista Chilena de Derecho Privado* recibirán un ejemplar de ella y veinte separatas de su artículo, el cual deberá ser enviado a la Secretaría de Redacción de la revista, y ceñirse a las siguientes normas de redacción:

1. Sólo se publicarán trabajos originales e inéditos. El idioma oficial de la revista es el español. Los artículos que estén escritos en inglés, francés, italiano o portugués se publicarán en español y se consideran inéditos aquellos que ya hayan sido publicados en los anteriores u otros idiomas y se traduzcan por primera vez al español.
2. Los trabajos se remitirán a la Secretaría de Redacción, originales, mecanografiados a interlineado simple, sin espacio entre párrafo y párrafo (o sea, después de punto aparte), con notas a pie de página, todo en tipografía *Times New Roman*, tamaño 12 para el texto y 10 para las notas, en hoja tamaño carta, y acompañándose del correspondiente disquete, en formato Word.
3. Cada trabajo deberá ir acompañado con un resumen de no más de doscientas palabras.
4. Los artículos indicarán, bajo su título, el nombre del autor y la universidad o institución a la cual pertenezca.
5. En el primer llamado a pie de página el autor señalará la dirección precisa de la universidad, centro de investigación o institución a la cual está incorporado.
6. El cuerpo de los estudios se dividirá en secciones numeradas con romanos con rúbrica centrada y separada del cuerpo de su discurso. Éste podrá ser nuevamente subdividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de un punto (1.), en lo posible no rubricados. Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los párrafos, cada una de ellas será señalada con letras con paréntesis final [a), b), c), etcétera].
7. Las citas siempre se editarán a pie de página. En aquellos casos en que sólo se envíen los originales mecanografiados ellas deberán incluirse correlativamente al final del texto del artículo, para su debida ubicación a pie de página durante la edición.

8. La revista incluye una "Tabla de Abreviaturas" a la que podrá adecuarse el autor, aunque podrá presentar la suya propia, haciendo el llamado correspondiente.
9. Las citas de manuales y monografías se hará del modo siguiente: apellido del autor en **VERSALES**, seguido de una coma (,) y el nombre del autor en letras redondas y a continuación una coma (,) y luego el título de la obra en *cursivas*; tras ello el lugar, la editorial, fecha de edición y la página (p.) respectiva. Si la obra consta de más de un volumen, se indicará el citado en número arábigo después de la fecha de edición.

Ejemplo: CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno*, Santiago de Chile, 1935, vol. IV, p. 234.

10. Las citas de artículos publicados en *revistas, misceláneas o escritos reunidos* se efectuarán de la siguiente forma: apellido del autor en **VERSALES**, seguido de una coma (,) y del nombre del autor en letras redondas; tras ello el título del estudio entre comillas (" ") y la palabra en seguida del título de la revista o publicación en *cursiva*, indicación del volumen en número arábigo seguido de una coma (,) lugar y fecha de edición y la indicación de la página (p.) o páginas (pp.).

282

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 2004  
en Versión Producciones Gráficas  
Santiago de Chile

