

Revista Chilena de Derecho Privado
Fernando Fueyo Laneri

N.º 33
DICIEMBRE 2019

Revista Chilena de Derecho Privado
Fernando Fueyo Laneri

DIRECTOR

Iñigo de la Maza Gazmuri
Profesor de Derecho Civil
Universidad Diego Portales

EDITORA ASOCIADA

Claudia Bahamondes Oyarzún
Profesora de Derecho Civil
Universidad Diego Portales

EDITOR

Marcelo Rojas Vásquez

COMITÉ EDITORIAL

La Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri,
es una publicación de estudios de Derecho Privado
que se edita en los meses de julio y diciembre de cada año.

Prof. Dr. Carlos Peña González
Universidad Diego Portales
(Chile)

Prof.^a Dra. Susan Turner Saelzer
Universidad Austral de Chile
(Chile)

Prof. Dr. Enrique Barros Bourie
Universidad de Chile
(Chile)

Prof. Dr. Juan Andrés Varas Braun
Universidad Austral de Chile
(Chile)

Prof.^a Dra. María Fernanda Vásquez Palma
Universidad de Talca
(Chile)

Prof. Dr. Álvaro Vidal Olivares
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
(Chile)

Prof. Dr. Alejandro Guzmán Brito
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
(Chile)

Prof. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Universidad de Valencia
(España)

Prof. Dr. Antonio Manuel Morales Moreno
Universidad Autónoma de Madrid
(España)

Prof. Dr. Thomas Genicon
Université de Rennes I
(Francia)

Prof.^a Dra. Virginia Zambrano
Università degli Studi di Salerno
(Italia)

Prof. Dr. Edgar Cortés Moncayo
Universidad Externado Colombia
(Colombia)

DIRECTORIOS Y CATÁLOGOS

Latindex (catálogo). Library of Congress Online Catalog-U.S.A. Dialnet. SciELO. EBSCO. RedALyC

Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri
República 112. Santiago de Chile
Teléfono: 26768805 - Correo electrónico: sandra.pizarro@udp.cl

REVISTA CHILENA DE DERECHO PRIVADO

FERNANDO FUEYO LANERI

N.º 33
Diciembre 2019

ISSN 0718-0233

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

Naturaleza y requisitos del cuidado personal provisorio en juicios ante los tribunales de familia *por Carlos A. Núñez Jiménez*

9

Solución de conflictos en el sistema de salud, mediación y arbitraje en un contexto institucional *por Cristián Riego Ramírez*

43

Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual *por Cristián Aedo Barrera*

73

La inoponibilidad de la declaración de bien familiar frente a terceros respecto de derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia *por Rodrigo Barcia Lehmann y José Rivera Restrepo*

97

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA

No somos eficientes cuando se trata de negociar. Aproximando brevemente a los abogados a un proceso efectivo de negociación *por Ricardo Padilla Parot*

119

OPINIÓN PROFESIONAL

El conflicto de interés en el contrato de sociedad y su regulación en el *Código Civil* bajo el estatuto de responsabilidad contractual. Comentario del caso “Salinero con Rueda” *por Ricardo Reveco Urzúa y Juan Pablo Iglesias Mujica*

143

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Obligaciones y responsabilidad civil *por Patricia López Díaz*

173

Contratos especiales *por Javier Rodríguez Diez*

193

De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce *por Jaime Alcalde Silva*

205

Derecho Procesal Civil *por Maite Aguirrezabal Grinstein*

231

ACTUALIDAD LEGISLATIVA

Algunas observaciones preliminares respecto del proyecto de ley que modifica el sistema registral y notarial en sus aspectos orgánicos y funcionales *por Jaime Alcalde Silva y Juan Luis Goldenberg Serrano*

243

RECENSIONES

Santiago Zárate González (2019). *Tratado de derecho inmobiliario registral* *por Marco Antonio Sepúlveda Larroucau*

301

Jaime Alcalde Silva, José Miguel Embid Irujo (dirs.) (2018). *La modernización del Derecho mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)* *por Ángel Velerdas Peralta*

305

SIGLAS Y ABREVIATURAS

327

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

333

DIRECTIVAS ÉTICAS DE LA PUBLICACIÓN Y DECLARACIÓN RESPECTO DE MALAS PRÁCTICAS

341



Artículos de doctrina

NATURALEZA Y REQUISITOS DEL CUIDADO PERSONAL PROVISORIO EN JUICIOS ANTE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

NATURE AND REQUIREMENTS OF THE PROVISORY PERSONAL CARE IN JUDGMENTS BEFORE THE FAMILY COURTS

Carlos A. Núñez Jiménez*

RESUMEN

El presente artículo, se ocupa de la resolución de conflictos sobre el cuidado personal provisorio de NNA, calificándolo como una medida cautelar innovativa en juicio ordinario regulado por la LTF. Partiendo de la base del nuevo enfoque impreso al estatuto jurídico aplicable por la Ley n.º 20680 de 21 de junio de 2013 y, para fines metodológicos, el trabajo trata la materia separando juicios seguidos entre los padres, de aquellos incoados entre un tercero en contra de uno o ambos padres, y también –situación no resuelta– cuando al tercero custodio se le demande por los padres en caso que se le haya atribuido el cuidado personal del NNA en pleito anterior. Se destaca la necesidad de recurrir al estándar del interés superior del niño como criterio rector en los tres supuestos, pero diferenciando la causa de pedir según el caso. Finalmente, se distingue el cuidado personal provisorio decretado en juicio ordinario, de la medida cautelar contemplada en procedimiento sobre protección.

PALABRAS CLAVE: cuidado personal provisorio, interés superior del niño, inhabilidad física o moral.

* Abogado. Doctorando en derecho Universitat Autònoma de Barcelona, España. Profesor de Derecho Civil y Derecho de Familia. Dirección postal: Campus de la UAB, Plaça Cívica, 08193 Bellaterra, Barcelona, España. Correo electrónico: carlos.nunezj@e-campus.uab.cat. Artículo recibido el 2 de mayo de 2018 y aceptado para su publicación el 7 de octubre de 2019.

ABSTRACT

This article deals with the resolution of conflicts over the provisional personal care of NNA, qualifying it as an innovative precautionary measure in ordinary trial regulated by the LTF. Based on the new printed approach to the legal statute applicable by Law No. 20.680 of June 21, 2013, and for methodological purposes, the author addresses the matter by separating judgments followed between parents, from those initiated between a third party against of one or both parents, and also -situation not resolved- when the third custodian is sued by the parents in case the personal care of the NNA has been judicially attributed in previous lawsuit. The need to resort to the standard of the best interests of the child as a guiding criterion in the three cases, but differentiating the cause of asking according to the case, is underlined. Finally, the provisional personal care decreed in ordinary trial is distinguished from the precautionary measure contemplated in the procedure on protection measures.

KEYWORDS: provisional personal care, best interests of the child, physical or moral disability.

10

I. INTRODUCCIÓN

A partir del análisis de las hipótesis que hemos considerado más relevantes, podemos anticipar que las controversias judiciales sobre cuidado personal de NNA ante los tribunales de familia, se caracterizan, entre otras cosas, por su complejidad jurídico-procesal, y por la connotación psicosocial que en muchos casos envuelven, atendido los valores y elementos que entran en conflicto. Estos tienen relación, en el fondo, con las habilidades parentales de los padres, las que serán objeto de prueba, y que deberán ser tenidas en consideración por el sentenciador al momento de resolver¹.

El surgimiento de estos juicios, debido a la separación de los padres, o a la alegación de un tercero, pariente o extraño, de no encontrarse estos premunidos de las habilidades para ejercer su rol parental, como custodios y garantes de la crianza y educación de sus hijos, ha significado el nacimiento de un novedoso cúmulo de inquietudes dogmáticas y jurisprudenciales.

¹ Según QUINTANA (2014), p. 243: “se advierte que la nueva ley obliga a los jueces a un análisis más acabado de todas las circunstancias que confluyen en el caso en estudio, en comparación con la ley derogada (...), ahora, el juez, cuando se discute ante él, respecto del establecimiento del régimen y acerca del ejercicio del cuidado personal, debe tener presente y ponderar los criterios enunciados en el artículo 225-2”.

denciales, al amparo de una disciplina del derecho que, al menos en este aspecto, ha evidenciado un importante dinamismo, inspirada en nuevos principios y paradigmas, internalizados de modo progresivo gracias a la labor de jueces y de la doctrina².

En esta perspectiva, y sin perjuicio de los lúcidos aportes realizados por la dogmática nacional, entendemos que la propia praxis judicial ha dilucidado ciertas interrogantes, a veces más con sentido lógico normativo, lo cual, no obstante, ha ocasionado, en algunos casos, falta de coherencia y de armonía en las decisiones que se han adoptado.

En ese contexto, abordaremos algunos aspectos no tratados hasta ahora, en especial aquellos que han nacido de la práctica judicial, con el propósito de ir contribuyendo a enriquecer el acervo jurídico que se ha ido configurando desde la entrada en vigor de la LTF.

II. ANTECEDENTES JURÍDICO NORMATIVOS

La reglamentación legal sobre la materia se encuentra establecida, desde un punto de vista sustantivo, en el título IX del libro I del *Código Civil*, en particular en los arts 222, 224, 225, 225-2, 226, 227 y 242, en el art. 42 de la Ley n.º 16618, 3º, 9º, 12 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y en un sentido adjetivo, en las disposiciones pertinentes de la Ley n.º 19968 que establece los tribunales de familia³.

Tradicionalmente, los autores se han encargado de tratar el cuidado personal de los hijos a propósito de los efectos de las relaciones paterno filiales, destacándose su carácter *personal y moral*, como un *derecho-deber*

² Acerca de estos nuevos principios, la Corte Suprema, en un fallo de 11 de marzo de 2019, ha reiterado la doctrina en el sentido que: “la reforma introducida en materia de cuidado personal por la Ley N° 20.680 supuso un conjunto de modificaciones orientadas a perfeccionar el sistema vigente (...) el eje central en torno al cual ha de girar la determinación de la titularidad y el ejercicio del mismo, es el interés superior del niño, desplazando la idea de atribuciones legales o derecho preferente de un padre por sobre el otro, e incorporando instituciones como el principio de la corresponsabilidad en la crianza y educación de los hijos, y el cuidado compartido”. SCS Contreras Burgos con Gallardo Price, rol 2023-2018, 11 de marzo de 2019, n.º Legalpublishing CL/JUR/1200/2019.

³ En este trabajo trataremos la temática desde la perspectiva del juicio ordinario de cuidado personal, reglamentado de conformidad al art. 55 y ss. de la LTF, no desde la óptica del procedimiento especial de medidas de protección de los derechos de NNA, a que se refiere el título IV –arts. 68 a 80 bis– de la referida ley. Respecto a este último, y a los principios aplicables, véase GARRIDO (2009), pp. 97-162; CORREA (2010), pp. 117-126. Sin perjuicio de esta acotación, en su oportunidad señalaremos algunas diferencias que se pueden observar en materia de cuidado personal provisorio, en uno y en otro procedimiento.

o función de los padres para con los hijos, a diferencia de la dimensión patrimonial resultante de la filiación, desarrollada bajo el concepto de *patria potestad*⁴.

En cuanto al tema que nos ocupará, esto es, la atribución judicial del cuidado personal provisorio, debe partirse de la base que la cuestión de fondo en el juicio tiene relación con el cuidado personal definitivo. Y en tal caso, los supuestos de hecho de que arranca la legislación son la separación de los padres⁵ (incluido el caso de que no hayan hecho vida en común, y no habiéndose producido acuerdos en conformidad a la ley), y la inhabilidad física o moral de uno o ambos, teniendo presente principios fundamentales, tales como la corresponsabilidad y el interés superior⁶, de acuerdo con lo previsto en los arts. 225 y 226 del *Código Civil*.

En esas situaciones, el operador jurídico deberá recurrir, en términos generales, por remisión normativa, a algunos de los criterios hermenéuticos establecidos en forma no taxativa en los arts. 225-2 del *Código Civil*⁷ y 42 de la Ley n.º 16618.

⁴ Sobre el particular, véase TRONCOSO (2017), p. 303. En un sentido similar, BARCIA (2011), pp. 468-469. A propósito de las direcciones en que en el derecho patrio se bifurca el tratamiento de los efectos de la filiación, véase RODRÍGUEZ (2017), pp. 321-322, 346. A mayor abundamiento, y en relación con la responsabilidad parental y su tratamiento en la legislación latinoamericana, véase LATHROP (2017), pp. 147-161. Respecto del concepto legal de responsabilidad parental, véase ESPEJO (2017), pp. 33-52. En derecho comparado, destaquemos, para efectos ilustrativos, la extensión que bajo el concepto de “potestad parental” realiza la legislación de Cataluña, que abarca una dimensión personal y patrimonial. En ese sentido, GETE Y SOLÉ (2014), pp. 129-130. En derrotero similar, se ha sostenido que el *Código Civil* de Cataluña: “configura la responsabilidad/potestad parental como un deber-función inexcusable, dirigido principalmente a la protección de los hijos/as menores no emancipados”. PADIAL (2018), p. 106.

⁵ En caso de separación de los padres, y en lo tocante a las formas de cuidado personal, la reforma introducida por la Ley n.º 20680, mantuvo la clasificación tripartita contemplada *ex ante* por el *Código Civil*, consistente en convencional, legal supletoria y judicial, alterándose la regla de atribución en el caso de la segunda. Sobre el punto, véase LEPIN (2014a), pp. 141-153; RODRÍGUEZ (2017), pp. 326-336. Respecto de la reglamentación que antecedió a la reforma, véase RAMOS (2007), pp. 442-445; GÓMEZ DE LA TORRE (2007), pp. 135-150; RODRÍGUEZ (2010), pp. 31-86.

⁶ A mayor abundamiento acerca de los nuevos principios que inspiran el derecho de familia, véase LEPIN (2014b), pp. 9-55; LEPIN (2017), pp. 49-64; BARCIA (2011), pp. 23-39, DEL PICÓ (2016), pp. 31-35. Respecto de la corresponsabilidad e interés superior, véase QUINTANA (2014), pp. 241-243.

⁷ A propósito de la importancia que tienen estos criterios, y a su debida ponderación por los jueces, la Corte Suprema, en un fallo que rechazó un recurso de casación en el fondo por manifiesta falta de fundamento, señaló que la recurrente: “denuncia la infracción a los artículos 225 y 225 2 del Código Civil, que también deberá ser rechazada, por cuanto el fallo contiene un análisis de cada uno de los aspectos que éste último señala, orientado a determinar qué es lo mejor para el interés superior y desarrollo de la niña en relación con su historia de vida y su situación actual (...); razón por la que el arbitrio deberá ser

Desde ese punto de vista, y para aproximarnos a la problemática, trataremos de la decisión judicial sobre el cuidado personal provisorio en caso de conflictos seguidos entre padres, partiendo por un examen de la causa de pedir, el criterio de atribución y algunas consideraciones a propósito de las reglas atributivas, además de sus requisitos y forma de tramitación.

Luego, nos haremos cargo de esta materia en los juicios de cuidado personal iniciados en virtud de demanda interpuesta por un tercero, pariente o extraño, su causa de pedir y el criterio de atribución, intentando una interpretación armónica de la causal de *inhabilidad física o moral*, en lo referente a si debe recaer en uno o ambos padres.

A continuación, formularemos algunas consideraciones a propósito del tema en comento, en los juicios iniciados por uno o ambos padres en contra de un tercero, a quien en juicio anterior se le haya confiado el cuidado personal del NNA, para proseguir con algunas diferencias y semejanzas entre el cuidado personal provisorio decretado en procedimiento ordinario, y la medida cautelar contemplada en procedimiento proteccional.

Finalmente, terminaremos el trabajo señalando nuestras conclusiones.

III. SOBRE EL CUIDADO PERSONAL PROVISORIO EN JUICIOS SEGUIDOS ENTRE PADRES

13

Contexto

Para abordar esta materia, estimamos de rigor realizar una contextualización normativa del juicio en que se ventilará la cuestión del cuidado personal provisorio, es decir, del cuidado personal entre padres.

En primer lugar, señalamos que analizada en forma armónica la disposición contenida en el art. 225 del *Código Civil*, se llega a la conclusión de que la decisión judicial solo tiene lugar cuando no se hubieren producido convenciones entre los padres, en la forma que señala el inciso 1°, y en el caso de que tampoco tenga lugar, o pretenda modificarse la situación de hecho amparada en la regla de atribución legal supletoria contenida en el inciso 3°⁸.

Además, e interpretando este supuesto con las normas de la LTF, es necesario que se haya frustrado el proceso de mediación a que se refiere el art. 106 de dicho estatuto legal, ya que de conformidad con la norma del

desestimado en esta etapa de tramitación, por adolecer de manifiesta falta de fundamento". Considerando cuarto. SCS sin identificación de partes, rol 31595, 5 de marzo de 2019, n.º Legalpublishing CL/JUR/1074/2019.

⁸ En relación con el contenido y naturaleza de la regla de *atribución legal*, y a las posiciones que se han adoptado sobre ella, véase ACUÑA (2018), pp. 139-140.

art. 57 de la misma ley, es requisito de la demanda de cuidado de personal, que se acompañe el certificado que acredite que se dio cumplimiento a dicho proceso, frustrándose.

En segundo lugar, puede también ocurrir que el asunto se haya judicializado previamente, y que el cuidado personal se haya atribuido en virtud de una sentencia judicial a uno de los padres, cumpliendo con las formalidades legales, atribución que puede dejarse sin efecto, modificarse o revocarse de acuerdo con el art. 242 del *Código Civil*, ya sea en forma convencional (art. 225 inc. 1°), o mediante una resolución judicial que homologue un proceso de mediación o ponga término a un juicio, caso que nos interesa.

Sobre lo dicho, señalemos que a nuestro parecer, no es de rigor que de modo indeclinable la nueva atribución se haga a través de otra sentencia, ya que el legislador solo exige que se realice cumpliendo *con los requisitos legales* (art. 242), circunstancia que se satisface observando las formalidades previstas en los arts. 225 y 227, las que no siempre pasan por una nueva sentencia judicial, como acontece con la atribución convencional. La resolución judicial será necesaria cuando se solicite la aprobación de un acta de mediación, o cuando se discuta en un nuevo juicio el cuidado personal

Sin embargo, el asunto no resulta pacífico, teniendo presente la semántica literal del inciso segundo del art. 242 –norma de clausura–, que señala en forma textual que “en todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá...”. Ello pareciera sugerir, si se está refiriendo al inciso primero, que en todos los casos la revocación de la atribución judicial anterior debe pasar por una nueva sentencia, y de tratarse de una atribución convencional, formalizarse en un acuerdo que debe someterse a la aprobación de un tribunal de familia. A nuestro juicio, la solución puede alcanzarse a la luz de los nuevos principios que de modo progresivo se han venido imponiendo en el derecho de familia, en especial los de autonomía de la voluntad e intervención mínima del Estado⁹.

1. Causa de pedir, criterio de atribución y reglas atributivas

a) Causa de pedir

En caso de que uno de los padres pretenda accionar en contra del otro, a fin de que en virtud de un juicio se le atribuya en forma exclusiva el cuidado personal del hijo, la causa de pedir estará constituida por *las circunstancias que lo requieran*, según el tenor del art. 225 inc. cuarto del *Código Civil*.

⁹ Sobre el particular, véase LEPIN (2014b), pp. 44-49; LEPIN (2017), pp. 58-59, 63-64; BARCIA (2011), pp. 26-27.

Se ha dicho en esta parte por la doctrina:

“la elección puede ser entre dos situaciones que reportan beneficios, donde se ponderará cuál maximiza esos beneficios: el legislador no exige que se acredite maltrato, descuido u otra causa grave o calificada para alterar el cuidado que se está ejerciendo”¹⁰.

Se atenderá entonces a:

“circunstancias directas de los hijos o de los padres que disputan el cuidado y del entorno, en la medida en que pueden incidir en el hijo. El juez debe enfocarse en el bienestar del niño y no en la calidad personal de quien ejerce el cuidado de aquél”¹¹.

b) Criterio de atribución

Será siempre el *interés superior del hijo que lo haga conveniente*, para lo cual el operador debe remitirse a la disposición abierta contenida en el art. 225-2 del *Código*¹².

La Corte Suprema se ha hecho cargo de la relevancia de estos requisitos.

Por ejemplo, en un fallo que rechazó recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, expresó en el considerando sexto:

“Sexto: Que de acuerdo a lo establecido en el artículo 225 del Código Civil, que regula las fuentes de atribución del cuidado personal de los hijos cuando los padres viven separados, la judicatura podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido, ‘cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente’, poniendo con ello de manifiesto que el principio que debe guiar tal decisión es el del interés superior del niño, que se encuentra recogido en nuestra legislación interna y consagrado en la Convención de los Derechos del Niño suscrita por nuestro país”¹³.

¹⁰ ACUÑA (2018), p. 144.

¹¹ *Ibid.*

¹² Se ha dicho, asimismo: “la intervención judicial está justificada cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, lo que tanto puede acontecer para evitar al niño los daños que genera el actual sistema de cuidado o para ofrecerle un sistema de cuidado más ventajoso que el actual que no es dañino”. *Ibid.*

¹³ SCS, Flores Pardo con Miranda Cisterna, rol 40736-2017, 18 de abril de 2018, n.º Legalpublishing CL/JUR/1784/2018.

c) Reglas atributivas

Para finalizar, y respecto a los criterios establecidos en forma no taxativa en el art. 225-2, los que sirven de base para discernir si se cumple o no con el estándar del interés superior del niño, digamos que el legislador establece que deben considerarse y ponderarse *conjuntamente*, de manera que no estaría el juez autorizado para acoger o rechazar la demanda fundado en forma exclusiva en uno o solo alguno de ellos, ya que se trata de requisitos copulativos¹⁴.

Entendemos, asimismo, que esta disposición debe complementarse con lo dispuesto en los arts. 105 a 111 de la LTF, en el sentido de que también los acuerdos formalizados mediante una mediación, y que deben homologarse judicialmente, deben cumplir con estas exigencias, en lo que les sean aplicables¹⁵.

Además, en uno y otro supuesto, rige a plenitud lo dispuesto en el art. 225 inciso quinto, en el sentido de que *en ningún caso* el juez puede fundar su decisión en la capacidad económica de los padres, debiendo la modalidad de cuidado personal que se apruebe o resuelva por este, con arreglo a lo previsto en el art. 224, basarse en el principio de corresponsabilidad¹⁶, de no mediar un impedimento legal o prohibición jurisdiccional que obste a la participación del padre no custodio¹⁷.

16

¹⁴ Véase TAPIA (2013), pp. 486-488.

¹⁵ Por ejemplo, el señalado en la letra f, se ponderará, de acuerdo con el art. 242 inciso segundo, y 12 de la Convención de Derechos del Niño, en función de su edad y madurez, pudiendo, de igual modo, citársele al proceso de mediación, si su presencia es indispensable (art. 105 letra e) de la LTF.

¹⁶ A propósito de este principio, véase ACUÑA (2013), pp. 21-59; RODRÍGUEZ (2014), p. 80; RODRÍGUEZ (2017), pp. 322-323. Desde una mirada más crítica, y que ve en la corresponsabilidad más que un principio autónomo, una aplicación del interés superior del niño, véase BARCIA (2011), pp. 391-392.

¹⁷ La jurisprudencia ha señalado, además, que otros factores deben considerarse al momento de resolver sobre el cuidado personal. Por ejemplo, la Corte Suprema ha considerado significativo pronunciarse sobre el régimen de relación directa y regular con el niño. En un fallo que acogió un recurso de casación en el fondo, señaló en el considerando primero de la sentencia de reemplazo: “Que la ponderación conjunta de los criterios establecidos en el artículo 225 2 del Código Civil (...), permite concluir que si bien ambos progenitores son aptos para la crianza de su hijo, el padre, que en la actualidad tiene su cuidado personal, no ha demostrado una actitud de cooperación con la madre (...). En consecuencia, aun cuando la situación actual del niño pudiera aparecer dotada de características que le proveen de cierta estabilidad en el entorno de la familia paterna, luego de haber estado al cuidado de su padre por un período superior a un año, lo cierto es que la mantención de esa situación pone en riesgo un aspecto tan fundamental, como es la relación con su madre”. SCS. Gajardo Vera con Apablaza Vergara, rol 43557-2017, 5 de junio de 2018, n.º Legalpublishing CL/JUR/2633/2018.

2. En particular sobre el cuidado personal provisorio en estos juicios

Puede ocurrir que el padre que demanda el cuidado personal del niño en juicio ordinario de familia¹⁸, solicite el cuidado personal del mismo en carácter provisorio. O puede acontecer que sea el propio juez quien, actuando de oficio, decreta tal medida.

El *Código Civil* no se ocupó de estas medidas de modo literal y sustantivo, en cuanto a requisitos y procedencia. Sin embargo, gozan de respaldo normativo en leyes especiales de familia que se han dictado, y su fundamento se encuentra en el principio del interés superior del niño, reforzado por la potestad cautelar con que se encuentra premunido el juez de familia.

En particular, fue la LTF la que otorgó un respaldo normativo procesal a estas medidas en el juicio ordinario, al que se refiere el párrafo cuarto del título III, sin ignorar que para su resolución debemos también remitirnos al derecho común, esto es, a las normas sobre atribución judicial del cuidado personal contenidas en el *Código Civil*.

Específicamente, la regla de la LTF está constituida por el art. 22, que se refiere a la potestad cautelar del juez de familia¹⁹, que le autoriza para decretarlas de oficio o a requerimiento de parte, en cualquier estado del juicio, y aun antes de su inicio, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica su tramitación.

De acuerdo con esta disposición, consideramos que el cuidado personal provisorio decretado en el marco de un juicio ordinario contradictorio, tiene la naturaleza de una “medida cautelar innovativa”²⁰. Así también lo ha entendido la jurisprudencia.

A modo de ejemplo, consignemos una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, que de modo expreso señaló que estas medidas tienen por objeto:

¹⁸ Precisemos que el cuidado personal del niño, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 58 de la LTF, puede demandarse por vía principal o reconvenzional, debiendo en este último caso, cumplir con los requisitos de la demanda previstos en el art. 57, y tramitarse junto con la acción principal.

¹⁹ Acerca de la potestad cautelar del juez de familia, aunque en un sentido más genérico, véase LEPIN Y ARAYA (2014), pp. 103-129. Véase, asimismo, el interesante trabajo de DUQUE (2018), pp. 103-142.

²⁰ Sobre el particular, se ha hecho notar por la doctrina que las medidas cautelares innovativas tienen carácter de infinito. “En efecto, permiten, hoy en día, anticipar la pretensión de fondo del demandante, pudiendo los jueces de familia adoptar la medida más idónea de acuerdo al caso concreto”. “La historia de la ley nada dice sobre su origen. La idea está tomada del Código Procesal Modelo para Iberoamérica (CPCMI). Las medidas cautelares innovativas tienen por efecto un cambio o modificación en el estado de hecho o situación jurídica existente”. NÚÑEZ Y CORTÉS (2012), pp. 182-183.

“modificar el estado de hecho o de derecho preexistente, implicando un auténtico ante juicio de la cuestión debatida, una declaración interina sobre el fondo, lo que obliga a una mayor prudencia en la apreciación de los requisitos que la justifican; y por su intermedio se intenta evitar el ‘periculum damni o in facti’, esto es un perjuicio irreparable, que se produciría si no se otorga la misma”²¹.

Además, y en este orden de ideas, se ha señalado:

“si la oralidad, intermediación, concentración y desformalización son los pilares del moderno proceso civil y de la LTF (la primera reforma procesal civil), podemos afirmar, sin compromisos que, del contenido de las normas sobre cautelas que se contemplan en la LTF, se puede hablar expresamente de la tutela anticipada o sentencia anticipada, como finalidad de las mismas”²².

El precepto, enseguida, también se hace cargo de los presupuestos de la medida.

Así aparece de la lectura de la segunda parte del inciso primero del art. 22, que señala los requisitos específicos de las medidas cautelares innovativas: solo pueden decretarse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés del niño, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar, rigiendo en lo supletorio las normas que al respecto contiene el *CPC*, en sus títulos IV y V del libro II.

Revisemos.

a) Requisitos

Señalemos que para solicitar o demandar el cuidado personal provisorio en juicio, deben concurrir ciertos requisitos especiales previstos en el art. 22 de la LTF²³ para las cautelares innovativas, esto es que concurran en

²¹ SCA Temuco, Burcher Moller con Moller Riquelme, rol 96-2007, 30 de enero de 2008, n.º Legal Publishing: 38319.

²² NÚÑEZ Y CORTÉS (2012), p. 176. Acertadamente, destacan los autores, existen verdaderas *sentencias anticipadas*, citando como ejemplos el nombramiento de guardador provisorio (art. 371 del *CC*); la interdicción provisorio del disipador (art. 446 del *CC*), la interdicción provisorio del llamado demente (art. 461 del *CC*), el nombramiento del tutor o curador provisorio en la guarda dativa (art. 371 del *CC*), los alimentos provisorios, la declaración provisorio del bien familiar (art. 141.1 del *CC*), etc. El profesor DUQUE (2018), pp. 110-115, por su parte, señala que cautela innovativa y tutela anticipada no son categorías equivalentes, aunque ambas forman parte del género *medidas cautelares*.

²³ Precisamente en lo tocante a estos presupuestos, la Corte de Apelaciones de Santiago, en una sentencia que acogió un recurso de apelación, sostuvo: “3°. Que el artículo 22 de la Ley 19.968, dispone la facultad de decretar medidas cautelares que se estimen procedente

la especie casos urgentes y lo exija el interés superior del NNA, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

Sin perjuicio de ello, deben cumplirse, también, otras condiciones aplicables a la medida de que se trata, en algunos casos señalados por la ley –como en el caso de los alimentos provisorios– y en otros no establecidos de un modo expreso y categórico, como en la situación que estamos analizando, pero que se desprenden de una interpretación armónica de las normas legales, y de la propia naturaleza de la institución²⁴.

En esa perspectiva, sostenemos que para la procedencia del cuidado personal provisorio, junto a los presupuestos generales y especiales que acabamos de puntualizar, debemos remitirnos a las disposiciones contenidas en los arts. 225, 225-2 y 242 del *Código Civil* a objeto de determinar qué requisito de fondo debe cumplirse²⁵.

Siguiendo este derrotero, consideramos que al efecto resultan aplicables dichas disposiciones, no obstante tratarse solo de una medida de carácter provisoria, de modo que el juez alterará la atribución convencional, judicial o fáctica amparada en la regla supletoria, toda vez que *las circunstancias lo requieran o si sobreviene motivo justo*, y siempre teniendo en vista el *interés del hijo que lo haga conveniente*. De igual modo, entendemos que el juez deberá recurrir a algunos de los criterios señalados en el art. 225-2, en lo que fuere procedente.

19

cuando se trate de situaciones urgentes o cuando así lo exija el interés superior del niño o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trate de evitar. 4°. Que esta Corte conforme a los antecedentes esgrimidos (...), estima del todo concurrente y en resguardo del interés superior del niño que, como ya éste lo ha decidido, el cuidado personal provisorio del menor sea detentado por su madre”. SCA Santiago. No se consignan partes. Rol 984-2015. 12 de junio de 2015, n.º Legalpublishing CL/JUR/3270/2015.

²⁴ De modo eventual, podría exigirse por el tribunal el cumplimiento de un requisito especial, de carácter procesal, esto es, el otorgamiento de caución por el actor para responder de los perjuicios que se ocasionen, de acuerdo con lo señalado en el art. 298 del *CPC*, ya que se trata de una medida no autorizada *expresamente por la ley*. Puede, sin embargo, controvertirse la procedencia de esta exigencia, atendida la naturaleza extrapatrimonial de la medida cautelar que se decreta.

²⁵ En relación con este punto, y a la necesidad de remitirse a las normas del *Código Civil*, la jurisprudencia ha señalado: “tanto en virtud del principio del interés superior del niño, como de los criterios que el legislador ha establecido en el artículo 225 2 del Código Civil para el establecimiento del cuidado personal por parte del juez, hacen concluir que la decisión de modificar la relación de convivencia que tenía la menor con su padre, permanente en el tiempo, no se fundamenta en razones graves que justifiquen tal innovación (...). Por estas consideraciones (...), se revoca la sentencia interlocutoria apelada (...), y en su lugar se confiere el cuidado personal provisorio de la menor K.R.A.V., a su padre (...).” SCA Santiago. Antonietti con Vieira, rol 1031-2018, 20 de febrero de 2019, n.º Legal Publishing CL/JUR/919/2019).

En relación con esta parte, e intentando comprender la calidad de la decisión que el juez adopta, si es que accede a la petición del actor, podríamos concluir que representa un verdadero pronunciamiento provisorio sobre el fondo de la cuestión debatida²⁶, justificado en la urgencia o inminencia de un daño que se trata de precaver, y considerando el interés superior del NNA, tanto porque lo requiere la propia LTF, en sus arts. 16 y 22, como el *Código Civil* en el 242 inciso segundo.

Desde esa óptica, no resulta baladí la resolución que dicte el tribunal frente a la petición, toda vez que de alguna manera está involucrada la cuestión controvertida misma sobre la que se discute, en particular cuando se solicita al inicio del procedimiento, en la demanda y antes de la audiencia preparatoria, pudiendo materializarse antes del emplazamiento del demandado.

No obstante, la resolución del tribunal en modo alguno deroga el principio de bilateralidad y la valoración que el juez debe realizar de los antecedentes de la causa, lo cual puede conducir a la revocación de la medida adoptada, al cesar la causa que le dio origen, la urgencia o el *periculum damni o in facti*, que fundaron en su oportunidad la medida de entregar el cuidado provisorio al padre demandante no custodio.

En otras palabras, el otorgamiento por parte del juez del cuidado personal provisorio, no entraña un desasimiento en términos que le impidan rever lo resuelto, por cuanto la medida es provisional, y está supeditada al mantenimiento de las circunstancias fácticas que la fundamentaron, tal como se desprende del art. 242 inciso primero segunda parte. Cosa distinta es que al momento de dictarse sentencia, ponderadas estas conforme a los arts. 225, 225-2 y 242 –según ya analizamos– del *Código Civil*, lo resuelto en forma provisorio se refrende acogiendo la pretensión principal, la que ejecutoriada, deberá cumplir con las formalidades dispuestas en el art. 227, pudiendo constreñirse su cumplimiento, como lo señala el mismo precepto legal.

b) Forma de tramitación

En cuanto a su oportunidad y tramitación, la LTF se pone en el caso de que las medidas cautelares puedan llevarse a efecto aun antes de producirse el emplazamiento del demandado, *inaudita altera pars*, cuando existan “razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente”.

²⁶ El profesor DUQUE (2018), p. 114, refiriéndose a la tutela anticipada, señala: “se encuentra constituida por una serie de mecanismos que le permiten al órgano jurisdiccional conceder la protección solicitada, antes del pronunciamiento de una sentencia definitiva. Este tipo de tutela permite a los jueces adoptar medidas para satisfacer o proteger el derecho, cuando hay casos graves y urgentes que lo justifiquen”.

De igual modo, conforme a lo establecido en el inciso segundo del art. 22:

“transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados”.

En lo no previsto por la LTF, rigen las normas dispuestas en el *Código de Procedimiento Civil*, a propósito de las medidas prejudiciales y precautorias.

La pregunta que surge, es si estas características son o no aplicables al cuidado personal provisorio, en el sentido de si puede decretarse de oficio, y llevarse a efecto o materializarse antes de la notificación de la demanda.

Analicemos este punto:

1º. Lo primero que cabe acotar, es que el precepto habla de “antes de notificarse a la persona contra quien se dicten”, no *antes de presentada la demanda*, lo que hace al precepto similar al contenido en el 302 del *CPC*, que se refiere a las medidas precautorias, y diferente al 280 del mismo cuerpo legal, que alude a las medidas prejudiciales.

Lo anterior no deja de ser importante, ya que cuando el procedimiento es ordinario de cuidado personal (arts. 55 a 67 de la LTF), si bien puede decretarse y materializarse el cuidado personal provisorio antes de la notificación de la demanda, *de oficio o a petición de parte*, la naturaleza del procedimiento (ordinario) supone que a lo menos la demanda se haya interpuesto. Ordenada la medida, rige el plazo de cinco días para su notificación, bajo sanción de quedar sin efecto, y notificada, surge el derecho del demandado para oponerse, lo que se ha entendido por la doctrina que debe tramitarse como un incidente²⁷.

Desde este punto de vista, cumpliéndose los requisitos, y siendo coherente con la naturaleza innovativa de la medida y con lo dispuesto en el art. 22 de la LTF, debe el juez resolverla de plano²⁸, dando lugar a ella y produciendo sus efectos antes de la notificación de la contraria, sin perjuicio del plazo de caducidad que la propia ley señala.

No obstante lo expresado, señalemos que algunos tribunales, frente a una solicitud de cuidado personal provisorio que se interpone

²⁷ Véase sobre el particular, NÚÑEZ Y CORTÉS (2012), p. 185; DUQUE (2018), p. 128.

²⁸ Respecto de la tramitación de los incidentes conforme a la LTF, véase GARRIDO (2009), pp. 196-199; CORREA (2010), pp. 57-59; JARA (2011), pp. 105-110; NÚÑEZ Y CORTÉS (2012), pp. 214-224.

junto con la demanda, y que no cuenta con un antecedente proteccional, optan por conferir traslado a la parte demandada, apartándose del tenor del art. 22 de la LTF, y de la tramitación que el art. 26 de la misma ley contempla para los incidentes promovidos fuera de audiencia. De acuerdo con esta disposición, debiese resolverse de plano o citarse a las partes a una audiencia especial, si se estima necesario oír a las partes.

Así las cosas, por lo general resuelven la petición evacuado el traslado o en su rebeldía, o se reservan su resolución para la audiencia preparatoria, o para la oportunidad procesal que corresponda, dependiendo de cuando se presenten. Empero, en técnica jurídica no es la solución acertada.

Como contrapartida, los tribunales de familia suelen resolver de plano, accediendo a ellas, las solicitudes de cuidado personal provisorio, cuando se ha otorgado en forma previa una medida cautelar de protección, que entrega el cuidado del NNA al requirente, conforme al art. 71 letra b) de la LTF.

Esta solución parece más acertada sustantiva y procesalmente, ya que existe verosimilitud del derecho invocado, refrendado por una resolución judicial. Del mismo modo, el peligro en la demora de la tramitación y razones de economía procesal aconsejan su resolución inmediata.

- 2º. En segundo lugar, puede solicitarse y decretarse después de la presentación de la demanda, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del juicio, considerando la urgencia de la situación en que se encuentre el NNA y su interés superior, o la inminencia del daño que se trata de precaver. Podrá impetrarse por la parte en forma escrita u oral, durante la substanciación del pleito, en audiencia preparatoria o de juicio, o también fuera de ellas.
- 3º. En caso de que por razones graves que signifiquen vulneración o amenaza en los derechos de un NNA, el tribunal ordene, antes de la presentación de la demanda, una medida cautelar que signifique alterar su situación fáctica, en cuanto a su cuidado, tiene lugar el procedimiento proteccional, y se aplicará el art. 71 de la LTF a fin de resguardarlos, situación a la que nos referiremos en el punto VI de este trabajo.

c) Eventual aplicación de los arts. 225 inc. 6º y 229 del *Código Civil*

Para finalizar esta sección, debemos hacernos cargo de un tema no poco relevante y que tiene relación con lo dispuesto en los arts. 225 inciso sexto y 229 del *Código Civil*. En síntesis, dilucidar si la obligación a que se refie-

ren dichas normas (regular un régimen de relación directa y regular²⁹, en este caso provisorio), procede también cuando el juez entrega en forma provisorio el cuidado personal del niño al padre que demanda.

También se trata de una situación no zanjada de modo expreso por la legislación, razón por la que debe acudir a una interpretación armónica, y sobre todo a los nuevos principios que informan el derecho de familia para proponer una salida.

A la luz de dicha preceptiva, pareciera que de igual forma debe regularse un régimen provisorio de relación directa y regular, sobre todo al tener a la vista los principios de interés superior y de corresponsabilidad, y considerando el carácter de derecho-deber que le singulariza.

No obstante, lo que suele hacer un tanto dificultosa la regulación es la oportunidad procesal en que debe materializarse, sobre todo si se considera que deben tenerse en cuenta los parámetros o criterios que señala el art. 229 del *Código*. En particular cuando el cuidado personal provisorio es acogido de plano, junto con la resolución que provee la demanda y cita a las partes a audiencia preparatoria.

Sin embargo, y en una situación óptima, no parece un contrasentido jurídico diferir su regulación hasta la audiencia preparatoria, sobre todo teniendo en cuenta el plazo en que de acuerdo con el art. 59 de la LTF esta debe celebrarse, y considerando de igual modo que en dicha oportunidad el juez podrá oír a los intervinientes, y al niño, si procediere³⁰.

En las restantes hipótesis no pareciera haber inconveniente, ya que el tribunal deberá resolver el incidente en audiencia, y en la misma, sobre la base de la concentración, pronunciarse de oficio o a petición de parte respecto al régimen de relación directa y regular, a no mediar un impedimento legal o jurisdiccional que obste a ello.

²⁹ A mayor abundamiento, acerca del contenido y reglamentación del régimen de relación directa y regular, véase GÓMEZ DE LA TORRE (2014), pp. 39-58; RODRÍGUEZ (2017), 336-340.

³⁰ En cuanto a esta materia, se ha dicho por la jurisprudencia que no es estrictamente indispensable que se cite al niño, siempre que se respeten sus derechos de otra forma. A modo ejemplar, considérese un fallo de la Corte Suprema, que al rechazar un recurso de casación en el fondo señaló: “Que en lo que dice relación con la infracción del artículo 16 de la Ley N° 19.968 en relación con los artículos 9, 12 y 18 de la Convención de los Derechos del niño, cabe señalar (...) la existencia de razones que justifican la decisión de no escuchar directamente a los niños, atendida su edad 4 y 2 años de edad durante el desarrollo del juicio, unido al hecho de que sus intereses fueron resguardados a partir del nombramiento de una curadora ad litem”. SCS. Veas Maturana con Droguett Hernández, rol 4425-2019, 1 de abril de 2019, cita Legal Publishing CL/JUR/1724/2019.

IV. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DEL CUIDADO PERSONAL PROVISORIO EN JUICIOS INICIADOS POR UN TERCERO

Contexto

Cuando los juicios son iniciados por un tercero, pariente o extraño, en contra de los padres, con el propósito de que se radique en ellos el cuidado personal del NNA, la cuestión se torna más problemática.

En especial, el asunto se hace complejo de analizar para determinar quienes pueden ser sujetos activos y pasivos de la acción, los criterios y causas de atribución, y considerando que puede, incluso, darse el caso inverso al del art. 226 del *Código Civil*, esto es, que sea un tercero –a quien, en juicio anterior se le haya atribuido el cuidado personal³¹– el demandado por el padre, madre o ambos.

De igual forma, y en una primera aproximación, adelantemos que la regulación en este punto aparece como más estricta, en cuanto a causales y procedencia del cuidado personal, cuando quien acciona es un tercero, haciéndose necesaria una labor de interpretación más difícil en comparación al juicio seguido entre padres.

A ello se agrega, que en esta materia también existe una legislación especial sustantiva que debe ser tenida en consideración por el juzgador al momento de resolver (Ley de Menores), junto a las normas del *Código Civil* –en especial los arts. 226 y 227– cuyas declaraciones en algunos casos no facilitan una adecuada comprensión de la materia, en particular cuando lo que se pretende es abordar el cuidado personal provisorio en juicio seguido entre un tercero como demandante, y uno o ambos padres como sujetos pasivos.

Sin perjuicio de ello, para examinar la materia es indispensable analizar algunos temas en relación con el juicio seguido entre terceros y progenitores, para luego vincularlos con lo que nos atañe, esto es, el cuidado personal provisorio.

³¹ Se ha dicho sobre el particular, atendida la naturaleza personalísima de la maternidad o paternidad, que no serían admisibles las convenciones sobre cuidado personal entre alguno de los padres, aún viudo o solo, con un tercero, pariente o extraño. La atribución del cuidado personal a estos solo sería procedente en virtud de resolución judicial fundada, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 226 y 227 del *Código Civil*. Véase RODRÍGUEZ (2017), p. 334; RODRÍGUEZ (2010), pp. 36-37. No obstante, puede controvertirse tal posición. En primer lugar, porque no considera la naturaleza convencional de la mediación, y que puede traducirse en un acuerdo que confiera el cuidado personal a un tercero. En segundo lugar, la LTF, no la señala en el art. 106 como un pacto prohibido. En tercer lugar, carecería de sentido lógico que por una parte la LTF obliga al tercero a instar por la mediación en forma previa a la interposición de la demanda, y que, por otra, no le reconociese valor al eventual acuerdo que pueda alcanzarse.

1. Causa de pedir y criterio de atribución

Respecto de la causa de pedir de la acción en estos juicios, existe un precepto legal que de modo expreso se refiere a ella, norma que encontramos en el art. 226 del *Código Civil*, y que establece *la inhabilidad física o moral* de los padres como presupuesto.

Acto seguido, tal como lo señala la misma disposición y el art. 242 inciso segundo del *CC*, el factor de atribución del cuidado personal será *interés superior del niño*, para lo cual el juez deberá atender –en lo que fuere aplicable– a los criterios signados en el art. 225-2.

Finalmente, para determinar la inhabilidad física o moral de los padres, debemos remitirnos a lo dispuesto en el art. 42 de la Ley de Menores.

Hasta acá, se ha tratado el tema en forma clara por la doctrina³², razón por la que no nos extenderemos sobre el punto. Pero en lo que respecta al cuidado personal provisorio solicitado por el tercero en juicio ordinario, en general la doctrina y la jurisprudencia han guardado silencio.

En cuanto al criterio de atribución del cuidado personal provisorio, dejaremos asentado que estará siempre constituido por su *interés superior*, de acuerdo con los estándares previstos por el *Código Civil*, y a las directrices contempladas en la Convención Sobre Derechos del Niño,

La cuestión, en cambio, se torna más compleja en lo que se refiere a la causa de pedir.

A propósito de esto, resulta claro que la causa de pedir de la acción interpuesta por el tercero, para que se le conceda *en definitiva* el cuidado personal del niño, está constituida por la *inhabilidad física o moral* de sus padres, por así disponerlo el mismo art. 226 del *Código*, y el art. 42 de la Ley de Menores. Pero tratándose del cuidado personal provisorio, la cuestión tiende a presentarse como más difusa, por cuanto la causal presupone, en general, de cuestiones probatorias que sobrepasan, o no se condicen en lo inmediato con la naturaleza de la medida cautelar en comento. Y a mayor abundamiento, el pronunciamiento sobre tal inhabilidad, sobre la base de la prueba que se rinda, se verificará en la sentencia definitiva.

Empero, para fines metodológicos, y antes de entrar a la materia que interesa, haremos algunos comentarios a propósito de la reglamentación legal del juicio iniciado por el tercero en contra de los padres.

2. Consideraciones a propósito de la regulación legal

En primer lugar, digamos que de un análisis de los numerales del art. 225-2, surge la conclusión de que no todos ellos resultan aplicables cuando

³² A mayor profundidad, véase RODRÍGUEZ (2009), pp. 566-572; RODRÍGUEZ (2010), pp. 79-81; RODRÍGUEZ (2017), pp. 334-336.

los juicios son iniciados por terceros. Por tanto, la remisión del art. 226 al 225-2 no es absoluta, no rigiendo la obligatoriedad de la ponderación *conjunta o copulativa* de tales criterios.

En segundo lugar, si comparamos la norma del art. 226 con el 225 inciso cuarto –que se ocupa de la atribución judicial entre padres–, en cuanto a la causa de pedir de la acción, se puede advertir que el segundo tiene una mayor latitud y ofrece una interpretación y aplicación más amplia que el primero.

En otras palabras, el art. 226 es más restrictivo. El art. 225 inciso cuarto en cambio, se refiere a las *circunstancias que lo requieran y al interés superior del hijo* que hace conveniente confiar el cuidado personal al otro padre, teniendo presente la disposición no taxativa del art. 225-2, máximas que doctrinal y conceptualmente abren un contexto más amplio de posibilidades, y que cubren diversos supuestos de hecho que pueden subsumirse en la norma.

En tercer lugar, en relación con el art. 42 de la Ley de Menores, y pese a encontrar alguna jurisprudencia que señala que dicha enumeración tiene el carácter de taxativa³³, estimamos que no es así, ya que el propio numeral 7° habla de “cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”, lo que nos lleva a sostener, que la regla permite abarcar otras situaciones graves y riesgosas³⁴.

En cuarto lugar, en esta misma línea de análisis, y como se ha señalado por los autores³⁵, también debe advertirse que la redacción del precepto lleva a la conclusión de que en la eventualidad de acreditarse algunas de las circunstancias que ahí se describen, se configura una auténtica presunción de inhabilidad física o moral. De ahí la importancia de la prueba de alguno de los hechos señalados en el art. 42.

De producirse, “se entenderá” que el contradictor se *encuentra* en un caso de inhabilidad, pero en forma relativa o *iuris tantum*, es decir, susceptible de ser recusada, controvertida y desvirtuada³⁶ en juicio por el o los demandados. Y asoma con especial singularidad lo restrictivo del precepto, al estar encabezado por la frase “para el solo efecto del artículo

³³ SCA Copiapó, Sename con Iriarte Encina, rol 81-2010, 13 de octubre de 2010, n.º Legal Publishing 46532, y SCA Copiapó, rol 99-2010, Sename con Alvarado Torrejón, 11 de noviembre de 2010, n.º Legal Publishing 45907.

³⁴ En el mismo sentido, esto es, la no taxatividad del precepto, ACUÑA (2018), p. 225,

³⁵ Así lo señala la profesora RODRÍGUEZ (2017), p. 335, cuya opinión se comparte en este punto. También la profesora ACUÑA (2018), p. 225, señala que estas situaciones son *presunciones o hipótesis de inhabilidad*.

³⁶ Véase COLIN Y CAPITANT (2002), p. 805: “las presunciones son por naturaleza excepcionales; no se encuentran más que en aquellas hipótesis en las cuales razones de interés superior, que varían en cada caso, exigen su establecimiento”; CASARINO (1997), pp. 211-212.

226 del Código Civil”, sustituyendo –en virtud de la ley n.º 20680– la anterior redacción inicial del inciso, que decía “para los efectos...”.

En quinto lugar, debe también tenerse a la vista que podrían formularse reparos respecto de la constitucionalidad del art. 42.

En efecto, podría señalarse que lo previsto en dicha norma envuelve una presunción legal de falta de parentalidad del padre o padres, que se opondría a los principios de igualdad de la ley y al de inocencia, indispensables para la existencia de un debido proceso.

En el fondo, se trataría de causas graves y permanentes que configuran situaciones de afección a los derechos elementales de los padres o de los hijos que hacen presumir la inhabilidad física o moral, cuestión que se opondría a la Constitución Política de la República, y en último término, a la Convención sobre Derechos del Niño.

No obstante, y como contraargumento, señalemos que la remisión normativa contenida en el art. 42 de la Ley de Menores, y la descripción que hace de las circunstancias que configuran la causal de inhabilidad, no contraviene a la carta fundamental. Por el contrario, se aviene a la Convención de Derechos del Niño y cautela su interés superior, señalando de modo no taxativo alguna de las causales que autorizarían alterar la esfera de custodia del NNA. Además, para la parte agraviada existe siempre la posibilidad de impugnar lo resuelto a través de los recursos respectivos.

En sexto lugar, las particularidades de la reglamentación no se agotan acá. Por de pronto, se ha criticado por restrictiva la alusión a la “inhabilidad física o moral” de los padres, y se advierte, además, que existe una ambigüedad entre esta norma y el art. 42 de la Ley de Menores, ya que en un caso se habla de la inhabilidad de *ambos padres*, y en el otro de la inhabilidad de *uno o ambos*.

Al respecto, se señaló en su oportunidad por algunos autores³⁷, que el proyecto que introducía el denominado “Acuerdo de Vida en Pareja”, y que, en definitiva, se tradujo en la aprobación de la Ley n.º 20830 sobre Acuerdo de Unión Civil, era restrictivo en un triple sentido. En lo que atañe, ya que mantenía la redacción del precepto en lo tocante a la “inhabilidad física o moral”, excluyendo el caso de muerte del padre o madre, y además, porque el texto literal de la norma exige la inhabilidad de “ambos padres”, descartando que pueda afectar a solo uno de ellos.

Analicemos este punto.

³⁷ Véase LATHROP Y ESPEJO (2016), p. 13.

3. ¿Inhabilidad física o moral de uno o ambos padres?

En primer lugar, el art. 226 del *CC* se refiere a la inhabilidad de ambos padres como causa de pedir de la acción interpuesta por el tercero. La profesora María Sara Rodríguez ha dicho al respecto:

“la ley exige la prueba de inhabilidad física o moral de ambos padres. Se requiere la prueba de inhabilidad no sólo del padre o madre que tiene la tuición; sino de ambos padres, aunque no vivan juntos. De ser hábil, el otro de los padres prefiere frente a parientes de grado más lejano o terceros. Parece evidente que esto es así cuando la ley pide la inhabilidad física o moral de ambos padres (artículo 226)”.

Del mismo modo, y a mayor abundamiento sostiene:

“que este supuesto, que claramente es diferente a los del artículo 225, pide un juicio entre terceros (parientes o extraños) y uno o ambos padres. Exige que quien pretende que se le atribuya el cuidado personal acredite inhabilidad de los padres, conforme al artículo 226 y artículo 42 de la Ley de Menores”³⁸.

Como bien se señala en dicha reflexión, debe acreditarse la inhabilidad de los padres, pero conforme no solo al art. 226 del *Código* sino que, también, de acuerdo con el art. 42 de la Ley de Menores, que es la disposición que se encarga de señalar las circunstancias que, probadas, *hacen entender*, para *el solo efecto* de la primera, que *uno o ambos padres* se encuentran inhabilitados física o moralmente.

Como un antecedente histórico, no resulta indiferente considerar que la norma del art. 42 de la Ley de Menores data de 1967, publicada el 8 de marzo de dicho año, con posterioridad al antiguo 225 del *Código*, que se refería a la atribución judicial del cuidado personal a terceros, utilizando ya la expresión “ambos padres”, la cual se debió haber entendido en ese solo punto como modificada. Empero, las sucesivas reformas al *Código* se han encargado de dejar incólume la alusión gramatical a “ambos padres”, incluso la última, introducida por la Ley n.º 20830 sobre Acuerdo de Unión Civil, de abril de 2015.

En el ámbito procesal, además de la cuestión de la causa de pedir de la acción, el asunto tiene importancia para determinar en contra de quien o quienes se debe dirigir la demanda.

³⁸ RODRÍGUEZ (2009), pp. 579-580; RODRÍGUEZ (2010), pp. 79-80. En el mismo sentido, ACUÑA (2018), p. 224.

Surge entonces la interrogante: ¿la inhabilidad física o moral debe concurrir en definitiva en uno o ambos padres?

Señalamos al comienzo que cierta parte de la doctrina ha sostenido, y con fundamentos, que la ley exige la prueba de la inhabilidad física o moral de ambos padres, no solo de aquel que tiene el cuidado personal del niño y, aunque estos no vivan juntos. Y ello, debido a que de resultar hábil el otro padre, prefiere, a los parientes de grado más lejano o terceros.

Respecto de lo anterior, sostenemos que de ser efectiva, la regla trae aparejada como corolario una consecuencia de tipo procesal. Si los padres no viven juntos, la demanda debería interponerse no solo en contra de aquel que por convención, regla supletoria o, incluso, resolución judicial tiene el cuidado personal sino que en contra de ambos, ya que el precepto exige probar la inhabilidad de los dos padres.

No obstante, estimamos que la posición reseñada es susceptible de ser criticada. Y desde diversos puntos de vista.

En efecto, si el cuidado personal del niño es ejercido de consuno por ambos padres, o si existe alguna forma de cuidado compartido, el tercero debe dirigir su acción en contra de ambos, y junto a ello, acreditar la inhabilidad física o moral de uno y de otro, caso en que se cumple la literalidad del inciso primero del art. 226 del *Código*. Pero en los restantes casos la situación cambia.

Por de pronto, a veces el propio rigor de la regla de atribución supletoria contenida en el inciso tercero del art. 225, cuyo estatus se pretenda modificar por el tercero que reclame el cuidado personal del niño que convive con su padre o madre, hará que la supuesta exigencia de que se pruebe la inhabilidad del otro padre, y de que necesariamente se le emplace a juicio, a fin de desvirtuar su *mejor derecho*, aparezca como innecesaria.

A modo ejemplar, puede darse la situación de que a uno de los padres se le haya confiado el cuidado personal del niño en virtud de una resolución judicial, en juicio seguido contra el otro padre, conforme a la norma del inciso cuarto del art. 225, y que sea ahora a él a quien se le demande por un tercero.

En ese caso, no parece lógico que se demande, además de aquel de los padres que tiene el cuidado personal, a quien en su oportunidad ya fue parte en un proceso judicial, y en el cual el juez emitió un pronunciamiento sobre sus habilidades parentales, conforme a los criterios del art. 225-2, acogiendo la pretensión del otro, ni menos pretender, soslayando lo resuelto, que tenga preferencia legal para atribuírsele el cuidado personal, en términos de que en este nuevo juicio el tercero deberá también probar su inhabilidad. Más aún, en casos en que el cuidado personal se haya atribuido a uno de los padres de modo precedente, por motivos de

grave negligencia del otro, o por motivos de severo incumplimiento de sus deberes, situaciones de abuso, etc, que afecten los derechos del NNA.

Asimismo, en lo tocante a este punto, hay un argumento de texto. El mismo inciso segundo de este artículo culmina señalando que debe preferirse en especial a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del “padre o madre, según corresponda”, lo que da a entender que no es necesario demandar y acreditar la inhabilidad de ambos, cuando es uno solo de ellos quien tiene el cuidado personal, toda vez que el mismo precepto utiliza el vocablo ‘en especial’, y entre otros, puede preferirse precisamente al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre demandado.

Desde este derrotero, sostenemos que bastaría con que se demande a quien detente el cuidado personal, pudiendo ser uno o ambos padres, dependiendo de la regla de atribución que haya tenido lugar, y el sujeto activo de la acción puede ser un pariente o un extraño competente, *debiendo* el juez preferir a los consanguíneos más próximos, *y en especial*, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda³⁹.

4. En particular sobre el cuidado personal provisorio en estos juicios

30 En algunos aspectos, resultan aplicables ciertas consideraciones que formuláramos en el capítulo III.2. Sin perjuicio, adelantemos que en el caso del cuidado personal incoado por un tercero en contra de uno o ambos padres, su procedencia aparece como mucho más restrictiva en este tipo de juicios.

En particular, si la entendemos a la luz de lo dispuesto en el art. 22 de la LTF, como una medida cautelar del tipo innovativa, deberán concurrir a su respecto los requisitos de urgencia, exigiéndolo el interés superior del niño, o aconsejándolo la inminencia del daño que se trata de evitar⁴⁰.

En palabras de los profesores René Núñez y Mauricio Cortés, además de los requisitos regulares:

“se requiere de urgencia, esto es, según el DRAE, necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio y, copulativamente, presentarse el principio rector de la LTF, el interés superior del niño, niña o adolescente. Para todos los demás casos,

³⁹ Véase, a propósito del tenor de la reforma en esta materia, GONZÁLEZ (2017), pp. 52-53.

⁴⁰ Además de los requisitos generales de toda medida cautelar, es decir, *la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora*. Sobre estos, véase NÚÑEZ Y CORTÉS (2012), p. 180 y ss.; DUQUE (2018), pp. 122-125.

se exige inminencia (inminente: según el DRAE, que amenaza o está para suceder prontamente) del daño que se trata de evitar, lo que será ponderado por el juez caso a caso para evitar un daño irreparable”⁴¹.

Sobre el particular, sostenemos que si alguno de estos requisitos no se cumple, el juez no puede decretar la cautelar de cuidado personal provisorio⁴².

No obstante, como señalamos en su oportunidad, para que proceda la declaración de esta medida en el juicio ordinario de cuidado personal, deben concurrir otras condiciones, ya no tan adjetivas, y para eso debemos remitirnos a la legislación sustantiva, en concreto, a los arts. 225-2, 226 del *Código Civil*, y 42 de la Ley de Menores.

Para abordar esta materia, debemos distinguir las hipótesis que pueden presentarse.

1º. En primer lugar, y para ir contextualizando en cierta medida el panorama, digamos que cuando se accione en sede ordinaria por el cuidado personal del niño, en contra de los padres, por un tercero *en relación de confianza*, a quien conforme a lo dispuesto en el art. 30 de la Ley de Menores y 71 letra b) de la LTF (que se refieren al procedimiento especial de protección), se le haya confiado previa y en forma provisorio su cuidado, lo más lógico será que el juez refrende declarativamente dicho pronunciamiento, con el otorgamiento de plano de la medida, repetimos, ahora en el procedimiento ordinario. En este caso, parece evidente que la solicitud aparecerá revestida de *verosimilitud, con probabilidades de obtener una sentencia favorable, existiendo un potencial daño jurídico derivado del retardo del procedimiento*⁴³.

2º. En segundo lugar, el asunto se torna más difuso cuando nos enfrentamos a hipótesis diversas de la descrita, es decir, cuando quien demanda el cuidado personal, e impetra la declaración provisorio es un tercero (pariente o extraño), en su primera presentación o

⁴¹ NÚÑEZ Y CORTÉS (2012), p. 183.

⁴² En relación con la inminencia del daño, el profesor DUQUE (2018), p. 126, ha señalado que surge la duda de si esta exigencia ya no se encuentra incluida en el peligro de la demora. “Aproximándonos al tema, es posible plantear que ambos están en relación de género a especie. El peligro de la demora, como supuesto, permite la aplicación de la cautela conservativa; más respecto a las innovativas, el legislador ha determinado la necesidad de aumentar la exigencia, donde el peligro o riesgo del paso del tiempo se concretiza en un daño inminente, el que se busca evitar modificando la situación o estado de las cosas previas a la concesión de la medida”.

⁴³ Véase NÚÑEZ Y CORTÉS (2012), pp. 180-181.

durante el juicio. Ello, fundado en el art. 226 del *Código*, que se conecta con el art. 42 de la Ley de Menores, sobre la base de los criterios señalados en el art. 225-2, y sin que se le haya confiado el cuidado provisorio del niño como medida de protección.

Lo cierto es que analizada la cuestión normativa, en específico los arts. 22 de la LTF (en lo referente a los requisitos generales de toda cautelar, y a los especiales de las innovativas), 225-2, 226 del *Código Civil*, y 42 de la Ley de Menores, resulta evidente que la labor de valoración del juez será mucho más complicada que en el caso de un juicio seguido entre padres.

Lo anterior, debido a que no bastará con la simple afirmación de cumplirse con los requisitos del art. 22 de la LTF. De algún modo, deberá existir algún principio de prueba, antecedente fundado, indicio o presunción de encontrarse uno o ambos padres en alguno de los supuestos descritos en el art. 42 de la Ley de Menores, y siempre aconsejándolo el interés superior del niño⁴⁴.

Sin perjuicio de lo expresado, si analizamos el art. 42 de la Ley de Menores podemos observar que existen casos en que el juez puede resolver de plano la solicitud, aún antes de notificarse la demanda o la resolución que accede a la petición. A modo ejemplar, en el caso que el padre o madre demandado hubiere caído en interdicción por demencia, o cuando padeciere de alcoholismo crónico diagnosticado, o cuando hubiere sido condenado por sentencia por los delitos de secuestro o abandono de menores. Así también cuando exista una sentencia por violencia intrafamiliar en contra de los padres, en que el niño sea víctima *directa o indirecta*⁴⁵.

Todavía más. No obstante lo restrictiva de la reglamentación, podemos señalar que el espectro se puede ampliar si analizamos lo dispuesto en el numeral 7º del art. 42, el que se refiere a casos de peligro material o moral en que se encuentre el NNA, cuya inminencia puede hacer aconsejable acceder de plano a la petición del actor de accederse a su cuidado personal provisorio, siempre que no se trate de una situación que haga procedente la aplicación del procedimiento proteccional.

3º. En tercer lugar, y relacionado con lo expuesto, repitamos lo señalado en la sección III.2.b). Es decir, que en casos de grave vul-

⁴⁴ En este punto la línea divisoria respecto del procedimiento proteccional se hace difícil de establecer, por la razón de que si de alguna manera aparece que el NNA está siendo gravemente amenazado o vulnerado en sus derechos, puede el juez de oficio dar inicio al proceso y tener lugar la aplicación de alguna de las medidas señaladas en el art. 71 de la LTF, las que pueden importar separarlo de los padres o de quien lo tiene bajo su cuidado.

⁴⁵ ACUÑA (2018), p. 227.

neración o amenaza en los derechos de un NNA, y en que el tribunal ordene, antes de la presentación de la demanda, una medida cautelar que signifique modificar el cuidado del menor, en favor de un pariente consanguíneo o de un tercero en relación de confianza, tendrá lugar el procedimiento especial sobre medidas de protección, y se aplicará el art. 71 de la LTF a fin de que sus derechos sean resguardados.

- 4º. Tratándose de terceros que demanden y soliciten el cuidado personal provisorio, existe otro requisito que se refiere a su *propia habilidad o competencia*.

Sobre esta materia, la profesora Marcela Acuña San Martín, sostiene:

“el juez debe ser especialmente diligente en esta valoración sobre la competencia del tercero para el cuidado, porque éste va a actuar como una figura parental de sustitución y, en tal carácter, ha de proporcionar adecuados aportes afectivos, sociales, éticos, culturales y materiales, facilitando de este modo un efectivo proceso de maduración biológica, psicológica y social para el niño, en reemplazo de lo que no ha obtenido en su familia de origen”⁴⁶.

Este requisito hace que el otorgamiento de plano de la medida, antes de la notificación de la demanda, se presente como más complejo, toda vez que supone cuestiones probatorias que hacen aconsejable para el juez imponerse de un modo más inmediato y directo de la problemática, lo que se materializará en audiencias, oyendo a las partes y al niño.

En cuanto a esta condición, además, debe tenerse en cuenta que no basta por sí sola para hacer procedente la medida. En otros términos, deberá relacionarse con los otros requisitos, en especial con la inhabilidad del padre o madre. Así lo ha resuelto la jurisprudencia.

La Corte Suprema, al rechazar un recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de una sentencia de Corte de Apelaciones, que revocó un fallo de primera instancia y rechazó una demanda de cuidado personal, señaló en el considerando quinto del fallo:

“Que, de este modo (...), debe rechazarse la vulneración de las normas invocadas por el recurrente, puesto que de sus razonamientos y motivaciones se desprende que la decisión es producto del análisis de los distintos parámetros que prevé el artículo 225 2 del

⁴⁶ ACUÑA (2018), p. 228.

Código Civil, en particular de sus letras b) y g), a la luz del interés superior de la niña, examen que condujo a descartar que la madre se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 42 de la Ley N°16.618, presupuesto necesario para que la demanda pudiera prosperar, dado que al haber sido interpuesta por un familiar distinto de los progenitores, no basta con que acredite estar en mejores condiciones que la madre para asumir el cuidado de la niña, sino que debía probar su inhabilidad, carga que no cumplió⁴⁷.

En definitiva, la decisión dependerá del caso concreto sometido a la decisión del juez, teniendo presente que se trata siempre de una medida de carácter provisional, que en cualquier momento puede cesar, dejarse sin efecto o modificarse, dependiendo del hecho fundante, y que en modo alguno substituye o produce iguales efectos que el pronunciamiento de la sentencia.

V. JUICIO INICIADO POR UNO O AMBOS PADRES EN CONTRA DE UN TERCERO

34 Contexto

Se trata de una hipótesis no abordada de modo expreso por el legislador, ya que el *Código* solo contiene normas relativas a juicios entre padres o entre un tercero y estos. Sin embargo, puede presentarse y el juez de familia, en *sana crítica* deberá pronunciarse sobre ella.

En síntesis, se trata del caso de que uno o ambos padres accionan a fin de recuperar el cuidado personal del niño, atribuido en juicio anterior a un tercero, en virtud de las normas que ya hemos señalado, es decir, por inhabilidad del padre o madre, o de ambos, según el caso.

Respecto de esta situación, el derecho común –y también la legislación especial– no contienen una norma que se refiera de modo literal a ella, pero estimamos que se puede desprender de lo previsto en el art. 242 del *Código Civil*, que consagra el efecto de la cosa juzgada formal en los juicios de cuidado personal, en el sentido que pueden “modificarse las resoluciones que se dicten siempre que se demuestre un cambio de circunstancias”⁴⁸.

Partiendo de la base de que al o los demandantes se les privó por sentencia ejecutoriada del cuidado personal de su hijo (a), y que pretende

⁴⁷ SCS. Sin identificación de partes, rol 6189-2019, 12 de agosto de 2019, n.º Legal Publishing CL/JUR/4561/2019.

⁴⁸ RODRÍGUEZ (2017), p. 336.

con posterioridad recuperar dicho cuidado, señalemos algunas consideraciones en relación con el juicio y sus particularidades.

1. Necesidad de un nuevo juicio y otras particularidades

Respecto de este tema, puntualicemos, en primer lugar, que los padres deberán hacerlo en un juicio diverso, iniciado en virtud de una nueva demanda, en que la causa de pedir versará sobre el *cambio de circunstancias, consistente en la cesación de la causal de inhabilidad física o moral* en cuya virtud se les privó del cuidado personal, y siempre que el *interés superior* del hijo (a) lo haga conveniente, como criterio rector

En lo tocante a la legitimación activa, demandantes serán ambos padres en forma conjunta, de vivir juntos o de haber reanudado la vida en común, o el padre o madre sobreviviente, a quienes, en un juicio anterior, se les haya privado del cuidado personal del niño por inhabilidad física o moral.

En caso de no proceder la demanda conjunta, por pretender el padre o madre que se radique en uno de ellos el cuidado personal de modo exclusivo, de igual modo el otro padre, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106 de la LTF, deberá ser citado a mediación, y en caso de frustrarse este proceso, la demanda deberá dirigirse tanto contra el tercero como contra el otro padre⁴⁹.

2. Sobre el cuidado personal provisorio en esta clase de juicios

Teniendo presente la causa de pedir en estos juicios, no resulta fácil de determinar en qué casos el actor estará en condiciones para solicitar el cuidado personal provisorio del NNA.

El cambio de circunstancias o cesación de la inhabilidad que se tradujo en la pérdida del cuidado personal, se presenta ahora más bien como una cuestión de fondo en el nuevo juicio, que supone una prueba negativa de la causal, y que el juez resolverá en la sentencia definitiva.

De alguna manera, la solicitud del actor, en la demanda o en cualquier estado del juicio, deberá fundarse en algún antecedente que demuestre que ahora él es hábil para tener a su cuidado al NNA, circunstancia que lo conecta con el art. 42 de la Ley de Menores, siempre que se trate de una

⁴⁹ Claro resulta, que también dicha atribución judicial podrá ser dejada sin efecto en virtud de una mediación, que deberá homologarse por la vía judicial. Sin embargo, *a fortiori* a dicho proceso deberán comparecer ambos padres –o el padre sobreviviente– y el tercero quien tiene el cuidado personal, ya que en caso de no vivir juntos, padre y madre están legitimados para demandar.

situación urgente y exigiéndolo el interés superior, lo que hará verosímil su derecho a impetrarla.

Dada la característica que presenta el procedimiento en estos casos, y la causal por la que se pretenderá revertir lo resuelto en el juicio anterior, parecería que la oportunidad más aconsejable que se le presenta al juez para resolverla, sería en audiencia preparatoria o de juicio, oídos los intervinientes, al menor si procediere, y solicitada o verificada la prueba que se rendirá para acreditar la cesación de la inhabilidad, y siempre que el interés superior lo haga aconsejable.

Finalmente, señalemos que también pueden presentarse casos en que procederá la aplicación del procedimiento de medidas de protección, pero en una y otra situación, estimamos que la resolución del juez deberá pronunciarse sobre su habilidad para reasumir el cuidado del hijo (a).

VI. CUIDADO PERSONAL PROVISORIO EN JUICIO ORDINARIO Y EN SEDE PROTECCIONAL

36

Analizados los presupuestos, requisitos y procedencia del cuidado personal provisorio en juicio ordinario, agreguemos que a nuestro parecer, estas medidas a las que en forma genérica se refiere el art. 22, difieren en cuanto a su naturaleza y condiciones, de las especiales contempladas en los arts. 71 de la LTF y 30 de la Ley de Menores⁵⁰.

Estas últimas representan un estatuto particular para los casos de NNA amenazados o gravemente vulnerados en sus derechos, aunque en los hechos puedan producir un efecto similar al cuidado personal provisorio, entendido como una cautelar innovativa, esto es, su separación de uno o ambos padres, o de quienes lo tengan bajo su custodia (art. 68 inc. 2° de la LTF), y siempre entendida como última *ratio*, cuando no exista otra más adecuada (art. 74 de la LTF).

Enseguida, si bien la cautelar especial contemplada en la letra b) del art. 71 puede traducirse en entregarlo en forma provisoria al cuidado del padre no custodio, produciendo un resultado fáctico similar al cuidado personal provisorio resuelto de conformidad al art. 22, ella jamás podrá desembocar en el otorgamiento –en la sentencia definitiva– del cuidado personal y de sus atributos, bajo la forma regulada en el *Código Civil*, ya que no puede suplir el pronunciamiento que al respecto debe hacerse por la vía ordinaria (art. 55 y ss. de la LTF en relación con el art. 227 inc. 2° del *Código Civil*).

⁵⁰ A propósito de estos procedimientos especiales, y entendiéndolos como una aplicación del principio de la protección del niño, niña y adolescente, véase BARCIA (2011), pp. 388-390.

Por otro lado, la jurisprudencia ha señalado que el hecho de existir una causa ordinaria sobre cuidado personal, en la que se ha dictado sentencia, hace improcedente la vía proteccional a fin de que se otorgue el cuidado personal provisorio.

Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, al confirmar una sentencia de primera instancia que rechazó la solicitud de otorgar el cuidado personal provisorio en causa sobre medidas de protección, expresó, en el considerando cuarto del fallo:

“Que, conforme al procedimiento regulado en el artículo 68 y siguientes de la Ley N° 19.968, y en especial la medida de protección referida en el artículo 71 letra a) de esa normativa, referida al cuidado personal provisorio, su concesión se justifica mientras no se haya decidido lo pertinente en la causa que se tramita el fondo del cuidado personal, ya que por eso tiene el carácter de provisorio. Sin embargo (...), en la causa que se discutía el cuidado personal de los hijos del requirente ya se dictó sentencia, por lo que la medida de protección de cuidado personal carece de eficacia, toda vez que lo que cobra mayor relevancia a quien se asignará el cuidado personal definitivo de los mentados niños”⁵¹.

37

Sin embargo, existen semejanzas.

Ambas se caracterizan por su provisionalidad y temporalidad. No obstante, tratándose de la medida cautelar especial señalada, se encuentra sometida a un plazo establecido por ley (art. 71 inc. final), mientras que la cautelar provisorio fundada en el art. 22 tendrá una duración que dependerá de las circunstancias, en concreto, en cuanto subsista el peligro que con ella se ha tratado de evitar (art. 22 de la LTF en relación con el art. 301 del *CPC*).

Además, y a mayor abundamiento, en el procedimiento especial de aplicación de medidas de protección, la capacidad innovativa del juez de familia aparece como más restringida, toda vez que el inciso final del art. 22 de la LTF se encarga de señalar que en él solo se pueden adoptar como cautelares las dispuestas en el art. 71. Sin embargo, la restricción es más bien aparente que real, toda vez que el catálogo que consagra dicha norma es bastante amplio, y en la práctica absorbe un amplio espectro de situaciones de amenazas o de vulneración de derechos.

Sin perjuicio de lo anterior, si intentamos conciliar lo dispuesto en los arts. 13, 22 y 71 de la LTF, y 30 de la Ley de Menores, se puede llegar a la conclusión de que el juez puede actuar de oficio, y llevar a efecto una

⁵¹ SCA Santiago, Boreaux con Noirfalise, rol 3225-2018, 22 de mayo 2019, n° Legal Publishing: CL/JUR/2818/2019.

medida cautelar aun *antes de iniciarse el juicio*, cuando el procedimiento es especial de protección, reglamentado en los arts. 68 a 80 bis de la LTF, bajo la premisa de existir una situación de amenaza o vulneración de los derechos del NNA.

En otras palabras, de oficio y provisoriamente, se puede ordenar y llevarse a efecto la medida de sacar al NNA de su esfera de custodia, entregándolo al otro padre o a un tercero, antes del juicio, solo cuando se trate del referido procedimiento, ya que la vía ordinaria supone que la demanda al menos esté presentada.

Es decir, la urgencia, gravedad o inminencia del daño a que hace referencia el art. 22 de la LTF –en lo que al cuidado personal provisorio atañe–, y que hacen aconsejable la aplicación de la medida previo a la iniciación del juicio, se subsumen en la hipótesis de hecho consignada en el art. 68 del mismo cuerpo normativo, a propósito del procedimiento de protección.

Para finalizar, y como señaláramos, el hecho de haberse otorgado como medida cautelar especial y provisoria el cuidado personal, por lo general servirá como fundamento al accionarse por el demandante en juicio ordinario, ahora en otro procedimiento e interponiendo una nueva demanda.

La atribución judicial del cuidado personal provisorio del NNA, en favor de uno de los padres o de un tercero (pariente, conviviente civil o extraño), tiene la naturaleza de ser una *medida cautelar innovativa* en juicio ordinario seguido en tribunales de familia. Puede solicitarse por el actor, o decretarse de oficio por el juez, bajo la forma a que se refiere el art. 22 de la LTF, para lo cual deben cumplirse requisitos generales de toda cautelar, y específicos de estas, siendo también necesario ponderar condiciones previstas en la legislación sustantiva, de una manera flexible, y de acuerdo con los principios fundamentales que rigen la materia. Sea en juicio seguido entre padres, entre un tercero y estos, o entre padres privados del cuidado personal, y un tercero, el juez deberá atender a un criterio normativo transversal: el interés superior del mismo, de acuerdo con las reglas consagradas en los arts. 225 inciso cuarto, 226 y 242 del *Código Civil*, y 16 de la LTF, 3° y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En todos los casos, deberá solicitarse junto con la demanda, o en forma oral o escrita en una presentación aparte, durante la tramitación del juicio. Impetrada en la demanda, puede decretarse y producir efectos antes de notificada. Solicitada durante el juicio, puede resolverse en audiencia preparatoria o de juicio, o de plano fuera de aquellas. Finalmente, difiere de la cautelar que puede decretarse en procedimiento proteccional.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2018). *El cuidado personal de los hijos*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2013). “El principio de corresponsabilidad parental”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Año 20. N.º 2. Coquimbo.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2011). *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*. Santiago: Thomson Reuters PuntoLex.
- CASARINO VITERBO, Mario (1997). *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- COLIN, Ambroise, Henry CAPITANT (2002). *Derecho Civil. Garantías personales y reales, y pruebas*. México: Editorial Jurídica Universitaria, Colección Grandes Maestros del Derecho Civil.
- CORREA SELAMÉ, Jorge Danilo (2010). *Derecho Procesal de Familia*. Santiago: Thomson Reuters PuntoLex.
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2016). *Derecho de Familia*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters. Colección tratados y manuales.
- DUQUE VILLA, José Alejandro (2018). “La potestad cautelar del juez de familia. Sus alcances y límites”. *Revista de estudios judiciales*. Año 2017. N° 4. Santiago: Der Ediciones.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás, Fabiola LATHROP GÓMEZ (2016). “Salir del clóset: la necesidad del matrimonio homosexual y los límites del acuerdo de unión civil”, en AA.VV., *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil*. Santiago: Thomson Reuters.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás (2017). “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”. En Fabiola LATHROP GÓMEZ, Nicolás ESPEJO YAKSIC (coord). *Responsabilidad Parental*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- GARRIDO CHACANA, Carlos (2009). *Derecho de Familia. Contenido orgánico y procedimiento proteccional de la ley 19.9689*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, Judith SOLÉ RESINA (2014). *Filiación y Potestad Parental*. Valencia: Editorial Titant lo Blanch.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007). *El sistema Filiativo Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2014). “La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680”. *Revista de Derecho de Familia*. Volumen I. Santiago.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2017). *Acuerdo de Unión Civil*. Santiago: Legal Publishing.
- JARA CASTRO, Eduardo (2011). *Derecho Procesal de Familia. Principios formativos, reglas generales, procedimiento ordinario*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2017). “Responsabilidad parental en casos de separación. Una mirada a las legislaciones latinoamericanas”. En Fabiola LATHROP

- GÓMEZ, Nicolás ESPEJO YAKSIC (coord). *Responsabilidad Parental*. Santiago, Legal Publishing Thomson Reuters.
- LEPIN MOLINA, Cristián (2014a). “Modificaciones a los efectos de la filiación. Una cuestión de principios”. *Revista de Derecho de Familia*. Volumen I. Santiago.
- LEPIN MOLINA, Cristián (2014b). “Los nuevos principios del derecho de familia”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 23. Santiago.
- LEPIN MOLINA, Cristián (2017). *Derecho Familiar Chileno*. Santiago: Legal Publishing.
- LEPIN MOLINA, Cristián, Ignacio ARAYA PAREDES (2014). “La potestad cautelar del juez de familia”. *Revista de Derecho de Familia*. Volumen II. Santiago.
- NÚÑEZ ÁVILA, René, Mauricio CORTÉS ROSSO (2012). *Derecho Procesal de Familia*. Santiago: Legal Publishing.
- PADIAL ALBAS, Adoración (2018). *La relación materno y paterno filial en del derecho de familia catalán*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- QUINTANA VILLAR, María Soledad (2014). “La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Número XLIII. Valparaíso.
- RAMOS PAZOS, René (2007). *Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2009). “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo Derecho Chileno de Familia”. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 36. N° 3. Santiago.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2010). *El cuidado personal de niños y adolescentes*. Santiago: Legal Publishing.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2017). *Manual de Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2014). “Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular y patria potestad en el Código Civil Chileno”. *Revista de Derecho de Familia*. Volumen I. Santiago.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2013). “Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley N°20.680)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.° 21. Santiago.
- TRONCOSO LARRONDE, Hernán (2017). *Derecho de Familia*. Santiago: Legal Publishing.

Normas citadas

- Código Civil*, 19ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2019.
- Código de Procedimiento Civil*, 19ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2019.
- Convención Sobre Derechos del Niño, promulgada por decreto supremo n.° 830. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago 27 de septiembre de 1990.

Ley de Menores, n.º 16618. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 30 de mayo de 2000.

Ley n.º 19968. Crea los Tribunales de Familia. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 30 de agosto de 2004.

Ley n.º 20680. Introduce modificaciones al *Código Civil* y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 21 de junio de 2013.

Ley n.º 20830. Acuerdo de Unión Civil. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 21 de abril de 2015.

Jurisprudencia citada

Antonietti con Vieira, Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de febrero de 2019, n.º Legal Publishing CL/JUR/919/2019.

Burcher Moller con Moller Riquelme. Corte de Apelaciones de Temuco, 30 de enero de 2008, n.º Legal Publishing 38319, rol 96-2007.

Boreaux con Noirfalise, Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de mayo de 2019, n.º Legal Publishing: CL/JUR/2818/2019, rol 3225-2018.

Contreras Burgos con Gallargo Price. Corte Suprema de Justicia, 11 de marzo de 2019, n.º Legal Publishing CL/JUR/1200/2019, rol 8023-2018.

Gajardo Jara con Apablaza Vergara, Corte Suprema de Justicia, 5 de junio de 2018, n.º Legal Publishing CL/JUR/2633/2018, rol 43557-2017.

Flores Pardo con Miranda Cisterna. Corte Suprema de Justicia, 18 de abril de 2018, n.º Legal Publishing CL/JUR/1784/2018. SCS, rol 40.736-2017.

Sename con Iriarte Encina. Corte de Apelaciones de Copiapó, 13 de octubre de 2010, n.º Legal Publishing 46532.

Sename con Alvarado Torrejón. Corte de Apelaciones de Copiapó, 11 de noviembre de 2010, n.º Legal Publishing 45907.

Veas Maturana con Droguett Hernández. Corte Suprema de Justicia, 1 de abril de 2014, n.º Legal Publishing CL/JUR/1724/2019, rol 4425-2010.

Sin identificación de partes. Corte Suprema de Justicia, 5 de marzo de 2019, n.º Legal Publishing CL/JUR/1074/2019, rol 31595-2018.

Sin identificación de partes. Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de junio de 2015, n.º Legal Publishing CL/JU/3270/2015.

Sin identificación de partes, Corte Suprema de Justicia, 12 de agosto de 2019, n.º Legal Publishing CL/JUR/4561/2019, rol 6189-2019.

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL SISTEMA DE SALUD, MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN UN CONTEXTO INSTITUCIONAL

CONFLICT RESOLUTION IN THE HEALTH SYSTEM, MEDIATION AND ARBITRATION IN AN INSTITUTIONAL CONTEXT

Cristián Riego Ramírez*

RESUMEN

El trabajo describe los mecanismos de resolución de conflictos de carácter civil que fueron creados por la reforma al sistema de salud conocida bajo la sigla AUGE. Estas reformas incluyen fórmulas de mediación y arbitraje que se han instalado y que representan un segmento importante del conjunto de los conflictos de carácter civil que se resuelven en el país. También se plantean algunos problemas que los nuevos sistemas presentan en relación con los valores que el sistema de justicia civil busca promover. Lo más preocupante del proceso de reemplazo del proceso civil y del sistema judicial por este tipo de mecanismos está en la falta de importancia que el Estado chileno parece atribuir al mismo y la pérdida de algunos valores básicos del mismo, en especial los vinculados a la publicidad de su funcionamiento.

43

PALABRAS CLAVE: resolución alternativa de conflictos, mediación, arbitraje.

ABSTRACT

The paper describes a group of dispute resolution mechanisms introduced in the Health Care Reform known as AUGE. The reform included forms of mediation and arbitration that currently represents an important part of the total civil litigation in Chile. The article explores some problems

* Abogado, profesor de Derecho de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: cristian.riego@udp.cl. Artículo recibido el 20 de mayo de 2019 y aceptado para su publicación el 16 de octubre de 2019.

that those alternative mechanisms could create. The most important issue is that the Chilean state do not recognize the importance of a civil justice system and the possible loss of some of its values, especially those relate with the transparency of its operation.

KEY WORDS: Alternative dispute resolution, mediation, arbitration.

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2004 se realizó una reforma estructural al sistema de salud en Chile. Dicha reforma, conocida bajo la sigla AUGE, implicó una serie de cambios financieros e institucionales que se tradujeron en diversas leyes¹. Una parte de los cambios estuvo destinada a establecer sistemas de resolución de conflictos para resolver las controversias más importantes que se plantean en el sector de la salud, en especial, aquellas que se presentan entre los usuarios y los prestadores de los servicios médicos así como entre los usuarios y las entidades que deben financiar dichos servicios.

Esta tendencia a regular de manera específica la resolución de conflictos en áreas determinadas de la actividad económica y social es algo que se viene manifestando de forma bastante sistemática en las décadas recientes y parece indispensable tener un conocimiento acabado de todos estos cambios, sus propósitos, sus mecanismos específicos y las diferencias entre ellos, para efectos de entender cómo está constituido y cómo funciona este conjunto de nuevos sistemas que en la práctica han visto a conformar un nuevo y fragmentado sistema de justicia civil que convive con el tradicional, el cual no ha sido objeto de adecuaciones importantes.

En el caso del sistema de salud, los mecanismos creados, mediación y arbitraje, corresponden a fórmulas que tradicionalmente se pueden situar fuera o dentro del aparato estatal, pero son ejecutadas por personas que no pertenecen a él. No obstante, en este caso se prefirió la instalación de estos mecanismos al interior de instituciones estatales, que en la mayoría de los casos los ejecutan y en otros los administran.

El presente trabajo pretende ser solo una primera contribución a un proceso más amplio y que debiera describir con precisión el conjunto de políticas públicas que apunta a la resolución de conflictos civiles, las que en su conjunto ofrecen un panorama mucho más complejo que el tradicional centrado en el proceso civil tal, instalado en los tribunales civiles².

¹ VALDIVIESO y MONTERO (2010), pp. 1040-1046. Véase también VARGAS y MARTÍNEZ (2011), p 16.

² El conjunto de mecanismos creados en los últimos años destinados a resolver conflictos civiles de manera sectorial incluye, además, al Tribunal de Contratación Pública,

Pero además de la descripción de los mecanismos de resolución de conflictos creados por las leyes de reforma del sistema de salud, pretendemos iniciar una discusión acerca de las ventajas y problemas que este tipo de soluciones pueden acarrear, con el fin de contar con algunas herramientas analíticas que permitan evaluar las diversas fórmulas de política pública para la solución de conflictos que se han ido implementando en el país, y que se continuaran incorporando.

El trabajo se divide en dos secciones. En la primera describiremos los diversos mecanismos de solución de conflictos que se han creado por la reforma del sistema de salud y entregaremos algunos datos básicos acerca de su funcionamiento con el fin de ilustrar al lector acerca del tamaño de este subsistema y del nivel de consolidación que presenta. En una segunda sección haremos una exploración de algunos problemas que, en nuestra opinión, presentan las fórmulas planteadas por la legislación y especialmente su incorporación al interior del aparato estatal y su ejecución por parte de funcionarios públicos.

Hemos recurrido a las fuentes legislativas, estadísticas y académicas que se citan en el texto. Además, presentamos un avance del mismo en una reunión con abogados y funcionarios con experiencia en los diversos sistemas de solución de conflictos, con los que discutimos las conclusiones y hallazgos. Además, hemos podido revisar las actas de varios procesos de arbitraje y hemos dado seguimiento a varios casos abordados por las diversas formas de solución de conflictos que se describen.

2. LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA REFORMA A LA SALUD

La reforma a la salud se planteó una serie de objetivos entre los que se encontraban: los de mejorar el acceso a la salud a los grupos más desfavorecidos de la población; aumentar la seguridad y confianza de las personas

creado en 2005 por la Ley n.º 19886, a los Tribunales Tributarios y Aduaneros creados en 2009 por la Ley n.º 20322 y a los tribunales ambientales creados en 2012 por la Ley n.º 20600. También se podría incorporar bajo esta descripción a las unidades de justicia vecinal creadas en 2011, aunque no se encuentran en funcionamiento, al respecto véase RIEGO y LILLO (2014), pp. 385-417. También cabe mencionar a la Ley n.º 19968 que creo los tribunales de familia en 2004, porque, si bien estos forman parte del sistema judicial, la ley introdujo la mediación obligatoria para algunas situaciones. El caso más reciente es el de la Ley n.º 21081 de 2018 que introdujo la mediación colectiva en materia de consumo, aunque en realidad las mediaciones tanto individuales como colectivas se venían practicando desde hace varios años en materia de consumo por parte del Servicio Nacional del Consumidor, sobre esto véase Vargas (2019), p 151.

en el sistema de salud, explicitando sus derechos y deberes; crear una autoridad sanitaria fuerte en sus potestades de conducción política y de regulación, y crear una red asistencial de alta calidad en lo técnico y en lo humano³. Para conseguir los objetivos mencionados se planteó una serie de cambios institucionales que consistieron en: asegurar el financiamiento del nuevo sistema, para lo cual se realizó un aumento del 1% del IVA⁴; el fortalecimiento de la autoridad sanitaria, separándose esta de las funciones de prestación de servicios sanitarios⁵; se creó un sistema de acreditación de prestadores públicos y privados; se creó un régimen de supervigilancia y control de las Isapres⁶; se estableció una nueva regulación de las mismas⁷ y el régimen GES para el acceso, oportunidad, calidad y protección financiera para un conjunto de patologías de carácter prioritario⁸.

La resolución de conflictos no estuvo entre los objetivos prioritarios de la reforma. No obstante, dos de las leyes que constituyeron la misma dedican importantes regulaciones a la creación de mecanismos de resolución de conflictos, los que en su conjunto constituyen una política pública diseñada para hacerse cargo de los conflictos civiles más recurrentes en materia de salud. La importancia de este segmento de casos respecto del conjunto de sistema de justicia no se puede ignorar, dado que la salud representa aproximadamente un 8% de la actividad de económica del país y es uno de los sectores que muestra mayor expansión y dinamismo⁹.

A continuación, describiremos los diversos mecanismos y su funcionamiento.

a) Mediación previa y obligatoria

La Ley n.º 19966 del año 2004, que instaló el sistema de garantías en salud, estableció, además, algunas definiciones en cuanto a la responsabilidad de las entidades involucradas, tanto en la prestación de servicios de salud como en su financiamiento. El art. 38 crea una regla general de responsabilidad de los órganos sanitarios estatales por falta de servicio y el art. 42 otra norma que hace responsables al Fonasa y a las Isapres por el incumplimiento en el otorgamiento de las garantías consagradas en

³ VARGAS Y MARTINEZ (2011), p 18.

⁴ Ley n.º 19888 de 2003.

⁵ Ley n.º 19937 de 2004.

⁶ *Ibid.*

⁷ Ley n.º 19895 de 2003 y Ley n.º 20015 de 2005.

⁸ Ley n.º 19966 de 2004.

⁹ Dato del Banco Mundial para 2014 disponible en <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.XPD.TOTL.ZS> [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].

la misma ley, y, además, se hace responsables a los prestadores directos cuando el incumplimiento sea producto de su acción u omisión.

Pero, además de estas normas generales de responsabilidad, la ley creó mecanismos destinados a hacerse cargo de la resolución de los principales conflictos que se derivan de esas mismas responsabilidades.

El art. 43 de la Ley n.º 19966 dispone que los conflictos vinculados a las prestaciones sanitarias deberán someterse a un sistema de mediación previa que opera como un prerrequisito para la presentación de demandas civiles derivadas de daños producidos por esas prestaciones. En el caso de que los reclamos y eventuales demandas civiles se dirijan contra prestadores públicos de salud, es decir, los que forman parte de la red de hospitales, consultorios y demás establecimientos de propiedad y gestión estatal, la mediación será llevada adelante por un grupo especializado de mediadores del Consejo de Defensa del Estado, creado especialmente con ese propósito. En el caso de que el reclamo y la demanda se dirijan contra un prestador privado, la mediación será conducida por un mediador privado que se seleccionará de una lista confeccionada por la Superintendencia de Salud.

En relación con la mediación realizada por el Consejo de Defensa de Estado, esta actividad se instaló bastante rápidamente y después de unos pocos años parece haber consolidado un volumen de actividad estable.

Los mediadores son funcionarios públicos del Consejo de Defensa del Estado, aunque podrían nombrarse funcionarios de otros órganos públicos y aun no funcionarios en situaciones excepcionales¹⁰. Todos ellos deben ser profesionales de carreras con a lo menos diez semestres de estudios, no necesariamente abogados¹¹.

Desde el punto de vista cuantitativo este mecanismo fue aumentando en su uso desde su instalación y en los últimos años ha tendido a estabilizarse en cifras cercanas a los mil casos por año, lo que, como veremos, representa un volumen relativamente bajo en relación con el conjunto de los sistemas creados para el área de la salud y con el sistema de justicia civil.

¹⁰ Art. 5, decreto n.º 47 del Ministerio de Salud, de 2005.

¹¹ Art. 10, decreto n.º 47 del Ministerio de Salud, de 2005.

Tabla 1.
Total de solicitudes por año¹²

AÑO	Solicitudes de mediación	Solicitudes declaradas admisibles
2005	391	297
2006	649	538
2007	827	717
2008	994	877
2009	1 328	1 147
2010	1 214	1 085
2011	1 181	1 087
2012	1 213	1 183
2013	1 112	1 067
2014	1 115	1 068
2015	1 061	1 029
2016	1 141	1 108

Los casos recibidos por los mediadores del Consejo de Defensa del Estado en su gran mayoría dan lugar a un proceso de mediación completo, el que concluye con un acuerdo en un porcentaje minoritario de los casos y con falta de acuerdo en la mayoría de los casos, en esta situación el solicitante queda habilitado para demandar ante los tribunales civiles. No contamos con información acerca de en cuántos casos esas demandas civiles se concretan.

Tabla 2.
Solicitudes de mediación terminadas¹³

AÑO	Vencimiento de plazo o inasistencia	Acuerdo	Sin acuerdo	Total
2011	157	159	682	1 012
2012	159	168	814	982
2013	141	187	747	1 087
2014	105	199	776	1 082
2015	105	228	690	1 027
2016	87	213	768	1 068

¹² Construida sobre la base de la información estadística publicada por el Consejo de Defensa del Estado. Disponible en www.cde.cl/gestion_institucional/estadisticas/ [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].

¹³ Construida sobre la base de la información estadística publicada por el Consejo de Defensa del Estado. Disponible en www.cde.cl/gestion_institucional/estadisticas/ [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].

Los acuerdos logrados son bastante variados en su contenido y abarcan desde explicaciones o disculpas hasta indemnizaciones pecuniarias, incluyendo prestaciones sanitarias adicionales, así como combinaciones que incluyen, además de las indemnizaciones, una o más de las otras formas de reparación.

Tabla 3.
Contenido de los acuerdos alcanzados¹⁴

Año	Indemnización pecuniaria (%)	Disculpas o explicaciones (%)	Prestaciones asistenciales (%)	Indemnización más una o más de las otras (%)	Total de acuerdos
2011	21,4	19,5	44,7	13,2	159
2012	29,2	20	36	14,8	168
2013	21,39	21	44	13,6	187
2014	28,6	21	33	17,3	199
2015	31,6	14,4	36	18	228
2016	31	14,1	29,6	24,5	213

Los montos involucrados en los acuerdos pecuniarios han venido su-
biendo en el tiempo y como promedio representan montos relevantes¹⁵.
Estos montos no son cubiertos con fondos fiscales generales, sino que
con cargo al presupuesto de cada una de las unidades sanitarias que han
convenido en ellos.

Tabla 4.
Monto total convenido en acuerdos¹⁶

AÑO	Total anual en millones de pesos
2011	327
2012	566
2013	409
2014	874
2015	920
2016	1 070

¹⁴ Construida sobre la base de la información estadística publicada por el Consejo de Defensa del Estado. Disponible en www.cde.cl/gestion_institucional/estadisticas/ [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].

¹⁵ No es posible saber el monto específico de cada acuerdo, pero el promedio asciende a 9 139 070 para el año 2016. CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO (2016).

¹⁶ Construida sobre la base de la información estadística publicada por el Consejo de Defensa del Estado. Disponible en www.cde.cl/gestion_institucional/estadisticas/ [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].

La otra expresión de la mediación obligatoria, esto es, la referida a los reclamos contra los prestadores privados, ha tenido una práctica significativa, sobre todo teniendo en cuenta que el porcentaje de la población que se atiende en ese sistema es minoritario respecto del que se atiende en el sistema público¹⁷. No obstante, se trata de volúmenes bajos en cuanto a su participación respecto del conjunto del sistema de solución de conflictos del área de la salud.

El proceso de mediación debe desarrollarse en un plazo de sesenta días, prorrogable por otros sesenta¹⁸.

Cumpliendo con lo dispuesto por la ley, la Superintendencia de Salud ha abierto un registro de mediadores privados, en el cual hasta el año 2005 habían sido admitidos un total de ciento sesenta profesionales que se desempeñan en todo el país¹⁹. Estos profesionales tienen los mismos requisitos de estudios²⁰ de los del Consejo de Defensa del Estado, pero, a diferencia de ellos, son remunerados por las partes²¹. El costo de la mediación es determinado por cada mediador, incluido en el registro, con un límite de 214 000, el que aumenta hasta en 71 000 en el caso de prorrogarse el tiempo de duración²².

En cuanto al volumen total de las solicitudes de mediación y mediaciones realizadas, este ha venido aumentando entre los años 2005 y 2012, y desde ahí en adelante ha tendido a estabilizarse en cifras cercanas a las ochocientas solicitudes anuales.

Tabla 5.
Solicitudes de Mediación²³

Año	Total de solicitudes	Declaradas admisibles
2005	58	58
2006	182	180
2007	274	274
2008	389	360

¹⁷ ARAVENA E INOSTROZA (2015), pp. 244-251.

¹⁸ Art. 45 de la Ley n.º 19966, de 2004.

¹⁹ Superintendencia de salud, Estadísticas Mediaciones con Prestadores Privados marzo 2005-junio 2015. Disponible en www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articles-12879_recurso_1.pdf [fecha de consulta: 4 de junio de 2018]. El Registro de Mediadores con Prestadores Privados puede verse en <http://supersalud.gov.cl/acreditacion/673/w3-propertyvalue-6164.html> [fecha de consulta: 4 de junio de 2018].

²⁰ Art. 5, decreto n.º 47 del Ministerio de Salud, de 2005.

²¹ Art. 58, decreto n.º 47 del Ministerio de Salud, de 2005.

²² Resolución exenta 1215 de 28 de setiembre de 2015, Superintendencia de Salud.

²³ Construida sobre la base de información estadística publicada por la Superintendencia de Salud, disponible en www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/w3-propertyvalue-3775.html [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].

2009	485	422
2010	550	491
2011	578	520
2012	734	666
2013	800	738
2014	810	748
2015 ²⁴	399	382

Los resultados de los procesos de mediación se publican solo de manera agregada e indican un porcentaje de acuerdos bastante bajo para un total de 4812 mediaciones realizadas desde el inicio del funcionamiento del sistema.

Tabla 6.
Resultado de los procesos de mediación²⁵

Resultado	Número	Porcentaje
Acuerdo	538	12,1
Sin acuerdo	3812	85,5
Otros (desistimiento, inadmisibilidad)	108	2,4

De acuerdo con un estudio que comparó los dos subsistemas de mediación en un periodo de cinco años (2015-2009) las mediaciones realizadas por el Consejo de Defensa de Estado respecto de reclamaciones contra los prestadores públicos tienen una tasa de éxito de 17,94%, que es bastante superior a la de las mediaciones privadas llevadas a cabo en el sistema gestionado por la Superintendencia de Salud, respecto de las reclamaciones contra prestadores privados, que es de 10,63%²⁶.

En consecuencia, los dos sistemas de mediación obligatoria previstos en la reforma a la salud se encuentran funcionando y ya exhiben algunos resultados interesantes. *A priori*, llama la atención la baja tasa de acuerdos alcanzados. No obstante, para tener una visión más precisa de esa cuestión, probablemente sería necesario conocer el número de casos en los que, no habiendo acuerdo, hay una demanda posterior, y la suerte final de esa demanda. Dado que no conocemos esa información es difícil saber si la mediación opera como una barrera de acceso para casos que se presentan ante la justicia ordinaria, o si, por el contrario, representan

51

²⁴ Los datos publicados por la Superintendencia de Salud abarcan solo hasta el primer semestre de 2015.

²⁵ Construida sobre la base de información estadística publicada por la Superintendencia de Salud, disponible en www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/w3-propertyvalue-3775.html [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].

²⁶ CANDIA Y SUAZO (2011), pp. 300-303.

una opción de acceso a una respuesta para casos que de otro modo no serían objeto de ninguna solución.

b) Arbitraje del Intendente y mediación previa

El segundo mecanismo de resolución de conflictos fue establecido en la Ley n.º 19937 del año 2004, que creó la Superintendencia de Salud. En dicha ley, su art. 8º establece que todos los reclamos que los usuarios tengan contra los órganos que deben financiar las prestaciones de salud, es decir, las ISAPRES o el FONASA, podrán ser resueltas por medio de un arbitraje, que en calidad de árbitro arbitrador, llevará a cabo el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud. Los demandantes podrán optar por este mecanismo de solución de conflictos, o por recurrir directamente a la justicia ordinaria.

El art. 11 de la misma ley ofrece, además, la posibilidad de que el usuario pueda solicitar un proceso previo de mediación, el que será conducido por un mediador privado proveniente de una lista que deberá confeccionar la Superintendencia de Salud. Esta posibilidad de mediación en la práctica no funciona, aparentemente debido a su costo, y a pesar de que la Superintendencia de Salud haya creado un registro de mediadores para dar cumplimiento a lo dispuesto en la ley²⁷.

Los fallos arbitrales que resuelven las controversias planteadas son recurribles de reposición ante el propio árbitro, y de apelación ante el Superintendente de Salud. Se trata de una regulación *sui generis* y bastante limitada del recurso de apelación, dado que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del art. 10, el recurso solo procede con posterioridad a la resolución de la reposición y puede ser declarado inadmisibles si solo reitera los argumentos de ese recurso.

A pesar de que la ley no lo menciona, parece claro que la aceptación del arbitraje no es opcional para los órganos financieros demandados. Aparentemente esa opción es solo para el demandante: los demandados quedan sometidos a él obligatoriamente. Por lo demás, esta opción unilateral resulta fundamental para el funcionamiento del sistema, dado que si el arbitraje quedara sometido a la aceptación del demandado resultaría muy poco operativo. La misma falta de regulación y aparente obligatoriedad para el demandado rige para la mediación previa.

Dando cumplimiento a las facultades que le otorgó la propia ley, el Superintendente de Salud dictó el año 2005 la circular n.º 8, que regula

²⁷ Respuesta a solicitud de acceso a la información AO006T0001241 Superintendencia de Salud. El Registro de Mediadores con Aseguradores puede verse en <http://supersalud.gov.cl/acreditacion/673/w3-propertyvalue-6170.html> [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].

con cierto detalle el procedimiento al que se sujetaran las causas sometidas a arbitraje. Se trata de un procedimiento escrito donde no aparece definida la delegación de funciones, pero aparentemente ella se concibe de manera muy amplia. De hecho, el art. 5.1, inc. 2, establece que la recepción de la prueba de testigos podrá tener lugar en las agencias regionales de la Superintendencia o que puede, incluso, puede ser delegada en otros servicios públicos.

En la práctica, se trata de un procedimiento muy estandarizado, que se tramita por la vía de formularios, sin necesidad de abogado. Desde el punto de vista del usuario, este arbitraje tiene la apariencia de cualquier reclamación administrativa, y es muy probable que la gran mayoría de los usuarios no alcance a comprender con claridad que el arbitraje es una opción, y que al tomarla renuncia a la posibilidad de un proceso judicial donde se somete a un sistema muy restrictivo en cuanto a la posibilidad de recurrir del fallo.

En cuanto al volumen de los arbitrajes, los datos muestran que el número de casos ingresados ha ido subiendo consistentemente desde el inicio de su funcionamiento, esto es, el año 2005. En ese primer año el sistema comenzó con solo cinco casos ingresados. De ahí en adelante la cifra ha venido aumentando hasta alcanzar los 18 684 casos en el año 2016.

Tabla 7.
Total de ingresos por año²⁸

AÑO	INGRESOS
2005	5
2006	409
2007	854
2008	1 260
2009	1 689
2010	1 420
2011	3 647
2012	3 927
2013	2 983
2014	9 482
2015	13 980
2016	18 684

La mayor parte de las causas ingresadas se resuelven dentro de cada año, aunque a partir del explosivo aumento de causas que se registra desde

²⁸ Respuesta a solicitud de acceso a la información NAO006T0000917 Superintendencia de Salud.

el año 2014 se ha ido generando un remanente constituido por un porcentaje de causas que no concluye y que ha ido aumentando.

Tabla 8.
Total de casos resueltos por año²⁹

AÑO	CASOS RESUELTOS
2005	3
2006	73
2007	863
2008	996
2009	1 793
2010	1 303
2011	2 536
2012	3 951
2013	3 769
2014	5 497
2015	12 991
2016	14 437

Si tenemos en cuenta los datos generales del sistema judicial, es interesante notar que el arbitraje en el sistema de salud ha adquirido un volumen muy significativo como mecanismo de adjudicación de casos contenciosos en el país. Nos parece que la comparación que mejor ilustra esa afirmación es la que se puede hacer con el volumen de causas contenciosas que ingresan en el conjunto de la justicia civil.

Determinar el número de causas civiles en procedimientos de adjudicación declarativos en Chile no es tan fácil, pero se puede obtener una cierta aproximación sobre la base de datos de diversas fuentes. De acuerdo con un estudio correspondiente a causas terminadas en Santiago el año 2009³⁰, del total de causas terminadas en el conjunto de sistema civil los procedimientos declarativos de adjudicación, esto es, sumarios y ordinarios, correspondió a un 2,44% del total, la enorme mayoría de las causas correspondió a procedimientos ejecutivos o gestiones de preparación de la vía ejecutiva.

Otro estudio³¹ estimó el ingreso global de causas civiles en el ámbito nacional en 1 879 486 para el año 2009. Si combinamos ambos datos, y asumiendo que existe una cierta correspondencia entre ingresos y causas

²⁹ Fuente: Solicitud de acceso a la información NAO006T0000917 Superintendencia de Salud.

³⁰ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (2011), p 17.

³¹ EMG CONSULTORES S.A (2015), p 17.

terminadas³², podemos hacer una estimación muy gruesa de acuerdo con la cual en número de causas adjudicativas contenciosas del sistema de justicia civil chileno para el año 2009, el cual estaría en alrededor de 45 859.

Comparando esta cifra con la del sistema de arbitraje de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud del año 2016, podemos hacer una aproximación muy gruesa diciendo que el sistema de arbitraje representa una cifra cercana a un tercio del sistema de justicia civil en su expresión adjudicativa.

En cuanto a las entidades contra quienes se dirigen las demandas, si tomamos los datos del año 2014 en adelante, que es donde se manifiesta el volumen más relevante de casos, las demandas se dividen de la siguiente manera:

Tabla 9.
Ingreso de causas por tipo de institución³³

	2014	2015	2016
Isapres	8 788	13 146	17 883
Fonasa	694	834	801

Llama la atención la desproporción en el volumen mucho mayor de demandas en contra de las Isapres que en contra del Fonasa, en especial teniendo en cuenta que este último cubre una porción varias veces mayor de usuarios que la segunda³⁴.

En cuanto al resultado de las resoluciones adoptadas en los arbitrajes, estas han sido en su gran mayoría favorables a los demandantes.

Tabla 10.
Resoluciones de arbitrajes 2005-2017 (ene-mayo)³⁵

Total casos resueltos	Acogidos	Acogido parcialmente	Rechazado	Allanamiento	Otros (archivo, desistimiento, avenimiento, acumulación, no comparecencia y no completar antecedentes)
55 573	37 742	6 015	6 711	2 624	2 481

³² Este ejercicio puede generar márgenes de error muy altos. No obstante, nos parece válido porque solo se trata de plantear un orden de magnitud que revela que el tamaño de sistema estudiado es significativo en comparación con el sistema de justicia civil.

³³ Fuente: Solicitud de acceso a la información NAO006T0000917 Superintendencia de Salud

³⁴ COBARRUBIAS (2000).

³⁵ Fuente: Solicitud de acceso a la información NAO006T0000917 Superintendencia de Salud.

En síntesis, en pocos años el arbitraje del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud se ha transformado en un mecanismo de solución de conflictos bastante relevante y representa un modelo bastante novedoso, dado que aplica una fórmula como el arbitraje, que suele estar basada en el contrato a un contexto público.

3. IDENTIFICACIÓN DE ALGUNOS PROBLEMAS

Las reformas a la salud conocidas bajo la sigla AUGÉ pretendieron modernizar el sistema de salud por la vía del fortalecimiento de las instituciones destinadas a regular y fiscalizar las actividades de los prestadores y financistas. Dentro de esa necesidad general de fortalecimiento institucional, se manifestó la necesidad de hacerse cargo de la cuestión de la solución de los conflictos individuales que habrían de ocurrir entre los usuarios, por una parte, y los prestadores y financistas, por la otra. Sin embargo, no parece que el diseño de los mecanismos de solución de conflictos estuviera orientados a la idea de promover el acceso a la justicia para los usuarios ni a favorecer el efecto de control que las acciones de los usuarios pudieran ejercer respecto de los prestadores sanitarios o las entidades que financian las prestaciones. La expectativa de control estuvo más bien puesta en la fiscalización administrativa y la cuestión de la resolución de los conflictos individuales no aparece como una cuestión central de la reforma.

Parece ser que el motivo principal del establecimiento de mecanismos de resolución de conflictos fue el de evitar que los derechos reconocidos en la reforma fueran a derivar en un proceso masivo de judicialización que pudiese desestabilizar el nuevo sistema desde el punto de vista tanto operativo como financiero^{36, 37}. Sin perjuicio de lo anterior, el propósito de brindar un acceso rápido y de bajo costo sin duda estuvo también pre-

³⁶ BARRIA (2005), p. 107.

³⁷ La historia de la ley es clara en ese sentido, en la discusión en el Senado, que fue donde se introdujo por unanimidad el sistema especial de mediación de la Ley n.º 19966, hubo diversas manifestaciones que lo dejan claro, por ejemplo, el senador José Antonio Viera Gallo: “Ésta es una innovación importante, porque debiera dar satisfacción a una inquietud médica y de todos los establecimientos, públicos o privados, que tratan a los pacientes, con respecto al peligro de que los conflictos de salud originen juicios que a su vez den lugar a indemnizaciones que podrían entorpecer el otorgamiento de los servicios” en el mismo sentido la senadora Evelyn Mattei: “se espera que, con una mejor resolución de conflictos, de alguna manera se reduzca la escalada de costos, porque muchos procedimientos y exámenes ordenados por los facultativos son una forma de asegurarse de que el día de mañana no sean objeto de juicios por negligencia médica” Sesión 18 legislatura 351, 4 de agosto de 2004. Segundo trámite constitucional. Senado Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley n.º 19966.

sente al elegirse los mecanismos^{38, 39}, lo que se expresa, por ejemplo, en la opción por mecanismos que funcionan sin requerir de abogado.

Para efectos de este trabajo no hemos contado con información detallada de carácter empírico acerca de los tiempos reales y costos de los procedimientos de mediación y arbitraje objeto de nuestro análisis. Sin embargo, a partir de la revisión de algunos casos y la interacción con algunos de los funcionarios involucrados, nuestra impresión es que se trata de procedimientos bastante accesibles y rápidos, es posible actuar en ellos sin abogado, y los funcionarios o los mediadores privados buscan resolver los casos de la manera lo más expedita posible, sin que se genere, a lo menos hasta ahora, una cultura profesional de trámites y formalidades rígidos.

Los mecanismos de solución de conflictos creado no pretendieron suprimir el acceso de las personas a la justicia ordinaria, opción que en todos los casos se mantiene, ya sea como alternativa al arbitraje o como respuesta final en el caso de fracaso de la mediación. Más bien, de lo que se trató es de generar mecanismos que, sin suprimir el acceso de las personas al proceso civil, tuviesen el efecto de desincentivarlo por la vía de ofrecer una alternativa mas rápida y flexible y en el caso de la mediación obligatoria agregando un trámite que demora el acceso al proceso judicial⁴⁰. El Tribunal Constitucional conoció de esta cuestión por la vía del recurso de inaplicabilidad respecto de la mediación obligatoria en materia de salud y se pronunció mayoritariamente en el sentido de considerar que la mediación previa exigida como prerequisite para demandar civilmente no vulnera la igualdad en el acceso a la justicia, ya que, si bien su exigencia demora la posibilidad de demandar, también ofrece la posibilidad de obtener una solución anticipada del conflicto⁴¹.

³⁸ Aunque de modo menos intenso algunos senadores manifestaron también este interés, por ejemplo, el senador Sergio Ruiz Esquide lo explicitó al mencionarlo junto con los objetivos vinculados a proteger al sistema: “Primero, evitar la judicialización excesiva de las acciones de medicina, o de las negligencias, o de los errores. Segundo, procurar que la persona sea objeto de un litigio más razonable, sin que deba soportar todo el peso del eventual daño y, además, acudir a los procedimientos de la justicia, donde la mayormente perjudicada es la parte más débil. Y tercero, tratar de que, en lo posible, no se produzca la demanda exagerada que de repente vemos registrarse en esta materia, lo que puede llevar a situaciones muy difíciles, como la permanente acción, sin ninguna justificación real, contra los hospitales”. Sesión 18 legislatura 351, 4 de agosto de 2004. Segundo trámite constitucional..., *op. cit.*

³⁹ GUTIÉRREZ (2005), p. 133.

⁴⁰ El establecimiento de la mediación obligatoria como barrera para acceder al proceso judicial en materia de salud ha sido criticada debido al bajo volumen de soluciones alcanzadas, PARRA (2018), p. 130.

⁴¹ Tribunal Constitucional, rol 2042-2011, de 10 de julio de 2012, considerando trigésimo segundo. Un análisis del fallo en Aguirrezabal (2013), pp. 295-308. Un planteamiento crítico del fallo en: PALOMO (2012).

La práctica de establecer fórmulas institucionalizadas para la resolución de conflictos por fuera o anteriores de la intervención del sistema judicial es conocida en contextos comparados. Por ejemplo, en Estados Unidos se conocen numerosas experiencias vinculadas, en general, a la necesidad de compensar a grupos de personas afectadas por circunstancias comunes, como un gran desastre, por ejemplo, y frente a las cuales se hace necesario proveer una respuesta rápida y de bajo costo de administración, al mismo tiempo que se requiere, también, distinguir entre diversas fortalezas probatorias o diversos alcances de los daños entre los múltiples afectados. Estas experiencias, son bastante heterogéneas y para efectos de análisis han sido agrupadas bajo la denominación de Claims Resolución Facilities, expresión que se podría traducir como Entidades de Resolución de Demandas⁴². A pesar de que las situaciones a que responden son algo diferentes, estas experiencias de Estados Unidos se asemejan a las fórmulas de resolución de conflictos del sistema de salud chileno a lo menos en dos aspectos: Uno es que se ofrecen al usuario como una alternativa frente a la posibilidad de demandar ante los tribunales, la que debe ser aceptada voluntariamente. El segundo es que se organiza una institucionalidad con procedimientos, funcionarios y mecanismos específicos que aspiran al doble objetivo de otorgar respuestas rápidas y de bajo costo al mismo tiempo que contener el costo total de las compensaciones dentro de parámetros limitados, aunque esto segundo no es explícito en los sistemas analizados en este trabajo.

En la literatura nacional, bajo la denominación de Jurisdicción Administrativa o Tribunales Administrativos, se han planteado diversos análisis referidos a órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales, pero en general bajo el paradigma administrativista referido a la resolución de conflictos entre el órgano administrativo y los particulares⁴³. Los sistemas que fueron creados por la reforma al sistema de salud, no corresponden exactamente a esos parámetros, dado que en buena medida pretenden resolver conflictos entre dos particulares, usuario e Isapres o usuarios y prestadores privados de salud, o entre un particular y un órgano estatal, Fonasa u órganos de la red de salud pública, que son distintos al organismo administrativo que desempeña la tarea de resolución de conflictos y frente a los cuales este último cumple funciones de supervisión. En razón de lo dicho, no sería correcto aplicar a los mecanismos

⁴² MC GOVERN (2005), pp. 1361-1389. Se pueden revisar muy interesantes relatos acerca del funcionamiento de algunas de estas entidades en Estados Unidos, específicamente de aquellas establecidas para la compensación de personas afectadas por grandes tragedias, en FEIBERG (2012).

⁴³ Véase, por ejemplo, COSTA (2014), pp. 151-167. También, FERRADA (2011), pp. 251-277.

que estamos analizando los criterios de análisis que suelen utilizarse para la justicia administrativa.

Los mecanismos en cuestión son bastante novedosos y tienden a escapar a las clasificaciones conocidas, por lo tanto, merecen un análisis especial para ser evaluadas en cuanto a su capacidad para dar cumplimiento tanto a las expectativas que sus promotores han puesto en ellas como a los valores básicos del sistema de justicia. El desarrollo de este tipo de fórmulas institucionales para resolver conflictos no se ha realizado a partir de los conceptos tradicionales, sino desde ciertas necesidades prácticas, en el caso de Chile vinculadas a asegurar el buen funcionamiento de una política pública de gran importancia, como fue la reforma de la salud. En consecuencia, el desafío para el derecho es el de analizar esta nueva realidad sin que podamos aplicarles de un modo directo y convencional las categorías y nociones tradicionales del derecho procesal. Por lo tanto, se requiere un esfuerzo especial de flexibilidad y creatividad para encontrar puntos de vista relevantes que permitan realizar una evaluación. En lo sucesivo, intentaremos plantear algunas perspectivas de análisis que pueden resultar productivas con la sola pretensión de abrir un debate que parece indispensable para poder desarrollar planteamientos académicos críticos frente a realidades institucionales nuevas y cambiantes que se han venido planteando y que continuaran surgiendo en diversas áreas de la actividad económica y social.

En el caso específico de la política de resolución de conflictos establecida en la reforma del sistema de salud, lo que es más característico de ella no es la instalación de la mediación y el arbitraje como fórmulas, porque, de hecho, ellas han sido planteados desde hace bastante tiempo en el país en diversos contextos. Lo más característico de esta legislación especial es la instalación de estos mecanismos al interior de instituciones estatales. Dicho de otro modo, tradicionalmente la política de resolución de conflictos contaba con dos opciones. Por un lado, estaba la opción clásica de adjudicación por parte del Estado por medio de funcionarios públicos. Esta opción se traducía en el establecimiento de tribunales, generales o especializados, que conocen y deciden las causas por medio de procesos judiciales. Por otra parte, existía la opción de promover fórmulas alternativas al proceso judicial, de adjudicación o composición, como el arbitraje o la mediación, que, si bien podían tener alguna administración o financiamiento estatal, eran siempre ejecutadas por actores privados, lo que resultaba consistente con el origen y las definiciones tradicionales de estos métodos de resolución de conflictos.

Lo novedoso de los nuevos sistemas está en el hecho de que el Estado decide administrar y ejecutar directamente fórmulas de solución de conflictos por medio de funcionarios públicos, pero lo hace no recurriendo a

la estructura estatal tradicional, que en este caso se podría haber traducido, por ejemplo, en la creación de un tribunal especializado, sino que incorpora, al interior del aparato estatal, fórmulas tradicionalmente entregadas a la voluntad de las partes, o cuya ejecución correspondía a privados, aunque fueran promovidas o aun impuestas por el Estado.

a) Órganos públicos y legalidad

Es paradójico que, al elegir los instrumentos de resolución de conflictos a utilizar en el sistema de salud que han de ser aplicados por funcionarios públicos, como son el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud y los mediadores del Consejo de Defensa del Estado, se hayan escogido mecanismos que no están basados en una aplicación estricta de la legalidad como son el arbitraje en equidad⁴⁴ y la mediación. Ninguna de estas fórmulas de resolución de conflictos está orientada a la aplicación estandarizada de los criterios establecidos por la ley de fondo, en este caso sanitaria, ni de los reglamentos o demás normas administrativas del sistema, ni aun del contenido estricto del contrato o acuerdo que está en la base de la relación entre las partes.

60

El arbitraje y la mediación son fórmulas de resolución de conflictos que están basadas en la voluntad de las partes, al designar al árbitro en el primer caso y al aceptar el acuerdo en el segundo. Se trata de fórmulas que abren la posibilidad de resolver el conflicto fuera de los parámetros estrictamente legales, reglamentarios o contractuales en la medida que el sentido de equidad del árbitro o la capacidad de las partes para construir una solución pueden arribar a fórmulas mejores para sus intereses que las previstas en las normas.

Sabemos que la decisión legislativa de optar por estas fórmulas tan heterodoxas obedece al afán de proteger a los nuevos sistemas de provisión de servicios de salud y alguna medida adicional a favorecer el acceso de la población a mecanismo de resolución de conflictos más flexibles que el sistema judicial, y que no hay detrás una concepción novedosa de la función pública⁴⁵. No obstante, la mixtura entre sistemas alternativos

⁴⁴ Art. 223 del *COT* dispone: “El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en sus fallos otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieran expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil”. Y el art. 637 del *CPC*: “El arbitrador oír a los interesados; recibirá y agregará al proceso los instrumentos que le presenten; practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos, y dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten”.

⁴⁵ Véanse notas 37 y 38.

de resolución de conflictos y funcionarios públicos no deja de generar algunas interrogantes. Por ejemplo, ¿cómo se produce la compatibilidad entre los deberes de un mediador o árbitro arbitrador orientados a buscar con flexibilidad el arreglo que mejor se ajuste a las necesidades de las partes en un caso y a la solución conforme con la equidad en el otro, con sus obligaciones de estricta legalidad derivadas de su condición de funcionarios? Es probable que en la práctica este problema no se manifieste como problemático porque la lógica funcionaria haga que los árbitros operen siempre de acuerdo con los parámetros de resolución definidos por la normativa de la organización a la que pertenecen. Sin embargo, y especialmente en el caso de los árbitros hay una evidente contradicción de deberes. Mientras en su condición de árbitro está obligado a buscar soluciones equitativas, en su condición de funcionario está obligado a aplicar las reglas legales y demás obligatorias en su servicio.

*b) Imparcialidad de los órganos encargados
de la mediación y el arbitraje*

Otra crítica importante que es posible dirigir contra algunos de los mecanismos de resolución de conflictos desarrollados en la reforma de la salud es la de la falta de imparcialidad e independencia de algunos de los órganos llamados a operarlos, dado que se trata de funcionarios públicos que no están rodeados de los sistemas de protección propios de los jueces como son los sistemas de selección, la inamovilidad, la existencia de causales de inhabilidad, entre otras.

Este es un cuestionamiento que se ha dirigido en contra de diversos órganos que ejercen facultades jurisdiccionales y que forman parte de la administración. En el caso de los arbitrajes realizados por el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud y de las mediaciones desarrolladas por funcionarios del Consejo de Defensa Estado esta crítica debe ser algo menos severa. Primero, porque en ambos casos no se trata del ejercicio de facultades jurisdiccionales. En el caso del arbitraje, si bien hay adjudicación, es decir, resolución del conflicto por un tercero distinto a las partes, la fuente de sus facultades no es la ley, sino el acuerdo por parte del usuario, el que siempre cuenta con la opción de recurrir al sistema de justicia civil. En el caso de la mediación, tampoco se trata de facultades jurisdiccionales en cuanto el acuerdo es construido por las propias partes. Por otra parte, y a diferencia de otros órganos administrativos con facultades jurisdiccionales, en ambos casos los funcionarios que desempeñan la mediación no están actuando frente a un interés que involucra directamente al órgano público del que dependen. Incluso, en el caso de los arbitrajes realizados por el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales

de Salud se podría plantear una especial situación de imparcialidad dado que el órgano público respecto del que se falla es distinto al propio y está sometido a su supervisión administrativa, como es el caso de Fonasa.

Los argumentos anteriores no desvanecen totalmente el cuestionamiento respecto de la falta de independencia e imparcialidad, que esta cuestión puede ser un problema porque tanto el arbitraje como la mediación suponen en sus definiciones más básicas alguna versión de esas condiciones respecto de quien los ejerce⁴⁶.

El hecho de que estas tareas sean realizadas por funcionarios que forman parte de órganos públicos con agendas de política pública propias podría generar conflictos con los deberes específicos del árbitro o mediador vinculados a la dictación de una sentencia justa en el primer caso y a lograr un acuerdo satisfactorio para las partes en el segundo⁴⁷.

Esta cuestión se ha planteado en concreto respecto de un fallo arbitral del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud que resolvió una disputa respecto de la cobertura de una prestación de salud a favor de una Isapre. Por medio de un recurso de protección la Corte Suprema, en fallo dividido, dejó sin efecto el fallo, planteando que el Intendente no reúne las condiciones propias de un tribunal especial en cuanto no responde a principios de imparcialidad e independencia⁴⁸. Se trata de una decisión insuficientemente justificada, que asimila de modo demasiado simple al arbitraje con un procedimiento judicial y que no se hace cargo de la voluntariedad en la aceptación del arbitraje frente a la opción de recurrir a la justicia ordinaria que la ley reconoce al usuario.

La Corte, en su fallo, parece entender que el Intendente no es ni un tribunal ni un árbitro, sino solo órgano administrativo y lo trata en consecuencia, poniendo en cuestión el sistema de manera general.

El problema más complejo en cuanto a la imparcialidad e independencia del arbitraje del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud se produce por la cuestión de la delegación de funciones⁴⁹. De acuerdo con las definiciones que la propia ley realiza, la tarea de la resolución de

⁴⁶ La asimilación de las exigencias de independencia e imparcialidad a los árbitros y mediadores es una cuestión discutida que no pretendemos abordar acá. Cabe sí constatar que, con diferencias, en su significado para ambos casos se plantea algún nivel de exigencias. Véase, por ejemplo, ROMERO (2001), pp. 509-535. La propia ley chilena al establecer la mediación familiar definió al mediador como “un tercero imparcial”. Art. 103 Ley n.º 19968, de 2004.

⁴⁷ Respecto de la mediación por el Consejo de Defensa del Estado. PARRA (2018), p. 131

⁴⁸ Corte Suprema, rol n.º 24994-2017, de 17 de octubre de 2017.

⁴⁹ El Intendente no realiza los arbitrajes personalmente, se trata de una autoridad con responsabilidades mucho más amplias que suponen la supervisión de cinco subdepartamentos, uno de los cuales realiza los arbitrajes, y dos unidades asesoras. Véase www.supersalud.gob.cl/664/w3-article-2173.html [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].

los conflictos por medio del arbitraje es una actividad que el Intendente delega en diversos funcionarios en todo el territorio e, incluso, algunas de ellas pueden ser delegadas a otros órganos. En la práctica, las actividades de los arbitrajes son ejecutadas por un equipo de abogados que actúan por delegación del Intendente⁵⁰. La situación descrita hace que los eventuales problemas de falta de independencia o imparcialidad que se pudieran presentar respecto de las personas que en la práctica deben tomar las decisiones propias de un proceso arbitral resultan incontrolables para los usuarios, es decir, como el proceso arbitral se encuentra delegado resulta muy difícil saber quién lo lleva e invocar respecto de esas personas las inhabilidades que pudiesen afectarlo. En la lógica de las tareas judiciales o arbitrales está presente un supuesto de actuación personal indelegable que es el que permite garantizar la imparcialidad e independencia de los jueces respecto de un proceso específico. La lógica del aparato administrativo es diferente, la delegación de funciones no solo está reconocida sino reglada y su control se ejerce por medio de otros instrumentos.

El desempeño de funciones de arbitraje y mediación por parte de funcionarios públicos es una innovación muy importante que requiere justificaciones importantes relacionadas con las cuestiones de la independencia y la imparcialidad que hasta ahora no se han planteado. Dicha carencia pone en riesgo la aceptación y la estabilidad institucional de estos nuevos subsistemas de resolución de conflictos y de otros que puedan plantearse sobre la base de parámetros semejantes. No sería extraño que en el futuro se planten problemas que afecten el funcionamiento de los diversos sistemas de solución de conflictos. Por ejemplo, la posibilidad de inhabilitar a quien de hecho conduce el arbitraje, para lo cual sería necesario conocer su identidad. También se podría dar lugar a que se cuestione la validez de las soluciones alcanzadas. Ambas situaciones le quitarían al sistema buena parte de sus ventajas.

*c) La noción de “difusing disputes”
y los valores de la justicia civil*

Una autora estadounidense ha propuesto el concepto de “difusing disputes”⁵¹ para referirse a la tendencia de algunas legislaciones, a orientaciones de política pública o a decisiones judiciales de altos tribunales que en Esta-

⁵⁰ El subdepartamento de resolución de conflictos cuenta con seis abogados y dos funcionarios administrativos, todos bajo régimen de contrata. Véase www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/pdttta/-/ta/AO006/PR/PCONT/14277584 [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].

⁵¹ RESNIK (2015).

dos Unidos aceptan y favorecen el uso masivo del arbitraje y otras formas alternativas de resolución de conflictos en diversas situaciones vinculadas a actividades masivas, como el consumo de ciertos bienes o servicios. A pesar de que gran parte del análisis de Judith Resnik está dirigido al desvío de casos desde el proceso judicial al arbitraje, también lo hace extensivo a la promoción de la mediación y conciliación en los propios tribunales, a la promoción de la mediación por privados y, en general, a lo que caracteriza como la pérdida de la centralidad del proceso judicial público como fórmula de resolución de conflictos y al desvío hacia el mercado de la toma de decisiones tradicionalmente encargadas al sistema público de justicia. La autora no cuestiona el arbitraje como mecanismo de adjudicación, sino el hecho de que este sea usado fuera de su contexto de plena voluntariedad entre partes y su utilización masiva a partir de cláusulas definidas unilateralmente que en la práctica se imponen al contratar un determinado servicio⁵². El arbitraje realizado en entidades estatales no está en el centro del análisis de Judith Resnik, pero es mencionado entre los múltiples mecanismos que se incluyen en su caracterización⁵³.

Los mecanismos de resolución de conflictos creados por la reforma al sistema de salud podrían encasillarse dentro del concepto general de “difusing disputes” definido por Judith Resnik y hacerse merecedores de algunas de las críticas que contra esa tendencia formula la autora. La variedad de sistemas vigentes en diversas jurisdicciones de Estados Unidos que son descritos por la autora estadounidense es tan amplia que casi cualquier caracterización general resulta imprecisa y, en consecuencia, la validez de las diversas críticas que formula debe analizarse en relación con cada mecanismo específico. Algunas de ellas parecen relevantes para el análisis. Esta relevancia está dada por la atención preferente que la autora presta al arbitraje, en lo que tiende a diferenciarse de otra literatura que tiende a vincular la resolución alternativa de conflictos preferentemente a la mediación. Como hemos expuesto al analizar los datos cuantitativos de los diversos sistemas creados por las leyes de reforma a la salud, el instrumento más utilizado es con amplia diferencia el arbitraje, diferencia que crece todavía más si solo tomamos en cuenta las soluciones alcanzadas⁵⁴.

Parece pertinente la crítica que Judith Resnick plantea en el sentido de que la “difusing disputes” genera la pérdida de valores que son propios del sistema de justicia civil y que han sido objeto de importantes desa-

⁵² Existe también literatura crítica de los mecanismo alternativos de resolución de conflictos por ejemplo FISS (1984). No obstante, nuestra discusión no se sitúa en el cuestionamiento de los mecanismos, sino en la forma de su institucionalización.

⁵³ Véase RESNIK (2015), p. 2852.

⁵⁴ Por ejemplo, el año 2016 el Intendente dictó 14 437 fallos arbitrales en tanto el Consejo de Defensa del Estado alcanzó 213 acuerdos de mediación.

rollos. Entre ellos está el del acceso público al proceso, lo que abarca a los procedimientos, a sus registros y a las decisiones que recaen sobre los conflictos planteados. Y, además, en general, el acceso a todos los aspectos tanto institucionales como procedimentales del sistema de justicia civil. De hecho, los múltiples defectos y problemas que los tribunales y el proceso judicial históricamente han presentado, y que son en parte la justificación del desarrollo de sistemas alternativos, han podido ser conocidos, investigados y en algunos casos superados debido a la publicidad y accesibilidad que ellos proclaman como valor central. Incluso, en los casos en que el acceso está, de hecho, restringido, la posibilidad de invocar la publicidad como valor suele permitir que en el largo plazo los problemas sean develados y eventualmente superados o, a lo menos, abordados.

Es cierto que, en el caso de Chile, la investigación y la crítica a las prácticas del sistema de justicia civil y la generación de procesos de corrección a partir de esas críticas no ha sido habitual. Sin embargo, ello no invalida que el carácter público de las instituciones permita su escrutinio en el futuro favoreciendo su mejora.

Respecto de sistemas como el arbitraje y la mediación, no existe acceso público a los actos mediante los cuales se desarrollan, ni a los registros de sus procedimientos, ni a las decisiones finales⁵⁵. En consecuencia, es mucho más difícil para académicos, periodistas o personas del público conocer las distorsiones que pueden ocurrir como, por ejemplo, la existencia de criterios discriminatorios, de falta de imparcialidad, procedimientos desarrollados con falta de profesionalismo y múltiples otros problemas que se pudieran presentar. Es razonable pensar que en cualquier sistema de resolución de conflictos van a producirse distorsiones como las que históricamente han ocurrido en el sistema judicial. El problema es que al no estar definidos estos nuevos sistemas a partir de una expresión amplia del principio de publicidad, es más probable que ellos se generen y mantengan en el largo plazo. De este modo, la posibilidad de distorsiones que se vayan generando y profundizando en el tiempo es mucho más alta en estos mecanismos que en el proceso judicial y en los tribunales que tienen en la publicidad un mecanismo de autocorrección, aunque no siempre funcione de manera óptima. Por ejemplo, a partir de los datos expuestos

⁵⁵ En el caso de la mediación, el reglamento prevé su carácter secreto y un estricto deber de confidencialidad de los mediadores, párrafo IV del decreto n.º 47 del Ministerio de Salud, de 2005. En el caso del arbitraje, ni la ley n.º 19937 ni la circular 8 de la Superintendencia de Salud del año 2005, que fija el procedimiento se pronuncian sobre el carácter público o privado del proceso, sus actos, las decisiones o sus registros. En general, teniendo el arbitraje un origen contractual no es público, no obstante, existiendo en este caso funcionario públicos involucrados podría quizá sostenerse algo diferente aplicando reglas generales.

respecto del sistema de arbitraje ante el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales, que es por mucho el más importante cuantitativamente, sabemos que a partir de un gran aumento de casos que se inició el año 2015, se perdió la capacidad del sistema resolver todos los casos ingresados dentro del año generándose un remanente y muy probablemente una demora en resolver, lo que ha sido un defecto muy característico y muy persistente de del sistema judicial.

El carácter público de un sistema jurisdiccional también produce otro efecto que puede ser importante, que es el de generar información acerca del desempeño de las empresas o entidades que prestan servicios de modo masivo. La existencia de pocos o muchos reclamos y las características específicas de los cuestionamientos realizados, son, entre otros, datos potencialmente útiles tanto para los demás usuarios como para el desarrollo de diversas formas de fiscalización. Asimismo, el carácter público de las decisiones permite a todos los involucrados un conocimiento importante acerca de la interpretación de la ley y demás normas aplicables y, en general, respecto del comportamiento esperado de los distintos operadores de un sistema social o económico⁵⁶. Esta capacidad del sistema judicial, de producir información que los involucrados pueden utilizar en su toma de decisiones, parece aumentar y no disminuir tratándose de un espacio específico y altamente estandarizado de actividades, como son las vinculadas al sistema de salud. Se trata de contratos similares, de servicios homogéneos y de pocas entidades públicas y privadas involucradas entre las cuales tienen lugar algunas formas de competencia. En ese contexto la capacidad de un sistema de resolución de conflictos para producir información útil para los usuarios, para los demás prestadores y para la autoridad parece especialmente importante⁵⁷.

Los mecanismos como la mediación y el arbitraje no producen el tipo de información antes aludida, aunque es posible pensar en que quizá regulaciones especiales que favorecieran la publicidad de algunas de las actividades y decisiones de los sistemas de resolución de conflictos pudiera aminorar este problema y, en consecuencia, ese sería un criterio a tener en cuenta para regulaciones de este tipo que en el futuro pudieran plantearse para estos mismos mecanismos en el área de la salud o para otras áreas en las que se quisieran adoptar soluciones semejantes.

⁵⁶ Una forma de conceptualizar estos efectos informativos del sistema de justicia es bajo la noción de externalidades positivas CORREA *et al.* (2000), p. 4.

⁵⁷ Esta crítica ha sido formulada en Chile por VARGAS (2002), p. 30.

4. CONCLUSIONES

Los mecanismos de resolución de conflictos discutidos forman parte de un proceso más amplio de fragmentación de la justicia civil tradicional⁵⁸. Dentro de ese panorama presentan la característica distintiva de introducir al interior del aparato estatal fórmulas como el arbitraje y la mediación que han sido consideradas como más flexibles que el proceso judicial, pero que en sus definiciones originales y en otras experiencias nacionales fueron ejecutadas siempre por actores privados.

El propósito principal de la introducción de estos sistemas fue el de proteger al reformado sistema de salud de una expansión de la litigación que podría haber puesto en peligro su estabilidad operativa y financiera, facilitando, al mismo tiempo, fórmulas más flexibles y rápidas de acceso a la justicia para los usuarios. Los datos disponibles dan cuenta de que, en ese sentido, la política pública planteada parece exitosa, ya que los volúmenes de casos que llegan al sistema parecen bastante contenidos en relación con el enorme volumen de prestaciones otorgadas por el sistema. El único de los mecanismos que presenta un volumen significativo de casos, en relación con el tamaño que en Chile tiene el sistema de justicia civil es el arbitraje ante el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud.

Un análisis crítico de los sistemas en cuestión lleva a cuestionar que el conjunto de los mecanismos de solución de conflictos creados no está regido por el principio de publicidad propio del proceso judicial, a pesar de estar en su mayoría desarrollados al interior del aparato estatal. Esta situación genera el riesgo de que las distorsiones que en el largo plazo todo sistema burocrático tiende a producir resulten en estos casos difíciles de conocer y superar por la falta de publicidad de procedimientos, que no tienen esa característica debido a su origen en el ámbito privado.

Por otra parte, los procedimientos escogidos tampoco tendrán el efecto secundario, propio del proceso judicial, de producir información sobre el funcionamiento del sistema de salud del desarrollo de los criterios de interpretación y aplicación de las reglas que lo rigen. Este efecto permite, en general, que los actores de cualquier sistema económico o social puedan corregir sus conductas a partir de los casos resueltos, los que, además, producen un efecto de predictibilidad que facilita la toma de decisiones a quienes operan como prestadores o usuarios, en este caso, de servicios de salud o de financiamiento de la misma.

Por último, es interesante resaltar que la estrategia seguida en este caso por el Estado chileno, consistente en evitar el proceso judicial desarrollando otras alternativas institucionales de resolución de conflictos al

⁵⁸ Véase nota 2.

interior del aparato del estado, genera una serie de inconsistencias que no fueron objeto de un análisis pormenorizado en el proceso legislativo. La más importante de ellas es la inconsistencia de roles que se produce en los funcionarios encargados de realizar los arbitrajes y mediaciones, los que deben, por una parte, lealtad a los objetivos de sus respectivos organismos y obediencia a sus jefes y, por otra, están obligados a actuar con imparcialidad e independencia en el desempeño de su función en la resolución de conflictos. Estas inconsistencias pueden en el futuro generar debates que dificulten el funcionamiento de mecanismos o que, incluso, pongan en cuestión la validez de algunas de las soluciones alcanzadas.

La política de resolución de conflictos descrita y respecto de la cual hemos avanzado algunos elementos analíticos, representa un conjunto muy novedoso de fórmulas que se enmarcan en una tendencia global orientada hacia la promoción o imposición de respuestas alternativas al proceso judicial. Es necesario que estos mecanismos y otros que se vienen desarrollando en el país sean objeto de un seguimiento y análisis cercano por parte de la academia, ya que en el futuro es muy probable que en su conjunto representen un segmento mayoritario de la respuesta estatal a los conflictos civiles, generando nuevos problemas y ojalá también algunas nuevas soluciones.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, Maite (2013). “Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia”. *Revista Chilena de Derecho Privado* n.º 20, pp. 295-308. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000100017> [fecha de consulta: 5 de abril de 2018].
- ARAVENA L, Pedro e INOSTROZA P. (2015). “¿Salud Pública o Privada? Los factores más importantes al evaluar el sistema de salud en Chile”. *Revista Médica de Chile*, vol. 143, n.º 2, pp. 244-251. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872015000200012> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2017].
- BARRIA, Pedro (2005). “Mediación por Daños en salud del CDE: Aporte a la Cultura de la Paz”. *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, n.º 14, pp. 105-190. Disponible en www.cde.cl/wps/wcm/connect/34248580-e99f-4e47-8b5a-dd7146291af1/7.pdf?MOD=AJPERES [fecha de consulta: 3 de mayo de 2018].
- CANDIA, Paola, Iván SUAZO GALDAMEZ (2011). “Tasa de éxito del sistema de mediación prejudicial por daño en salud en Chile entre los años 2005 y 2009”. *International Journal of Odontostomatology*, vol. 5, n.º 3, pp. 300-303. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-381X2011000300015> [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2017].

- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (2011). *Estudio de análisis de trayectoria de las causas civiles en los tribunales civiles de Santiago*. Informe Final Santiago, sin editorial.
- COBARRUBIAS, Álvaro (2000). “El sistema de salud chileno en cifras”. *Revista Perspectivas*, vol. 4, N° 1, pp. 141-151. Disponible en www.dii.uchile.cl/~revista/ArticulosVol4-N1/Covarrubias-Alvaro.pdf [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].
- CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO (2016). “Mediación por daños en salud, estadísticas 2016”. Disponible en www.cde.cl/gestion_institucional/wp-content/uploads/sites/11/2016/03/Estadistica_ums_2016.pdf [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].
- CORREA, Jorge, Carlos PEÑA y Juan VARGAS (2000). “¿Es la justicia civil un bien público?”. *Revista Perspectivas*, vol. 3, n.º 2, pp. 389-409. Disponible en <http://www.dii.uchile.cl/~revista/ArticulosVol3-N2/07-J%20Correa%20y%20otros.pdf> [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].
- COSTA CORDELLA, Ezio (2014). “Los tribunales administrativos especiales en Chile”. *Revista de Derecho*, vol. 27, n.º 1), pp. 151-167. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000100007> [fecha de consulta: 14 de noviembre de 2017].
- EMG CONSULTORES S.A. (2015). Estudio de estimación de ingreso de causas para el sistema de justicia civil bajo el actual régimen de funcionamiento. Informe final para MINISTERIO DE JUSTICIA. Disponible en <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Estimacion-de-Ingreso-Causas-Sistema-Justicia-Civil.pdf> [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].
- FEINBERG, Kenneth (2012). *Who Gets What, Fair Compensation after Tragedy and Financial Upheaval*, New York, Public Affairs.
- FERRADA, Juan Carlos (2011). “Los procesos administrativos en el Derecho chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXVI, 1^{er} semestre.
- FISS, Owen (1984). “Against Settlement”. *Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series*, vol. 93, paper 1215. Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215 [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].
- GUTIERREZ, María José (2005). “La Mediación en Salud y el Acceso a la Justicia”. *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, n.º 14, pp. 111-138. Disponible en www.cde.cl/wps/wcm/connect/a7654fb1-b031-4cd3-b2dc-0bc8b7f779e1/rev_20_08+la+mediacion+en+salud.pdf?MOD=AJPERES [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].
- MC GOVERN, Francis (2005). “The What and Why of Claims Resolution Facilities”. *Stanford Law Review*, vol. 57, pp 1361-1389. Disponible en https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1268/ [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].
- PALOMO, Diego y Williams VALENZUELA (2012). “Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece la Ley 19.966: Lectura Crítica de la Sentencia del Tribunal Constitucional”. *Ius et Pra-*

xis, vol. 18, n.º 2, pp. 387-426. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200014 [fecha de consulta: 9 de octubre de 2019].

PARRA, Darío, Aníbal VANNETI y Camila MENDOZA (2018). “La mediación en el ámbito de la salud y su rol en la relación sanitaria”. *Revista Derecho*, vol. 86, n.º 243, pp. 21-144. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-591X2018000100121 [fecha de consulta: 9 de octubre de 2019].

RESNIK, Judith, (2015). “Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights”. *Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series*, Paper 4937, pp. 2804-2939. Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4937 [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].

Riego, Cristian y Ricardo LILLO (2014). “Las unidades de justicia vecinal en Chile y sus modelos en la experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 43, pp. 385-417. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000200010> [fecha de consulta: 10 de enero de 2018].

ROMERO, Alejandro (2001). “La independencia e imparcialidad en la Justicia Arbitral”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, n.º 3, pp. 509-535. Disponible en <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14866/000320566.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].

VALDIVIESO, Vicente y Joaquín MONTERO (2010). “El plan AUGE: 2005 al 2009”. *Revista Médica de Chile*, vol. 138, n.º 8, pp. 1040-1046. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872010000800015> [fecha de consulta: 30 de octubre de 2017].

VARGAS, Edgardo y Amanda MARTINEZ (2011). “Estructura y comportamiento del mercado de salud en Chile. Seminario para optar a título de Ingeniero Comercial Universidad de Chile”. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2011/ec-leon_v/pdfAmont/ec-leon_v.pdf [fecha de consulta: 4 de mayo de 2018].

VARGAS, Macarena (2019). “Mecanismos alternativos y consumo. Análisis de la nueva Ley de protección de los derechos de los consumidores”, en Claudio FUENTES, Felipe FERNÁNDEZ y Juan Ignacio CONTARDO (coords.). *Litigación en materia de consumidores, dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC*, Santiago Thomson Reuters.

Vargas, Juan (2002). “Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como política pública en el sector judicial”. *Revista Sistemas judiciales*, n.º 2, pp. 23-33. Disponible en www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/122CEJA-INECIP.pdf [fecha de consulta: 9 de octubre de 2019].

Normas jurídicas citadas

- Ley n.º 1552, *Código de Procedimiento Civil*. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 30 de agosto de 1902.
- Ley n.º 7421, *Código Orgánico de Tribunales*. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 9 de julio de 1943.
- Ley n.º 19888, que establece Financiamiento Necesario para Asegurar los Objetivos Sociales prioritarios del Gobierno. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 13 de agosto de 2003.
- Ley n.º 19.895, que establece Diversas Normas de Solvencia y Protección de Personas Incorporadas a Instituciones de Salud Previsional, Administradoras de Fondos de Pensiones y Compañías de Seguros. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 28 de agosto de 2003.
- Ley N° 19.937, que modifica el DFL n.º 2763, con la Finalidad de Establecer una Nueva Concepción de la Autoridad Sanitaria, Distintas Modalidades de Gestión y Fortalecer la Participación Ciudadana. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 24 de febrero de 2004.
- Ley n.º 19886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 30 de julio de 2004.
- Ley n.º 19968, que crea los Tribunales de Familia. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 30 de agosto de 2004.
- Ley n.º 19966, que establece un Régimen de Garantías de Salud. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 3 de septiembre de 2004.
- Ley n.º 19968, que creo los Tribunales de Familia, 30 de agosto de 2004.
- Decreto N° 47 del Ministerio de Salud, que aprueba Reglamento de Mediación por Reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y Prestadores Privados de Salud. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 23 de junio de 2005.
- Ley n.º 20015, que modifica la ley n.º 18933, sobre Instituciones de Salud Previsional. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 15 de mayo de 2005.
- Ley n.º 20322, que crea los Tribunales Tributarios y Aduaneros, 27 de enero de 2009.
- Ley n.º 20600, que crea los Tribunales Ambientales. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 28 de junio de 2012.
- Ley n.º 21081, que introduce mediación colectiva en materia de consumo, 13 de septiembre de 2018.
- Resolución exenta n.º 1215 de la Superintendencia de Salud, que fija arancel máximo a profesionales inscritos en el Registro de Mediadores. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 28 de setiembre de 2015.

Jurisprudencia citada

Bahamondes con Fisco de Chile: Tribunal Constitucional, rol n.º 2042-2011 de 10 de julio de 2012 (Inaplicabilidad).

Ascarrunz con Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud: Corte Suprema, rol n.º 24994-2017, de 17 de octubre de 2017 (protección).

FACULTAD UNILATERAL DE TERMINAR EL CONTRATO Y BUENA FE CONTRACTUAL*

UNILATERAL POWER TO TERMINATE THE CONTRACT FOR NONPERFORMANCE AND GOOD FAITH

Cristián Eduardo Aedo Barrena**

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo examinar dos cuestiones: Por una parte, el control al que debe someterse la facultad unilateral de poner término al contrato por incumplimiento como herramienta de tutela, conforme a los parámetros de la buena fe contractual y, por otra, aceptando que la buena fe es una herramienta de valoración del comportamiento del acreedor, determinar cuál sería el régimen de responsabilidad aplicable en el caso que el acreedor ejerza dicha facultad contra la buena fe y cause daños, en su ejercicio, al deudor.

PALABRAS CLAVES: Buena fe, terminación unilateral, responsabilidad contractual.

ABSTRACT

The purpose of this article is to examine two issues. On the one hand, the control to which the unilateral power to terminate the contract for nonperformance must be submitted, as a tool of contractual remedy, in accordance with the parameters of contractual good faith and, on the other hand, accepting that good faith is a tool of assessment of the behavior

* Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular número 1191729, denominado “Delimitación de regímenes de responsabilidad civil. Elementos y factores a considerar para una parcial unificación”, del que el suscrito es investigador responsable; y del proyecto Fondecyt Regular número 1181930, denominado “Exceptio doli generalis: historia, función e interpretación”, del que es coinvestigador.

** Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Correo electrónico: caedo@ucsc.cl. Dirección Postal: Lincoyán 255 Concepción, Santiago, Chile. Correo electrónico: caedo@ucsc.cl. Artículo recibido el 10 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 23 de octubre de 2019.

of the creditor, determine what would be the liability regime applicable in the case that the creditor exercises such power against good faith and causes damage, in its exercise, to the debtor.

KEY WORDS: Good faith, unilateral termination, contractual liability.

I. INTRODUCCIÓN: LA CUESTIÓN PLANTEADA

La facultad de terminar unilateralmente un contrato envuelve diversas hipótesis que, para efectos de análisis, merecen una necesaria distinción. En principio, conviene distinguir tres situaciones en las que la terminación de un contrato puede operar. Cada cual reclama un tratamiento diferenciado y, atendido el enfoque del presente artículo, podremos concentrarnos en la primera. Una posibilidad es que el contrato termine porque este ha otorgado a una parte contratante, el acreedor, la facultad de poner término unilateral por incumplimiento contractual. Desde ya, es conveniente separar la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato con el desistimiento, figura que supone la facultad unilateral de renunciar al contrato, por su sola voluntad, sin necesidad de incumplimiento de la contraria¹. Y, todavía un tercer supuesto, es la hipótesis en la que el contratante, el más fuerte, deja sin efecto el contrato de *facto*, realizando una conducta que supone ejercer su voluntad en dicho sentido, que, a su vez, puede implicar una falta de colaboración en la prestación².

Desde luego, nuestro principal interés estará en analizar el primer caso, sin perjuicio que algunas reflexiones puedan ser trasladadas para el segundo y tercero. Y, para analizar este problema, debemos revisar si la buena

¹ Para lo que acabamos de señalar y un análisis detallado de los casos regulados y requisitos, véase CAPRILE (2011), p. 271 y ss. Véase, también, para la distinción entre facultades por incumplimiento contractual y desistimiento, ERBETTA (2017), p. 23 y, con una discusión sobre sus requisitos, el trabajo de SEVERIN (2018), p. 310.

² Este es un argumento importante para distinguir la situación de una facultad contractual pactada. Si se acuerda la facultad de poner término frente al incumplimiento, el acreedor ejerce una herramienta de tutela. En cambio, si de *facto* pone término al contrato, ello puede operar en ausencia de una facultad pactada, respondiendo a un incumplimiento contractual o evitando la colaboración que debe prestarse al deudor para pagar. En esta perspectiva se resolvió, por ejemplo, el asunto el asunto Coffe Break EIRL con Sociedad Concesionaria Aeropuerto Antofagasta (2015): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de agosto de 2015, rol 3893-15, MJJ42425. Aunque se trata de un recurso de protección, la Corte entendió que existía un acto arbitrario, por parte del acreedor, al impedir el ingreso al deudor a los recintos en los que debían prestarse los servicios, en la medida que no había pacto que permitiese poner término unilateral al contrato.

fe es una regla de comportamiento aplicable al ejercicio de las facultades del acreedor frente al incumplimiento. Aceptado lo anterior, conviene examinar el régimen de responsabilidad aplicable en el supuesto que el acreedor cause daño a su deudor, en el ejercicio de dicha herramienta.

II. LA RESOLUCIÓN COMO HERRAMIENTA DE TUTELA DEL ACREEDOR

Las distintas herramientas de tutela o remedios del acreedor se insertan en una nueva comprensión del derecho contractual. Así, para que el acreedor pueda dirigir las denominadas herramientas de tutela en contra del deudor, es necesario que este haya incumplido el contrato, ¿qué debe entenderse por incumplimiento? Modernamente, se ha pensado que el concepto de incumplimiento es un concepto neutro y que se traduce en la desviación de la prestación pactada que impone el contrato, con independencia de la obligación de que se trate y de que dicha falta de ejecución sea o no imputable al deudor. En definitiva, incumplimiento se concibe como insatisfacción del interés del acreedor³.

Así, el derecho de obligaciones chileno se ha ido modernizando de la mano de quienes consideran, como los autores antes citados, que el incumplimiento es un concepto neutro, amplio y objetivo y que se traduce en la insatisfacción del interés del acreedor⁴. Algunas de estas pretensiones, por tanto, como la responsabilidad contractual en sentido estricto, requerirán de culpa o dolo, mientras que para otras, se exigirán requisitos de distinta índole, como la gravedad del incumplimiento, a propósito de la resolución⁵.

³ Véase JORDANO (1987), p. 31 y MORALES MORENO (2006), pp. 56-57. Véase también, FERNÁNDEZ (2012), pp. 201-202. Para la recepción de un modelo objetivo de incumplimiento en el derecho comparado, véase, además, de Antonio Manuel Morales Moreno, PALAZÓN (2014), pp. 17; 119 y ss. En cuanto a los instrumentos europeos de armonización de remedios contractuales, se acepta también un concepto neutro, amplio y objetivo de incumplimiento. Así, el art. 87 del CESL; art. III.-1:102 (3) del DCFR; artículo 8:101 del PECL; artículo 7.1.1. del PICC. Para un análisis de esta materia en los instrumentos europeos, véase BLANDINO (2015), p. 331 y ss.

⁴ Es el enfoque de los PLDC, que define incumplimiento en el art. 83 en los siguientes términos: "Artículo 86. Concepto de incumplimiento (1) Incumplimiento es la falta de ejecución del contrato en la forma pactada. (2) El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor. (3) El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para ejecutar su prestación". Véase DE LA MAZA; PIZARRO y VIDAL (2017), p. 55 y ss.

⁵ VIDAL (2007a), pp. 56-57; VIDAL (2007b), p. 162; VIDAL (2009), p. 364; VIDAL (2011) p. 108 y ss.; BARROS (2008), p. 408; BARROS (2009a), pp. 305; 308; BARROS (2009b), p. 145; PIZARRO (2008), p. 399 y ss.; DE LA MAZA (2014), pp. 151-153.

Operado el incumplimiento, el acreedor goza, en consecuencia, de una serie de herramientas que puede dirigir en contra del deudor a su elección⁶. Y ello, contra el criterio de la doctrina chilena tradicional, que extendía la exigencia de imputabilidad para cualquier herramienta, incluyendo la resolución, con el argumento de que, de otro modo, el caso fortuito no podría operar como causa de liberación del deudor⁷.

El sustento para esta mirada moderna del incumplimiento se encuentra, a su vez, en una relectura del principio de la fuerza obligatoria, desde que la perspectiva debe estar puesta, necesariamente, en los intereses de las partes: en función de dichos intereses, deben ser organizadas las herramientas a favor del acreedor, pudiendo este elegir la herramienta que intentará, cuando la prestación no se ha satisfecho⁸. Ello viene de la mano de una manera, que se ha denominado más realista, de comprender el contrato⁹.

En cuanto a la facultad unilateral de terminar el contrato por incumplimiento, la doctrina chilena tradicional ha entendido que el pacto, con independencia de la intervención judicial, es un caso de resciliación.¹⁰ René Abeliuk estima, por el contrario, que una revocación unilateral referida al incumplimiento de una obligación, se traduce siempre en un pacto comisorio calificado¹¹.

⁶ BARROS (2008), p. 408. Véase también, VIDAL (2007b), pp. 170-172.

⁷ PEÑAILILLO (2003), pp. 411-413; RAMOS (2004), pp. 166-168; ABELIUK (2014), p. 471. Para descartar el argumento del caso fortuito como causa de liberación del deudor de todos los remedios contractuales, véase BRANTT (2010), p. 161 y ss.

⁸ VIDAL (2007c), p. 517 y ss.; PIZARRO (2008), p. 395 y ss.; BAHAMONDES (2011), pp. 244-245; MORALES (2013), tomo III, vol. 1, pp. 391-392. Para la perspectiva de la doctrina tradicional, véase, por todos, ALESSANDRI; SOMARRIVA y VODANOVIC (2004), vol. II, pp. 258-260.

⁹ VIDAL (2011), p. 258. Como señala Álvaro Vidal: “El contrato no se concibe sólo como un instrumento creador de derechos y obligaciones sino, también, como mecanismo de organización y satisfacción del interés de las partes. Se habla de una noción más realista del contrato, que no lo entiende sólo como un dispositivo de creación de relaciones jurídicas, aunque también le corresponda ese cometido, sino como algo más complejo y de más amplio alcance: como un medio a disposición de los particulares para organizar sus propios intereses y conseguir la satisfacción de los mismos. En efecto, el contrato, primero que todo, se ocupa de la organización, regulación y la ulterior satisfacción de los intereses de las partes. Éstas, al contratar, buscan la consecución de un propósito práctico que solo obtendrán con el cumplimiento fiel y oportuno del contrato, propósito que interesa en la medida que se hubiere incorporado, explícita o implícitamente, a la regla contractual”.

¹⁰ LÓPEZ (1998), tomo I, p. 322. Cfr. con ABELIUK (2014), pp. 679; 1367-1368, que considera la resciliación como un acto bilateral, una convención, no un acto jurídico unilateral.

¹¹ ABELIUK (2014), pp. 1367-1368. En el mismo sentido, ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2004), p. 111. También identifica las cláusulas resolutorias con el pacto comisorio, BOTTESELLE (2011), p. 71 y ss.

En cambio, en el nuevo enfoque contractual, la tendencia dogmática moderna es admitir el ejercicio de la facultad extrajudicial, distinguiéndolo del pacto comisorio¹². Iñigo de la Maza y Álvaro Vidal han explicado suficientemente las diferencias entre el pacto comisorio y la cláusula resolutoria, en cuanto la segunda implica el ejercicio extrajudicial, no basando el mero incumplimiento¹³. Veamos ahora cuáles son las exigencias que, conforme a la buena fe, supone el ejercicio de la facultad unilateral de resolución.

III. BUENA FE, ¿SUJETA AL ACREEDOR EN EL EJERCICIO DE UNA POTESTAD FRENTE AL INCUMPLIMIENTO?

1. Principio de buena fe como regla integradora

Desde el punto de vista objetivo, la buena fe se traduce en un patrón de comportamiento leal y correcto que deben mantener los contratantes¹⁴. El art. 1546 del *Código Civil* dispone que los contratos deben *ejecutarse* de buena fe y no solo *cumplirse*, lo que indica que este comportamiento se le exige a ambos contratantes, en sus respectivas calidades de acreedor o deudor¹⁵.

Para determinar el alcance de la conducta que debe ser exigida a las partes, se hace necesario precisar cuál es la regla contractual a la que se han sometido. El principio de la fuerza obligatoria del contrato admite una

77

¹² Sobre esta cuestión, véase PIZARRO (2007), p. 11 y ss.; ELORRIAGA (2013), pp. 408-410.

¹³ DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 514-515.

¹⁴ José Luis de los Mozos señala que, en definitiva, la buena fe constituye una regla de conducta, a la que debe adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres: "...su forma jurídica dependerá entonces de la privada lex por ellos creada (buena fe objetiva), en el ancho campo de los negocios jurídicos (...) o en otro caso (buena fe subjetiva) dependiendo de las condiciones impuestas para que surja un efecto jurídico determinado". Advierte que, en su proyección objetiva, la buena fe, como comportamiento de fidelidad, se despliega en el mismo plano que el uso o la ley, es decir, adquiere función normativa, pues no se basa en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial. DE LOS MOZOS (1965), p. 40. Sobre la buena como parámetro de comportamiento leal exigible a los contratantes, véase especialmente SCHOPF (2018), pp. 114-115.

¹⁵ RODRÍGUEZ (1992), pp. 167; 206. Como señalan Jorge López y Fabián Elorriaga: "Como el estándar o regla de la buena fe objetiva tiene valor normativo, no sólo por figurar entre los preceptos legales del ordenamiento (1546 del Código Civil chileno), sino por autorizar al tribunal para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando, precisando o restringiendo el tenor del acto jurídico según las circunstancias...". Véase LÓPEZ Y ELORRIAGA (2017), p. 435 y ss.

relectura, en cuanto la relación contractual gira en función de los intereses de las partes¹⁶. Como señalan Álvaro Vidal e Iñigo de la Maza, el propósito práctico del contrato se ha traducido, en el ámbito jurisprudencial, en una extensión de las reglas del contrato, más allá de lo pactado, de acuerdo con las reglas de la buena fe¹⁷. En el mismo sentido, Francisco Jordano entiende que no puede desconocerse una tendencia general del ordenamiento que involucra un ensanchamiento del instituto, paralela a la creciente operatividad de la buena fe¹⁸. Y ello es porque, siguiendo a Adrián Schopf, la concepción moderna del contrato, desde la óptica de la buena fe, implica que es un instrumento de cooperación entre las partes y, por consiguiente, cada parte debe colaborar, desde su posición contractual (acreedora o deudora), para que se alcance el interés contractual perseguido¹⁹.

La integración, a partir de la buena fe es, por consiguiente, una operación clave en la interpretación contractual, en la medida que permite fijar con mayor precisión y acorde los intereses, la órbita de lo pactado²⁰. Y ello tiene mucha relevancia, pues, lo pactado, como enseña María Graciela Brantt, permite definir una órbita de riesgos que son asumidos contractualmente. Señala la autora:

78

“Tomando en cuenta ese conocimiento real o presunto, y con base en la buena fe, pueden considerarse asumidos por el deudor aquellos riesgos originados en la actividad que debe desarrollar para cumplir, de modo tal que el acreedor puede a su vez contar con

¹⁶ Por todos, MORALES (2013), tomo III, vol. 1, pp. 391-392.

¹⁷ VIDAL y DE LA MAZA (2014), pp. 19-23. Véase también FRIED (1996), p. 128; MORELLO (2003), pp. 40-43; 273-274; NEME (2018a), pp. 38-39 y, en profundidad, DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 182-190.

¹⁸ JORDANO (1987), p. 31.

¹⁹ SCHOPF (2018), p. 116.

²⁰ La buena fe permite la integración, en la medida que dicha operación se haga con aquellas cosas que pertenecen a la naturaleza de una obligación pactada o que pueden incorporarse por ley o en razón de la costumbre y no se traduce dicho parámetro, en consecuencia, en una fuente de deberes contractuales. En este sentido resolvió el fallo Administradora de Recursos Humanos y Marketing Adpex Ltda. con Distribución y Servicio (2012): Corte Suprema, 31 de enero de 2012, rol 1180-11, MJJ30767. Como señala GUZMÁN (2004), pp. 87-88; 90 y 94, cuando el art. 1546 discurre sobre las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, no está definiendo una expresión técnica. Se trata de un giro del lenguaje utilizado para expresar la idea que a partir del ser, estructura u organización de la obligación, puede derivarse algo no declarado, pero que resulta necesario para la total satisfacción de la prestación pactada. Agrega que aquellas cosas del art. 1546 no son obligaciones en sentido técnico, aunque pueden serlo y concluye indicando que el art. 1546 al ampliar el círculo de obligaciones no ha querido declarar que ello sea la buena fe en sí misma.

que, de verificarse un riesgo que corresponda a dicho ámbito, el deudor lo controlará –impidiendo que afecte el cumplimiento– y de no ser así, le indemnizará el daño derivado del incumplimiento. En este sentido, adquiere relevancia la buena fe, que actúa generando y protegiendo la confianza del acreedor en el control de dichos riesgos por parte del deudor”²¹.

2. Buena fe y ejercicio de la facultad de resolución por incumplimiento contractual

Ya examinado que, desde el nuevo enfoque contractual, lo pactado se extiende, conforme al parámetro de la buena fe, para exigir al deudor aquello necesario para alcanzar la satisfacción del interés del acreedor, con los límites que el art. 1546 impone a la integración contractual²². Dicho parámetro de comportamiento leal exige que el acreedor se desenvuelva, en su calidad, conforme a pautas de lealtad para con su deudor. En principio, por consiguiente, las conductas exigidas al deudor y aquellas esperadas del acreedor, son las propias del cumplimiento contractual. En otras palabras, no cabe duda que el acreedor debe colaborar con su deudor, a efectos de que satisfaga la prestación²³.

La cuestión está en determinar si, además, en el ejercicio de sus facultades, en especial aquellas herramientas con las que cuenta el acreedor frente al incumplimiento y, en particular, la facultad de resolver unilateralmente el contrato, este debe apegarse a una pauta de buena fe.

²¹ BRANTT (2010), p. 87. Con una óptica distinta, relativa al tipo de objeto pactado, véase el interesante análisis de MEJÍAS (2011), p. 101 y ss. En el mismo sentido, incluso para fundar, desde la regla de previsibilidad, la culpa del acreedor en el daño, véase SAN MARTÍN (2017) en especial p. 603 y ss.

²² Para esta cuestión, véase, como fundamento de la buena fe en la confianza de satisfacción del interés ajeno, SCHOPF (2018), pp. 118-120.

²³ Se ha discutido la naturaleza del comportamiento exigido al acreedor. Para un sector de la doctrina comparada, las conductas del acreedor que tienden a la facilitación de la liberación del deudor constituyen cargas y no auténticos deberes. Véase CATTANEO (1964), pp. 54-65; DíEZ-PICAZO (2008), p. 737 y en DíEZ-PICAZO (1964), pp. 357-358. En un sentido similar, CABANILLAS (1988), p. 72 y ss., se trata de una auténtica carga y no de un deber o una obligación que se impone al acreedor. Otro sector considera que el acreedor tiene el deber de colaboración, que puede distinguirse, técnicamente, de una obligación. Para esta cuestión, véase AEDO (2008), p. 281 y ss.; SAN MARTÍN (2009), pp. 194-195; PRADO (2015), pp. 108; 135 y ss. En un sentido similar, RODRÍGUEZ (1992), p. 210 y MARTINS-COSTA (2004) pp. 110-111. Véase también, CABALLERO (1992), p. 128. Con carácter más general, la buena fe para el acreedor, se ha reflexionado desde la perspectiva del resguardo del propio interés, como ocurre con la carga de mitigar daños. Para esta cuestión, véase DOMÍNGUEZ (2005), p. 85; FUENTES (2005), p. 226; VIDAL (2008) pp. 452-454; SAN MARTÍN (2012), pp. 314-315 y PÉREZ (2015), p. 21.

En la doctrina chilena, en principio, la buena fe en el ejercicio de herramientas de tutela frente al incumplimiento puede ser leída desde la “excepción de contrato no cumplido”, consagrada para algunos, entre nosotros, en el art. 1552 del *Código Civil*, para los contratos bilaterales²⁴. Patricio Carvajal, por ejemplo, ha enfocado la cuestión del ejercicio de la facultad resolutoria desde la buena fe, fundando la cuestión en el citado art. 1552²⁵.

Por otro lado, en el caso del ejercicio de la facultad unilateral de terminar el contrato, sobre todo en el ámbito mercantil, se ha desarrollado, siguiendo a Jorge López Santa María, la necesidad de invocar una causa grave, como el deficiente desempeño de la contraparte, en cuanto no debe ejercerse de forma abusiva, ni traspasar los límites de la equidad y buena fe²⁶, es decir, que el incumplimiento se traduzca en un grave desequili-

²⁴ En este sentido, véase la interesante exposición, a la luz del art. 1460 del *Codice Civile* de 1942 y la jurisprudencia italiana, NANNI (1988), p. 473 y ss. Para la aplicación de la jurisprudencia alemana, con base en la *exceptio doli*, véase WIEACKER (1977), pp. 66-68, en términos que nadie puede pretender un tratamiento favorable por el ordenamiento, cuando su comportamiento ha sido contrario al contrato; y, para el caso español, DELL’AQUILA (1981), p. 172. En la jurisprudencia, véase el fallo Martin Hizmeri con Servicios Médicos Tabancura S.A. (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de abril de 2015, rol 599-15, MJJ41256.

Se ha discutido si la denominada excepción de contrato no cumplido se encuentra recogida en el art. 1552 del *Código Civil*. Se ha pensado que dicha norma consagra la compensación de moras, a efectos de indemnización de perjuicios, pero que no impide el ejercicio, por ejemplo, de la acción resolutoria. Con un profundo estudio histórico y dogmático, puede consultarse el problema en CHINCHILLA (2017), pp. 35 y ss., 197 y ss.

²⁵ Según Patricio Carvajal: “d) El incumplimiento grave. Respecto de la trascendencia o suficiente entidad del incumplimiento, para nuestra jurisprudencia y doctrina la aplicación del artículo 1552 del Código Civil (asimilable al problema de la resolución, como ya se explicó), abarca todos los incumplimientos de carácter importante, es decir, todos aquellos por cuya entidad se infrinja el deber del comportamiento de buena fe. Esto está en la línea de los fundamentos para justificar la institución misma de la resolución por incumplimiento; dentro de los cuales, el que tiene mayor acogida y resulta más claro para explicar por qué la resolución debe fundarse en un incumplimiento grave, es el de la interdependencia en las prestaciones y su debido equilibrio, o, lo mismo, la equidad de las prestaciones recíprocas –medido el mérito de la finalidad del contrato desde el punto de vista económico y aun moral, pero, en todo caso, concreto y práctico”. CARVAJAL (2016), pp. 125-126.

²⁶ LÓPEZ (1998), p. 321, nota 473; ÁLVAREZ (1986), pp. 158-159, considera que la gravedad del incumplimiento como condición del ejercicio de la facultad del acreedor se funda, precisamente, en la buena fe contractual. También se ha acordado por la doctrina que, en los contratos de concesión de obra pública, el ejercicio de la facultad unilateral de poner término al contrato, debe fundarse en un incumplimiento grave, que debe haber operado en la realidad y no en el mero arbitrio del órgano estatal. Véase JEQUIER (2013), p. 298 y ss. y CARVAJAL (2016), pp. 106-108.

brio contractual²⁷. Abordando la cuestión de la facultad de terminación unilateral, Carlos Pizarro Wilson ya había propuesto que el ejercicio de dicha facultad debería moderarse, mediante un control *a posteriori*, con el estándar de la buena fe²⁸.

En la jurisprudencia, hemos encontrado dos lecturas, que han resuelto el problema, principalmente, por la vía del recurso de protección. Una línea tradicional considera que el ejercicio de la cláusula se funda en el *pacta sunt servanda* y, en cuanto tal, el ejercicio no está limitado a ningún control de razonabilidad. Un ejemplo es el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 13 de septiembre de 2016, en el que se resolvió:

“La relación jurídica entre las partes de un contrato de cuenta corriente se encuentra inmerso dentro del principio de la autonomía de la voluntad, por lo que las partes pactaron libremente, entre otras cosas, las causales de término del mismo, las que incluso pueden ser unilaterales”²⁹.

En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Santiago, de 19 de diciembre de 2016, en la que se señala que, siendo la relación de cuenta corriente un contrato *intuitu personae*, tanto el banco como el cliente pueden poner término al contrato cuando la confianza se ve traicionada, lo que constituye, a nuestro juicio, una invocación a un contenido ético contractual, fundado en la buena fe³⁰.

Una segunda lectura jurisprudencial califica el ejercicio de la facultad unilateral de poner término al contrato, bien desde la óptica del derecho público (exigiendo fundamentación en la decisión), bien invocando la buena fe, en términos de exigir que el ejercicio se adecue a dicho pará-

²⁷ En este sentido, para la dogmática italiana especialmente, DELL’AQUILA (1981), p. 182. Para la dogmática y jurisprudencia española, que niega su ejercicio cuando el acreedor actúa contra la buena fe, GREGORACI (2015), p. 85 y ss.

²⁸ PIZARRO (2007), p. 14 y ss.

²⁹ Alexis Fischman Rajii con BBVA (2016): Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de septiembre de 2016, rol 18.054-16, MJJ46373. Véase, en un sentido similar, Consorcio Compa Pilasi con Servicio de Salud de Antofagasta (2016): Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 16 de noviembre de 2016, rol 2413-13, MJJ48235.

³⁰ César Rojas Gaete y otros con Banco Santander Chile (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, de 19 de diciembre de 2016, rol 122.306-16, MJJ48157: “El ‘Contrato de Operaciones Bancarias’ y entre estos el de cuenta corriente bancaria es *intuitu personae*, en el que la confianza entre los contratantes resulta esencial en la continuidad del mismo, tanto para el cliente como para el Banco. En el caso, el recurrido dio razones suficientes por las cuales no desea continuar con las cuentas corrientes y productos asociados del recurrente y de las empresas que él representa, y por ello, su actuación no puede ser tildada de arbitraria, caprichosa, o que ello no obedece a una razón”.

metro. En esta línea se mueve, por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 7 de agosto de 2017, que señaló:

“La decisión del Ministerio de Bienes Nacionales, en orden a decidir unilateralmente poner término a la concesión onerosa directa de la que es titular el recurrente Jungla Salvaje, sin interponer las acciones legales ante el Tribunal Arbitral que dispone la ley en el D.L 1939 y que fueron expresamente transcritas en el contrato de concesión, constituye una vulneración de la garantía constitucional que asegura el derecho a no ser juzgados por comisiones especiales, sino por tribunales legalmente establecidos, que se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que establece que ‘Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho’”³¹.

Por tanto si, de acuerdo con lo razonado, aceptamos que la buena fe alcanza el ejercicio de herramientas de tutela del acreedor como consecuencia del incumplimiento contractual, dicho ejercicio debería reunir al menos dos condiciones:

- 82 a) que el fundamento esté constituido por la gravedad del incumplimiento de la otra parte³² y
- b) que su ejercicio venga precedido de un comportamiento, a su vez, leal y correcto de quien ejerce la facultad.

³¹ Jungla Salvaje S.A. con Ministra de Bienes Nacionales (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de agosto de 2017, rol 21.638-17, MJJ50796. Se ha exigido fundamento razonable para la terminación unilateral, incluso en los casos del ejercicio de la facultad de desistimiento. Véase Exportadora de Hoteles Norte S.A. con BBVA (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de julio de 2016, rol 21.960-16, MJJ45700. Según la Corte: “El término unilateral es un elemento de la naturaleza en los contratos de duración indefinida. La normativa de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras reconoce el derecho de término unilateral como una facultad que poseen ambos contratistas y, que los propios contratos de cuenta corriente allegados al tribunal, otorga el mismo derecho de cierre, sin expresión de causa tanto al banco como al cuenta correntista. La facultad que otorga el contrato de proceder al término unilateral del mismo resulta ser arbitrario, es decir, desprovisto de un fundamento racional, especialmente si este cierre se habría producido por el giro comercial que mantiene referido a negocios de «moteles», lo cual, en el caso de resultar verosímil, no alcanza a constituir un motivo suficiente para justificar la decisión tomada por el banco. El motivo antes expuesto resulta suficiente para demostrar la arbitrariedad e ilegalidad cometida por el señalado banco, más aún, cuando a la vigencia de la relación contractual con el recurrente se le ha puesto término sin explicitar un motivo determinado”. Véase también el fallo Ubilla con Ilustre Municipalidad de Chillán Viejo (2018): Corte de Apelaciones de Chillán, 3 de julio de 2018, rol 1-18, MJJ56311.

³² En este sentido, véase PIZARRO (2007), p. 14 y ss. y DE LA MAZA y VIDAL (2018), p. 517.

En cuanto a la primera condición, que es el requisito fundamental que reclama la doctrina chilena, y la jurisprudencia que se ha examinado, corresponde con la orientación moderna que desde una relectura de las herramientas de tutela del acreedor, exige que el ejercicio de la facultad resolutoria, frente al incumplimiento, sea como consecuencia de un incumplimiento grave³³. La exigencia, por lo demás, está en plena armonía con los instrumentos de armonización, tanto europeos como latinoamericanos³⁴.

La buena fe como parámetro de conducta, implica que la valoración que debe hacer el juez en caso de conflicto es, necesariamente, *a posteriori*. En otras palabras, no es la cláusula en sí misma la que puede pensarse como atentatoria al equilibrio contractual, sino su ejercicio, antojadizo, contrario al patrón de conducta ético que se debe esperar del acreedor, lo que se traduciría en un rechazo a la pretensión del acreedor y la primera cuestión para juzgar ello es que el incumplimiento sea grave.

³³ BRANTT (2010), pp. 5-7; MEJÍAS (2011), pp. 88-91; DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 260-261; 430 y ss. Para una vinculación entre la valoración de la gravedad en el incumplimiento y buena fe, véase NANNI (1988) pp. 525-526. Según el autor, el ejercicio de buena fe de la facultad resolutoria supone que no puede aceptarse su ejercicio cuando el acreedor tolera un incumplimiento parcial o tardío del deudor.

³⁴ Los modelos codificados latinoamericanos más modernos contemplan la resolución unilateral y extrajudicial por incumplimiento entre las herramientas del acreedor, en casos de incumplimiento grave. Se consagra así en los arts. 1077 y 1078 del *Código Civil* argentino, para la terminación unilateral. Sin perjuicio, se regula la condición resolutoria tácita, en el art. 1087 y, en ese caso, se deben cumplir los requisitos establecidos en el art. 1088 para hacerla efectiva: a) incumplimiento grave; b) mora; c) intimación extrajudicial, dentro de los quince días de operado el incumplimiento. En términos similares, el *Código Civil* del Perú, arts. 1428 y 1429; *Código Civil* de Paraguay, art. 728 y el de Bolivia, art. 570. En cuanto a los PLDC, trata la resolución por incumplimiento en la sección 2ª, “Medios de tutela del acreedor”, arts. 97 a 101. Como en el caso de los códigos latinoamericanos más modernos, establece la resolución judicial y un sistema de resolución extrajudicial, vía comunicación de una de las partes (arts. 97 y 98) y lo sujeta a la gravedad del incumplimiento. Véase, DE LA MAZA GAZMURI, PIZARRO y VIDAL (2017), p. 68. En el caso del derecho europeo y, en particular, de los PECL, que recogen la tradición europea común, la resolución es tratada en los arts. 9:301-9:309. Regula, el art. 9:301, la facultad de poner término unilateralmente al contrato, cuando existe incumplimiento esencial (art. 9:301). Para esta cuestión, véase ZIMMERMANN (2002), p. 302 y ss.; DÍEZ-PICAZO; ROCA y MORALES (2002), p. 349 y ss. También se regula así en el denominado DCFR, en el libro III, arts. 3:502 al art. 3:505, en términos que se admite una resolución unilateral, por incumplimiento esencial. Sobre el texto del DCFR véase JÉREZ (2015), p. 141 y ss. Sobre los propósitos y fundamentos del DCFR véase EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER y ZIMMERMANN (2009), p. 1462 y ss. y, JANSEN y ZIMMERMANN (2010), p. 98 y ss. Es la línea que sigue también la reforma del *Código Civil* francés, que admite expresamente, en el art. 1226, la resolución unilateral, a riesgo del acreedor, en el caso de incumplimiento grave, acogiendo así la solución que, desde 1998, había admitido la Corte de Casación. Sobre la cuestión, MOMBERG (2015), p. 137.

La segunda condición, es decir, que quien ejerza la facultad tenga, a su vez, un comportamiento leal y correcto con el deudor, se ha traducido, también con fundamento en la buena fe, en un rechazo del comportamiento abusivo del acreedor. En efecto, sobre la base de distintas normas y tradiciones jurídicas, puede estimarse en esta segunda condición, una reminiscencia de la *exceptio doli*, en cuanto el ejercicio de una facultad en contra de la buena fe, habilita al deudor para someter jurisdiccionalmente una evaluación de su ejercicio³⁵.

Como enseña Franz Wieacker, la *exceptio doli* fundamenta, hoy día, la inadmisibilidad de una conducta contraria a la buena fe y que, en términos procesales, reúne todas aquellas máximas que exige a una parte, una conducta ético-jurídica, como venire contra factum proprium, dolo agit qui petit quod statim redditurus est; incivilite agere (acción inícuca o desconsiderada), entre otros³⁶. Como indica Luca Nanni, la introducción de la jurisprudencia italiana de la *exceptio doli* y de la determinación de la buena fe, ha permitido una más adecuada valoración del margen de sacrificio al que se sujetan los contratantes³⁷: por ello, la buena fe se ha considerado un atentado al equilibrio contractual que las partes determinan al momento de su celebración, lo que impediría todo ejercicio abusivo de la cláusula. La buena fe actúa, en consecuencia, como parámetro y límite del ejercicio de un derecho, sujetando al acreedor a deberes de lealtad y corrección en ese ejercicio³⁸.

En definitiva, la exigencia de la buena fe en el ejercicio de la facultad unilateral de resolución, por parte del acreedor, evita que su ejercicio sea

³⁵ La *exceptio doli* se traducía en una excepción de carácter general, que favorecía al demandado frente a cualquier acción contraria a la buena fe, aunque no sea engañoso, en tanto se entiende, según D. 17,2,3,3, que la buena fe es contraria al fraude y a dolo; (*"fides bona contraria est fraudi et dolo"*). Para su origen histórico, GUZMÁN (2014), p. 161 y NEME (2016), p. 179 y ss. Para la recepción de la *exceptio doli* y la recepción de la buena fe en el ámbito contractual, no obstante las diferencias en las tradiciones jurídicas en Europa, véase ZIMMERMANN (2009), pp. 49-50, 74-77.

³⁶ WIEACKER (1977), pp. 60-61. Para su inclusión en la dogmática española, véanse las interesantes reflexiones de Díez-PICAZO (2014), pp. 232-234. Como muestra magníficamente NEME (2018a), pp. 77-84, los textos romanos son abundantes en establecer criterios de delimitación de las facultades del acreedor, como la imposibilidad de ejercerlo más allá de la medida, sin razón válida o justa, con injusticia, desproporción, sin fundamento o por motivo insignificante, con deslealtad, con injuria que, en definitiva, apuntan al ejercicio de las facultades con discreción y equilibrio, intentando causar el menor daño posible.

³⁷ NANNI (1988), p. 524.

³⁸ Sostiene Díez-PICAZO (2014), p. 202: "El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o función económica o social para la cual ha sido atribuido a su titular, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico". Véase también, EKDAHL (1989), p. 32.

abusivo³⁹. Las dos condiciones examinadas se traducen en un mecanismo efectivo de defensa para el deudor, si el ejercicio de la mentada facultad fuese revisada judicialmente. Además, que el deudor tiene derecho a que el acreedor le indemnice los perjuicios que le cause. Pero para aproximarnos a esta cuestión, resulta interesante analizar el régimen de responsabilidad en la que la demanda debería encaminarse.

IV. EJERCICIO DE UNA FACULTAD CONTRARIA A LA BUENA FE, ¿ACARREA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARA EL ACREEDOR?

Dos son los supuestos para estar en presencia de responsabilidad contractual: el vínculo contractual y el incumplimiento de la obligación. La responsabilidad contractual, en el sentido propio del término, queda circunscrita al incumplimiento de obligaciones derivadas de contratos⁴⁰. Y, como corolario lógico, delimitan su concepto a la reparación de los perjuicios compensatorios. En esta perspectiva, la responsabilidad contractual debe distinguirse de los otros remedios concedidos en favor del acreedor. Y, como corolario lógico, delimitan su concepto a la reparación de los perjuicios compensatorios⁴¹. En esta perspectiva, la responsabilidad contractual debe distinguirse de los otros remedios concedidos en favor del acreedor⁴². Por tanto, el régimen común y supletorio es el de responsabilidad aquiliana⁴³. Como consecuencia, la culpa representa un papel primordial (no delimitado), en el sistema de responsabilidad por infracción del contrato⁴⁴.

³⁹ Esta es la posición de NEME (2018a), pp. 20 y ss., 55-60, que considera que la cláusula resulta de la legitimidad del contrato, pero que comporta un riesgo de abuso que debe ser evitado, en tanto la buena fe incorpora como cláusula general del contrato, una prohibición del ejercicio abusivo de facultades conferidas al acreedor.

⁴⁰ En un sentido técnico, la noción de incumplimiento solo puede asociarse al incumplimiento de una obligación y nunca a la insatisfacción de una carga o de un deber (que, en el derecho italiano, se denomina *obblighi*, para diferenciarlo con la *obbligazione*). Véase, por todos, BIANCA (2018), pp. 3-4: “Di inadempimento non può neppure parlarsi nell’ipotesi di inosservanza di un onere. L’onere rileva infatti esclusivamente quale requisito per il conseguimento di un risultato favorevole. L’inadempimento deve escludersi, ancora, con riguardo agli obblighi generici di rispetto altrui. La violazione di tali obblighi dà luogo all’illecito extracontrattuale: figura que ha in comune con l’inadempimento la qualifica della illecità, ma che rispetto ad esso si differenzia nettamente per la diversità dei presupposti e degli effetti”. En un sentido similar, CASTRONOVO (2018), pp. 504-505.

⁴¹ BRANTT (2010), p. 191 y ss.; MALAURIE *et al.* (2016), p. 584 y ss.; AEDO (2018), p. 621 y ss.

⁴² BIANCA (2018), pp. 120-121, 263 y ss.

⁴³ BARROS (2009c), p. 975 y ss.; MORELLO (2003), pp. 276-277, 300-301.

⁴⁴ PANTALEÓN (1991), pp. 1043-1044. Véase también PANTALEÓN (1993), p. 1727. MALAURIE *et al.* (2016), pp. 542-543.

En definitiva, como señala Enrique Barros, la fundamental distinción entre los regímenes de responsabilidad se encuentra en la voluntad de obligarse, frente al hecho ilícito como fuente obligacional. En efecto, la responsabilidad contractual viene precedida por una relación que, sometida a los controles de eficiencia y eficacia de la voluntad, constituye un régimen diseñado, delineado por las partes⁴⁵; en otros términos, y a diferencia del sistema de responsabilidad aquiliano, son las partes las que pueden diseñar el régimen y delimitar la responsabilidad (conforme a los arts. 1547, 1556 y 1558). Por la misma razón, se ha sostenido que el eje articulador de la diferencia de los regímenes se encuentra, precisamente, en el art. 1558⁴⁶.

Dado que, como exponen María Graciela Brantt y Claudia Mejías⁴⁷, el contrato determina una órbita de riesgos asumida por los contratantes, el ámbito de la reparación está limitado a los que las partes previeron o debieron prever a la época de celebración del contrato, siendo el eje de articulación de dichos riesgos la culpa⁴⁸. Como afirma John Fleming, mediante el contrato se trata de promover una voluntaria asignación de riesgos en una sociedad que se autorregula libremente, mientras que en la responsabilidad extracontractual se asignan riesgos, de acuerdo con las valoraciones de la comunidad, por decisión de los tribunales o la ley⁴⁹.

Si el acreedor ha ejercido su facultad, el contrato debe entenderse terminado. Si el deudor intenta una acción indemnizatoria por los daños que el acreedor le ha causado en el ejercicio de la facultad, desaparece una de las condiciones de la responsabilidad contractual. Técnicamente, en la hipótesis que proponemos, no puede hablarse de responsabilidad *post contrahendum*, pues como explica María Teresa Alonso Traviesa, esta tiene relación con aquellas situaciones que se presentan cuando el contrato haya producido sus efectos principales, sin perjuicio de que

⁴⁵ BARROS (2009c), pp. 975-980.

⁴⁶ Para un análisis del art. 1558 del *Código Civil* como eje de la distinción, véase AEDO (2018), p. 644 y ss.

⁴⁷ BRANTT (2010), p. 86 y ss. y MEJÍAS (2011), pp. 96-97. Como señala NEME (2018b), pp. 112-113: “La capacidad de adaptación del contrato se extiende hasta los imprecisos terrenos del riesgo que habrán de asumir los contratantes en conformidad con el equilibrio económico del contrato. Aun en los eventos de riesgo extraordinario que no pueden resolverse a la luz de las condiciones pactadas originalmente, y que exigen, por ende, una recomposición del equilibrio del contrato, la propia estructura contractual nos orienta, pues permite establecer unas relaciones de coordinación y complementariedad entre los riesgos típicos de la actividad, las previsiones expresadas de las partes relativas a la asunción de riesgos, y, en particular, la delimitación del álea normal del contrato, las relaciones de las partes...”.

⁴⁸ A propósito de la responsabilidad extracontractual, se asigna dicha función a la culpa. Véase AEDO (2014), pp. 714-719; AEDO (2015), p. 811 y ss. y AEDO (2018), p. 342 y ss.

⁴⁹ FLEMING (1987), p. 2.

subsistan obligaciones accesorias (o, en el supuesto de análisis, deberes), que vinculen a las partes⁵⁰.

Ahora bien, aun cuando la esfera de la responsabilidad extracontractual comprende aquellas áreas en las que el contrato ha terminado, no parece razonable conducir el problema de responsabilidad subsecuente en este campo. En efecto, si la responsabilidad contractual implica un diseño de riesgos que las partes predefinen y ello incorpora tanto la posición del deudor como del acreedor, del modo propuesto, el ejercicio de facultades del acreedor queda sujeto a un control de buena fe que, vulnerado, se traduce en una infracción que autoriza una demanda en sede contractual⁵¹. Como indica Matteo Dellacasa, el acuerdo contractual, es decir, la expresión de la autonomía de la voluntad, basta para fundar el programa contractual, limitando la reparación de daños al interés positivo, no a la confianza legítima de la contraparte, en el caso de lo que denomina buena fe *in executivis*, se traduce en la protección de la confianza, que configura una limitación a la autonomía privada. En otros términos, el contrato proyecta sus efectos cuando en el ejercicio abusivo de la facultad de resolución, se lesiona la confianza legítima de la contraparte, causándole daños⁵². Ello habilitaría la discusión del problema, en el ámbito de

⁵⁰ ALONSO (2007), p. 198.

⁵¹ Por eso, la doctrina se plantea que, en estos casos, es la buena fe el vehículo articulador de la atribución de responsabilidad contractual. Véase YZQUIERDO (2001), pp. 89-90. Así, se señala que los deberes exigidos al acreedor para colaborar con el deudor no lo transforman en deudor correlativo, ni alteran su calidad. De ahí se sigue que, en el caso que el acreedor vulnere auténticos deberes, nuestra comprensión de la responsabilidad contractual queda ampliada: esta ya no se plantea solo como consecuencia del incumplimiento de obligaciones por el deudor y alcanza a los comportamientos exigidos al acreedor, lo que puede traducirse en un argumento para discutir la responsabilidad contractual, aun cuando algunos de sus presupuestos falten. Véase AEDO (2008), p. 300 y CABALLERO (1992), p. 129.

⁵² DELLACASA (2018), p. 310 y ss. Este es el enfoque del reciente fallo Ingeniería y Movimientos de Tierra Tranex Limitada con Anglo American Sur S.A. (2019): Corte Suprema, 22 de mayo de 2019, rol 38.506-2017. Dijo la Corte: “Que a la luz de tales reflexiones no se advierte el error que la recurrente atribuye a los jueces cuando determinan que la ejecución de buena fe del contrato de autos exigía que ambas partes desplegaran las conductas necesarias no solo para satisfacer sus propias expectativas sino que también en pos de los intereses de la contraparte. Evidentemente ello no quiere decir, como sugiere quien recurre, que los contratantes deban renunciar a alcanzar su propia satisfacción sacrificándose sin más en beneficio exclusivo de la otra parte. Pero sí es indudable que esa obligación también les impone abstenerse de ejecutar conductas que impidan a su contraparte obtener el provecho que esperaban alcanzar. Y así, si ese provecho consistía, en el caso de la actora, en la obtención de una utilidad económica mediante la ejecución de una prestación durante un período de cinco años, la buena fe que debía orientar el obrar de la demandada durante la ejecución del contrato le exigía justificar las razones que le permitían terminar anticipadamente ese contrato”.

la responsabilidad contractual, en la medida que puede demandarse, a título de daños, la legítima expectativa de ganancia que la parte hubiese obtenido, de mediar un cumplimiento acorde a la buena fe.

Nuestra jurisprudencia también ha entendido que, en el caso que el ejercicio de una facultad de terminación del acreedor sea contrario a la buena fe, en términos que aparezca infundado, los daños deben ser conocidos en un régimen de responsabilidad contractual. Así se resolvió en el fallo de la Corte Suprema, de 25 de julio de 2011. La Isapre Colmena Golden, terminó unilateralmente el contrato de salud del demandante. La Corte entendió que a la Isapre demandada correspondía indemnizar los daños en sede contractual, entendiendo que hubo culpa desde que no se acreditó que había una razón fundada en el contrato para poner término al mismo y rechazar la cobertura médica que fue reclamada⁵³. Y la misma Corte Suprema, rechazando la casación en el fondo, se ha pronunciado en la reciente sentencia de 22 de mayo de 2019. La Corte declaró:

88

“Si bien una terminación unilateral anticipada como la de autos debe considerarse como una forma de extinción de los contratos, para evaluar su procedencia es necesario acudir a las reglas sobre responsabilidad contractual si la parte que se dice perjudicada con esa determinación alega haber sufrido perjuicios por el ejercicio inadecuado de tal atribución. Por ende, no parece posible abstraerse sin más de la ulterior responsabilidad que podría conllevar esa unilateral decisión por la sola circunstancia de haberse convenido en el contrato, ya que un término intempestivo, abrupto o abusivo bien podría importar una infracción de la obligación de ejecutar el contrato de buena fe, considerando, como acontece en la especie, que el prestador del servicio pudo incurrir en gastos en su actividad y/o sufrir perjuicios derivados de la resistencia de su contraparte en la continuación del vínculo que los ligaba, todo lo cual hace razonable reconocer el derecho a la indemnización de todo el daño que se sufra como consecuencia del término de los servicios”.

V. CONCLUSIONES

- La buena fe configura un parámetro de comportamiento para los sujetos de la obligación, entendida esta como un entramado complejo de obligaciones, deberes y cargas. Modernamente, es un ele-

⁵³ Felix Mor Aguayo con Isapre Colmena Golden Cross (2011): Corte Suprema, 25 de julio de 2011, rol 3929-10, MJJ28366.

mento indispensable para articular la regla contractual, es decir, es tanto elemento integrador de las obligaciones contraídas por el deudor, así como parámetro de ejecución de los deberes de colaboración del acreedor.

- La buena fe también puede ser empleada como parámetro de comportamiento del acreedor en la ejecución de facultades frente al incumplimiento obligacional, especialmente para el ejercicio de la facultad unilateral de resolver o terminar el contrato frente al incumplimiento contractual. En este sentido, es posible pensar, para el derecho chileno, una reminiscencia, como en el derecho comparado, de una verdadera *exceptio doli*, en la medida que el deudor puede, bien paralizar la pretensión del acreedor, bien someterla a control jurisdiccional, cuando su ejercicio es contrario a la buena fe.
- Si en dicho ejercicio hay hipótesis de daños para el deudor, como consecuencia del ejercicio de la facultad del acreedor, la articulación de la responsabilidad contractual como mecanismo de distribución de riesgos contractuales predeterminados, permite concluir que este debería ser el régimen aplicable al caso y no el de la responsabilidad extracontractual.

89

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVIC, René (2014). *Las obligaciones*. 6ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- AEDO BARRENA, Cristian (2008). “Cargas o deberes en la posición contractual del acreedor, con especial referencia a su mora de recibir”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor científico). *Colección de Estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- AEDO BARRENA, Cristian (2014). “El concepto normativo de culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 41, n.º 2. Santiago.
- AEDO BARRENA, Cristian (2015). “La culpa como criterio de distribución de riesgos sociales ¿Hay en la culpa una infracción a un deber jurídico?”, en Álvaro VIDAL OLIVARES, Gonzalo SEVERIN FUSTER y Claudia MEJÍAS ALONSO (coords.). *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Thomson Reuters.
- AEDO BARRENA, Cristian (2018). “La delimitación de la responsabilidad contractual y la aquiliana y su incidencia en la reparación del daño moral”, en Álvaro VIDAL OLIVARES (dir.) y Gonzalo SEVERIN FUSTER (ed.). *Estudios de Derecho de contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*. Santiago: Thomson Reuters.

- AEDO BARRENA, Cristian (2018). *Culpa aquiliana: una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos*. Santiago: Thomson Reuters.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC (2004). *Tratado de las obligaciones*, 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Vol. II.
- ALONSO TRAVIESA, María Teresa (2007). *El problema de concurrencia de responsabilidades*, 2ª ed. Madrid: LegalPublishing.
- ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL (1986). *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada: Comares.
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia (2011). “Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI (coordinador). *Cuadernos de análisis jurídicos. Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. Vol. VII.
- BARROS BOURIE, Enrique (2008). “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor científico). *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: LegalPublishing.
- BARROS BOURIE, Enrique (2009a). “El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la responsabilidad”, en Carlos PIZARRO WILSON (coordinador). *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: LegalPublishing.
- BARROS BOURIE, Enrique (2009b). “Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual”, en ÉL MISMO; María Paz GARCÍA RUBIO y Antonio Manuel MORALES MORENO. *Derecho de Daños*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- BARROS BOURIE, Enrique (2009c). *Tratado de responsabilidad extracontractual*, reimpresión 1ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BIANCA, Massimo (2018). *Diritto Civile, 5: La responsabilità*, ristampa 2ª edizione. Milano: Giuffrè.
- BLANDINO GARRIDO, María Amalia (2015). “El incumplimiento del contrato”, en Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSH CAPDEVILA y María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ (eds.). *El derecho común europeo de la compraventa y modernización del derecho de contratos*. Barcelona: Atelier.
- BOTTESELLE, Andrea (2011). “El pacto comisorio como manifestación de la facultad resolutoria”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 17. Santiago.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2010). *El caso fortuito y su incidencia en el Derecho de la responsabilidad civil contractual*. Santiago: AbeledoPerrot.
- CABALLERO LOZANO, José María (1992). *La mora del acreedor*. Barcelona: Bosch.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (1988). *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*. Madrid: Editorial Montecorvo.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2011). “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos”, en Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ; Enrique BARROS BOURIE, E. y Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ (coords.). *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: AbeledoPerrot.

- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio (2016). “Plus est in rem quam in existimatione. La terminación anticipada del contrato de concesión municipal por declaración administrativa unilateral. Aspectos de Derecho Privado y de Derecho Público”. *Revista de Derecho PUCV*. Vol. XLVI. Valparaíso.
- CATTANEO, Giovanni (1964). *La cooperazione del creditore all'adempimento*. Milano: Giuffrè Editore.
- CASTRONOVO, Carlo (2018). *Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè.
- CHINCHILLA IMBETT, Carlos (2017). *La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites*. Bogotá: Universidad del Externado.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010). *Contratos y daños por incumplimiento*, Santiago: AbeledoPerrot.
- DELLACASA, Matteo, Martha NEME VILLARREAL (coord.) (2018). *Autonomía Privada. Perspectivas del Derecho Contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2014). “La tutela del comprador frente a la ausencia de calidades presupuestas de la cosa”. *Revista de Derecho PUCV*. Vol. XLIII. Valparaíso.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, Carlos PIZARRO WILSON y Álvaro VIDAL OLIVARES (2017). *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Madrid: BOE.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y Álvaro VIDAL OLIVARES (2018). *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Thomson Reuters.
- DELL'AQUILA, Enrico (1981). *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*. Salamanca: Publicaciones Universidad de Salamanca.
- DE LOS MOZOS, José Luis (1965). *El principio de la buena fe*. Barcelona: Bosch.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1964). “El contenido de la relación obligatoria”. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 17. Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, vol. II: Las relaciones obligatorias*, 6ª ed. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2014). *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, María Encarna ROCA TRÍAS y Antonio Manuel MORALES MORENO (2002). *Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*. Madrid: Civitas.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005). “Notas sobre el deber de minimizar el daño”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 5. Santiago.
- EIDENMÜLLER, Hortst, Florian FAUST, Hans GRIGOLEIT, Nils JANSEN, Gerhard WAGNER y Reinhard ZIMMERMANN (2010). “El Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo”. (trad.) Bruno Rodríguez Rosado. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo. LXII, fascículo IV. Madrid.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2013). “Las dificultades de los remedios por incumplimiento contractual en la experiencia chilena”, en Alexis MONDACA MIRAN-

- DA y Cristián AEDO BARRENA (coords.). *Nuevos horizontes del Derecho Privado*. Santiago: Librotecnia.
- EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda (1989). *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ERBETTA MATTIG, Andrés (2017). “La cesación unilateral del contrato de obra prevista en el art. 1999 inc. 2° del Código Civil”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 28. Santiago.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña (2012). “Incumplimiento total”, en Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ (coord.). *Cumplimiento e incumplimiento*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- FLEMING, John G. (1987). *The Law of Torts*, 7 edition. Sidney: The Law Book Company.
- FRIED, Charles (1996). *La obligación contractual. El contrato como promesa*. (trad.) Pablo Ruiz-Tagle Vial. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo (2005). “El deber de evitar o mitigar el daño”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N.ºs 217-218. Concepción.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz (2015). *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*, Madrid: BOE.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2004). “La buena fe en el Código Civil de Chile”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 29, n.º 1. Santiago.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014). *Derecho Privado Romano*, 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2013). “Terminación unilateral del contrato de concesión municipal y reclamo de ilegalidad (Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades). Análisis de jurisprudencia”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 20, n.º 1. Coquimbo.
- JÉREZ DELGADO, Carmen (coord.) et al. (2015). *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: Marco Común de Referencia (DCFR)*. Madrid: BOE.
- JORDANO FRAGA, Francisco (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y Fabián ELORRIAGA DE BONIS (2017). *Los Contratos. Parte General*, 6ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- MALAUURIE Philippe, Laurent AYNÈS ET PHILIPPE Stoffel-Munck (2016). *Droit des Obligations*, 8ª edition. Paris: LGDJ.
- MARTINS-COSTA, Judith (2004). “La buena fe objetiva y el cumplimiento de las obligaciones, en Marcos CÓRDOBA (dir.). *Tratado de la Buena Fe*. Buenos Aires: La Ley.
- MEJÍAS ALONSO, Claudia (2011). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*. Santiago: AbeledoPerrot-LegalPublishing.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2015). “La reforma al Derecho de obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 24. Santiago.

- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2006). *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Madrid: Thomson-Civitas.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2013). “Claves de la modernización del derecho de contratos”, en AA.VV. *Autonomía de la voluntad en el derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*. Madrid: Consejo General del Notariado, tomo III, vol. 1.
- MORELLO, Antonio (2003). *Indemnización del daño contractual*, 3ª ed. reelaborada, actualizada y ampliada. Buenos Aires: LexisNexis. Abeledo-Perrot.
- NANNI, Luca (1988). *La buona fede contrattuale*. Padova: Cedam.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía (2016). *La buena fe en el Derecho Romano. Extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía (2018a). *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso*. Bogotá: Universidad Externado.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía (2018b). “El contrato, una estructura capaz de contener los elementos del desarrollo”, en ELLA MISMA (coord.), *Autonomía Privada. Perspectivas del Derecho Contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa (2014). *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*. Madrid: Thomson Reuters.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1991). “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV. Madrid.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1993). “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI. Madrid.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PÉREZ VELÁSQUEZ, Juan Pablo (2015). “La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato”. *Indret*. N.º 1. Barcelona.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2007). “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”. *Ius et Praxis*. Vol. 13, n.º 1. Talca.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008). “Hacia un sistema de remedios por incumplimiento contractual”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.). *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Legal Publishing.
- PIZARRO WILSON, Carlos y Álvaro VIDAL OLIVARES (2017). “Riesgo del contrato, incumplimiento contractual y remedios. Una lectura para el Derecho Civil chileno”, en Adrián SCHOPF OLEA y Juan Carlos MARÍN GONZÁLEZ (eds.), *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*. Santiago: Thomson Reuters.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2015). *La colaboración del acreedor en los contratos civiles*. Santiago: Thomson Reuters.
- RAMOS PAZOS, René (2004). *Las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1992). *La obligación como deber de conducta típica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2009). “Sobre la naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor al cumplimiento del acreedor: la posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos sino también de cargas y deberes”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N.ºs 225-226. Concepción.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2012). *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*. Bogotá: Universidad Externado.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2015). “La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria a propósito de Julio Fritz Vidal con Banco Santander Chile. Corte Suprema, Rol 137-10”, en ELLA MISMA (ed.). *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*. Santiago, Thomson Reuters.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2017). “Relación entre previsibilidad y culpa del acreedor como factores de delimitación de la responsabilidad contractual”, en Adrián SCHOPF OLEA y Juan Carlos MARÍN GONZÁLEZ (eds.). *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourrie*. Santiago: Thomson Reuters.
- SCHOPF OLEA, Adrián (2018). “La buena fe contractual como norma jurídica”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 31. Santiago.
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo (2018). “El derecho al desistimiento unilateral del cliente en la regulación de los contratos de servicio del Código Civil chileno, con especial referencia al artículo 1999”. *Ius et Praxis*. Vol. 24, n.º 2. Talca.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007a). “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código civil chileno. Una perspectiva más realista”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 34, n.º 1. Santiago.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007b). “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.). *El Código Civil de Chile (1855-2005)*. Santiago: LexisNexis.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007c). “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código civil”, en Hernán CORRAL TALCIANI y María Sara RODRÍGUEZ PINTO (coords.). *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago: Legal Publishing.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2008). “La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor científico). *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Legal Publishing.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009a). “El incumplimiento resolutorio en el Código civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.). *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: Legal Publishing.

- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009b). “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XXXII. Valparaíso.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2011). “La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento”, en Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ; Enrique BARROS BOURIE y Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ (coords.). *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: AbeledoPerrot-LegalPublishing.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro e Iñigo DE LA MAZA GAZMURI (2014). “Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema”, *Ius et Praxis*. Vol. 20, n.º 1. Talca.
- WIEACKER, Franz (1977). *El principio general de la buena fe*, trad. de José Luis Carro. Madrid: Civitas.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001). *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2002). “Remedie for non-performance. The revised German law of obligations viewed against the background of the Principles of European Contract Law”. *Edinburgh Law Review*. Vol. 6. Edinburgh.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2005). *The New German Law of Obligations: comparative perspectives*. Oxford: Clarendon Press.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2009). *Europa y el Derecho Romano* (trad). Ignacio Cremades Ugarte. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Felix Mor Aguayo con Isapre Colmena Golden Cross (2011). Corte Suprema, 25 de julio de 2011, rol 3929-10, MJJ28366.
- Administradora de Recursos Humanos y Marketing Adpex Ltda. con Distribución y Servicio (2012). Corte Suprema, 31 de enero de 2012, rol 1180-11, MJJ30767.
- Martin Hizmeri con Servicios Médicos Tabancura S.A. (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de abril de 2015, rol 599-15, MJJ41256.
- Coffe Break EIRL con Sociedad Concesionaria Aeropuerto Antofagasta (2015): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de agosto de 2015, rol 3893-15, MJJ42425.
- Exportadora de Hoteles Norte S.A. con BBVA (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de julio de 2016, rol 21.960-16, MJJ45700.
- Alexis Fischman Rajii con BBVA (2016): Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de septiembre de 2016, rol 18.054-16, MJJ46373.
- Consorcio Compsa Pilasi con Servicio de Salud de Antofagasta (2016): Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 16 de noviembre de 2016, rol 2413-13, MJJ48235.
- César Rojas Gaete y otros con Banco Santander Chile (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, de 19 de diciembre de 2016, rol 122.306-16, MJJ48157.

Jungla Salvaje S.A. con Ministra de Bienes Nacionales (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de agosto de 2017, rol 21.638-17, MJJ50796.

Ubilla con Ilustre Municipalidad de Chillán Viejo (2018). Corte de Apelaciones de Chillán, 3 de julio de 2018, rol 1-18, MJJ56311.

LA INOPONIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN DE BIEN FAMILIAR FRENTE A TERCEROS RESPECTO DE DERECHOS O ACCIONES QUE LOS CÓNYUGES TENGAN EN SOCIEDADES PROPIETARIAS DE UN INMUEBLE QUE SEA RESIDENCIA PRINCIPAL DE LA FAMILIA

THE UNENFORCEABILITY OF THE DECLARATION OF GOOD FAMILY AGAINST THIRD PARTIES IN RESPECT OF RIGHTS OR ACTIONS THAT THE SPOUSES HAVE IN COMPANIES OWNING A PROPERTY THAT IS PRINCIPAL RESIDENCE OF THE FAMILY

Rodrigo Barcia Lehmann*
José Rivera Restrepo**

97

RESUMEN

La presente investigación tiene por finalidad determinar desde cuando la declaración de bien familiar es oponible al tercero adquirente, en especial, respecto de la afectación de derechos o acciones que los cónyuges tengan

*Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile. Magíster en Economía y Dirección Internacional de la Empresa, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid, 1997. European Master in Law and Economics, Complutense und Hamburg Universität, 1998. Doctor en Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid, 2002. Profesor de Derecho Civil, Universidad Finis Terrae. Dirección postal: Avenida Pedro de Valdivia 1509, Providencia, Santiago de Chile. Correo electrónico: rbarcia@uft.cl

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho con Mención en Derecho Privado, Universidad de Chile, 2008. Máster Universitario en Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid, 2012. Doctor en Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, 2015. Profesor de Derecho Civil, Universidad Gabriela Mistral. Dirección postal: Avenida Ricardo Lyon 1177, Providencia, Santiago de Chile. Correo electrónico: jrivera_lex@hotmail.com. Artículo recibido el 25 de enero de 2018 y aceptado para su publicación el 25 de octubre de 2019.

en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal (supuesto contemplado en el art. 146.3° del CC).

PALABRAS CLAVES: Bien familiar, inoponibilidad, terceros, sociedades, acciones.

ABSTRACT

The present investigation aims to determine from when the declaration of good family is opposable to third party purchaser, especially with respect of the rights or actions that the spouses have in companies owning a property that be the primary residence (case referred to in art. 146.3° CC).

KEY WORDS: Family property, inoponibility, third parties, societies, actions.

INTRODUCCIÓN

98

El presente trabajo aborda desde cuándo la declaración de bien familiar es oponible a terceros, es decir, hasta cuándo el cónyuge propietario puede enajenar a tercero¹. En concreto, se pretende responder a la siguiente pregunta: ¿es adecuada la regulación contenida en el art. 146, inc. 3° del *Código Civil*? De este modo, se analizarán ciertas cuestiones jurídicas a que da lugar la inteligencia e interpretación del art. 146.3° del *Código Civil*, que dispone:

“la afectación de derechos se hará por declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en escritura pública. En el caso de una sociedad de personas, deberá anotarse al margen de la inscripción social respectiva, si la hubiere. Tratándose de sociedades anónimas, se inscribirá en el registro de accionistas”.

Este supuesto pretende evitar que el cónyuge propietario, a través de una sociedad, pueda sustraerse de la aplicación de las normas que regulan el estatuto jurídico de los bienes familiares. Para que opere esta hipótesis

¹ Lo que se señala respecto del cónyuge propietario, *mutatis mutandi*, conforme al inciso final del art. 15 de la LAUC, se aplica al conviviente civil. En este sentido la referida norma es del siguiente tenor: “cualquiera sea el régimen de bienes que exista entre los convivientes civiles, tendrá aplicación lo dispuesto en los artículos 141 a 149 del Código Civil”.

normativa, la familia debe residir en el bien inmueble objeto del objeto del contrato de sociedad².

Sin perjuicio de los requisitos exigidos para declarar un bien como familiar, a diferencia de la situación general prevista en el art. 141 del *Código Civil*³, la constitución de bien familiar sobre los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia⁴, procede por simple declaración de cualquiera de los cónyuges efectuada por escritura pública⁵. De este modo lo establece el art. 146.3º del *Código Civil*, antes citado⁶.

En síntesis, tanto para que un bien inmueble como para que los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble, que sea residencia principal de la familia, sea considerado como bien familiar, planteamos que se debe cumplir con los requisitos de publicidad respecto de las limitaciones del dominio, o las reglas de publicidad para que la afectación de la facultad de disposición afecte a tercero de buena fe. Para ello no basta con una simple anotación al margen de la constitución de la sociedad tradente, sino que se requiere, a lo menos, una anotación marginal en la inscripción de la propiedad raíz contenida en el respectivo registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

² BRANTT & VIDAL (2017), p. 40; CORTÉS & SEGURA (s/f), p. 82 y ss.; COURT (1995), pp. 1-47; HÜBNER (1998), pp. 101-145; SCHMIDT (2004), p. 229 y ss.

³ En esta materia, seguimos la posición de Hernán Corral, que estima que la diferencia de tratamiento en las dos situaciones anteriores –la declaración que recae sobre el derecho de propiedad sobre el bien raíz– y el de los derechos sociales sobre el bien raíz, se debe a un simple error del Congreso. La forma general de constitución de un bien como familiar, en el Proyecto de Ley de Participación en los Gananciales, era la declaración unilateral de uno de los cónyuges –al igual como acontece en la actualidad en el art. 146.3º del *Código Civil*–; sin embargo, las aprensiones de inconstitucionalidad de esta forma de constitución llevaron a que se optara por exigir la intervención judicial. Y, en este sentido, se exige sentencia judicial para la declaración de un bien como familiar, pero se omitió hacer la reforma correspondiente a los derechos sociales. Por ello, en el proyecto de LPG, la constitución de derechos sociales, como bien familiar, seguía la regla general; pero en la actualidad sería una forma excepcional de constitución, que pueda plantear problemas de constitucionalidad. CORRAL (1996), p. 77. Al respecto, véase también: CORTÉS (s/f), p. 82 y ss.; COURT (1995), pp. 1-47; HÜBNER (1998), pp. 101-145; SCHMIDT (2004), p. 229 y ss.

⁴ Véase NIÑO (1995), p. 285 y ss.

⁵ En este sentido, Cristián Lepín señala: “el problema se puede presentar en las sociedades civiles que no están sujetas a registro, de manera que no existe forma de inscribir o subinscribir el bien como familiar”. LEPÍN (2015), p. 237.

⁶ En este sentido, BRANTT & VIDAL señalan: “la norma tiene por objeto, como lo sostiene parte de la doctrina –así lo explicaremos–, la afectación de una especie de propiedad indirecta del cónyuge socio sobre el inmueble. Se interpone entre aquella y este, la sociedad, que es formalmente la propietaria. El cónyuge es titular –dueño– de derechos y acciones sociales en esa sociedad, no así, al menos directamente, de tal inmueble”. BRANTT & VIDAL (2017), p. 40.

Lo contrario supondría una facultad expropiatoria no tanto sobre los derechos del tradente, sociedad en que participa el cónyuge propietario, sino respecto del tercero adquirente. Y ello atenta contra la forma en que se ha concebido la declaración del bien familiar, como contra el derecho de propiedad. En este trabajo se intentará justificar la premisa anterior.

I. CUESTIONES A ANALIZAR RESPECTO DEL ART 146.3° DEL *CÓDIGO CIVIL*

Con el fin de precisar con claridad el objeto y alcance de nuestro estudio, es dable consignar que tiene por objetivo tratar de responder las siguientes cuestiones o preguntas.

II. ¿POR QUÉ LA REDACCIÓN DEL ART. 146 DEL *CÓDIGO CIVIL* SE HA CALIFICADO POR LA DOCTRINA COMO INADECUADO?

100

La declaración de un bien inmueble como familiar, respecto de la afectación de derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia, no requiere de sentencia judicial. Así, en este supuesto basta la declaración del bien como familiar por parte de cualquiera de los cónyuges. La diferencia de tratamiento entre esta situación y las anteriores –exigen respecto de los inmuebles inscripción conservatoria– salta a la vista y tiene una explicación bastante simple: un error del legislador. En esta materia seguimos la posición de Hernán Corral, que estima que la diferencia de tratamiento en las dos situaciones anteriores –sentencia judicial para los efectos de declarar un bien raíz como familiar y simple declaración de uno de los cónyuges respecto de los derechos o acciones que los cónyuges tengan sobre sociedades propietarias de un inmueble, que sea residencia principal de la familia– se debe a un simple error del Congreso Nacional.

Ello se debe a que en el proyecto de ley de participación en los gananciales, la forma general de constitución de un bien como familiar era precisamente la declaración unilateral de uno de los cónyuges –al igual como acontece en la actualidad en el art. 146, inc. 3° del *Código Civil*–; sin embargo, las objeciones de constitucionalidad de esta forma de constitución llevaron a que se optara por exigir la intervención judicial. Y el problema se generó por cuanto, si bien se exigió sentencia judicial para la constitución del bien familiar en los dos primeros supuestos, no se corrigió el art. 141 *Código Civil* por lo que en la primera situación se exigía

sentencia –e inscripción conservatoria, como se verá– y en el segundo la sola declaración de uno de los cónyuges⁷. Así, la normativa del proyecto de ley de participación en los gananciales se modificó exigiéndose –como se plasmó en el art. 141 del *Código Civil*– sentencia judicial para la declaración de un bien como familiar; pero el legislador omitió realizar la respectiva adecuación de la declaración respecto de los derechos sociales. En este sentido, no se puede dejar de lado que en el proyecto de ley de participación en los gananciales, la constitución de derechos sociales, como bien familiar, seguía la regla general; pero en la actualidad sería una forma excepcional de constitución, que plantea problemas de constitucionalidad⁸.

III. DADO EL PROBLEMA PRECEDENTE: ¿CÓMO SE DEBE APLICAR EL ART. 146 DEL *CÓDIGO CIVIL*?

La declaración de un bien como familiar afecta la libre circulación de los bienes, en cuanto a que limita las facultades de la sociedad propietaria, particularmente afecta la facultad de disposición (*ius abutendi*) que tiene el dueño de una cosa; pero en este supuesto su alcance podría ir aún más lejos desde que la declaración podría afectar los derechos válidamente adquiridos por un tercero de buena fe.

Toda la lógica del sistema de los derechos reales sobre inmuebles, radica en una premisa básica que no se puede soslayar: los terceros adquirentes solo se ven alcanzados en la medida que hayan podido tener conocimiento de la limitación a la facultad de disposición del titular de los derechos (aún respecto de la declaración del bien familiar)⁹. Lamentablemente, la regla general de la afectación de la declaración de un bien familiar respecto de tercero no es explícita. Por lo que se ha optado por mantener dicha regla a través de una interpretación de la regulación de la declaración provisoria de bien familiar.

El art. 141.3º del *Código Civil* dispone que la declaración provisoria del inmueble, como bien familiar, se produce por: “la sola interposición de la demanda”; lo que nos lleva a preguntarnos: ¿cómo es posible afectar los derechos de tercero, si es que este no tiene noticia de la declaración del bien como familiar? La redacción poco feliz de la norma precedente –sobre todo de la primera parte se refiere a: “...la sola presentación de la demanda [...]”– ha dado lugar a discutir si se debe considerar como familiar, de forma provisoria, a un bien inmueble respecto de tercero,

⁷ Al respecto, véase ROSSO (1996), p. 227.

⁸ CORRAL (2007), p. 77.

⁹ ALESANDRI (2016), p. 221.

desde la presentación de la solicitud de declaración o desde la respectiva inscripción marginal¹⁰.

La primera posición es sostenida por Hernán Corral y la segunda por Carlos Peña¹¹. Nótese que este tema es especialmente relevante, en torno a los derechos válidamente adquiridos por parte de terceros, después de la declaración provisoria, y antes de la inscripción. Al igual como lo ha venido haciendo la jurisprudencia, nos inclinamos, a pesar de los problemas de redacción de la norma, a favor de la posición sostenida por Carlos Peña. Indudablemente esta medida, que busca oponerse a tercero, no puede producir este importante efecto solo con la presentación de la demanda de declaración de bien familiar. Los principales argumentos de Carlos Peña para sostener su posición son que la interpretación de Hernán Corral va contra el espíritu de la ley o, en otras palabras, contra el sistema articulado por el *Código Civil* respecto de la afectación de los derechos reales respecto de terceros. Ello se debe a que la obligación de inscribir no puede tener otro sentido que hacer oponible la declaración respecto de tercero.

Así las cosas, la exigencia de inscripción marginal tiene como único objetivo hacer oponible el derecho a tercero. El inconveniente de la posición de Hernán Corral es que no justifica la función de la inscripción si es que el efecto, respecto de terceros, se alcanza mediante la sola presentación de la demanda o mediante una resolución judicial. Por otra parte, la interpretación sostenida por Hernán Corral infringe el art. 19, n° 24 de la *CPR*, desde que se afecta al derecho de propiedad por el simple expediente

¹⁰ Lamentablemente, la LTF no resolvió este problema, limitándose a modificar el art. 141.3° del *Código Civil*, sustituyendo en dicha norma la expresión ‘presentación’ por ‘interposición’. La oportunidad para declarar provisoriamente al bien como familiar, de acuerdo con el art. 141, inc. 3° del *Código Civil*, es la audiencia preparatoria. En este sentido, los incisos 2° y 3° de la norma precedente establecen: “el juez citará a los interesados a la audiencia preparatoria. Si no se dedujese oposición, el juez resolverá en la misma audiencia. En caso contrario, o si el juez considerase que faltan antecedentes para resolver, citará a la audiencia de juicio.

Con todo, la sola interposición de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate. En su primera resolución el juez dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva la precedente circunstancia. El Conservador practicará la subscrición con el solo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal”.

La LTF le dio la actual redacción al art. 141.2° del *Código Civil*. Esta norma, antes de la reforma, establecía: “esta declaración se hará por el juez en procedimiento breve y sumario, con conocimiento de causa, a petición de cualquiera de los cónyuges y con citación del otro”.

¹¹ PEÑA (1994), pp. 199-200.

Esta posición también es adoptada por René Ramos Pazos. Así, este autor sostiene: “una cosa parece evidente, y es que los terceros no se pueden ver afectados por la declaración de familiar de un inmueble –ni la provisoria ni la definitiva– mientras no se practique la anotación indicada en el inciso 3° del artículo 141”. RAMOS (2007), p. 359.

de la referida solicitud, que no sería necesario inscribir. Es más, en el caso que estamos analizando, ni siquiera se requiere de la resolución judicial de declaración provisoria. De este modo, la interpretación de Carlos Peña concuerda de mejor forma con la teoría de la posesión inscrita¹². La propiedad ingresa al patrimonio del tercero adquirente, siguiendo la lógica de la teoría de la posesión inscrita, y ello solo se puede impedir si existe una anotación marginal que lo impida. Sostener lo contrario sería especialmente grave en lo que respecta al tercero adquirente¹³.

En el mismo sentido se inclina René Ramos Pazos cuando señala, respecto del art. 146 del *Código Civil*: “[...] una mayor reflexión nos lleva a estimar que se trata simplemente de requisitos de oponibilidad para que la declaración afecte a la sociedad y a los terceros que contraten con ella. Y ello, porque ese es el rol que normalmente cumplen las anotaciones (no digo inscripciones) registrales”¹⁴. Pero, en este punto, nos separamos

¹² Al respecto, véase RIQUELME & VENEGAS (2011), p. 38.

¹³ En un controvertido fallo, la jurisprudencia argentina ha resuelto: “[...] IV. La interpretación pro bien de familia como recuerda en su fallo el Tribunal, el alcance del bien de familia no puede ser interpretado en forma estricta. Hemos dicho hace poco, desde estas mismas hospitalarias páginas, que tanto el firmamento constitucional, que en su art. 14 *bis* consagra ‘la defensa del bien de familia’ y ‘el acceso a una vivienda digna’, como una congruente interpretación de corte jusnaturalista, tendiente a preservar el derecho de toda familia a una vivienda suficiente, imponen jerarquizar los intereses en pugna, donde sin sacrificar más de lo necesario los legítimos intereses de los acreedores, se proteja la vivienda familiar, como un mínimo indispensable para el auténtico y completo desarrollo de todo ser humano [...]”. CASTELLS y otros (2003).

¹⁴ Además, el referido autor señala: “si bien, como se acaba de explicar, la declaración como bien familiar la hace la justicia, el inciso 3° del artículo 141 dispone que ‘Con todo, la sola interposición de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate’. Después continúa la norma señalando que ‘En su primera resolución el juez dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva la precedente circunstancia’, y termina expresando que ‘El Conservador practicará la subinscripción con el solo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal’”. La ley no dice cuál es esa “inscripción respectiva”, pero lo razonable es entender que lo será la inscripción del inmueble en el Registro de Propiedad, de manera que al margen de esa inscripción deberá practicarse la anotación. Por esta razón, estamos de acuerdo con FRIGERIO (1995), p. 151– cuando afirma: “la declaración de bien familiar de un inmueble no constituye un gravamen que deba necesariamente inscribirse en el registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces; no obstante lo cual no existe inconveniente, agrega, en que se inscriba en ese Registro, de acuerdo con lo dispuesto en el N° 3 del artículo 53 del citado Reglamento” (se refiere al Reglamento del Conservatorio de Bienes Raíces). Una cosa nos parece evidente y es que los terceros no se pueden ver afectados por la declaración de familiar de un inmueble –ni la provisoria ni la definitiva– mientras no se practique la anotación indicada en el inc. 3° del art. 141. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, al resolver que “conforme a lo dispuesto en el artículo 142 del *Código Civil*, la declaración de bien familiar impide la enajenación o gravamen del inmueble objeto de tal declaración y la promesa de dichos actos relativa a ese inmueble, efectuada voluntariamente por uno de los cónyuges,

de René Ramos Pazos y sostenemos que estas anotaciones tienen una función de publicidad, pero respecto de las inscripciones que por ella se ven afectas.

Ahora, estamos en condiciones de poder abordar el caso que nos ocupa, es decir, de la afectación de los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sean residencia principal de la familia respecto de terceros. Podría estimarse que la ley ha recurrido a un mecanismo bastante irregular, como lo es una anotación “al margen de la inscripción social respectiva” para afectar a los terceros (art. 146.3° del *Código Civil*). Nótese que esta norma genera un problema porque no exige una inscripción marginal que afecte al título inscrito en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, sino que basta una simple anotación al margen del título inscrito en el Registro de Comercio de la sociedad propietaria respectiva. Así, el art. 141.3° del *Código Civil*, a diferencia del art. 146.3° del *Código Civil*, exige inscripción marginal de la inscripción del derecho de propiedad para afectar los derechos de la sociedad propietaria de forma definitiva. A su vez, existe cierto consenso en la doctrina en torno a que esta anotación tiene una función de oponibilidad de los derechos frente a tercero¹⁵.

En contrario, se podría sostener que la anotación marginal –al margen de la constitución social– no es suficiente para que el derecho sea oponible al tercero adquirente. Ello se debería a que para poder afectar derechos válidamente adquiridos de tercero se exigiría la afectación de dichos derechos a través de una anotación o subinscripción al margen de la inscripción conservatoria que afecte a su título inscrito. A este argumento

prohibición que surte todos sus efectos desde que se practica, provisoriamente en el Conservador de Bienes Raíces competente, una vez presentada la demanda que persigue dicha declaración de bien familiar”. Véase *Gaceta Jurídica*, n.º 223, Santiago, 1999, p. 109; *Fallos del Mes*, n.º 469, Santiago, 1997, sentencia 15, p. 2240. Si bien el *Código* establece la obligación de subinscribir tratándose únicamente de la declaración provisoria, parece obvio que ejecutoriada la sentencia definitiva que declare el bien como familiar, deberá practicarse una nueva subinscripción (lo destacado en cursiva es nuestro). RAMOS (2007), pp. 367 y 368; MELILLÁN (1994), p. 386.

¹⁵ Respecto del derecho argentino, Luis Moisset de Espanés indica: “hablamos de ‘grado’ de oponibilidad, porque aunque los titulares de derechos siempre tienen la pretensión de poder hacerlos valer frente a cualquiera, hay casos en los cuales esa oponibilidad no es absoluta, sino que sus derechos sólo pueden esgrimirse frente a algunos, y carecen de protección frente a otros a quienes les resultan ‘inoponibles’. Nos limitamos a enunciar esta característica, que adquiere singular importancia cuando la legislación vigente procura reconocer el derecho de todo ser humano a gozar de una vivienda digna, y para hacerlo efectivo concede a ese derecho ‘oponibilidad’ frente a los acreedores, sustrayéndolo en alguna medida del patrimonio como ‘prenda común’”. MOISSET DE ESPANÉS (2009), p. 3. Véase también BRANTT (2015), p. 65 y ss.; LÓPEZ (1998), p. 367 y ss.

se debe agregar que, al afectarse la facultad de disposición, estaríamos frente a un título que debe inscribirse (art. 52, n.º 2 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces). Este argumento es debatible por cuanto el tenor literal de la referida norma no permite llegar a esta conclusión. Su aplicación exigiría la aceptación de una tesis funcionalista de las formalidades, que choca con la hermenéutica clásica en materia de integración e interpretación de la ley. Así, el art. 52, n.º 2 del Reglamento dispone:

“deberán inscribirse en el Registro Conservatorio: N° 2.1: La constitución de los fideicomisos que comprendan o afecten bienes raíces; la del usufructo, uso y habitación que hayan de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos; la constitución, división, reducción y redención del censo; la constitución de censo vitalicio, y la constitución de la hipoteca”.

Además, como se verá, las limitaciones al dominio no contempladas en esta norma se entiende que son títulos que pueden inscribirse. Así, a lo menos estimamos que para afectar derechos de terceros se requiere de una anotación al margen de la inscripción del dominio de la propiedad, recurriendo a lo prevenido en los arts. 53, n.º 3 y 59 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, 297 y 453 del *CPC*¹⁶, normas que, no obstante, hablan de “inscripción”.

105

¹⁶ El art. 53 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, dispone: “pueden inscribirse: [...] 3º. Todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar. Son de la segunda clase el embargo, cesión de bienes, secuestro, litigio, etc.”. Es verdad que la referida norma es facultativa, pero para afectar a los terceros se debe requerir de la referida inscripción. Ello es independiente de los efectos de la declaración de bien familiar para la sociedad propietaria.

Por su parte, el art. 59 de dicho cuerpo normativo, establece: “la inscripción de un embargo, secuestro, cesión de bienes y cualquiera otro impedimento legal para enajenar un inmueble, no podrá hacerse sin previo decreto del juez competente”.

Asimismo, el art. 297 del *CPC* dispone: “cuando la prohibición recaiga sobre bienes raíces se inscribirá en el registro del Conservador respectivo, y sin este requisito no producirá efecto respecto de terceros. Cuando verse sobre cosas muebles, sólo producirá efecto respecto de los terceros que tengan conocimiento de ella al tiempo del contrato; pero el demandado será en todo caso responsable de fraude, si ha procedido a sabiendas”.

Por último, el art. 453 del *CPC* reza: “si el embargo recae sobre bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, no producirá efecto alguno legal respecto de terceros, sino desde la fecha en que se inscriba en el respectivo registro conservatorio en donde estén situados los situados los inmuebles. El ministro de fe que practique el embargo, requerirá inmediatamente su inscripción y firmará con el conservador respectivo y retirará la diligencia en el plazo de veinticuatro horas”.

IV. ¿DESDE CUÁNDO SE AFECTAN LOS EFECTOS TRASLATICIOS
RESPECTO DEL TERCERO ADQUIRENTE DE BUENA FE
MEDIANTE LA DECLARACIÓN DE BIEN FAMILIAR?:
¿DESDE LA ESCRITURA QUE DA LUGAR AL BIEN FAMILIAR
O DESDE EL MOMENTO DE LA ANOTACIÓN MARGINAL
EN EL REGISTRO DE PROPIEDAD DEL BIEN RAÍZ
OBJETO DE LA DECLARACIÓN DEL BIEN FAMILIAR?

Es importante destacar que, en la especie, se deben compatibilizar dos estatutos regulatorios, como lo son: el de la propiedad y el de la protección de la familia. La protección de la familia no puede afectar los derechos legítimamente adquiridos por un tercero adquirente, sino mediante la adecuada medida de publicidad. Ello es evidente desde que lo contrario supondría que se hace “justicia social” o distributiva con bienes ajenos. No se puede afectar, por ejemplo, al comprador de un bien raíz, sin la debida publicidad, desde que la compradora pagó el precio de la compraventa. Podría sostenerse una interpretación contraria, planteándose que no hay conflicto entre ambos estatutos, toda vez que el tercero solo puede verse afectado mediante una publicidad adecuada, de la declaración del bien como familiar, en la adquisición del derecho real.

En el presente trabajo vamos más lejos y sostenemos que el estatuto que rige dicha publicidad no es solo el art. 146.3° del *Código Civil*, sino, principalmente, por las disposiciones que rigen los bienes. En lo concreto, el Conservador de Bienes Raíces solo una vez realizada la anotación al margen del título inscrito, en el respectivo Registro de Propiedad, puede rechazar la inscripción de la escritura pública de compraventa, que intente la sociedad propietaria como tradente y el comprador como adquirente. La adquirente cumpliendo los requisitos de la tradición, y estando de buena fe, en los términos que se lo exige el art. 706.1° del *Código Civil*, es decir, teniendo: “la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”, no puede verse afectada por la declaración del bien como familiar, sino mediante una declaración previa en tal sentido inscrita al margen del respectivo título de propiedad. Un sistema moderno de inscripción exige que sea el propio Conservador de Bienes Raíces el que rechace la tradición por declaración de bien familiar; pero para ello es fundamental que se hubiese inscrito o a lo menos anotado la declaración al margen de la inscripción de la propiedad. Lo contrario llevaría a una situación anómala en que el Conservador de Bienes Raíces inscriba títulos que sean considerados nulos, y que dicha nulidad afecte a terceros respecto de vicios no constitutivos de los respectivos títu-

los¹⁷. Nótese que la posición contraria, a la sostenida en este trabajo, lleva a que el Conservador de Bienes Raíces, ante la ignorancia que el bien haya sido declarado como familiar, inscriba la tradición efectuada por el cónyuge propietario.

En un sentido muy similar al planteado, la sentencia de la Ilustre Corte de Apelaciones de Valdivia, de 2 de septiembre de 2005, rol n.º 642-2005, resolvió que la declaración provisoria de bien familiar no es oponible al tercero, que ya había adquirido mediante pública subasta. El fallo precedente es del siguiente tenor:

[...] Primero: que, el incidentista adquirió el dominio del inmueble en subasta pública forzosa decretada en juicio, según emana de la inscripción de dominio de fojas 27 y 27 vuelta. Segundo: Que a la fecha de la subasta pública el inmueble se hallaba constituido provisoriamente como bien familiar a solicitud del cónyuge no propietario presentada el 6 de abril de 2001, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 del *Código Civil*. Tercero: *Que, con motivo de la subasta pública forzosa el bien dejó de pertenecer a alguno de los cónyuges y, en consecuencia, no puede subsistir la calificación de bien familiar al haber desaparecido uno de los presupuestos para que proceda, como lo exige el artículo 141, inciso 1º del Código antes citado, produciéndose así una desafectación tácita*. Cuarto: Que, además, debe tenerse en consideración que el artículo 147, inciso final del *Código Civil*, establece que 'la constitución de derechos sobre bienes familiares no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución', disposición concordante con lo prescrito en el inciso 2º del artículo 1723 del cuerpo legal citado precedentemente que señala que los actos de substitución del régimen de sociedad de bienes por participación en los gananciales o por el de separación total deben otorgarse por escritura pública que se subinscribirá al margen de la respectiva inscripción matrimonial y agrega, que el pacto que en ella conste no perjudicará en caso alguno, lo derechos válidamente adquiridos por terceros, respecto del marido o la mujer y una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges. Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 186 y siguientes, del *Código de Procedimiento Civil*, SE REVOKA la resolución en alzada precedentemente individualizada y en su lugar se declara que respecto

107

¹⁷ Este tema abordado, desde el prisma de los efectos de la nulidad respecto de tercero, es discutible por cuanto no existen en Chile estudios que compatibilicen los arts. 1689 y 1690 *Código Civil* chileno.

al bien raíz, materia de autos, se ha producido una desafectación tácita al adquirir el dominio el incidentista, Banco Santander-Chile, que debe cancelarse la anotación marginal de la resolución de 8 de Mayo de 2001, practicada al margen de la inscripción de propiedad a nombre de Helen Solange Oyarzo Appel, rolante a fojas 1574 vuelta, N° 1985 del Registro de Propiedad del año 2000 del Conservador de Bienes Raíces de Osorno [...] Redacción de la Ministra señorita Ruby Alvear Miranda” [lo destacado en cursiva es nuestro]¹⁸.

Esta solución es plenamente aplicable al caso en que el tercero adquirente está de buena fe y la transferencia ha cumplido las exigencias que el estatuto real exige para la transferencia del dominio. La sentencia precedente aplica la lógica de la teoría de los bienes al caso que nos ocupa. Así, la sentencia considera que al haber salido el bien del patrimonio de la sociedad propietaria no existiendo limitación registral alguna, la simple declaración de bien familiar no es oponible a tercero. Para el tribunal se generaría una desafectación tácita, pero no estamos de acuerdo con el referido razonamiento. Lo anterior se debe a que la sentencia presupone que hay declaración de bien familiar –no podría ser de otra forma desde que se produce una desafectación–, y estimamos que no hay bien familiar respecto de tercero. Y ello es, además, de toda lógica desde que la anotación marginal es un requisito de inoponibilidad respecto de tercero.

V. POSIBLE APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART. 11, INC. 1° DE LA LEY SOBRE ABANDONO DE FAMILIA Y PAGO DE PENSIONES ALIMENTICIAS

Para Hernán Corral la institución de los bienes familiares no: “[...] deben añadirse requisitos no establecidos en las normas propias y que provienen del estatuto de los alimentos legales”¹⁹. Esta posición ha sido seguida por algunos fallos de tribunales, que han entendido que dicha declaración procede siempre que los cónyuges estén casados y que el inmueble sea la residencia principal de la familia. Sin perjuicio de lo anterior, esta técnica de aplicación del derecho de familia e infancia, como un derecho en el que se aplican las normas, conforme a su tenor literal, debe revisarse. Ello no solo se debe a la lamentable técnica legislativa, como se aprecia de la historia fidedigna de la LPG y del art. 146.3° del *Código Civil*, sino porque esta rama del derecho privado se aplica conforme a principios. Por tanto,

¹⁸ Banco Santander-Chile con Oyarzo Appel (2005).

¹⁹ CORRAL (2007), p. 57.

surgen las siguientes preguntas: ¿cuál es la naturaleza de la declaración del bien como familiar? y ¿cómo incide la naturaleza del bien familiar? La respuesta a estas interrogantes es fundamental, toda vez que de ellas depende muchas veces la concesión o denegación de las demandas de declaración de bien familiar, que se interponen ante tribunales. Estas reglas deben aplicarse conforme a una lógica sistémica propia del derecho de familia. De este modo, el art. 9.5º de la LAFPPA pone en evidencia la necesidad de aplicar funcionalmente las reglas de la declaración de un bien como familiar con relación a la normativa que rige los alimentos²⁰. Esta norma, aunque no le concedió la calidad de alimentos a la declaración del bien familiar, le dio preferencia a la constitución del derecho de alimentos sobre la declaración de un bien como familiar en el caso que ambas figuras confluyan²¹.

La LAFPPA impide la declaración de un bien como familiar, en la medida que se pueda solicitar un usufructo, uso o habitación sobre bienes del alimentante, como derecho de alimentos (art. 9.2º de la LAFPPA). El art. 9.5º de la LAFPPA dispone:

“cuando el cónyuge alimentario tenga derecho a solicitar, para sí o para sus hijos menores, la constitución de un usufructo, uso o habitación en conformidad a este artículo, no podrá pedir la que establece el artículo 147 del *Código Civil* respecto de los mismos bienes”.

109

Esta regla solo se explica por la relación que existe entre ambas figuras, por cuanto el cónyuge no propietario debe optar por solicitar la constitución de un usufructo, uso o habitación, antes de solicitar la declaración del bien como familiar. No es del caso analizar este aspecto, desde que varias sentencias le han negado la categoría de alimentos a la declaración del bien familiar, permitiendo solo que se solicite la rebaja de los alimentos por cambio de circunstancias cuando se produce el problema de la doble consideración de la vivienda en sede de declaración de bien familiar, por una parte, y alimentos, por la otra²². Para terminar, debemos destacar que en el fondo no es posible responder estas cuestiones de forma absoluta, como se hace respecto del derecho patrimonial, más aún la tendencia

²⁰ La aplicación funcional de las reglas de familia se hace cada vez más común. Así, algunas sentencias han extendido la declaración de bien familiar a los casos en que uno de los cónyuges sea titular de una cuota sobre un bien raíz (sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, 29 de noviembre del 2010, rol n.º 218-2010). Confróntese BARRIENTOS (2015), p. 159.

²¹ Al respecto, véase RAMOS PAZOS (1995), pp. 18-19.

²² BARRIENTOS (2011), p. 262.

del derecho de familia, infancia y adolescencia, en Chile y en el derecho comparado, es a articularse como un derecho que se sustenta en principios precisamente para enfrentar dicha imposibilidad²³. La estructuración de un derecho de principios no es caprichosa por cuanto se ha evidenciado en el derecho de familia y de la infancia, que las situaciones que se presentan, en el seno de la familia, son resueltas de mejor forma conforme a principios. Un derecho basado en principios nos permite ir distinguiendo las distintas situaciones, alejándose de soluciones regulatorias estáticas, propias del derecho patrimonial clásico. En otras palabras, los supuestos de hecho que sirven para aplicar las normas son tan variados y complejos, que el derecho tradicional no satisface las más mínimas exigencias de justicia material, ni de protección y desarrollo de la familia.

El análisis precedente nos parece esencial para hacer una aplicación funcional de los requisitos que exige la ley para la declaración de un bien como familiar. Por lo que se debe analizar la posición jurídica de la actora y de la parte demandada “en concreto”. Al respecto, la declaración de bien familiar se sustenta en la protección de la familia. Sin perjuicio de lo anterior, lo que evidencia la norma precedente es una preferencia de la regulación de los alimentos sobre la declaración del bien familiar. Y, por ello las reglas del usufructo en los alimentos sirven para llenar el vacío regulatorio respecto de la oponibilidad de los derechos respecto de tercero. Y como el usufructo exige de un acto constitutivo, ya sea judicial o un acuerdo con el padre propietario, que debe inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces, igual solución debe aplicarse respecto de la declaración del bien familiar en el supuesto analizado. En este sentido, el art. 11.1° de la Ley n° 14908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias dispone expresamente:

“el juez podrá fijar también como pensión alimenticia un derecho de usufructo, uso o habitación sobre bienes del alimentante, quien no podrá enajenarlos sin autorización del juez. Si se tratare de un bien raíz, dicha prohibición deberá inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces”;

lo que nos lleva a definitivamente inclinarnos a favor de la anotación marginal para los efectos de afectar los derechos de tercero.

En resumen, tanto para que un bien inmueble como para que los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble, que sea residencia principal de la familia, sea considerado como

²³ Al respecto, véase DOMÍNGUEZ (2005), p. 205 y ss.; LASARTE (2017), p. 4 y ss.; RIVERO (2009), pp. 243-263.

bien familiar, se debe cumplir con los requisitos de publicidad respecto de la limitación de los bienes inmuebles para alcanzar a terceros. Y para ello no basta con una simple anotación al margen de la constitución de la sociedad tradente, sino que se requiere, a lo menos, una anotación marginal en la inscripción de la propiedad raíz. Lo contrario supondría una facultad expropiatoria no tanto sobre los derechos del tradente, sociedad en que participa el cónyuge propietario, sino respecto del tercero adquirente. Y ello atenta contra la forma en que se ha concebido la declaración del bien familiar como contra el derecho de propiedad.

VI. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA POSICIÓN PRECEDENTE

Los argumentos a favor de la posición precedente, a saber: aquella conforme a la cual la declaración de bien familiar en la hipótesis contenida en el art. 146.3°, solo será oponible a terceros, con la debida inscripción conservatoria, serían los siguientes:

- a. El art. 146.3° del *Código Civil* dispone expresamente:

“la afectación de derechos se hará por declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en escritura pública. *En el caso de una sociedad de personas, deberá anotarse al margen de la inscripción social respectiva, si la hubiere.* Tratándose de sociedades anónimas, se inscribirá en el registro de accionistas” (lo destacado en cursiva es nuestro).

111

La parte de la norma que hemos destacado en cursiva regula los efectos de la declaración como bien familiar, respecto de la sociedad dueña, pero no respecto de tercero. De este modo, para que los derechos sean oponibles a tercero se debe seguir la lógica del estatuto regulatorio de los bienes, es decir, la establecida en los arts. 53, n.º 3 y 59 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, 297 y 453 del *CPC*.

- b. Es evidente que estamos frente a un vacío regulatorio que debe ser integrado por una analogía *legis*, siguiendo las mismas reglas que rigen la declaración del bien familiar sobre inmuebles. Y ello se manifiesta también en torno a la discusión de los efectos de la declaración del bien familiar, respecto del tercero adquirente, reproducida precedentemente. Para que la declaración de bien familiar afectan a terceros se requiere de una anotación conservatoria, que recaiga sobre el bien raíz afectado por la declaración. Dicho de otra forma, la publicidad que se exige para que la declaración

de un bien familiar afecte los derechos sociales sobre inmuebles debe ser la misma que la establecida para que la declaración de un bien familiar afecte a un inmueble. Y el fundamento de ello no es la oponibilidad respecto de la sociedad propietaria –que como hemos visto se rige por el art. 146.3° del *Código Civil*–, sino la oponibilidad respecto del tercero adquirente.

- c. Esta posición se basa en las más básicas premisas de justicia material por cuanto no puede ser que para dos situaciones idénticas se establezcan soluciones diferentes, sin que exista una norma ni argumento que justifique la diferencia. Es más, como se analizó el tratamiento dual simplemente se debe a un error del legislador.
- d. En torno a una sociedad colectiva civil, que es una sociedad de personas, no se debe cumplir con el requisito de inscripción u anotación de la declaración del bien como familiar en la medida que la constitución de la sociedad no se haya inscrito, en los términos planteados en el art. 146.3° del *Código Civil*. Ello es lógico por cuanto no hay inscripción del pacto de sociedad con relación a la cual llevar a cabo la anotación de la declaración del bien como familiar. Esto se desprende de la utilización de la expresión “si la hubiere” del art. 146.3° del *Código Civil*.

La norma precedente se estaría refiriendo también a una sociedad, que produce efectos jurídicos, pero que aún no está constituida, es decir, se remite, además, a la sociedad de hecho²⁴. Es precisamente acá donde se puede apreciar todo el sentido de la interpretación que se sostiene, en el presente trabajo, por cuanto el tercero no tendría forma de enterarse de la declaración del bien como familiar. Por ello en estos casos es indispensable realizar una inscripción en el respectivo Registro de Propiedad del Inmueble objeto de la declaración de bien familiar para los efectos de afectar a tercero. Así, se deberá realizar una anotación al margen de la inscripción de la propiedad (de la inscripción de dominio y vigencia del inmueble).

- e. Como se desprende del art. 143.2° del *CC*, la referida subinscripción conservatoria constituye tiene consecuencias graves para el adquirente, al considerarlo como poseedor de mala fe. Así, conforme a la norma precedente:

²⁴ Recordemos que la sociedad de hecho es aquella a que falta alguno de los elementos de la esencia particulares del contrato de sociedad y que a pesar de ser una sociedad nula produce todos sus efectos respecto de terceros de buena fe (arts. 2058 del *Código Civil* y 357 y 359 del *CPC*).

“los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien familiar, estarán de mala fe a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine”.

Pero la mala fe sobre bienes inmuebles solo se puede construir sobre una inscripción que afecte al bien raíz y no solo a la sociedad tradente²⁵. Ello se debe a que la mala fe, a que se refiere la norma precedente, no se puede descontextualizar de la teoría de los bienes.

- f. Finalmente, la interpretación precedente, aplicada *ex ante*, hará que el sistema registral opere de la forma en que normalmente lo hace, impidiendo la tradición de un derecho en los casos que exista a una limitación del dominio, como lo sería la declaración de un bien como familiar, ya sea sobre el bien mismo o los derechos sociales sobre el bien. Y para estos efectos se debe recurrir por aplicación analógica al art. 11.1º de la Ley n.º 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, en los términos precedentemente planteados.

La principal conclusión del presente trabajo es que mientras no se anote al margen de la inscripción de dominio y vigencia del inmueble la afectación de este, como bien familiar, es inoponible a terceros.

113

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA y Antonio VODANOVIC HAKLICKA (2016). *Tratado de los Derechos Reales. Bienes*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago. Vol. I.

²⁵ Se ha entendido que la norma precedente establece una presunción de derecho de mala fe que solo rige para los inmuebles. A esta conclusión se llega si se analizan las reglas generales establecidas en los arts. 707, 1687, 1490 y 1491 del *Código Civil* respecto a la afectación a terceros de mala fe. A estas dos últimas normas se remitió el primer informe de la Comisión de Constitución del Senado. A pesar de que ellas se refieren a la condición resolutoria cumplida, la idea es aplicar la misma lógica registral respecto del tercero adquirente del bien familiar. De acuerdo con este criterio, entonces, la mala fe de los adquirentes respecto de los muebles habrá que acreditarla. A este respecto, sin embargo, se ha generado el problema de determinar si la declaración del bien familiar como provisorio puede alcanzar a los terceros. De acuerdo con lo señalado solo queda entender que la declaración provisorio es oponible respecto de tercero en la medida que se cumplen los presupuestos indicados en los arts. 1490 del *CC* para los muebles y 1491 para los inmuebles. Este criterio afortunadamente ha prevalecido en las últimas sentencias de los tribunales, aunque han habido algunos fallos que han resuelto lo contrario. Confróntese: CORRAL(2007), pp. 85 a 87.

- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2011). *Fundamentos del Derecho de Familia e Infancia*. Santiago: Editorial Thomson.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (2011). *Derecho de las Personas. Derecho Matrimonial*. Santiago: AbeledoPerrot, Thomson Reuters.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (2015). *Código de la Familia*. Santiago: Thomson Reuters.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2015). “La inoponibilidad como mecanismo de protección de los terceros en la regulación patrimonial del matrimonio en el Derecho chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, n.º 24, Santiago.
- BRANTT ZUMARAN, María Graciela & Álvaro VIDAL OLIVARES (2017). “La afectación de los derechos y acciones sociales como bienes familiares. Finalidad y alcance del Art. 146 del Código Civil”. *Revista de Derecho*. vol. xxx, n.º 1. Valdivia.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2007). *Bienes familiares y participación en los gananciales. La reforma de la Ley N° 19.335, de 1994, a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio*, 2ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CORTÉS BRAVO, Cristian & Marcelo SEGURA ESPERGUEL (s/f). *De los bienes familiares en el derecho nacional, comparado y ante la jurisprudencia. Análisis crítico*. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112568/de_cortes_c.pdf?sequence=1 [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2017].
- COURT MURASSO, Eduardo (1995). “Los bienes familiares en el Código Civil (Ley 19.335)”. *Cuadernos Jurídicos Universidad Adolfo Ibáñez*, n.º 2. Santiago.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2005). “Los principios que informan el Derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 32, n.º 2, Santiago.
- FRIGERIO César (1995). *Regímenes Matrimoniales*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur.
- GUERRERO BECAR, José Luis (2008). “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”. *Revista Derecho*. Vol. 21. n.º 2. Valdivia.
- HÜBNER GUZMÁN, Ana María (2005). “La nueva Ley de matrimonio civil: panorama y estructura general”, en Anastasia ASSIMAKÓPULOS FIGUEROA & Hernán CORRAL TALCIANI (eds.), *Matrimonio civil y divorcio, análisis crítico y criterios para la aplicación de la Ley N° 19.947*. Santiago: Universidad de Los Andes.
- HÜBNER GUZMÁN, Ana María (1998). “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de soluciones”. *Cuadernos Jurídicos Universidad Adolfo Ibáñez*, n.º 2. Santiago.
- LASARTE, Carlos (2017). *Principios de Derecho civil. Derecho de familia*. Madrid: Marcial Pons, tomo VI.
- LEÓN, Tomás, Marcela GREZ, Juan Andrés PRATO, Rafael TORRES & Sergio RUIZ (2014). “Violencia intrafamiliar en Chile y su impacto en la salud: una revisión sistemática”. *Revista Médica Chile*. Vol. 142, n.º 8. Santiago.

- LEPÍN MOLINA, Cristián. (2015). "Bienes familiares. Su recepción doctrinaria y jurisprudencial". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Vol. 3 bis. Valencia.
- LEPÍN MOLINA, Cristián. (2014). "Los nuevos principios del Derecho de familia". *Revista de Derecho Privado*, n.º 23, Santiago.
- LEPÍN MOLINA, Cristián. (2013). "El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de familia". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 42, n.º 2, Santiago.
- LEPÍN MOLINA, Cristián. (2012). "La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica". *Ius et Praxis*. Vol. 18, n.º 1. Talca.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998). *Los contratos. Parte General*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.
- MAGAÑA DE LA MORA, Juan Antonio (2015). *El delito de violencia familiar: un estudio comparativo de la situación en España y el Estado de Michoacán (México)*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- MELILLÁN MARTÍNEZ, Jaime (1994). "Bienes familiares y beneficio de excusión. La Reforma de la Ley N° 19.335 ante los juicios ejecutivos especiales". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 21, n.º 2. Santiago.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis (2009). "Bien de familia. Su protección registral. (Derecho argentino e iberoamericano)". *Derecho y Cambio Social*. Vol. 6, n.º 19. Cajamarca.
- NIÑO TEJEDA, Eduardo (1995). "Capacidad y responsabilidad de la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal. Los bienes familiares". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XVI. Valparaíso.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos (1994), "Reformas al Estatuto Matrimonial". *Cuadernos de Análisis Jurídico*. N.º 28, Series Seminarios. Santiago.
- RAMOS PAZOS, René (1995). "De los bienes familiares". *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. Vol. 198. Concepción.
- RAMOS PAZOS, René (2007). *Derecho de Familia*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RIQUELME RUZ, Carlos Camilo & Fernando Patricio VENEGAS CALDERÓN (2011). *El estatuto de los bienes familiares. Análisis crítico y Derecho proyectado*. Santiago: Universidad de Chile.
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel & Beatriz RAMOS CABANELLAS. "Principios aplicables en las relaciones de familia". *Revista de Derecho*. Vol. 4. Montevideo.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2009). *Ley de matrimonio civil*. Disponible en www.abogados.cl [fecha de consulta: 10 de junio de 2005].
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2015). *Afectación y desafectación de bienes familiares en caso de divorcio*. Disponible en www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904338&Path=/0D/CC/ [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2017].
- ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco (1996). *Bienes familiares en Chile*. Memoria de grado. Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez.

SCHMIDT HOTT, Claudia (2004). “Los bienes familiares”, en Claudia SCHMIDT HOTT & María Dora MARTINIC GALETOVIC (dirs.) & Bárbara URREJOLA SCOLARI (coord.). *Instituciones de derecho de familia*, Santiago: LexisNexis.

SEGURA RIVEIRO, Francisco (2012). “La compensación económica al cónyuge más débil”. *Revista de Derecho*. Año LXXI. N° 214. Concepción.

VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex (2008). “Lesiones y violencia intrafamiliar”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 35, n.º 2. Santiago.

Jurisprudencia citada

Banco Santander-Chile con Oyarzo Appel (2005): Corte de Apelaciones de Valdivia, 2 de septiembre de 2005, Base Jurisprudencial vLex (incidente. declaración de bien familiar, rol n.º 642-2005).

Castells y otros (2003): Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, 2 de abril de 2003, Base Jurisprudencial Sistema Argentina de Información Jurídica (desafectación de bien de familia e interés del acreedor peticionante).

Doctrina y jurisprudencia comparada

NO SOMOS EFICIENTES CUANDO SE TRATA DE NEGOCIAR. APROXIMANDO BREVEMENTE A LOS ABOGADOS A UN PROCESO EFECTIVO DE NEGOCIACIÓN

Ricardo Padilla Parot
Universidad Diego Portales

I. INTRODUCCIÓN

No es extraño escuchar en la práctica legal proverbios que aducen que un “mal acuerdo es mejor que un buen juicio”, o declaraciones políticas como aquellas realizadas por la exprimer ministra británica Theresa May, señalando –en un acalorado contexto de Brexit– que “no llegar a acuerdo es mejor que un mal acuerdo”. ¿Pero resulta esto cierto? Desde el punto de vista de la litigación, es posible argumentar que el mencionado proverbio no constituye la regla general. En efecto, cuando las posibilidades resultan ciertas para una de las partes disputantes o las acciones deducidas son notoriamente frívolas, llegar a un arreglo no parece una solución razonable. Lo mismo es posible decir respecto de acuerdos que contienen propuestas que no coinciden con los intereses que las partes tienen en vista para alcanzar un arreglo. Luego, pero ahora asumiendo que existen buenas razones para negociar antes de entrar al campo de batalla¹, o golpear y abandonar la mesa sin una solución

119

¹ ¿Por qué preferir un acuerdo en lugar de un juicio? La disputa entre Buchwald y Bernheim con Paramount Pictures relativa a la película *Coming to America*, ha sido entregada como un clásico ejemplo en los textos sobre negociación. En el caso, luego de tres años de litigación, ambas partes estimaron salir victoriosas. Los demandantes señalaron haber ganado cerca de un millón de dólares y haber hecho incurrir a Paramount en casi tres millones de dólares en su defensa. Por su lado, la demandada señaló que la condena representaba solo una fracción de los USD 6 200 000 que los demandantes reclamaron originalmente. Sin embargo, y a pesar de que Art Buchwald obtuvo una sentencia gananciosa por USD 150 000 para su parte, este había incurrido en gastos procesales por USD 200 000. Tiempo después, Art Buchwald tras obtener este resultado que ni siquiera logró cubrir el costo del juicio, declaró que: “esperaba estar envuelto en un proceso que se resolviera tempranamente por una suma mínima de dinero y, ojalá, una disculpa (...). Uno de los descubrimientos de una demanda como esta es que te lastima profundamente, y uno no olvida con facilidad (...). No cuentes con recibir dinero en una demanda (...) esto resulta cierto ya sea ganes o pierdas”. MNOOKIN & ROSS (1995), pp. 4-5. No obstante, existen diversos casos en que negociar y llegar a un acuerdo resultan difíciles. A veces existe el interés de una parte en la creación de un precedente jurisprudencial, el cuestionar una doctrina legal existente o lograr una reivindicación de connotación pública. En otras ocasiones, existe un fin corporativo en el hecho de deducir una demanda, por ejemplo, con el objetivo de demostrar la validez de derechos de propiedad intelectual que constituyen el centro del negocio o establecer la reputación de que no se cederá con facilidad y así desincentivar la litigación. MNOOKIN *et al.* (2000), pp. 107 y 225.

negociada, ¿por qué el resultado de una negociación tiene que ser necesariamente un acuerdo inadecuado para las partes?

La negociación es un proceso utilizado para obtener lo que uno quiere de otros². El problema es que normalmente los negociadores no saben de qué manera aproximarse a dicho proceso, ni cómo definir de manera correcta sus intereses ante un posible acuerdo. De hecho, a pesar de que las partes logren acordar una solución que podría estimarse como un intercambio equitativo, dicha solución habitualmente no será eficiente, porque no tomará en consideración todas las ventajas que traen los intereses contrapuestos existentes entre ellas³.

En efecto, existe evidencia científica que prueba que solo el 3% de los negociadores logran llegar a un acuerdo en que todos ganan (*win-win deals*)⁴. A la inversa, el 20% de las partes negociantes –aún con un importante grado de experiencia en estos procesos– optan, paradójicamente, por un arreglo en que todos saldrán perdiendo (*lose-lose outcomes*), es decir, un quinto de los negociadores llegará al peor de los resultados posibles⁵. En suma, se ha concluido que más de un 90% de los negociadores habrá desperdiciado la oportunidad de obtener un mejor acuerdo que el adoptado en los hechos⁶. De esta manera, se encuentra comprobado que el normal desempeño de las partes en un proceso de negociación será contraproducente. El resultado de la negociación no solo se traducirá en soluciones subóptimas, sino que, también, muchas veces causarán un mayor daño a la relación existente entre los disputantes y dejará sin resolver conflictos donde existían soluciones que satisfacían de mejor manera a los intereses de las partes, en contraste con una lucha prolongada. Realmente alarmante.

El presente trabajo es un modesto aporte al estado actual que en el ámbito comparado dispone la ciencia y estudio de la negociación y de las implicancias que tienen sobre los negociadores diversos procesos cognitivos. Pero la escasez de este tipo de textos en nuestro país demuestra una falta de interés por el estudio profundo y práctico de una de las disciplinas a la que se ven enfrentados a diario los abogados –pero también toda otra clase de personas, pues negociar es una cuestión realmente rutinaria– y en la cual nos encontramos hoy fallando dramáticamente.

Este artículo, entonces, se limita a explicitar y dar conciencia de algunas de las razones por las cuales los abogados negociamos de manera ineficiente. Y para ello, la tarea que sigue es doble: primero, se desarrollarán las razones por las cuales deberíamos escoger negociar y determinar, dentro de ese pro-

² FISHER & URY (2012), p. xxv.

³ MNOOKIN & ROSS (1995), p. 9. Los citados autores agregan que en muchos de los acuerdos que las partes logran cerrar –ya sea por negociación o imposición– estas no logran satisfacer los criterios de eficiencia económica, *op. cit.*, p. 3.

⁴ NADLER *et al.* (2003), p. 535.

⁵ THOMPSON & HREBEC (1996), p. 403.

⁶ *Op. cit.*, p. 400.

ceso, la gama de posibles soluciones a ser obtenidas. Segundo, se analizarán las causas por las que a pesar de que somos conscientes de nuestros intereses y objetivos en conflicto, aun así, fallamos en acordar en una solución que pueda satisfacerlos de manera adecuada. En consecuencia, en esta segunda parte serán abordados algunos de los problemas relacionados a la errónea percepción que surge sobre la persona y actos de la contraparte, y que afectan a los procesos de creación y distribución de ganancias a ser realizados una vez sentados en la mesa negociadora. Finalmente, se sugerirán brevemente tres posibles herramientas o técnicas para manejar aquellos problemas, las que tienen por objetivo construir cooperación y confianza entre las partes.

II. EL OBJETIVO DE LA NEGOCIACIÓN:

LA BÚSQUEDA DE UN ACUERDO QUE DEJE A LAS PARTES MEJOR POSICIONADAS

La negociación ha sido definida como un proceso de comunicación diseñado para llegar a un acuerdo entre dos o más partes, las que mantienen algunos intereses que son compartidos y otros que se encuentran en conflicto o, simplemente, difieren⁷. La razón por la cual negociamos se basa en la idea de producir un resultado mejor que el posible de obtener sin el acto de negociar. En consecuencia, el objetivo de la negociación no es necesariamente llegar a un acuerdo, porque un acuerdo solo tendrá sentido si deja a las partes mejor posicionadas⁸.

121

A. Un acuerdo en el que todos ganan: la eficiencia en el proceso de negociación

¿Pero cómo se determina aquella mejor posición? Lo primero a señalar es que normalmente las personas no se enfocan en lo que quieren. Al contrario, las personas se centran más en la manera de obtener las cosas y olvidan sus propias motivaciones o intereses. En este sentido, es de suma importancia evitar lo que ha sido denominado como errores del tercer tipo, los que se traducen en resolver el problema equivocado. En efecto, la primera tarea a realizar por alguien que debe tomar una decisión, es desafiar su entendimiento sobre las opciones a las que se está enfrentando. Debe ser examinado, entonces, la razón o causa por la cual una decisión debe ser tomada. Esta causa, o la definición del problema, dependerá de los objetivos, intereses y deseos que se quieren satisfacer⁹.

Determinadas las motivaciones tras el conflicto, un contraste de ellas debe realizarse con lo que Roger Fisher y William Ury han definido bajo el acrónimo anglosajón BATNA: la mejor alternativa a un acuerdo negociado. El BATNA

⁷ PATTON (2005), p. 279.

⁸ *Op. cit.*, p. 285.

⁹ RAIFFA *et al.* (2007), pp. 16-17.

constituye aquella alternativa¹⁰ –ya sea que se traduzca en inactividad, retardo, entorpecimiento, demandar, cerrar con un tercero, entre tantas otras estrategias que se ven en la práctica legal– que satisface mejor (dentro del espectro de posibles soluciones existentes) los intereses de una parte negociadora, y que, en efecto, tomará de no ser posible llegar a un acuerdo con la contraparte¹¹. El BATNA, de esta forma, constituye aquel estándar con el que debe contrastarse cualquier propuesta de acuerdo, pues será, en definitiva, lo único que protegerá a un negociador de aceptar términos que son desfavorables o de rechazar arreglos que pueden estar en el interés de aquel aceptar¹².

Negociar, entonces, no implica renunciar a todo lo que es importante para uno. Solo se requiere encontrar la voluntad de sentarse con el adversario y determinar si es posible llegar a un acuerdo que sirva al interés de las partes de mejor forma de lo que sus BATNA podría hacerlo¹³. Si un acuerdo así es posible, las partes, luego del proceso de negociación, obtendrán un buen resultado, dado que aquel acuerdo será considerado eficiente y, probablemente, mejorará –o al menos no dañará– la relación entre ellas¹⁴. Sin embargo, debe enfatizarse que un acuerdo será posible y sostenible en el tiempo (no será repudiado con posterioridad) solo si también cumple con los intereses de la otra parte, al menos, tan bien como su propio BATNA¹⁵.

Sin embargo, conocer el BATNA no es el paso final. Aquel debe ser traducido por los negociadores en un RV, es decir, en aquella cantidad que a cada parte le es indiferente alcanzar mediante un acuerdo o retirarse de las negociaciones con sus respectivos BATNA. Cuando ambas partes han determinado sus RV, es luego posible establecer una ZOPA, la que consiste en la extensión del superávit formado entre el RV de los negociadores, que puede ser luego dividido entre ellos. En suma, cualquier acuerdo alcanzado dentro de la ZOPA dejará a las partes mejor posicionadas que sin cerrar un acuerdo¹⁶. De allí que es posible decir que el objetivo de la negociación es precisamente generar valor o ganancias para las partes. Si aquello no es posible, simplemente no vale la pena negociar.

¹⁰ Las alternativas pueden ser traducidas en aquel rango de cosas que es posible hacer fuera de la mesa de negociación y sin contar con el acuerdo de la otra parte. MNOOKIN *et al.* (2000), p. 19.

¹¹ MNOOKIN *et al.* (2000), p. 19.

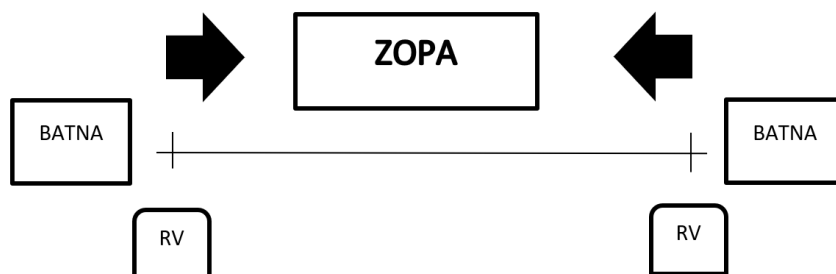
¹² FISHER & URY (2012), p. 102.

¹³ MNOOKIN (2011), p. 369.

¹⁴ FISHER & URY (2012), p. 4.

¹⁵ Siguiendo a Bruce Patton, un buen resultado consistirá en una solución creativa, elegante y sin desperdicios; que logre capturar la mayor cantidad de ganancias posibles. Dicha solución debe ser a su vez legítima, con la cual nadie sienta que han tomado provecho de ella. Un buen resultado debe traducirse en un compromiso firme, implementable y sostenible; alcanzado tras un proceso lo más eficiente posible mediante una buena comunicación; un proceso que, en efecto, ayude a construir precisamente el tipo de relación que queremos con la contraparte. PATTON (2005), pp. 285-286.

¹⁶ MNOOKIN *et al.* (2000), pp. 19-20.



De este modo, un buen acuerdo se tornará en el resultado de una negociación que beneficiará a las partes, cuando todas las alternativas han sido evaluadas y no se ha dejado ningún recurso sobre la mesa¹⁷. Siguiendo a Leigh Thompson, existen tres niveles de acuerdos que resultarán beneficiosos para las partes (*win-win agreements*). El primero se logra cuando los negociadores obtienen un acuerdo que comprende un mejor resultado que sus RV. En el segundo nivel es posible encontrar aquellos arreglos que son mejores (o más deseables) para ambas partes que otros posibles acuerdos disponibles dentro de la ZOPA. Finalmente, en el tercer nivel, se ubican aquellos acuerdos que se encuentran dentro de la frontera de un resultado óptimo de Pareto. Es decir, en este último nivel, no existe ninguna alternativa que pueda mejorar la posición de una de las partes sin dañar el resultado de la otra¹⁸.

123

*B. Todos salen perdiendo:
cerrar acuerdos que resultan indeseados*

A la inversa, comportamientos inefectivos en los procesos de negociación pueden conducir a resultados indeseados. Una manifestación de este fenómeno tiene lugar cuando existe una solución que dejará a las partes en una mejor posición que la que en los hechos se ha adoptado. En la literatura este fenómeno ha sido conceptualizado como “soluciones subóptimas”¹⁹. Dentro de estas, se ha definido a los acuerdos en que todas las partes terminan perdiendo (*lose-lose agreements*) como aquellos arreglos que fallan en optimizar intereses que son compatibles. En otras palabras, cuando enfrentados a la tarea conjunta de asignar recursos, los negociadores acuerdan en un resultado que es claramente peor para ambos²⁰.

Desde luego, los *lose-lose agreements* solo tendrán lugar cuando las partes tienen más de una alternativa de acuerdo a elegir. Precisamente, la ineficacia en las negociaciones ocurre cuando los negociadores realizan los procesos

¹⁷ THOMPSON (2012), p. 90.

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 92-93.

¹⁹ THOMPSON & HASTIE (1990), p. 99.

²⁰ THOMPSON & HREBEC (1996), p. 407.

cognitivos de “juzgar” y “escoger”. En este contexto, el término juzgar se refiere a los aspectos cognitivos del proceso de toma de decisión. En efecto, si no se tienen alternativas a elegir, no se tiene una decisión que tomar²¹. Así, la tarea de juzgar implica la evaluación realizada por el negociador respecto del contenido de las soluciones que se encuentran a su alcance²². Por otro lado, la tarea de escoger implica que el negociador debe determinar –luego de juzgar– cuál de las opciones de arreglo prefiere²³.

Científicos han demostrado que los *lose-lose agreements* constituyen una realidad que resulta bastante habitual, estableciendo que, dentro de los procesos cognitivos de juzgar y escoger, los negociadores tienden a no reconocer cuando entre estos existen intereses en juego que son compatibles, acordando en arreglos que las partes encuentran indeseables en contraste con otros disponibles sobre la mesa²⁴.

III. PROBLEMAS DE INEFICIENCIA EN EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN

Leight Thomson y Dennis Hrebec lo han señalado claramente: la sola existencia de acuerdos en que todas las partes pierden, implica, necesariamente, la existencia de acuerdos en que ambas partes pueden llegar a obtener resultados en que todas queden mejor posicionadas²⁵. Pero a pesar de ello, como fuera dicho, los negociantes tienden a llegar a resultados indeseados. Existen, en efecto, diversas barreras que inhiben a los negociadores lograr el objetivo del proceso de negociación, causando el denominado “problema de rentabilidad eficiente en la resolución de disputas”²⁶. En la literatura pueden ser encontrados varios de estos obstáculos²⁷, sin embargo, no es posible aquí explorar todos aquellos. En su lugar, serán desarrollados algunos de los problemas que surgen en las etapas de creación y distribución de ganancias de un proceso de negociación.

²¹ BAZERMAN & MOORE (2013), pp. 1-2.

²² KOROBKIN & GUTHRIE (2006), p. 328.

²³ *Ibid.*

²⁴ THOMPSON & HREBEC (1996), pp. 403,404. Siguiendo a Leigh Thompson, la razón de la existencia de los acuerdos en que todas las partes pierden no se debe a falta de motivación o inteligencia. El problema se origina en cuatro sesgos psicológicos: egocentrismo, procesamiento de información confirmatoria, satisfacción e incompetencia autorreforzante. THOMPSON (2012), pp. 26-27.

²⁵ THOMPSON & HREBEC (1996), p. 407.

²⁶ MNOOKIN & ROSS (1995), p. 7.

²⁷ El libro *Barreras a la Resolución de Conflictos (Barriers to conflict resolution)* del Centro de Conflicto y Negociación de la Universidad de Stanford, entrega tres categorías de barreras u obstáculos al proceso de negociación: (1) Barreras estratégicas y tácticas, que surgen de los esfuerzos de los negociadores por maximizar sus propios resultados; (2) Barreras psicológicas, las que reflejan los procesos cognitivos o sesgos humanos en la interpretación de la información y (3) Barreras organizacionales e institucionales, las que constituyen diversos factores desde estructuras burocráticas hasta consideraciones políticas. MNOOKIN & ROSS (1995), pp. 3-24.

*A. El dilema del negociador:
la tensión entre crear y distribuir ganancias*

Diversos investigadores han presentado al proceso de negociación bajo la analogía de hacer un pastel (o, como se es referido en Chile, una “torta”) y luego dividirla²⁸. En razón de ello, ha sido explicado que el proceso de negociación involucra el manejo de problemas tanto al dar tamaño a la torta como al determinar quién se quedará con la porción más grande²⁹. La encrucijada entre el objetivo de hacer una torta más grande (maximizando el valor conjunto que entrega un acuerdo) y reclamar la porción más grande (maximizando la cuota de cada parte) ha sido denominado el “dilema del negociador” (*negotiator’s dilemma*)³⁰. El dilema radica en el hecho de que estrategias diseñadas para agrandar la torta (como lo es el intercambio de información entre las partes), pueden entrar en conflicto con estrategias empleadas para reclamar una porción más grande de la misma (actuando a través de engaño o de manera oportunistas)³¹. En pocas palabras, un negociador siempre querrá crear de manera conjunta la mayor cantidad de ganancias posibles, reclamar la mayor parte de ellas y evitar, al mismo tiempo, que el otro lado se aproveche y obtenga una mejor porción³².

Ha sido argumentado que negociadores mezquinos, preocupados solo de maximizar su porción de la torta, pueden llevar a las partes a resultados ineficientes³³. Esta conclusión surge del conocido “dilema del prisionero” (o el “dilema de dos personas” como fue originalmente llamado). Se recordará que en el escenario de los dos criminales capturados y encerrados de manera separada sin comunicación, traicionar al compañero rufián ofrece un mejor acuerdo con los fiscales que en la alternativa de mantener silencio y actuar de manera coordinada³⁴. Los prisioneros egoístas, preocupados de sus propios intereses, se traicionarán mutuamente. Lo interesante de dicho comportamiento, es que la búsqueda de una recompensa individual lleva a ambos prisioneros a delatar al otro, cuando en la práctica ambos obtendrían una mejor recompensa individual si mantuvieran silencio. El dilema del prisionero, entonces, ha dejado una conclusión científicamente clara: comportamientos racionalmente egoístas y descoordinados, pueden traer consigo pésimos resultados a la mesa de negociación³⁵.

²⁸ Véase, entre otros, por ejemplo, FISHER & URY (2012); THOMPSON (2012); PATTON (2005); MNOOKIN *et al.* (2000).

²⁹ MNOOKIN (1993), p. 239.

³⁰ Véase LAX & SEBENIUS (1986).

³¹ RAIFFA *et al.* (2007), p. 85.

³² LAX & SEBENIUS (2006), p. 205.

³³ MNOOKIN (1993), p. 241.

³⁴ Si ambos prisioneros mantienen silencio, serán condenados a un año de cárcel. Si uno traiciona, y el otro mantiene silencio, el primero quedará en libertad y el segundo será condenado a tres años. Si ambos se traicionan, serán condenados a dos años.

³⁵ RAIFFA *et al.* (2007), p. 67.

De esta manera, para agrandar la torta y generar ganancias o, si se quiere, lograr un acuerdo en que todas las partes puedan ganar, es necesario un esfuerzo conjunto a través del intercambio de información. Sin la revelación de preferencias, recursos y alternativas de cada uno de los negociantes, será difícil encontrar acuerdos que consideren sus intereses para dejarlos mejor posicionados³⁶. Sin embargo, el intercambio de información en las negociaciones es una espada de dos filos: esencial para resolver conflictos conjuntamente y generar ganancias, es también una fuente de vulnerabilidad ante una parte que solo busca obtener para sí la mejor porción del acuerdo³⁷. Desde este punto de vista, la eficiencia en la negociación puede ser entendida como la relación entre el intercambio de información realizada por las partes y la deseabilidad del resultado obtenido en función de la información revelada³⁸.

Finalmente, es importante tener presente que el dilema de los negociadores no puede ser resuelto. Ya sea que las negociaciones sean instantáneas, de largo término o de carácter repetitivas³⁹, la tensión entre crear y distribuir ganancias estará siempre presente. La tarea, por tanto, es manejar dicha tensión con el objetivo de crear el máximo de ganancias conjuntas y reducir los riesgos de aprovechamiento por una de las partes al momento de ser distribuidas⁴⁰.

B. Problemas en la creación de ganancias

126

Fue establecido que crear ganancias a través del proceso de resolución de controversias y llegar a acuerdos en que todas las partes ganen, es el objetivo principal de la negociación. Sin embargo, existen dos –falsas– suposiciones interrelacionadas que evitan que la torta pueda ser agrandada por negociadores.

1. El conflicto ilusorio

Es aquel que no es realmente conflicto, pero los negociadores lo consideran como tal⁴¹. En otras palabras, este tipo de conflicto ocurre cuando las partes creen que sus intereses son incompatibles, cuando en los hechos, no lo son⁴².

³⁶ MNOOKIN *et al.* (2000), p. 9.

³⁷ LAX & SEBENIUS (2006), p. 206. Se ha agregado que el núcleo de esta tensión se encuentra en el hecho de que, sin el intercambio de información, es difícil crear valor o ganancias. Sin embargo, cuando se realiza por un solo lado de la mesa, aquel negociante arriesga que la contraparte tome ventaja. MNOOKIN *et al.* (2000), p. 17.

³⁸ SCHWARZ *et al.* (2010), p. 5.

³⁹ MNOOKIN *et al.* (2000), p. 43; THOMPSON (2012), p. 28.

⁴⁰ MNOOKIN *et al.* (2000), p. 27.

⁴¹ THOMPSON & HREBEC (1996), p. 407.

⁴² THOMPSON (2012), p. 73. Por ejemplo, en el contexto de las negociaciones de Brexit, un conflicto ilusorio surgió luego de una carta enviada en 2017 por Theresa May al presidente del Consejo Europeo Donald Tusk. Conforme al texto de la carta, en términos de seguridad, el fracaso en llegar a un acuerdo significaría que la cooperación entre el Reino Unido y la Unión Europea en la lucha contra el crimen y el terrorismo se vería debilitada. REUTERS (2017).

Esta suposición de intereses contrapuestos obstaculiza al proceso de creación de ganancias, debido a que hace que los negociadores confundan intereses opuestos con aquellos que son diferentes; siendo esta última clase los que en efecto generan el espacio en que las partes pueden realizar intercambios que les permitirán llegar a acuerdos que las dejaran mejor posicionadas⁴³.

Baste recordar que la gran mayoría de los contratos son cerrados precisamente porque las personas no están de acuerdo en el valor o la importancia del objeto del contrato. Nuestro decimonónico *Código Civil* ya lo entendía así, y de allí que su art. 1441 clasifique en conmutativos a aquellos contratos en que las partes intercambian algo que se “mira como equivalente”, pero que subjetiva u objetivamente no lo es. Aunque el proceso de concluir un contrato es disímil a resolver un conflicto, la aproximación a tomar no lo es tanto. En efecto, difícilmente las partes tendrán las mismas preferencias en materias que concurren en una misma negociación, tales como la valuación del objeto en disputa; las expectativas o proyecciones sobre las posibles ganancias a obtener; los tiempos necesarios para resolver el conflicto; las capacidades financieras o la resistencia a los posibles riesgos que involucra el conflicto. Todas aquellas diferencias constituyen verdaderos espacios de intercambios, en que una u otra parte puede entregar, dejar, pedir, transar o converger en favor de la otra.

2. Situaciones de suma cero y la percepción de la existencia de una torta de tamaño invariable

127

Los negociadores entran al juego con la idea de que las ganancias para una parte constituyen, necesariamente, pérdidas para la otra⁴⁴. En otras palabras, las personas piensan que entre las partes todos los intereses y motivaciones se encuentran en conflicto o son incompatibles: +10 para mi es -10 para ti. Esta tendencia cognitiva ha sido explicada bajo el concepto de situaciones de suma cero o la percepción de la existencia de una torta invariable (*fixed-pie perception*)⁴⁵.

No obstante, la realidad no sigue aquella regla tan estricta. Pocos conflictos son ganar o perder, pero los negociadores no dan cuenta de aquello debido a que

Pero aquella posición de la ex Primera Ministra es errada. Con o sin acuerdo, el interés del Reino Unido y la Unión Europea en la protección de sus ciudadanos jamás permitiría que la cooperación mutua en contra de actos de terroristas disminuya. Políticamente sería inaceptable.

⁴³ THOMPSON & HASTIE (1990), p. 101.

⁴⁴ THOMPSON & HREBEC (1996), p. 407, han explicado que los sistemas cognitivos humanos se basan, ante todo, en una arquitectura de ganar o perder: mis ganancias vienen a costas de la contraparte y viceversa.

⁴⁵ Siguiendo a BAZERMAN & MOORE (2013), pp. 193-194, cuando los individuos se acercan a las negociaciones con una mentalidad de suma cero, suponen que los intereses de uno entran en conflicto directamente con los intereses del otro. La suposición de la existencia de una situación de suma cero lleva a interpretar las cosas de manera más competitiva, como tan solo ganar o perder.

están concentrados en los aspectos competitivos de la disputa, en lugar de centrar sus esfuerzos en los elementos colaborativos de la misma⁴⁶. Normalmente en un proceso de negociación, las motivaciones de las partes están correlacionadas de manera imperfecta, lo que significa que las ganancias de una parte no representan necesariamente pérdidas para la otra⁴⁷. En este sentido, los negociadores realizan un análisis defectuoso sobre las motivaciones del otro lado, el que tiende a exagerar la percepción sobre la existencia de conflictos e incrementar la tendencia a percibir de forma negativa tanto a la persona como las ofertas de la otra parte⁴⁸. Sin embargo, con un análisis ponderativo sobre el objeto de la negociación, los negociadores podrán encontrar una solución adecuada, porque normalmente su evaluación sobre las cosas que están en juego difiere: la misma cosa será menos o más valiosa para la otra parte, permitiéndoles, de esta manera, intercambiarla por otra⁴⁹.

Así, científicos han concluido que los negociadores que han logrado obtener una percepción precisa de los intereses de la otra parte, conducen a negociaciones más beneficiosas⁵⁰. Esto resulta importante, porque al final del día, pensar que resolver el problema de la otra parte es solo “su problema”, es lejos de ser el enfoque correcto. Al contrario, para llegar a un acuerdo, es necesario desarrollar una solución que también cumpla con los intereses de la contraparte⁵¹.

C. Problemas de distribución de ganancias

128

Dará igual que tan grande puedan las partes hacer la torta, si no son capaces de dividir las ganancias creadas en el proceso de negociación. En efecto, debido al deseo de obtener la mayor parte del valor creado, los negociantes puede que, en definitiva, no lleguen a ningún acuerdo a pesar de que aquel pueda beneficiarles. Incluso, si se lograra alcanzar un acuerdo, puede que las partes innecesariamente hayan desperdiciado tiempo y recursos⁵².

Fue señalado que cualquier arreglo adoptado dentro de la ZOPA constituirá un buen acuerdo para las partes. Si eso es cierto, se preguntarán entonces,

⁴⁶ RAIFFA *et al.* (2007), p. 279.

⁴⁷ THOMPSON (2012), p. 94.

⁴⁸ RAIFFA *et al.* (2007), p. 282.

⁴⁹ THOMPSON & HASTIE (1990), p. 100. Se ha señalado que la noción de que las diferencias pueden crear valor o ganancias resulta contraintuitiva. La verdad es que las diferencias son más útiles que las similitudes en ayudar a las partes a llegar a un acuerdo. Las diferencias son el escenario de posibles ganancias a ser intercambiadas, y es a través de ese intercambio que un mayor valor para las partes es creado. Cinco tipos de diferencias –en recursos, valoración, expectativas y preferencias en tiempo y riesgo– son todas potencialmente fuentes de creación de ganancias. MNOOKIN *et al.* (2000), pp. 14-15.

⁵⁰ THOMPSON & HASTIE (1990), p. 117.

⁵¹ FISHER & URY (2012), p. 61. Por eso es que se ha enfatizado categóricamente que entre más atención se pone a la posición de una de las partes, menos atención se dedica a satisfacer las preocupaciones subyacentes de los negociadores. FISHER & URY (2012), p. 6.

⁵² MNOOKIN *et al.* (2000), p. 22.

¿por qué los negociadores fallan en alcanzar un escenario que es relativamente sencillo? Tómese por ejemplo la situación que surge en cualquier compraventa, en que la discusión sobre el precio constituye normalmente el objeto principal de la negociación. El vendedor pensará: Aceptaré al menos nueve millones (RV-BATNA). ¿Cómo obtengo lo más que pueda? ¿Cuánto será lo máximo que el comprador aceptará pagar? ¿Cuál será el menor precio que el comprador pensará estará dispuesto a aceptar? Por su lado, el comprador pensará: No pagaré más de once millones (VR-BATNA). ¿Qué puedo hacer para pagar lo menos posible? ¿Cuál será el menor precio que el vendedor estará dispuesto a aceptar? ¿Cuál será el máximo precio que el vendedor cree que pagará? Dentro de la ZOPA del vendedor y comprador, existen dos millones de ganancias a ser distribuidos, sin embargo, es probable que las partes no sepan de su existencia o no logren distribuirla de forma eficiente.



129

Dos factores han sido indicados como responsables de este fenómeno:

1. Asimetrías de información

En casi todos los procesos de negociación, las partes tienen un diferente nivel de información en relación con el objeto transaccional o en disputa. Asimismo, los negociadores son reacios a revelar sus RV y, aunque estuvieran dispuestos a hacerlo, es sumamente difícil para las partes verificar la veracidad de la información proporcionada. Los negociantes, entonces, tendrán un déficit de información, debido a que no estarán en las condiciones de evaluar si aquella es válida⁵³.

La falta de completitud en la información genera desconfianza en las ofertas realizadas por la contraparte y aumenta uno de las barreras psicológicas a la resolución de controversias denominada “sesgo de desvalorización reactiva” (*reactive devaluation bias*). Este sesgo implica que las ofertas realizadas por el otro lado de la mesa serán calificadas negativamente tan solo por aquel hecho. En efecto, el común proceso cognitivo de un negociador le hará desconfiar y creer que la contraparte no se ha comprometido a nada significativo⁵⁴.

⁵³ THOMPSON (2012), p. 42.

⁵⁴ MNOOKIN & ROSS (1995), p. 15. Se ha señalado que uno de los errores del Reino Unido en las negociaciones de Brexit fue de mantenerlas bajo secreto. La ex Primera Ministra equi-

En Chile la desconfianza se ha materializado como un problema social. Diversos estudios realizados por el PNUD, han dejado en evidencia que el 60% de los chilenos manifiesta desconfianza en el otro⁵⁵. De hecho, ya en 2010, la revista *Qué Pasa* daba a conocer el resultado de una encuesta realizada por Falcon Management y el Centro de Negociación de la Universidad Católica, en que se concluyó que los ejecutivos de grandes empresas del país eran desconfiados y solían ocultar información a sus interlocutores. Solo el 47% de los ejecutivos creía en la palabra de su contraparte⁵⁶, y estas cifras no parecen mejorar con los años.

Científicos han demostrado que los negociadores que intercambian información reconsideran sus percepciones respecto de los intereses y motivaciones de la otra parte. Luego de un aprovisionamiento recíproco de información, el juicio de los negociadores sobre el otro lado de la mesa tiende a ser más acertado⁵⁷. De este modo, el intercambio de información crea menos espacio para la desconfianza, el engaño y la atribución equívoca sobre los actos de la contraparte⁵⁸.

2. Comportamientos estratégicos

Aunque los negociadores dispusieran de toda la información que requieran sobre el objeto de la negociación, el deseo de obtener una porción más grande de la torta puede llevar a las partes a actuar en contra de la obtención de resultados eficientes. De hecho, aquellas conductas, conocidas en la literatura como comportamientos estratégicos u oportunistas, pueden significar un escenario de bloqueo (sin que se alcance ningún acuerdo) o de negociaciones más costosas y prolongadas; reduciendo de aquel modo el tamaño de la torta⁵⁹.

Los comportamientos estratégicos son aquellos empleados para moldear la percepción de la otra parte respecto de los posibles acuerdos que pueden ser alcanzados, es decir, hacer creer que se tiene un mayor o menor RV. Dicho de otro modo, cada parte evalúa cuanto es lo menos o lo máximo que el otro lado estará dispuesto a aceptar, tratando de presionar a la contraparte lo más posible. Normalmente, la primera y más básica técnica utilizada por los negociadores para producir este efecto en la contraparte, es ofertar ampliamente sobre su RV

vocadamente sugirió que “cada reporte de la prensa hará más dificultoso obtener el acuerdo ideal. Todos aquellos que nos insisten en revelar más información, no estarán actuando en el interés nacional”. MARTILL & STAIGER (2018), p. 17.

⁵⁵ RODRÍGUEZ (2018), pp. 12-13.

⁵⁶ *Qué Pasa* (2010).

⁵⁷ THOMPSON & HASTIE (1990), pp. 102-103.

⁵⁸ MNOOKIN & ROSS (1995), p. 16. El profesor Marwan Sinaceur ha agregado que la búsqueda de información aumenta las posibilidades de generar ganancias en un proceso de negociación, independientemente de la información que haya sido proporcionada. La creación de ganancias aumenta incluso cuando solo un lado de la mesa es el que busca mayor información. SINACEUR (2010), p. 544.

⁵⁹ MNOOKIN (2011), pp. 284-285.

y así distorsionar la estimación de la ZOPA (en términos coloquiales, ofertar con el “tejo pasado”). En efecto, los primeros números ofrecidos por una de las partes son procesados de manera inconsciente por la otra, ejerciendo –aun siendo sabido que la primera oferta será desproporcionada– una gran influencia en lo que estimará que la otra parte quiere. Es lo denominado en psicología como el efecto de anclaje (*anchoring effect*), el que explica que las personas se aproximan a la estimación de un valor con un sesgo numérico⁶⁰. Científicos han demostrado que la estimación final de un valor es influenciada por el número inicialmente proporcionado. Es decir, personas que han recibido en primer término un número relativamente alto como estándar para realizar la determinación del valor final, concluyen estimaciones numéricas más altas que los que reciben un número más bajo como estándar de comparación⁶¹.

Pero emplear el anclaje trae aparejados diversos riesgos. Así, si la primera oferta es muy agresiva o alta, la contraparte puede que prefiera levantarse de la mesa sin intención de volver. Si la oferta es irrealista, el otro lado lo notará y no la tomará en cuenta. Si luego de una primera oferta, la parte que la realiza la modifica o se retracta a un menor valor, se generará un costo de credibilidad. Por ejemplo, en el contexto de las negociaciones de Brexit, exigencias tajantes como “Brexit significa Brexit”, realizadas con el objetivo de moldear la percepción de la Unión Europea, de que el objetivo del Reino Unido era obtener una soberanía política completa, pero con todos los beneficios de un acceso total al mercado comunitario, fueron compromisos poco constructivos y creíbles del Reino Unido⁶². En efecto, el proceso de salida del Reino Unido ya ha sido, a la fecha de escritura de este trabajo, pospuesto tres veces, sin que exista fecha cierta (y seria) para concretar su exclusión de la Unión Europea.

Tácticas empleadas con este objetivo usualmente tienden a ser engañosas y deshonestas⁶³, causando malos entendidos entre las partes, reforzando el prejuicio y provocando reacciones que producen contra reacciones en un círculo vicioso⁶⁴. Todo aquello trae como resultado que los negociadores comiencen una competencia enfocada en sus propios intereses, donde el examen racional de posibles soluciones se torna prácticamente imposible⁶⁵. Debe tenerse presente que un quiebre en la confianza existente entre las partes

⁶⁰ STRACK & MUSSWEILER (1997), pp. 437-446.

⁶¹ Esta conclusión fue obtenida en uno de los más conocidos estudios sobre el efecto de anclaje llevado a cabo por TVERSKY Y KAHNEMAN (1974), pp. 1124-1131. En el experimento, los científicos entregaron a los participantes de la investigación un número aleatorio entre 0 y 100, y se les solicitó que indicaran si el porcentaje de naciones africanas en las Naciones Unidas era mayor o menor que ese número. Luego, los participantes debían estimar el porcentaje real.

⁶² EIDENMÜLLER (2017), p. 56.

⁶³ MNOOKIN *et al.* (2000), p. 23.

⁶⁴ FISHER & URY (2012), p. 19.

⁶⁵ Tal como Howard Raiffa ha enseñado, si tú eres muy codicioso o tu adversario es muy codicioso, o si ambos lo son, ambas partes fallarán en alcanzar un acuerdo que pudiera significar ganancias para ambos. RAIFFA (2003), p. 33.

puede traer consecuencias sumamente perjudiciales a la mesa de negociación. El resultado obvio, la desconfianza, puede que nunca sea superada. La confianza es un *commodity* muy frágil: difícil de generar, fácil de destruir y a veces imposible de reconstruir. Lo cierto es que se debe tomar en consideración que la pregunta no es solo si es posible confiar en el otro lado, sino que, también, dejar en claro que nuestro lado es igualmente honesto. Cualquier mecanismo utilizado para estos efectos debe ser recíproco, de otra manera, las personas se sentirán obligadas a hacer trampa, porque aquello se esperará que los otros lo hagan. Lo dicho revela entonces, porqué menos de la mitad de los ejecutivos de las empresas chilenas confían en su contraparte.

De este modo, se ha explicado qué comportamientos más cooperativos realzan la habilidad de las partes para descubrir intereses complementarios. Evitar comportamientos estratégicos permite a los negociadores determinar el verdadero valor de los intereses disputados que se están negociando⁶⁶.

IV. MANEJANDO LOS PROBLEMAS EN EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN

Como ya fuera indicado, los problemas antes desarrollados no tienen una solución definitiva. Los negociadores deben aprender a manejarlos con la finalidad de no pasar por alto oportunidades que pueden generar ganancias a través de la negociación. Con este propósito, en lo que sigue, son sugeridas tres posibles técnicas que pueden ayudar a las partes a mejorar el diseño de sus negociaciones a través de la creación de confianza y cooperación.

A. Apelar a normas procedimentales que entreguen a las partes un trato justo e igualitario

No importa cuán conscientes sean los negociadores respecto de los problemas antes desarrollados, es aún posible que las partes no sean capaces de encontrar una solución satisfactoria al momento de distribuir las ganancias creadas o, en definitiva, llegar a acuerdo alguno. Normalmente, esto ocurre debido a que el otro lado de la mesa piensa que no está siendo tratado de forma justa durante las negociaciones⁶⁷.

Se ha argumentado que ofertas verdaderamente justas son aquellas que no toman ventajas de las asimetrías de información mantenida entre las partes. Una oferta, de este modo, será alta (o conforme las expectativas de la otra parte), no porque uno de los negociadores sabe que el otro lado dispone de

⁶⁶ MENDENHALL (1996), p. 86.

⁶⁷ Aquello explica, por ejemplo, por qué la Unión Europea cuidadosamente se aproximó a las negociaciones de Brexit indicando: “Europa será transparente y justa en las conversaciones sobre el Brexit”. BARNIER (2017).

la información que le permitirá descubrir una propuesta engañosa con un número menor. En su lugar, una oferta debería ser realizada así (acorde los intereses del otro lado de la mesa) simplemente porque es justa. Empero, científicos han concluido que los oferentes tienden a actuar de manera codiciosa, poniendo en marcha comportamientos estratégicos u oportunistas⁶⁸. Estos resultados, no obstante, son hasta cierto punto lógicamente humanos, porque los negociadores deben buscar resultados ambiciosos que sirvan a sus intereses, sin embargo, aquellos no pueden ser irrealistas al punto de frustrar las negociaciones⁶⁹.

La solución, entonces, debe ser buscada a través de un procedimiento que pueda ser aplicado al momento de repartir la torta. Debe tenerse presente que, la respuesta a qué es lo justo, no debe ser buscada solamente en los números, sino en el “por qué” aquel número es ofrecido al otro lado. De allí que, durante el proceso de negociación, propuestas con una referencia a estándares que se encuentran fuera del control de las partes, tales como valores de mercado, lo dictaminado por la jurisprudencia, las prácticas de la industria, la *lex artis* profesional, los descubrimientos científicos o el imaginar cómo podría fallar un tribunal, permitirá a los negociadores encontrar una forma objetiva de resolver el problema de distribución.

Al dar razones objetivas, existe un menor riesgo de que una de las partes sienta que le han sacado provecho y que luego intente repudiar el acuerdo⁷⁰. En estos casos, nadie desistirá o parecerá que está renunciando a sus intereses. Ambos lados serán considerados razonables, por encontrarse aplicando un verdadero balance entre comportamientos cooperativos y competitivos⁷¹.

*B. Mejorando los acuerdos adoptados:
alcanzar arreglos posteriores al acuerdo*

Ha sido establecido de forma científica que, si el acuerdo alcanzado no es un óptimo de Pareto, siempre existe espacio para mejorarlo⁷². Howard Raiffa postuló ya hace varios años el papel de un “embellecedor de contratos”, quien es un tercero que realiza un análisis de transacción ya cerrada, con el objetivo de ofrecer a las partes posibles mejoras al mismo⁷³. En la actualidad, esta estrategia se ha denominado como un acuerdo tras el acuerdo (*post-settlement settlement*), y puede ser realizada por las mismas partes o, como fuera originalmente planteada, involucrando a un tercero.

⁶⁸ PILLUTLA & MURNIGHAN (1995), pp. 1410-1417.

⁶⁹ MNOOKIN *et al.* (2000), p. 34.

⁷⁰ FISHER & URY (2012), p. 84.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 85.

⁷² TEICH *et al.* (1996), p. 537.

⁷³ RAIFFA (2003), p. 221. Esto ha sido ilustrado por Howard Raiffa con el caso denominado la “justa división de una colección de arte” (*Fair Division of an Art Collection*). RAIFFA *et al.* (2007), pp. 338-340.

En este escenario, el acuerdo ya alcanzado se transforma en el nuevo BATNA de las partes, el que puede ser utilizado para explorar su reemplazo. En efecto, las partes pueden seguir negociando e intercambiando libremente más información que la entregada al momento de negociar el acuerdo original, pues, mal que mal, ya han llegado a un arreglo. Si no es posible llegar a un nuevo acuerdo, las partes simplemente pueden mantener el inicial. Siguiendo a Leight Thomson, esta estrategia permite a los negociadores mover a un acuerdo en que todos ganan desde un nivel 1 a un nivel 2 o 3, conforme con la clasificación señalada más atrás⁷⁴.

Para ejemplificar, se asumirá que las partes (A y B) se encuentran negociando sobre la liquidación (disolución) de una sociedad. A y B tienen una distinta evaluación sobre las maquinarias de la empresa a distribuir. En el primer escenario, cada parte está dispuesta a pagar la mitad de lo exigido por la otra:

Maquinarias	Valoración para A	Valoración para B	Cuota de A	Cuota de B
1	\$1 000 000	\$4 000 000	\$500 000	\$2 000 000
2	\$8 000 000	\$2 000 000	\$4 000 000	\$1 000 000
3	\$6 000 000	\$4 000 000	\$3 000 000	\$2 000 000
		Totales	\$7 500 000	\$5 000 000
			Valor creado por el acuerdo	\$12 500 000

¿De qué manera las partes pueden distribuir y asignar las maquinarias para generar mayores ganancias?

Maquinarias	Valoración para A	Valoración para B	Cuota de A	Cuota de B
1	\$1 000 000	\$4 000 000		\$4 000 000
2	\$8 000 000	\$2 000 000	\$8 000 000	
3	\$6 000 000	\$4 000 000		\$4 000 000
		Totales	\$8 000 000	\$8 000 000
			Valor creado por el acuerdo	\$16 000 000

Supóngase que el acuerdo anterior fue cerrado y se transformó en el nuevo BATNA de los negociadores. Las partes se encuentran conformes con sus ganancias y la asignación de las maquinarias. No obstante, ¿es posible buscar una distribución más eficiente?

⁷⁴ THOMPSON (2012), p. 107. Véase supra, apartado II. A.

Maquinarias	Valoración para A	Valoración para B	Cuota de A	Cuota de B
1	\$1 000 000	\$4 000 000		\$4 000 000
2	\$8 000 000	\$2 000 000	\$8 000 000	
3	\$6 000 000	\$4 000 000	\$6 000 000	
		Totales	\$14 000 000	\$4 000 000
			Valor creado por el acuerdo	\$18 000 000

En efecto, la nueva propuesta genera mayor valor y, por lo demás, resulta equitativo si son analizados los pagos complementarios para distribuir las ganancias:

	A	B
Maquinarias	\$14 000 000	\$4 000 000
Pagos	-\$5 000 000	\$5 000 000
Subtotal	\$9 000 000	\$9 000 000
Valor del acuerdo		\$18 000 000

Tomemos ahora un ejemplo sacado de la realidad, relativo a las negociaciones de Brexit realizadas respecto de la frontera aduanera y migratoria a ser establecida entre la República de Irlanda e Irlanda del Norte (*Irish backstop*). Aquellas fueron infructuosas a pesar de que el Reino Unido y la Unión Europea estaban de acuerdo de que su implementación era indeseada. Actualmente, con o sin acuerdo, la frontera tendrá lugar. Sin embargo, concluida la salida del Reino Unido de la Unión Europea, ya sea cerrado o no el acuerdo de Brexit sin aquella consideración, las partes, conforme a sus aparentes intereses, no deberían tener dificultades en reabrir el asunto y obtener una mejor solución en este punto.

C. Construir cooperación: tit for tat

Siguiendo la investigación de Robert Axelrod⁷⁵, se ha señalado en la literatura que comportamientos estratégicos como mimetismos y de espejo, puede hacer que las partes descubran resultados integradores⁷⁶. Bajo la lógica de este autor, los negociadores deberían realizar una apertura condicional en el sentido de comenzar con actos cooperativos a través de pequeños intentos de creación de ganancias conjuntas. Luego, la estrategia consiste en adoptar exactamente el mismo paso realizado por la contraparte: si la actuación es recíproca a un intento de crear ganancia, las partes debería continuar con aquel enfoque. Si

⁷⁵ AXELROD (1984), pp. 27-54.

⁷⁶ THOMPSON (2012), p. 137.

la contraparte no se comporta de igual manera, las partes deberían detener los intentos cooperativos. Sin embargo, si la otra parte intenta reestablecer la cooperación, el otro negociador debería reciprocitar: respuesta equivalente o “toma y daca” (*Tit for Tat*).

De este modo, a través del *Tit for Tat*, los negociadores pueden construir cooperación y confianza en aquellos intentos en que las partes actúan recíprocamente, mientras al mismo tiempo, se protegen de movimientos competitivos y engañosos y del aprovechamiento del otro lado de la mesa al detener la colaboración.

V. CONCLUSIONES

El conflicto es inevitable, pero una resolución justa y eficiente del mismo no lo es⁷⁷. Sin embargo, para evitar los acuerdos en que todas las partes salen perdiendo (*lose-lose agreements*), los negociadores deben mejorar su percepción y juicio sobre los intereses que se tienen del otro lado de la mesa. Un serio error ocurre cuando las partes entran a la negociación con una mentalidad de suma cero respecto de los conflictos en juego; asumiendo que las preferencias de la contraparte se encuentran siempre en contraposición⁷⁸. Aquello explica por qué los negociadores tienden a no reconocer cuando estos tienen intereses que resultan compatibles; cerrando acuerdos que, en definitiva, las partes estiman indeseables en contraste con otras soluciones disponibles sobre la mesa.

Las diferencias, en efecto, pueden traer ganancias para las partes. Aquellas constituyen precisamente el rango dentro del cual los negociadores pueden encontrar intercambios que los puedan dejar en una mejor posición. Pero para lograr esto, el intercambio de información no es solo necesario, sino que, también, se ha probado científicamente como un medio que minimiza el espacio para la desconfianza, el engaño y la equívoca atribución negativa a los actos de la contraparte. Entender los intereses del otro lado de la mesa trae consigo comportamientos cooperativos, que pueden aumentar la habilidad de los negociadores para descubrir intereses complementarios.

Resolver el problema de la otra parte no es solo su problema. Un acuerdo en que todas las partes ganan (*win-win agreements*) será posible y sostenible en el tiempo solo si también alcanza al menos el BATNA del otro lado. Abandonar comportamientos estratégicos por ofertas justas y procesos de distribución objetivos, posibilitará a los negociantes cumplir sus metas de manera efectiva y, al mismo tiempo, permitirá protegerse de jugadas oportunistas.

⁷⁷ MNOOKIN (1993), p. 235.

⁷⁸ THOMPSON & REID (1990), p. 101.

BIBLIOGRAFÍA

- AXELROD, Robert (1984). *The evolution of cooperation*. New York: Basic Books Publishers.
- BAZERMAN, Max H. & Don A MOORE (2013). *Judgment in Managerial Decision Making*. 8th ed., New Jersey: Wiley.
- BARNIER, Michel (2017). Europe Will Be Transparent and Fair in Brexit Talks. In *Financial Times*. Disponible en www.ft.com/content/fd5ebab0-10b7-11e7-a88c-50ba212dce4d [fecha de consulta: 12 de marzo de 2019].
- EIDENMÜLLER, Horst (2016). "Negotiating and Mediating Brexit". *Pepperdine Law Review*. N.º 39. Malibu.
- EIDENMÜLLER, Horst (2017). Brexit Negotiations Series: "How to Negotiate a Successful Brexit". *Oxford Business Law Blog*. Disponible en www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/05/brexit-negotiations-series-how-negotiate-successful-brexit [fecha de consulta: 6 de marzo de 2019].
- FISHER, Roger & William URY (2012). *Getting to Yes. Negotiating an agreement without giving in*. 3rd ed. Cambridge, Massachusetts: Random House Business Books.
- KOROBKIN, Russel & Chris GUTHRIE (2006). "Heuristics and Biases at the bargaining table", in Carrie J. MENKEL-MEADOW, Andrea KUPFER SCHNEIDER and Lela PORTER LOVE (eds.). *Negotiation. Processes for Problem Solving*. New York: Aspen Publishers.
- LAX, David & James SEBENIUS (1986). *The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain*. New York: Free Press.
- LAX, David & James SEBENIUS (2006). *3-D Negotiation. Powerful Tools to Change the Game in Your Most Important Deals*. Boston: Harvard Business School Press.
- MENDENHALL, Robert (1996). "Post-Settlement Settlements: Agreeing to Make Resolutions Efficient". *Journal of Dispute Resolution*. N.º 81. Jefferson City.
- MARTILL, Benjamin & Uta STAIGER (2018). "Cultures of Negotiation: Explaining Britain's hard bargaining in the Brexit negotiations". Disponible en www.dahrendorf-forum.eu/wp-content/uploads/2018/09/Cultures-of-Negotiation-3.pdf [fecha de consulta: 15 de marzo de 2019].
- MNOOKIN, Robert (1993). "Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict". *The Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Vol. 8, n.º 2. Ohio.
- MNOOKIN, Robert & Lee ROSS (1995). "Introduction", in Kenneth ARROW, Robert MNOOKIN, Lee ROSS, Amos TVERSKY and Robert WILSON (eds.). *Barriers to Conflict Resolution*. Stanford: W. W. Norton & Company.
- MNOOKIN, Robert, Scott PEPPET & Andrew TULUMELLO (2000). *Beyond Winning. Negotiating to create value in deals and disputes*. 2nd ed. London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- MNOOKIN, Robert (2011). "Bargaining with the Devil: When to Negotiate, When to Fight", in Jay FOLBERG and Dwight GOLANN (eds.). *Lawyer Negotiation. Theory, Practice, and Law*. New York: Wolters Kluwer.

- NADLER, Janice, Leight THOMPSON & Leaf VAN BOVEN (2003). "Learning Negotiation Skills". *Management Science*. Vol. 49, n.º 4. Catonsville.
- PATTON, Bruce (2005). "Negotiation", in Michael L. MOFFITT and Robert C. BORDONE (eds.). *The Handbook of Dispute Resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, Harvard Law School.
- PILLUTLA, Madan & Keith MURNIGHAN (1995). "Being fair or appearing fair: Strategic behaviour in ultimatum bargaining". *Academy of Management Journal*, Vol. 38, n.º 5. Briarcliff Manor.
- RAIFFA, Howard (2003). *The art and science of negotiation. How to resolve conflicts and get the best out of bargaining*. London: Harvard University Press.
- RAIFFA, Howard, John RICHARDSON & David METCAFE (2007). *Negotiation Analysis. The Science and Art of Collaborative Decision Making*. London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- REUTERS (2017). "Text of PM May's letter to EU's Tusk triggering Brexit process". Disponible en: <https://uk.reuters.com/article/uk-britain-eu-letter-text-idUKKBN1701JH> [fecha de consulta: 6 de marzo de 2019].
- REVISTA *QUÉ PASA* (2010). "Así negocian los chilenos". Disponible en www.quepasa.cl/articulo/negocios/2010/06/16-3587-9-asi-negocian-los-chilenos.shtml [fecha de consulta: 23 de abril de 2019].
- RODRÍGUEZ, Darío (2018). "Confianza en Chile, unpreciado (y escaso) bien social". *Anuario de Negociación y Resolución de Conflictos*. N.º 2, Santiago.
- SCHAEERER, Michael, David LOSCHOLDER & Roderick SWAAB (2016). "Bargaining zone distortion in negotiation: the elusive power of multiple alternatives". *Organizational Behaviour and Human Decision Processes*. N.º 137. Boston.
- SCHWARZ, Sabine, Markus VOETH & Uta HERBST (2010). "Information asymmetry in buyer-seller negotiations and its impact on effectiveness, efficiency and satisfaction". *26th IMP-conference in Budapest*. Budapest.
- SINACEUR, Marwan (2010). "Suspending judgment to create value: Suspicion and trust in negotiation". *Journal of Experimental Social Psychology*. n.º 46. Canterbury.
- STRACK Fritz & Thomas MUSSWEILER (1997). "Explaining the enigmatic anchoring effect: Mechanisms of selective accessibility". *Journal of Personality and Social Psychology*. N.º 73. Washington.
- TEICH, Jeffrey E., Hannele WALLENIS, Jyrki WALLENIS and Stanley ZIONTS (1996). "Identifying Pareto-Optimal settlement for two-party resource allocation negotiations". *European Journal of Operation Research*. N.º 93. Amsterdam.
- THOMPSON, Leight (2012). *The Mind and Heart of the Negotiator*. 5th ed. International Edition. London: Pearson.
- THOMPSON, Leigh & Reid HASTIE (1990). "Social perception in negotiation". *Organizational Behaviour and Human Decision Process*. N.º 47, Issue 1. Amsterdam.
- THOMPSON, Leight & Dennis HREBEC (1996). "Lose-Lose Agreements in Interdependent Decision Making". *Psychological Bulletin*. Vol. 120, n.º 3. Washington.

TVERSKY, Amos & Daniel KAHNEMAN (1974). "Judgment under uncertainty: Heuristics and biases". *Science*. N.º 185. Washington.

Opinión profesional

EL CONFLICTO DE INTERÉS EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD Y SU REGULACIÓN EN EL *CÓDIGO CIVIL* BAJO EL ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. COMENTARIO DEL CASO “SALINERO CON RUEDA”

Ricardo Reveco Urzúa

Universidad de Chile

Juan Pablo Iglesias Mujica

Universidad de Chile

“Sería, pues, un error pensar que pudo existir un cuerpo de leyes que proveyera, por adelantado, de todos los casos posibles, y que, sin embargo, estuvo al alcance del menor de los ciudadanos”
(Jean Etienne Marie Portalis, lluvioso año IX)

En el presente artículo se analizarán las normas y principios del *Código Civil*¹ para regular el conflicto de interés que puede recaer sobre el socio administrador de una sociedad (colectiva) y sus consocios, enfrentado a *juegos de agencia*. Lo anterior, a la luz del caso Salinero con Rueda, resuelto en primera instancia por el Primer Juzgado Civil de Chillán (rol C-1235-2012), confirmado primero por la Corte de Apelaciones de Chillán (rol 109-2018) y luego por la Primera Sala de la Corte Suprema (rol 32689-2018), mediante sentencia de término dictada el 19 de junio de 2019².

En principio, el carácter general y lacónico de la regulación del derecho común podría posicionarlo como un marco normativo insuficiente para resolver adecuadamente situaciones de conflictos de interés de administradores societarios, en comparación con la robusta normativa comercial y económica que, a lo largo de los últimos años, se ha sofisticado en materia de gobiernos corporativos, mercado de valores y deberes de información³.

Sin embargo, la sabiduría acumulada de determinadas reglas del *Código Civil*, la capacidad integradora de la buena fe objetiva y algunos desarrollos

¹ Todas las referencias a normas en las cuales no se especifique su cuerpo normativo, corresponden al *Código Civil*.

² En estricto rigor, la Corte Suprema declaró inadmisble el recurso de casación en el fondo interpuesto por los demandados, dedicando, sin embargo, tres considerandos del fallo a ratificar el razonamiento de los tribunales de instancia.

³ A modo de ejemplo se puede mencionar el art. 44 de la Ley n.º 18046 (sociedades anónimas), el título XIV del decreto ley n.º 3500 (sistema de pensiones), y diversas disposiciones de la Ley n.º 18045 (mercado de valores). Para una descripción más detallada de esta normativa, véase: REVECO (2007), pp. 84-86.

de la dogmática civil del siglo xx (como las obligaciones de medio y resultado, y la doctrina del abuso del derecho), pueden constituir herramientas útiles para que los tribunales ordinarios resuelvan aquellos conflictos que no sean inmediatamente subsumibles en el silogismo jurídico de una norma concreta.

En la resolución del caso Salinero con Rueda se puede observar una aplicación del derecho común que, aunque con algunas lagunas, es, sin duda, correcta y apropiada. Sin perjuicio de los detalles del caso que se expondrán en el acápite II, en esencia este se refiere a una serie de actuaciones (*v. gr.*, compraventa, promesas de arriendo y modificaciones de contrato) realizadas por el socio administrador de una sociedad colectiva junto con sus hijos, con la finalidad de desplazar una oportunidad de negocios desde aquella hacia otra sociedad relacionada, logrando así excluir de dicha oportunidad a dos socios minoritarios.

De esta manera:

- i) Se realizará una breve referencia al concepto de conflicto de interés.
- ii) Se expondrán los hechos del caso Salinero con Rueda.
- iii) Se analizará el razonamiento de los tribunales de instancia.
- iv) Se ofrecerán algunas conclusiones.

I. EL CONFLICTO DE INTERÉS

144

Desde un punto de vista jurídico-económico, el conflicto de interés suele presentarse como un problema o “juego de agencia”, en el que participa un principal y un agente. El principal coloca un activo (*v. gr.*, su patrimonio, una oportunidad de negocio o la investidura de un cargo público) en poder del agente con la expectativa de que este último colabore con sus intereses. Así, el conflicto surge cuando el agente se enfrenta a una situación en la cual debe escoger entre cooperar con el principal o, bien, apropiarse del activo que le fue entregado (o desviarse en el ejercicio de su derecho-función), ya sea en su propio beneficio o en el de un tercero.

En este sentido, respecto a los posibles resultados de un juego de agencia, Robert Cooter y Thomas Ulen explican:

“La cooperación es productiva. La productividad podría asumir la forma del beneficio derivado de una inversión, el excedente del comercio o el interés de un préstamo. Las partes se dividen el producto de la cooperación, de modo que ambas se benefician. La apropiación es redistributiva. La redistribución beneficia al segundo jugador a expensas del primero”⁴.

⁴ COOTER y ULEN (2008), pp. 286-287.

De esta manera, el desafío para el derecho es hacer más probable que los juegos de agencia terminen con un resultado de cooperación-productivo o, bien, de hacer más improbable un resultado de apropiación-redistributivo (que, desde luego, no satisface el estándar de eficiencia de pareto)⁵.

Ahora bien, en materia de administración societaria, es usual que se aborde el conflicto de interés del administrador a causa del divorcio entre propiedad y control (característico de las sociedades anónimas). Como señala Jorge Tarziján:

“Un ejemplo tradicional de un eventual problema de agencia es el que se da entre los administradores de las empresas y sus accionistas, donde los primeros no siempre actúan teniendo como objetivo maximizar la riqueza de los accionistas, sino que pueden buscar otros objetivos, como los de administrar una compañía de mayor tamaño o tener un mejor mobiliario en sus oficinas”⁶.

Sin embargo, en las sociedades colectivas el administrador es un socio, es decir, una parte que hizo un aporte a la sociedad y, en consecuencia, al ser dueño de su participación tendría desde el principio, un incentivo para maximizar el valor de la sociedad e incrementar así los beneficios de los cuales participa en concurrencia con sus consocios. No obstante, es posible que dicha alineación original de intereses sea desafiada por el surgimiento de una oportunidad de contratación entre la sociedad que el socio administra y otra sociedad de la que simultáneamente sea parte.

De esta manera, parece preferible en esta materia una definición más amplia de conflicto de interés, como la que propone Enrique Barros. Así, el conflicto se verifica “cuando quienes participan en las decisiones de una sociedad tienen un interés mayor en la contraparte de los contratos que celebra esa sociedad”⁷.

Este es precisamente el supuesto de hecho del caso Salinero con Rueda. Sobre la base del examen de este caso se pretende establecer si las reglas y principios del derecho común colaboran a hacer probable resultados cooperativos en juegos de agencia en materia de administración societaria.

145

II. HECHOS DEL CASO SALINERO CON RUEDA

Los demandantes, Iván Salinero Blázquez y Álvaro Salinero Blázquez (“hermanos Salinero”), interpusieron una acción indemnizatoria por responsabi-

⁵ Este estándar de eficiencia exige que la asignación de recursos que se produce como consecuencia de una transacción, permita mejorar a una de las partes sin que por ello se perjudique a la otra.

⁶ TARZIJÁN (2003), p. 161.

⁷ BARROS (2007), p. 837.

lidad contractual en contra de los hermanos María Elena Rueda Blázquez, Dora Isabel Rueda Blázquez y Jaime Rueda Blázquez (“hermanos Rueda Blásquez”), en su doble calidad de:

i) *socios* de Inmobiliaria Rueda Blázquez Limitada (“Inmobiliaria RB”)

y

ii) *herederos* de Argimiro Rueda Blázquez (tío de los hermanos Salinero).

Todo lo anterior, por incumplimiento del contrato de sociedad que vinculaba a las partes.

Antes de su muerte, Argimiro Rueda Blázquez (“A-RB”) fue el administrador de la sociedad colectiva Inmobiliaria RB, cuyo único capital era un bien raíz ubicado en una atractiva calle de Chillán y el cual era arrendado a Comercial ECCSA S.A. (“Ripley”⁸) desde 1997, para operar allí una tienda comercial.

Los socios originales de Inmobiliaria RB eran:

i) A-RB,

ii) Dora Elisa Blázquez Martínez (cónyuge de A-RB) y

iii) Delia Blázquez Martínez (hermana de Dora Elisa), todos con facultades de administración. Sin embargo, Dora Elisa y Delia fallecieron, dejando a A-RB como único administrador, pero integrándose a la sociedad, los respectivos herederos: los demandados (en su calidad de hijos de la fallecida socia Dora Elisa) y los demandantes (en su calidad de hijos de la fallecida socia Delia). Así, la sociedad pasó de tener tres socios con facultades de administración compartidas, a tener seis con la administración concentrada en A-RB.

El 19 de diciembre de 2006, Ripley dio aviso de su intención de no renovar el contrato de arrendamiento de inmueble celebrado con Inmobiliaria RB. El mismo día, A-RB, como único administrador de Inmobiliaria RB, celebró en su representación un contrato de promesa de arrendamiento del inmueble con Ripley, sujetando la celebración del contrato definitivo a una serie de condiciones y fijándose el lapso de treinta años como plazo del contrato definitivo. El mismo día también se suscribió entre las mismas partes un contrato de arriendo provisorio sobre el mismo inmueble, pactándose una renta mensual de 1 150 UF y fijándose como plazo de término el 31 de diciembre de 2007.

El 3 de enero de 2007, los hermanos Salinero, desconociendo la terminación del contrato de arriendo anterior (de 1997), enviaron una carta a A-RB solicitándole información acerca del estado de las conversaciones con Ripley, para saber si dicho contrato sería renovado. A-RB les respondió el mismo mes, informándoles acerca del aviso de terminación enviado por Ripley e indicándoles que estaba “estudiando las opciones futuras”. Nada dijo en su respuesta acerca de la suscripción de los contratos de promesa de arrendamiento y de arrendamiento provisorio con Ripley, apenas un mes antes.

⁸ Para los efectos de este artículo, las sociedades relacionadas Comercial ECCSA S.A., Inmobiliaria ECCSA S.A. y Chillán Store Co S.A., serán tratadas indistintamente como “Ripley”.

El día 3 de abril de 2007, A-RB, actuando en representación de Inmobiliaria RB y sin el conocimiento de los hermanos Salinero, celebró una compraventa sobre el ya referido inmueble con la sociedad Inversiones Iberoamericanas Limitada (“Inversiones Iberoamericanas”), fijándose como precio \$790 000 000 (un poco superior al avalúo fiscal⁹). Los socios de esta segunda sociedad eran únicamente A-RB y los hermanos Rueda Blázquez (es decir, todos los socios de Inmobiliaria RB, con excepción de los hermanos Salinero). En representación de la sociedad compradora (Inversiones Iberoamericanas), comparecieron María Elena y Dora Isabel.

Cabe indicar que, conforme acreditó el demandante en instancia, el precio de \$790 000 000 equivalía –a la época de la venta– a solo tres años de arriendo aplicando la renta estipulada en el contrato de arriendo provisorio (1 150 UF).

Luego, el día 10 de mayo de 2007 (un mes después de la compraventa del inmueble), se modificó el contrato de promesa de arrendamiento suscrito originalmente entre Inmobiliaria RB y Ripley, dejándose a Inversiones Iberoamericanas como futuro arrendador (subrogándose esta en la posición contractual que ocupaba Inmobiliaria RB). En representación de Inmobiliaria RB actuó A-RB.

Por último, el 24 de septiembre de 2007, se suscribió el contrato definitivo de arriendo del inmueble, entre las sociedades Inversiones Iberoamericanas y Ripley, fijándose como renta mensual 1 560 UF y como plazo del arriendo el lapso de treinta años. El inmueble, objeto de este contrato, consistía en la fusión de dos bienes raíces: uno era el que originalmente tenía Inmobiliaria RB y el otro era el bien raíz aldaño que dos años antes –el 9 de agosto de 2005– había adquirido Inversiones Iberoamericanas¹⁰.

Estos son los principales hechos de la controversia. No obstante, para completar el contexto, se deben mencionar los siguientes antecedentes adicionales:

- i) el mismo día que A-RB, en representación de Inmobiliaria RB, suscribió el contrato de promesa de arriendo con Ripley (20 de diciembre de 2006), Inversiones Iberoamericanas suscribió el mismo tipo de contrato con la misma contraparte respecto del bien raíz aldaño y sin el conocimiento de los hermanos Salinero;
- ii) el 30 de mayo de 2007, es decir, después de la modificación del contrato de promesa de arrendamiento (que dejó a Inversiones Iberoamericanas como parte arrendadora) y antes de la suscripción del

⁹ De acuerdo con el certificado de avalúo fiscal acompañado por los demandados, el monto de avalúo total del inmueble de Inmobiliaria RB era de \$574 935 761.

¹⁰ La demanda, que fue íntegramente acogida, pide la condena a perjuicios, también, por la oportunidad de ampliación del arrendamiento a partir del inmueble vecino, previa adquisición. Esta oportunidad no fue revelada por el socio/administrador, ni por sus consocios, a los hermanos Salinero. Fue aprovechada en exclusivo para ellos, y utilizando a la sociedad en cuestión (autorización de adosamiento). La sociedad, según se indica en la demanda, habría podido adquirir el inmueble vecino, sin dificultad financiándose con su valioso bien raíz.

contrato de arrendamiento definitivo con Ripley, Inversiones Iberoamericanas *fusionó* el inmueble comprado a Inmobiliaria RB, con el inmueble aledaño que había adquirido con anterioridad;

- iii) el 5 de octubre de 2007, A-RB manifestó su voluntad de poner término a la sociedad Inmobiliaria RB, evitando así la renovación automática del plazo de vigencia del contrato, disolviéndose en definitiva dicha sociedad el día 3 de julio de 2010.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

La sentencia de primera instancia –no revocada por los tribunales superiores– acogió la demanda, condenando a los demandados a pagar una indemnización de perjuicios cuya naturaleza y monto se reservó para la etapa de cumplimiento del fallo (en conformidad al art. 173 del *CPC*).

Antes de proseguir con el análisis de dicha sentencia, es importante mencionar que, de manera previa a demandar la responsabilidad contractual, los hermanos Salinero intentaron una acción de nulidad absoluta en contra de los mismos demandados, a fin de declarar la invalidez del contrato de compraventa del inmueble celebrado entre Inmobiliaria RB e Inversiones Iberoamericanas. El fundamento de dicha pretensión anulatoria fue la *causa ilícita* de la cual adolecería la referida compraventa, por haber sido motivada por un ánimo fraudulento (a saber: beneficiar a la familia Rueda Blázquez en perjuicio de los hermanos Salinero).

Esta acción de nulidad fue rechazada por el Primer Juzgado de Letras de San Carlos (rol C-53264-2008), decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Chillán (rol 349-2010) y más tarde por la Corte Suprema (rol 3015-2012)¹¹. Esta última, restringiendo el campo operativo de la causa ilícita, señaló:

“Que las hipótesis de causa ilícita son bastante poco frecuentes, ya que para que haya causa ilícita es preciso que las partes se propongan infringir una norma legal en la reglamentación de sus relaciones jurídicas” (cons. 7°).

De esta manera, luego de destacar que las personas que comparecieron a la compraventa “actuaron dentro de sus facultades y del giro de sus sociedades”, la Corte remató afirmando:

“(…) las argumentaciones contenidas en el libelo de demanda, dicen más bien relación con la administración de la Sociedad Inmobiliaria

¹¹ Cabe mencionar que los demandantes también dedujeron una acción de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, que fue rechazada (rol 2244-12).

Rueda Blázquez Limitada, ya que a los actores no les parece correcto que el administrador haya vendido a la Sociedad de Inversiones Iberoamericana Limitada ni están de acuerdo en el precio que se pactó por la compraventa del inmueble, sin embargo, *ello no se encuentra prohibido ni por el estatuto social ni por el ordenamiento jurídico, quedando entregado a la voluntad del administrador, de manera tal, que no puede estimarse contrario a las buenas costumbres, confundiendo vicios de nulidad con una supuesta errada administración de la Sociedad en que son socios los actores*” (cons. 12°).

Como se observa, la acción de nulidad por causa ilícita no constituyó un remedio eficaz para atacar al negocio ejecutado por A-RB, en su calidad de administrador, y por medio del cual resolvió inapropiadamente el conflicto de interés que se le presentó. En efecto, la Corte restringió el ámbito de aplicación de la causa ilícita a un simple cotejo *formal* entre el acto y el ordenamiento jurídico. De este modo, no existiendo un precepto legal o estatutario que prohibiese expresamente celebrar la compraventa en cuestión, esta sería válida, sin resultar necesario atender a las finalidades de los actos denunciados.

La dificultad de ocupar la causa como mecanismo efectivo de control de licitud de los actos jurídicos, aún admite explicarse por la preponderancia de la teoría de la causa *final* por sobre la doctrina de la causa *ocasional*, fundada en las ejemplificaciones del art. 1467 inc. 3°. Así, Arturo Alessandri, para quien la acepción *final* de la causa debía aplicarse tanto para calificar su existencia como su licitud, advertía de todas formas:

“Si reconocemos que el Código Civil entiende por causa la que la doctrina llama final, que es constante, abstracta e igual para cada tipo de acto o contrato, tendremos que concluir que los móviles individuales y concretos no deben ser considerados (...) De este modo el control de la moralidad de los actos jurídicos queda prácticamente reducido a la nada”¹².

En esta misma línea y resolviendo un caso en el cual se impugnaron actos jurídicos bilaterales realizados entre partes relacionadas, la Corte Suprema señaló:

“De allí que lo reproable, inmoral o espurio en dicha motivación subjetiva no trae aparejada la ilicitud de la causa desde la óptica de la nulidad con la que la misma se sanciona, toda vez que nuestro sistema jurídico civil, de modo preponderante, reconoce la causa final como

¹² ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (1998), pp. 295-296.

aquélla que sirve de elemento al acto o contrato, en los términos constantes e invariables ya repasados en la decimocuarta consideración”¹³.

En estos términos, se advierte que, al razonar bajo los límites de la causa final, la Corte no quiso evaluar la licitud de la conducta desplegada por A-RB en calidad de administrador, máxime si este actuó dentro del giro de Inmobiliaria RB y en conformidad a las facultades formales del estatuto social. La compraventa de inmueble a un precio real –aunque injusto para los hermanos Salinero– suscrita entre las sociedades de A-RB, ciertamente no es un negocio prohibido por la ley.

De esta manera, siguiendo la recomendación de la Corte, los demandantes presentaron una nueva acción en contra de los hermanos Rueda Blázquez, esta vez fundada en el vínculo contractual que los ligaba con ellos y A-RB. Al tratarse de un contrato de sociedad colectiva (de personas), esto es, un contrato bilateral, oneroso, de confianza¹⁴ e *intuitu personae*, este constituía tierra fértil para analizar y calificar no ya desde la perspectiva de la validez de la compraventa, sino de la licitud del comportamiento desplegado por los deudores (socios).

Siendo este el contexto del caso objeto de análisis, corresponde ahora referirse a la parte considerativa de la sentencia de primera instancia. Para esta revisión, se dividirá el fallo en cuatro partes, obedeciendo el orden expositivo que sigue la sentencia. Estas partes son:

- i) Calificación de la naturaleza de la obligación del administrador y de los socios como *obligación de medios*.
- ii) Determinación del deber de cuidado del administrador sobre la base del art. 2078, y de los socios sobre la base del art. 1546 y
- iii) Determinación de la imputabilidad sobre la base de una presunción de culpa derivada de los arts. 1698 y 2093.
- iv) Luego, y esta vez en relación con la sentencia de segunda instancia, referencia a la doctrina de abuso del derecho y su aplicabilidad a casos de conflictos de interés.

*i. Calificación de la naturaleza de la obligación del administrador
y de los socios como obligación de medios
y su aplicación en materia de conflictos de interés*

Con el fin de resolver –y rechazar– una excepción de prescripción, la sentencia calificó las obligaciones de A-RB y de los demandados como obligaciones

¹³ Corte Suprema, rol 2431-2010.

¹⁴ La Corte de Apelaciones de Rancagua (rol 1041-2009) ha señalado al efecto: “Nuestra Excm. Corte Suprema ha sostenido reiteradamente que dicho elemento subjetivo constituye un elemento esencial del contrato de sociedad, que se manifiesta en la subordinación del interés individual de cada uno de los socios al interés general o social, de forma de privilegiar el cumplimiento del fin social”.

de medio. La elasticidad prestacional de este tipo de obligaciones le permitió al juez aglomerar todas las actuaciones ejecutadas por A-RB y los hermanos Rueda Blázquez (iniciadas el año 2005¹⁵) orientadas a excluir a los hermanos Salinero del negocio inmobiliario con Ripley, configurando así una unidad de acción que culminaría con la venta del inmueble de Inmobiliaria RB a Inversiones Iberoamericanas. Por virtud del lapso de un solo día, la fecha de dicha venta no superaba en un conteo regresivo el plazo de prescripción de cinco años. Señala al respecto la sentencia:

“Que las obligaciones supuestamente incumplidas tanto por el administrador de la sociedad a la época de los actos jurídicos celebrados, como por los demandados en su calidad de socios de la sociedad Inmobiliaria Rueda Blázquez limitada, pueden jurídicamente ser consideradas como *obligaciones de medios* (...) la supuesta falta de diligencia del deudor ocurrirá cuando no haya actuado con la diligencia media, es decir, cuando el comportamiento desarrollado por él ha sido descuidado o negligente y por ello no pudo satisfacer el interés del acreedor, esto es, que no pudo cumplir con la obligación y desde esa fecha se entenderá constituido en mora (...) *los supuestos incumplimientos contractuales* por parte de los demandados (en su calidad de socios y/o como herederos del administrador social) y tal como se expuso en el motivo décimo primero *corresponden a una serie de actos de administración y que finalizan, a juicio de este tribunal, con la celebración del contrato de compraventa* del inmueble ubicado en calle 5 de abril n°699 de la ciudad de Chillán el día 3 de abril de 2007” (cons. 14°).

151

La calificación de las obligaciones del administrador para con la sociedad como *de medios* resulta bastante evidente, pues son análogas a las obligaciones del mandatario para con el mandante (art. 2077¹⁶). Como es sabido y a pesar de ciertos matices formulados por parte de la doctrina, el art. 2158 inciso final constituye una fuente normativa plausible para calificar la obligación del mandatario como *de medios* (autorizándolo a exigir su remuneración aun cuando el negocio no ha tenido éxito)¹⁷.

¹⁵ El 9 de agosto de 2005 Inversiones Iberoamericanas adquirió el bien raíz aldaño a aquel de propiedad de Inmobiliaria RB, los cuales luego serían fusionados para celebrar el contrato de arriendo definitivo con Ripley.

¹⁶ Art. 2077: “El socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato (...)”.

¹⁷ Hugo Cárdenas discrepa con otorgarle a esta norma un carácter general en materia de prueba de la culpa, pues advierte: “Si examinamos detenidamente el texto de la norma, advertiremos que la misma está regulando el caso en que el mandante pretende excusarse de cumplir las obligaciones de reembolso de gastos que el artículo le impone y, que en ningún momento está dando una pauta general respecto al régimen de prueba de la culpa a efectos de imputar responsabilidad por incumplimiento al mandatario...”. CÁRDENAS (2010), p. 51.

Ahora bien, en lo que respecta al deber de resolver correcta y lícitamente un conflicto de interés, la calificación de *medio* o *resultado* no parece tan evidente.

Por una parte, existen deberes que recaen sobre el agente-administrador, que se ve enfrentado a un conflicto de interés que son eminentemente *de resultado*, pues ellos son de naturaleza procedimental y no dependen de elementos aleatorios ni de la voluntad de terceros. Así, se puede mencionar la obligación de revelar y declarar el conflicto de interés al principal, que no es sino un deber de informar¹⁸. Dicha declaración debería revestir las características de *inteligible* (comprensible para el principal), *oportuna* (anterior a la operación) y *completa*¹⁹ (indicándose los beneficios y riesgos de la operación, además de las alternativas a seguir).

Si bien la determinación que debe adoptar el agente-administrador acerca de la pertinencia de informar y la manera concreta en que se informa (de forma inteligible, oportuna y completa) puede requerir que despliegue cierta diligencia (*v. gr.*, revisión adecuada de los antecedentes y una cierta premura), se estima que aquello no es suficiente para someter este tipo de obligación al régimen de una obligación de medios. Por el contrario, se trataría de una obligación *de resultado*, siendo procedente someter la observancia de esta obligación a la regla de culpa presumida (1547 inc. 3°), admitiéndose así, como única causal de exoneración en favor del agente, el caso fortuito o la ruptura de la relación causal entre el daño al principal y su actuar²⁰.

Por otro lado, más allá del deber de divulgar el conflicto de interés, cabe preguntarse acerca de la naturaleza de la obligación de resolver adecuadamente dicho conflicto, esto es, solucionar el juego de agencia en el que se ve inmerso el agente. En esta tarea, la expectativa que recae sobre el agente-administrador puede variar de acuerdo con la naturaleza de su vínculo, pues no deberá observar la misma diligencia si se trata de un contrato gratuito (como un mandato no remunerado) o de un contrato oneroso (como una sociedad colectiva)²¹.

¹⁸ A este respecto es admisible realizar una analogía entre el deber de informar del agente-administrador y el deber de informar del médico, el cual también ha sido caracterizado como una obligación de resultado. Sobre esto señala Mauricio Tapia: “En general, la prestación de estas obligaciones no depende de elementos aleatorios externos, y se consideran tan relevantes para los pacientes que se fuerza a los médicos a prevenir su incumplimiento (o a contratar un seguro) por medio del establecimiento de estas obligaciones de resultado”. TAPIA (2003), p. 93.

¹⁹ En relación con el deber de los gerentes y directores de declarar su conflicto de interés conforme al art. 44 de la Ley n.º 18046, Enrique Barros señala: “(...) Para que se cumplan los fines de la regla, el deber de divulgación comprende todos los aspectos relevantes de la operación y la naturaleza del interés del director, salvo que sean sabidamente conocidos de los demás directores”. BARROS (2007), p. 843.

²⁰ CÁRDENAS y REVECO (2018), p. 39 y ss.

²¹ Si bien en ambos casos el agente se somete a un estándar de culpa leve (en razón de la confianza envuelta en ambas figuras), ella recaería de manera más laxa en el caso del mandatario que no percibe remuneración (por el art. 2129 inc. 2°).

Con todo, y en vista de que el nivel de diligencia general es el de culpa leve, no parece correcto exigir que el agente resuelva el conflicto sacrificando todo su interés y maximizando al máximo el interés del principal (por lo demás, dicho resultado no sería cooperativo, sino que redistributivo en favor del principal). En cambio, sí parece sensato exigir que el agente observe un estándar de equidad. Como señala Enrique Barros, este estándar “requiere que la operación se ajuste a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado”, agregando:

“la equidad de la operación es la más fuerte de las defensas de las que dispone el director demandado, especialmente cuando no se han observado los requisitos procedimentales”²².

Lo anterior adquiere aún mayor razonabilidad si el agente debe fidelidad a dos principales con intereses contrapuestos (como ocurrió con A-RB). En estos casos, tal como se ha dicho en otro artículo²³, el deber de *parcialidad* en favor del principal muta a un deber de *imparcialidad*, de manera de no perjudicar a ninguno de los dos principales que están siendo representados por el mismo agente.

De esta manera y sin perjuicio del deber de revelar el conflicto interés al principal (que sería una obligación de resultado, como ya se vio), la resolución adecuada del propio conflicto por parte del agente podría consistir en:

- i) abstenerse de contratar,
- ii) contratar en condiciones equitativas o, bien,
- iii) contratar en condiciones inequitativas, pero con la aprobación del principal²⁴.

La pregunta, entonces, es si la decisión acerca de cuál de estas vías escoger, así como la manera concreta en que esta se lleva a cabo, es una obligación de medios o de resultado. La principal consecuencia de esta calificación se refiere a la definición del incumplimiento del agente. Así, si la obligación es de resultado, se entenderá que el agente incumple por el solo hecho de resolver el conflicto de interés ocasionando un perjuicio para el principal (perjuicio cuya existencia y vinculación causal deberá ser acreditada por este en juicio). En cambio, si la obligación es de medios, al principal no le bastará con probar que la resolución del conflicto le generó un perjuicio –o lo privó de un beneficio que tenía derecho a esperar–, sino que, además, deberá acreditar

153

²² BARROS (2007), p. 845.

²³ REVECO (2007), p. 114.

²⁴ Otros han señalado que en realidad las opciones del agente son solamente dos: abstenerse o contratar con aprobación del principal. Así, señala Pierre-François Cuif: “Aquél que se encuentra en una situación de conflicto de intereses dispone de dos opciones: o bien se abstiene de actuar y pone así fin al conflicto, o bien decide actuar pero debe entonces revelar su interés en conflicto, con el objetivo de obtener una autorización. Por fuera de estos casos, si actúa no obstante la situación conflictiva, se expone a sanciones”. CUIF (2007), p. 87.

que la conducta concreta del agente no se ajustó al deber de cuidado que le era exigible en virtud del contrato (por ejemplo, si el agente determinó erróneamente la equidad de las condiciones del contrato a causa de una revisión insuficiente de los antecedentes del mercado).

Estimamos que, a falta de una estipulación en los estatutos acerca del sistema de imputación de riesgos en materia de resolución de conflictos de interés por parte del administrador, para efectos de calificar su obligación como de medio o de resultado será necesario atender a las características estructurales del conflicto. Así, por ejemplo, si se trata de un supuesto de autocontratación simple, en el cual el agente participa simultánea e inmediatamente –es decir, sin la mediación de terceros– como representante del principal y, por sí mismo, pareciera ser admisible calificarla como una obligación *de resultado*. Lo anterior, pues, en el caso descrito no existirá un *alea* ni tampoco un papel activo por parte del acreedor (o de un tercero) que amague el ámbito de control del agente sobre la operación.

Sin embargo, es común que en materia societaria las situaciones de conflictos de interés se presenten sobre variables que escapan al control del administrador. En este sentido, el levantamiento de la información relativa a la operación o la actuación independiente de terceros (consocios u órganos de representación de la contraparte, si se trata de una sociedad) pueden mermar significativamente la capacidad del agente para controlar y pronosticar los resultados de la decisión que se adopte para solucionar el conflicto de interés.

Respecto al caso que en análisis, estimamos que, en atención a sus características, es admisible calificarlo como una obligación *de resultado*. En efecto, A-RB, al actuar en representación de Inmobiliaria RB y decidir vender su único inmueble a Inversiones Iberoamericanas (cuyos socios eran él junto a sus tres hijos), se involucró en un supuesto de autocontratación simple, teniendo pleno control sobre sus resultados. En consecuencia, al resolver el conflicto de interés sin abstenerse, sino que derechamente contratando en condiciones inequitativas y sin la aprobación de sus consocios, generó un perjuicio a los hermanos Salinero que le resultaba imputable, sin que fuese necesario calificar su diligencia (o negligencia) en resolverlo.

Ahora bien, para justificar la existencia del perjuicio sufrido por los hermanos Salinero, resulta necesario acudir a criterios objetivos de evaluación asociados a la racionalidad económica de la operación. De esta manera, era razonable suponer que la expectativa de los hermanos Salinero en la ejecución del contrato de sociedad (Inmobiliaria RB), no era rentabilizar el único inmueble de esta mediante una venta cuyo precio superaba apenas el avalúo fiscal, sino que, más bien, era la de rentabilizarlo de acuerdo con su posición real en el mercado (aprovechándose de su privilegiada ubicación y de las intenciones de arriendo ya manifestadas por Ripley).

En consecuencia, al no haberse observando el referido estándar de conducta, A-RB incurrió en una situación de incumplimiento que solo un caso

fortuito o una ruptura del vínculo causal podía remediar, supuestos muy difíciles de aplicar en el caso bajo análisis.

ii. Determinación del deber de cuidado del administrador sobre la del art. 2078 y de los socios sobre la base del art. 1546

Para determinar el deber de cuidado sobre el cual calificar la conducta de los demandados, la sentencia distinguió entre el socio administrador (A-RB) y el resto de los socios (los hermanos Rueda Blázquez).

Respecto al primero, la sentencia fundó el deber de cuidado en el art. 2078 del contrato de sociedad, afirmando al respecto:

(...) corresponde determinar si la labor de don Argimiro Rueda Blázquez como administrador social es objeto de reproche y constituye un incumplimiento del contrato social. Al respecto el artículo 2078 del Código Civil prescribe que corresponde al socio administrador cuidar de la conservación, reparación y mejora de los objetos que forman el capital fijo de la sociedad (...) en su labor como administrador social, incumplió los deberes de cuidado, lealtad e información a los que se encuentran obligados todos quienes administren sociedades de personas, *dejando de observar el mandato legal de conservación del capital fijo social*, toda vez que la sociedad Inmobiliaria Rueda Blázquez Limitada sustentaba su funcionamiento como tal en el inmueble enajenado” (cons. 18°).

155

Por su parte, el análisis realizado por la sentencia confirmatoria de segunda instancia, aunque resolviendo de manera correcta el caso, no refuerza la construcción normativa del deber de cuidado que debía observar el agente-administrador, señalando:

“Que, en efecto a don Argimiro Rueda Blázquez le correspondían deberes fiduciarios en su calidad de administrador estatutario y por mínimas condiciones de buena fe se encontraba obligado a cautelar, proteger y fomentar los intereses de la sociedad que administraba, como también a evitar cualquier acción suya que pudiera ocasionar daño a ésta (...) Conforme a los deberes fiduciarios de los administradores éstos deben siempre anteponer el interés social al particular, lo que constituye una posición pacífica en la doctrina, y en el presente caso, enfrentado dicho administrador a un conflicto de intereses, resolvió en perjuicio de la sociedad que administraba” (cons. 16°).

Nos parece que el art. 2078 resulta insuficiente para construir el deber de cuidado que debe observar un administrador de una sociedad en un juego de agencia. Dicho precepto únicamente se refiere a la facultad de conservación del capital fijo, sin referirse –ni siquiera de manera indirecta– a una hipótesis de conflicto de interés.

En este sentido, habría sido más adecuado recurrir al contrato de mandato. Al respecto, se ha discutido si el administrador estatutario de una sociedad (como lo era A-RB) constituye o no un mandatario, lo cual, a su vez, se vincula a una supuesta superación de la *doctrina del mandato* por parte de la *doctrina del órgano* en relación con la naturaleza del administrador. Existe cierto consenso en la doctrina de que el *Código Civil*, en atención a su época, acoge la doctrina (francesa) del mandato²⁵, lo cual se reflejaría en la alusión expresa que hace el art. 2077 a dicha figura²⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha fallado:

“(...) el derecho societario contemporáneo se encuentra construido sobre la base de órganos (...) Antes de la teoría del órgano, la administración y representación societaria era explicada a la luz de la teoría del mandato: se partía del supuesto que entre el administrador y una sociedad, existía un vínculo jurídico consistente en un contrato de mandato. No obstante, como modernamente se ha venido afirmando, la teoría del mandato es insuficiente, por cuanto éste es un contrato en el que una parte confía la gestión de uno o más negocios a otra parte, existiendo, en consecuencia, diferencia de sujetos: el mandatario actúa siempre por cuenta y riesgo del mandante, pero no se confunde con su personalidad. En cambio, el órgano actúa como si fuese la misma persona jurídica, por cuanto, tratándose de ésta, existe una representación necesaria para su actuación en la vida jurídica”²⁷.

Con todo, la superación de la doctrina del mandato, a diferencia de lo pretendido por los demandados²⁸, no puede tener efectos en las relaciones

²⁵ Así, Carlos Gilberto Villegas señala sobre la doctrina del mandato: “Esta fue la teoría que siguió el Código Civil francés y siguieron todos los Códigos del siglo pasado. El Código Civil y el Código de Comercio chilenos se afilian también a esta teoría. Ellos aluden al ‘mandato legal’ y a la calidad de ‘mandatarios’ de los administradores”. VILLEGAS (1995), p. 130.

²⁶ Así, también, se puede mencionar el art. 2072 (que de manera análoga al art. 2116, ocupa el vocablo ‘confianza’ para configurar la relación entre socio administrador y el resto de los socios), el art. 2080 (que de manera análoga al art. 2155 obliga al socio administrador a *dar cuenta* de su gestión) y el art. 2079 (que de manera análoga al art. 2160, hace vinculante los actos del socio administrador que actúa dentro de sus facultades).

²⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 1500-2014, confirmado por la Corte Suprema, rol 9046-2015.

²⁸ Para fundar su postura consistente en excluir las normas del contrato de mandato del derecho aplicable al caso, los demandados citaron el siguiente fragmento del autor Álvaro Puelma: “Los vínculos jurídicos entre los administradores y representantes legales con la sociedad y sus socios, están establecidos en la ley y los estatutos sociales. No existe entre la sociedad y sus representantes y administradores legales o estatutarios propiamente un mandato, aunque se trate del caso de administradores mandatarios (...)”. Sin embargo, el mismo autor indica que “Los administradores tienen responsabilidad contractual civil frente a los socios y a la sociedad, según la tesis tradicional o del mandato. Es la misma que tiene el mandatario frente al mandante”. PUELMA (1998), p. 323.

internas de los socios para con su respectivo administrador, pues el velo corporativo –que no existe en un contrato de mandato ordinario– malamente podría obstaculizar el control interno que realizan los propios socios sobre sus agentes.

De este modo, si bien es cierto que la fuente de los deberes y facultades del administrador estatutario no es un contrato de mandato²⁹, de ello no se sigue que el contenido de dichos deberes y facultades sea ajeno a los que recaen sobre el mandatario. En este sentido se concuerda con Enrique Barros en tanto aclara:

“El encargo de administración es concebido como un mandato (artículo 2077), que está regido por las normas de ese contrato y por las especiales del contrato de sociedad (que sólo marginalmente se alejan de los principios que rigen la relación entre mandante y mandatario)”³⁰.

En consecuencia, resultando aplicable el estatuto contractual del mandato, el sentenciador podría haber acudido a una serie de reglas que le habrían reportado más ayuda y claridad para evaluar el comportamiento de A-RB como agente.

En primer lugar, cabía observar la regla imperativa de requisito sobre autocontratación contemplada en el art. 2144, que exigía a A-RB a conseguir la aprobación de los socios (mandantes) para efectuar la venta del inmueble de Inmobiliaria RB en condiciones inequitativas (en este caso, un precio cercano al avalúo fiscal y que, sin duda, no reflejaba el valor real del negocio con Ripley). Estimamos que, por tratarse de una hipótesis de conflicto de interés que pretendía resolverse en condiciones inequitativas (es decir, distintas a las del mercado), la aprobación de los socios era necesaria.

En segundo lugar, podía también observarse la regla imperativa del art. 2149, conforme a la cual el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante. La manera en que A-RB resolvió el conflicto de interés autocontratando en condiciones inequitativas, contraviene el mandato del ya referido artículo, pues como señala David Stitchkin “la autocontratación en tales condiciones importa un daño al mandante en beneficio particular del mandatario”³¹.

En tercer lugar, resultaba todavía posible aplicar el art. 2134, según el cual la recta ejecución del mandato comprende no solo la substancia del negocio, sino, además, “los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo”. En este sentido, David Stitchkin señala:

²⁹ Esta circunstancia tiene relevancia en relación con la relativa irrenunciabilidad e irrevocabilidad del cargo del socio administrador estatutario (art. 2072), lo cual contrasta con el régimen más flexible del administrador “mandatario” (art. 2074).

³⁰ BARROS (2007), p. 814.

³¹ STITCHKIN (2009), p. 348.

“Si el autocontrato, por ser peligroso para el mandante, no ha podido ser querido por éste como medio de ejecución del negocio encomendado, es evidente que al celebrarlo el mandatario infringe el contrato y es responsable de los perjuicios”.

En estos términos, si el encargo de A-RB era rentabilizar el único inmueble de la sociedad que administraba, malamente le estaba permitido hacerlo mediante un autocontrato y en condiciones inequitativas, debiendo haber buscado a un tercero en el mercado dispuesto a pagar un precio acorde con el valor venal del inmueble.

En cuarto lugar y para el evento en que a causa de su papel de administrador A-RB haya percibido una remuneración (distinta a la que le correspondía como socio), procedía aplicar el art. 2129 inc. 2°, recayendo sobre él un estándar de culpa leve más estricto (a diferencia de la regla general del art. 1547 inc. 1°). Dicho estándar de culpa, por ser más exigente, podría haber colaborado en calificar como negligente el incumplimiento o cumplimiento tardío de los deberes de información que recaían sobre A-RB para con los socios no involucrados en las operaciones (hermanos Salinero).

Si bien la parte resolutive de la sentencia probablemente no se habría alterado de haberse aplicado las reglas antedichas, su parte considerativa se habría visto robustecida, otorgando así mejores pautas normativas para disciplinar, con mayor certidumbre, los conflictos de intereses en materia societaria³².

Habiendo revisado la manera en que la sentencia evaluó la conducta de A-RB, corresponde ahora examinar la forma en que se determinó el incumplimiento de los socios no administradores (los hermanos Rueda Blázquez)³³. Como es lógico, la sentencia no invocó las normas sobre administración ni sobre el mandato, sino que acudió al siempre provechoso art. 1546. Así, afirmó la sentencia:

“Que en cuanto a la responsabilidad de los demandados como socios, es preciso indicar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe (...) al haber concurrido personalmente a la suscripción de la escritura pública de compraventa del inmueble ubicado en calle 5 de abril n°699 de la ciudad de Chillán como socios de la Sociedad Inversiones Iberoamericanas

³² Lo cierto es que, sin perjuicio de las discusiones doctrinarias sobre la naturaleza del administrador estatutario, no existen verdaderas razones de texto para desaprovechar la fértil regulación que ofrece contrato de mandato para reconocer y resolver casos de conflictos de interés.

³³ Estos demandados fueron condenados no solo como sucesores del socio administrador, sino, también, por sí. Fue así porque, en cuanto consocios, contribuyeron a las conductas del socio administrador y participaron de forma activa en ellas. Por ende, merecen también análisis, en otro artículo, los deberes de lealtad de los consocios.

Limitada, esto es, como parte de una sociedad distinta, despojando por este medio de su activo fijo a la Sociedad Inmobiliaria Rueda Blázquez Limitada, atentaron gravemente contra del deber de buena fe instaurado en la norma transcrita en el párrafo anterior, *vulnerando, asimismo la affectio societatis, que le imponía el deber de colaborar con los fines de la sociedad vendedora, Rueda Blázquez Ltda.*, a la cual también pertenecían, y, sobre todo, en un plano de igualdad y lealtad con el resto de los socios, lo que constituye un incumplimiento contractual” (cons. 19°).

La invocación del art. 1546 parecía necesaria en atención a la escasa regulación que establece el *Código Civil* en relación con las obligaciones de los socios entre sí (arts. 2082 a 2093). Desde luego, no existe ninguna norma que directamente regule el conflicto de interés que puede afectar a un socio.

Con todo, la labor de integración a la que autoriza el art. 1546 debe mirar a la naturaleza de la obligación que emana del contrato que se pretende integrar, en este caso, el de sociedad. Como señala Alberto Lyon:

“La integración del contrato se hace como una exigencia de la buena fe, pero lo que la buena fe exija en cada caso estará determinado por la propia estructura y naturaleza del contrato y no por lo que cada cual entienda que es propio de un comportamiento de buena fe, lo que introduciría un elemento de gran inseguridad para lo que son o deben ser las relaciones contractuales”³⁴.

159

Por su parte, Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia señalan que la naturaleza del contrato

“alude a la distribución equilibrada entre los derechos, obligaciones, responsabilidades y riesgos de las partes prevista por las normas dispositivas del derecho civil”³⁵.

Dicho lo anterior, para emprender la labor de integración en este caso, resultaba necesario explicitar aquel aspecto de la naturaleza del contrato de sociedad sobre la base del cual luego se pueden “crear” deberes específicos relativos al manejo de conflictos de interés. La respuesta parece estar dada por el artículo que define el contrato en cuestión (art. 2053), como aquel en que dos o más personas estipulan poner algo en común “con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan”. Se trata del *affectio societatis*³⁶,

³⁴ LYON (2017), p. 43.

³⁵ TAPIA y OLIVARES (2014), p. 137.

³⁶ Como señala Ramón Meza Barros, este concepto creado por la doctrina, significa que “El contrato se celebra con el fin de lograr un beneficio que los contratantes deben compartir”, de manera tal que cada socio realiza un aporte y contribuye a las pérdidas, a diferencia de lo que ocurre en otras figuras contractuales, como el contrato de trabajo. MEZA (2007), p. 141.

del cual la sentencia correctamente desprende el deber de colaborar con el resto de los socios en un plano de igualdad, excluyendo así la conducta oportunista consistente en explotar un negocio en perjuicio de los consocios, violando un conflicto de interés.

De esta manera y como se ha señalado en otro artículo, el deber de lealtad admite derivarse “del acto de confianza originario que estatuye la especial relación jurídica que se crea”³⁷. En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha señalado:

“es evidente que existe también una íntima conexión entre el conflicto de interés, que reposa en la infracción de la lealtad, con la confianza que los socios depositan en los administradores, tanto en la constitución, como durante el desenvolvimiento de la vida social”³⁸.

El ejercicio de esta labor de integración encuentra meridiano respaldo en la jurisprudencia más reciente. En sentencia de 22 de mayo de 2019, la Corte Suprema validó plenamente la legitimidad de la especificación de deberes contractuales fundados en el papel integrador de la buena fe, afirmando:

“(...) el principio de la buena fe impone a los contratantes el deber de cooperar con la ejecución del negocio en que se han comprometido, adoptando un rol activo que cobra sentido desde el ángulo de las propias declaraciones que componen las estipulaciones o pactos a los que han concurrido con su voluntad. En otros términos, *la buena fe objetiva debe ser mirada como elemento integrador de los contratos y, concebida de ese modo, sirve de basamento al deber de garantía que asumen los contratantes*” (...)”³⁹.

Y luego, más adelante, especificando:

“En materia contractual cumple esas mismas funciones generales, integrando el contrato, *creando especiales deberes de conducta y limitando a la autonomía privada y a la capacidad de autoregulación* (...)”.

Teniendo en vista lo anterior, parece evidente que la comparecencia de los socios demandados (hermanos Rueda Blázquez) en los actos jurídicos que permitieron la transferencia de la oportunidad de negocios con Ripley desde la sociedad Inmobiliaria RB a Inversiones Iberoamericana, no se ajusta al deber de lealtad, colaboración y reciprocidad que les exigía el contrato de sociedad (ya integrado por la buena fe).

³⁷ REVECO (2007), p. 115.

³⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 1500-2014 (confirmado por la Corte Suprema, rol 9046-2015).

³⁹ Corte Suprema, rol 38506-2017.

En efecto, el patrón de conducta que debían observar los hermanos Blázquez exigía:

- i) manifestar su oposición a los actos de A-RB,
- ii) abstenerse de comparecer en los mismos e
- iii) informar a sus consocios acerca de los actos de A-RB sobre los cuales tenían conocimiento.

Por el contrario, los hermanos Blázquez, lejos de oponerse a los actos de A-RB e informar de ellos a los hermanos Salinero, derechamente comparecieron y suscribieron algunos de los actos en cuestión, ya sea en representación de Inmobiliaria RB o de su contraparte, Inversiones Iberoamericana, facilitando la ejecución del negocio perjudicial.

*iii. Determinación de la imputabilidad
sobre la base de presunción de culpa,
por arts. 1698 y 2093*

Luego de haber establecido los incumplimientos y los deberes de cuidado no observados por los demandados, la sentencia de primera instancia realizó un paso adicional, pero innecesario. Fundó un juicio de imputabilidad sobre la base de los arts. 1698 y 2093.

Lo cierto, es que el juicio de imputabilidad ya se encontraba realizado sobre la base de la prueba rendida, de manera que no resultaba necesario acudir a reglas de *onus probandi* para configurar la imputabilidad de los demandados. Al respecto, la sentencia afirmó:

“Que respecto del elemento imputabilidad es preciso indicar que los demandantes han acreditado la existencia del contrato social y habiéndose alegado por los demandados el cumplimiento de la obligación, a ellos correspondía acreditar su extinción, conforme a la segunda premisa contenida en el inciso primero del artículo 1698 del Código Civil, demostrando el cumplimiento diligente del contrato, o en su defecto que su responsabilidad quedaba excluida por caso fortuito o fuerza mayor, lo que no ha sucedido en autos, sin que hayan logrado, en consecuencia, desvirtuar la presunción que de acuerdo con la norma del art. 2093 del Código Civil les afecta, razón por la cual, se estima concurrente este elemento de la acción de responsabilidad contractual” (cons. 20°).

Como se observa, la sentencia acude a los arts. 1698 y 2093 (este último interpretado erróneamente como una regla de presunción de culpa) con el fin de aplicar la regla de distribución de la carga de la prueba en su papel de norma *decisoria litis*. Sin embargo, como indica Jordi Nieva:

“A la carga de la prueba solamente se acude en una situación extrema: la ausencia de prueba. Si hay prueba que valorar, aunque sea escasa,

el juez deberá poner en marcha la actividad de valoración sin acudir al atajo de la carga de la prueba”⁴⁰.

Por lo demás, cabe advertir que el art. 2093⁴¹ no contempla en realidad una presunción de culpabilidad, sino, simplemente, una aplicación del principio general de responsabilidad por el hecho propio en materia societaria.

Además, resulta ciertamente polémica la aplicación que se realiza del art. 1698 en el caso, pues de acuerdo con gran parte de la doctrina nacional, ella no podría ser utilizada para configurar un régimen de presunción de culpa respecto a la acción indemnizatoria por incumplimiento (y menos tratándose de una obligación de medios). En efecto, dado que uno de los requisitos de la acción de responsabilidad es el incumplimiento, al acreedor no le basta con probar la existencia de la obligación, sino que, además, debe afirmar el incumplimiento del deudor. Como señala Hugo Cárdenas,

“en las pretensiones de resarcimiento el demandante no solo debe probar la existencia de la obligación sino el hecho de su incumplimiento por el demandado, pues, el supuesto de hecho del artículo 1556 del CC permite calificar el incumplimiento como hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria”⁴².

162

De esta manera, acreditar el incumplimiento de una obligación de medios no es otra cosa más que probar la culpa del deudor, no quedando así espacio para la imposición a este último de una presunción de culpa. En contra de esta posición se ha pronunciado Carlos Pizarro, que siguiendo en esta materia a Daniel Peñailillo, ha señalado:

“El profesor Peñailillo acierta al considerar que basta el artículo 1698 para resolver la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual. Corresponde al deudor que pretende extinguir su obligación acreditar el cumplimiento, ya sea una obligación de medio o de resultado. La razón es simple, la prueba del cumplimiento de la obligación –diligencia exigida o promotora del cumplimiento– equivale a la extinción de la obligación”⁴³.

Sin perjuicio de este interesante debate, tal como se señaló más atrás, es posible sostener que la obligación del agente consistente en resolver de manera

⁴⁰ NIEVA (2015), p. 189.

⁴¹ Art. 2093: “Todo socio es responsable de los perjuicios que aun por culpa leve haya causado a la sociedad, y no podrá oponer en compensación los emolumentos que su industria haya procurado a la sociedad en otros negocios, sino cuando esta industria no perteneciere al fondo social”.

⁴² CÁRDENAS (2010), p. 74.

⁴³ PIZARRO (2008), p. 262.

adecuada un conflicto de interés debería ser calificada como *de resultado*, resultándole, en consecuencia, aplicable el art. 1547 inc. 3° y generándose por ello el mismo efecto que el sentenciador pretendía mediante la aplicación del art. 1698.

iv. Doctrina del abuso del derecho en materia de conflictos de interés

Si bien este punto no fue tratado en la sentencia de primera instancia, sí fue objeto de análisis en la de segunda. En ella, el tribunal superior se hizo cargo de uno de los argumentos más insistentes de los demandados y que, de alguna manera, había sido acogido por esta misma Corte al resolver la demanda de nulidad absoluta del contrato de compraventa interpuesta con anterioridad por los demandantes (a la cual ya se hizo referencia). Se trata de la circunstancia de que A-RB, al ejecutar los actos denunciados, habría actuado dentro de sus facultades y en el desarrollo del giro de Inmobiliaria RB.

Al confirmar la sentencia que rechazó la demanda de nulidad, la Corte de Chillán señaló que el contrato de compraventa del inmueble en cuestión: “no se encuentra prohibido ni por el estatuto social ni por el ordenamiento jurídico, quedando entregado a la voluntad del administrador”. Sin embargo, al enfrentarse a la misma defensa, pero ya no en sede de nulidad sino en sede de responsabilidad contractual, el tribunal de segunda instancia afirmó:

“Que, si bien es efectivo que don Argimiro Rueda Blázquez como administrador actuó dentro de sus facultades estatutarias y en el giro, puede originarse responsabilidad civil del ejercicio de un derecho cuando éste se realiza sin el debido fundamento, esto es, en forma abusiva y se causa daño a los otros socios, por cuanto los derechos subjetivos tienen una finalidad y han de ejercerse de acuerdo a esos fines. Si un administrador apartándose de tales objetivos y los postulados generales, ejerce un derecho negligentemente y en el evento que cause daños, debe indemnizarlos (...) Cabe hacer presente que el inmueble del cual se desprendió la Sociedad Inmobiliaria Rueda Blázquez Limitada era el único inmueble de dicha sociedad y su giro era inmobiliario, consistente en arrendarlo y al momento de su enajenación se encontraba arrendado a ECCSA para la tienda Ripley, por la renta de 1.150 Unidades de Fomento, más IVA, tratándose de una sociedad que no tenía deudas o préstamos que servir, por lo que objetivamente no se divisan las razones financieras que aconsejaron la venta del único bien de la sociedad” (cons. 17°).

Como se observa, mientras en sede de nulidad por causa ilícita el tribunal parecía reacio a evaluar la conducta desplegada por el administrador no *formalmente* extralimitado, en sede de responsabilidad contractual el mismo sentenciador no tuvo reparos en realizar dicho examen. Lo anterior confirma lo señalado más atrás en cuanto a las ventajas del remedio indemnizatorio,

en contraste con el anulatorio, para resolver justamente juegos de agencia en situaciones de conflicto de interés.

Siguiendo con el análisis del razonamiento de la Corte, cabe destacar su referencia a la *finalidad* de los derechos subjetivos. La consideración de dicha finalidad serviría de base para evaluar si la manera en que el derecho se ejerce es o no abusiva y, en consecuencia, si es o no lícita para el derecho objetivo.

En primer lugar, resulta preciso realizar una prevención, pues la idea de finalidad de los derechos subjetivos debe ser matizada. Como es sabido, tradicionalmente estos derechos se han definido como:

“señorío o poder de obrar otorgado o reconocido por el derecho objetivo a la voluntad de la persona para la satisfacción de los propios intereses jurídicamente protegidos”⁴⁴.

En este sentido, todos los derechos subjetivos admiten ser entendidos, en principio, como opciones de acción exoneradas de cargas de justificación⁴⁵.

Sin embargo, y a pesar de ciertos matices doctrinarios, existen particulares derechos subjetivos que no están establecidos en beneficio del titular del derecho, sino que de un tercero⁴⁶. Se trata de los *derechos-función*⁴⁷. Como señala Enrique Barros, estos derechos se caracterizan porque:

“atribuyen al titular una potestad cuyo fin es proteger los intereses de un incapaz (como el derecho de cuidado personal que el padre, la

164

⁴⁴ VODANOVIC (2003), p. 164.

⁴⁵ Como señala Fernando Atria en referencia al paradigma liberal de los derechos subjetivos: “(...) la noción de ‘derechos’ en algún sentido implica recortar la situación de dos personas, el acreedor y el deudor, y separarla del resto de las consideraciones morales válidas, de modo que sea posible determinar la justicia de la acción del deudor sin mirar más que a la específica relación existente entre deudor y acreedor, porque lo moralmente dominante es la manera en que (dentro de ciertos límites) el interés del acreedor ha de ser servido por el deudor. Por eso es perfectamente concebible que uno tenga derecho moral a hacer algo moralmente lamentable”. Véase ATRIA (2004), p. 24.

⁴⁶ La aplicabilidad de la doctrina del abuso del derecho en esta materia dependerá de la concepción que se adopte de *derecho subjetivo*. Así, para Pierre-François Cuif el concepto de derecho subjetivo excluye el de los derechos-función o “prerrogativas”. Así, señala el autor: “El titular de un derecho subjetivo puede, en principio, ejercerlo en su propio interés sin causar daño a otro; el titular de una prerrogativa en interés ajeno no puede ejercerla en su interés personal sin correr el riesgo de situarse en conflicto de intereses y, por consiguiente, desviarse de su función. El abuso de poder no es una aplicación particular del abuso del derecho. Finalmente, la teoría del abuso del derecho no toma en cuenta la situación en que pudiera haber conflicto: no podría haber conflicto de intereses solamente por ejercer alguien un derecho subjetivo”. Véase CUIF (2007), p. 77.

⁴⁷ Con el fin de diferenciarlos del concepto de derecho subjetivo, Antonio Vodanovic los denomina “potestades”, señalando al respecto: “Una de las características de la potestad es que su ejercicio siempre debe inspirarse en el cuidado del interés ajeno. Y en esto se diferencia del derecho subjetivo, cuyo titular no tiene trabas: puede perseguir los fines que le plazcan, supuesto que se respete la ley y los derechos de terceros”. VODANOVIC (2003), p. 164.

madre o el tutor tienen sobre el niño) o gestionar un patrimonio ajeno (como los que tienen los administradores de una persona jurídica)”

agregando enseguida:

“En la medida que la función forma parte del contenido del derecho, si el titular desvía su ejercicio hacia su propio beneficio, se infringe el contenido atributivo del derecho”⁴⁸.

De este modo, si bien los derechos-función suelen operar sobre la base de potestades formales, la evaluación de su ejercicio no puede agotarse en revisar únicamente la verificación de sus supuestos procesales (*v. gr.*, que el agente-administrador ejecute un acto contemplado por los estatutos), sino que también debe revisarse si la función o finalidad del derecho fue acometida o si, en realidad, fue desviada (*v. gr.*, si el acto realizado por el agente-administrador estaba o no orientado a reportar beneficios para la sociedad). Con todo, es preciso advertir que, en materia de administración, el ejercicio de las potestades formalmente comprendidas en los estatutos por parte del administrador podría constituir un obstáculo para ejercer otros remedios distintos a la responsabilidad contractual, como ya se mencionó respecto a la nulidad absoluta por causa ilícita.

En materia de conflictos de interés generados en juegos de agencia, el abuso de un derecho-función puede ser categorizado, en tipologías de abuso del derecho, como un *abuso de posición*. Pablo Rodríguez señala que este tipo de abuso se genera por un

“reposicionamiento (posterior al nacimiento de la relación), que permita a una de las partes ligadas por la relación ganar preeminencia sobre los demás sujetos ligados a través de ella”,

produciendo así “una alteración del ‘rol’ que cabe a quien gana preeminencia en la relación”⁴⁹.

Ahora bien, en relación con los conflictos de interés generados por juegos de agencia en materia societaria, el abuso de posición emprendido para despojar a la sociedad (en este caso, Inmobiliaria RB) de una oportunidad de negocios, constituye una desviación del fin de los derechos que nacen de un contrato de sociedad (tanto para los socios como para el socio administrador). Dicha desviación supone una infracción al deber de cuidado que ya se describió más atrás y, en particular, a los deberes de lealtad y colaboración que nacen de la naturaleza del contrato de sociedad (*affectio societatis*). Al respecto, Mauricio Tapia indica:

⁴⁸ BARROS (2007), p. 620.

⁴⁹ RODRÍGUEZ (1998), p. 100.

“los accionistas controladores pueden abusar de su posición de poder dentro de la sociedad, aprovechándose, por ejemplo, de la información privilegiada que manejan, beneficiando a terceros relacionados, sobredimensionando los gastos de representación a que tienen derecho como directivos, autocontratando en condiciones ventajosas, etc.”⁵⁰.

Por estas consideraciones y remitiéndonos nuevamente al caso que se ha analizado, no resultaba legítimo que A-RB, ejerciendo sus facultades estatutarias de administrador, resolviera un conflicto de interés en perjuicio de la sociedad que representaba, desviando así el fin de los derechos que los mismos estatutos le concedían.

Al respecto y, si bien no fue objeto de análisis en la sentencia, cabe referirse al art. 2075, que concede al socio administrador la facultad de obrar “contra el parecer de los otros” y a la *mayoría* de los consocios el derecho de “oponerse a todo acto que no haya producido efectos legales”. Una interpretación apresurada de esta disposición podría inducir la conclusión de que si la mayoría de los socios no se opone al acto del administrador, este puede ejecutar el acto aún ante la oposición de la minoría de los socios. Sin embargo, dicha conclusión desatiende el carácter de derecho-función que recae tanto sobre el socio administrador (en su papel de tal) como sobre el resto socios. Estos últimos mal podrían validar un acto con miras a perjudicar a un grupo minoritario de socios, pues como ya se señaló, ello contravendría los deberes de lealtad y colaboración que emana de la *affectio societatis*.

V. CONCLUSIONES

No obstante las limitaciones de extensión y desarrollo que sin duda se podrán detectar, parece pertinente proponer las siguientes conclusiones:

- 1) El *Código Civil* provee normas que, interpretadas e integradas a la luz de los principios y doctrinas que actualmente informan el derecho civil, son capaces de reconocer y regular de manera satisfactoria situaciones de conflictos de interés. Así, el *Código* provee diversos remedios para sancionar juegos de agencia que sean resueltos por el agente de manera redistributiva y no cooperativa, es decir, en perjuicio del principal.
- 2) Entre los remedios que ofrece el *Código Civil*, pareciera ser que el indemnizatorio por responsabilidad contractual resulta uno idóneo para resolver un juego de agencia por parte de un administrador o de un socio. Esto, pues, en dicho escenario, se hace posible recurrir a la regulación del contrato de mandato y de sociedad que, adecuadamente integrados por la buena fe y la naturaleza de dichos contratos (*confianza* y *affectio societatis*), podrían resultar más convenientes para

⁵⁰ TAPIA (2008), p. 503.

- disciplinar el actuar de un agente que la ineficacia por vía de la causa ilícita o de los vicios del consentimiento.
- 3) El desarrollo de la distinción de las obligaciones de medio y resultado presenta, sin duda, un desafío, pero, a la vez, un potencial insumo para resolver, a través del derecho común, la conducta de un agente que debe dirimir un conflicto de interés. En este artículo se ha afirmado que tanto la obligación de develar el conflicto de interés (entregando información inteligible, oportuna y concreta al principal) como la obligación de resolver correctamente un juego de agencia en un contexto de autocontratación simple, pueden ser consideradas como de *resultado*. Lo anterior exige del agente un estándar cuasi objetivo de responsabilidad, de manera que ante una solución redistributiva del juego de agencia solo podrá –en teoría–, exculparse por caso fortuito o quebrando el vínculo de causalidad entre su actuar y el daño ocasionado al principal.
 - 4) Las normas del contrato de mandato que establece el Código Civil, deben ser aplicadas al administrador de un contrato de sociedad, ya sea por remisión expresa (como ocurriría con el contrato de sociedad si se acoge la doctrina del *mandato* y no del *órgano*) o por simple analogía (en base a la relación fiduciaria que informa ambos contratos). La textura abierta de estas normas permite adecuarlas a múltiples supuestos (incluyendo desde luego las situaciones de conflictos de interés), quedando en el campo del juzgador la tarea de aplicarlas, pero observando siempre los principios que guían el ordenamiento (como la buena fe, el enriquecimiento sin causa y la sanción al abuso del derecho).
 - 5) La teoría del abuso del derecho constituye también una buena herramienta jurídica para resolver casos de conflictos de interés en los cuales el agente desempeña facultades estatutarias (abuso de posición). Lo anterior, pues ella permite evaluar los actos jurídicos ejecutados por el agente atendiendo al fin de los derechos-función (o “potestades”) y no solo a la verificación de las condiciones formales de su ejercicio.
 - 6) Por último y como asunto aún pendiente del caso Salinero con Rueda, corresponde monitorear el contenido de la indemnización demandada (que fue reservada para la etapa de cumplimiento de la sentencia), tanto para determinar la naturaleza del daño (emergente, lucro cesante, moral, pérdida de una chance) como los intereses protegidos (confianza, expectativa negativa o positiva, etc.).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI R., Arturo, Manuel SOMARRIVA U. y Antonio VODANOVIC H. (1998). *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2004). “¿Existen derechos sociales?”. *Discusiones*. N.º 4. Santiago.
- BARROS BOURIE, Enrique (2007). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo (2010). “La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado”. *Cuadernos de Análisis Jurídico. Responsabilidad Médica*. Colección derecho privado. Vol. VI. Santiago.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y Ricardo REVECO URZÚA (2018). *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*. Santiago: Thomson Reuters.
- COOTER, Robert y Thomas ULEN (2008). *Derecho y Economía*. 2ª ed. en español. (trad.) Eduardo Suárez. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- CUIF, Pierre-François (2007). “El conflicto de intereses. Ensayo sobre la determinación de un principio jurídico en derecho privado”. *Revista de Derecho Privado*. N.º 12-13. Bogotá.
- LYON PUELMA, Alberto (2017). *Integración, interpretación y cumplimiento de contratos*. Santiago: Ediciones UC.
- MEZA BARROS, Ramón (2007). *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*. 9ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2015). *Derecho procesal II. Proceso civil*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Tomo I.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008). “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N.º XXXI, Valparaíso.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (1998). *Sociedades*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.
- REVECO URZÚA, Ricardo (2007). “Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil Chileno”. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*. N.º 1. Santiago.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1998). *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- STITCHKIN BRANOVER, David (2009). *El Mandato Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2003). “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”. *Revista de Derecho*. Vol. 15. Valdivia.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2008). *Orden Público de Protección en el Derecho Chileno*, en Fabricio MANTILLA y Carlos PIZARRO (coords.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet*. Bogotá-Santiago: Fundación Fernando Fuego-Universidad Diego Portales y Universidad del Rosario.

- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y José Miguel VALDIVIA OLIVARES (2014). *Contratos por Adhesión Ley 19.496*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- TARZIJÁN MARTABIT, Jorge (2003). “Revisando la teoría de la firma”. *Revista Abante*. Vol. 6, n.º 2. Santiago.
- VILLEGAS, Carlos (1995). *Tratado de las Sociedades*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VODANOVIC H., Antonio (2003). *Manual de Derecho Civil*. 4ª ed. Santiago: Editorial Lexis Nexis. Tomo I.

Comentarios de jurisprudencia

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Patricia López Díaz

Profesora de Derecho Civil

Universidad de Valparaíso

INCUMPLIMIENTO CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EDUCACIONALES. CONTENIDO DEL CONTRATO. OBLIGACIÓN ESENCIAL. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD. SENTENCIA DEL NOVENO JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, 2 DE MARZO DE 2018, rol 20378-2016, NO DISPONIBLE EN BUSCADOR ELECTRÓNICO Y SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO DE 28 DE ABRIL DE 2019, ROL 7379-2018, NO DISPONIBLE EN BUSCADOR ELECTRÓNICO.

Con fecha 28 de abril de 2019, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia pronunciada por el Noveno Juzgado Civil que condenaba al Colegio Santa Cecilia y a su sostenedor, la Congregación de la Preciosa Sangre Chilena, al pago de \$8 000 000 más reajustes e intereses corrientes por el daño moral que le causó a dos alumnas y a su madre el incumplimiento del contrato de prestación de servicios educacionales celebrado con el referido establecimiento educacional.

El año recién pasado comentamos, en el número de diciembre de esta misma revista, una sentencia que se pronunció sobre un caso en que se demandó la responsabilidad civil extracontractual del sostenedor de un establecimiento educacional por el *bullying* cometido por dos estudiantes respecto de un compañero¹, analizando la procedencia de la opción de responsabilidades y la responsabilidad concurrente que le asistía a dicho establecimiento y a los padres de los menores en razón del art. 2321 del *Código Civil*.

En esta oportunidad volvemos sobre un caso en que se reclama la responsabilidad del sostenedor, pero, a diferencia del anterior, se agrega al establecimiento educacional, invocándose al efecto el estatuto contractual, a pesar de que según los hechos que referiremos en el apartado siguiente, también podría haberse activado el extracontractual, pues existió un ilícito civil que causó daño a la actora y a sus hijas, advirtiéndose una relación de causalidad entre aquel y este.

La sentencia del tribunal de primera instancia –que es la que contiene el razonamiento– es particularmente interesante, al menos por tres razones. En primer lugar, porque se pronuncia sobre el incumplimiento de un contrato de

¹ LÓPEZ (2018), pp. 321-338.

prestación de servicios educacionales, recurriendo a sus notas características e invocando al efecto la inobservancia de una obligación esencial. Por otro lado, porque integra al contenido del contrato, como ella misma refiere, ciertos derechos contenidos en leyes especiales y en la *CPR*, estableciendo en este último aspecto una conexión, hasta ahora poco frecuente en sede dogmática² y jurisprudencial, a la que cada vez se hace más necesario acudir tratándose de esta especie de contratos para precisar las obligaciones que de él emanan. Finalmente, porque concede la indemnización del daño moral sin justificar su procedencia, en circunstancias que en el último tiempo nuestra dogmática ha delineado en forma contundente la esfera de *protección* o ámbito de resguardo *del contrato*³ como un criterio equitativo y razonable al que, por lo mismo, debe recurrirse.

I. LOS HECHOS:

EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EDUCACIONALES

Paulina Saavedra Quintanilla interpone en representación de sus dos hijas menores de edad una demanda de indemnización de perjuicios por daño moral ascendente a la suma de \$60000000 derivados de la cancelación de la matrícula de estas en contra del Colegio Santa Cecilia y de su sostenedor la Congregación de la Preciosa Sangre Chilena, aduciendo incumplimiento del contrato de prestación de servicios celebrado con dicho establecimiento educacional.

Indica que a mediados del año 2005 las llevó a una psicóloga infantil, puesto que habiendo cumplido cuatro años de edad no hablaban, sino con familiares directos, quien después de diversos exámenes les diagnosticó *mutismo selectivo*, trastorno según el cual quienes lo padecen selecciona con quien hablar, inclinándose por aquellas personas con quienes se sienten seguras. Dicho diagnóstico sugirió que ambas ingresaran el primer semestre de 2011 a un colegio tradicional o del estilo Montessori para evitar que las características del grupo diferencial interfiriera con su desarrollo lingüístico. Tras analizar varias alternativas, la actora las matriculó en el Colegio Santa Cecilia, enfatizando que el establecimiento educacional tomó conocimiento de este diagnóstico y que este no fue impedimento para otorgar las respectivas matrículas.

Ese mismo año, mientras cursaban quinto básico, comenzó a ser citada por el comportamiento de las menores, indicándosele que el Consejo de Profesores había acordado cancelar sus matrículas para el periodo lectivo 2013, ya que no

² En efecto, las vinculaciones que se han efectuado entre las garantías constitucionales y el derecho civil hasta ahora se han referido al contrato de trabajo BAHAMONDES-UGARTE (2019), pp. 413-436 y a los derechos de la personalidad y la responsabilidad civil, BARROS (2006), pp. 228-230 y 329 y DOMÍNGUEZ (2019), pp. 123-138.

³ En tal sentido DE LA MAZA (2016b), pp. 559-583 y DE LA MAZA (2018), p. 293 y ss.

tenían más “adecuación curricular”, dado que no hablaban, hacían ruidos y nunca se adaptaron al colegio. Ante ello solicitó que se le entregara por escrito los motivos de dicha cancelación, expresando lo inoportuno e irresponsable de la decisión, dado que en noviembre de cada año los procesos de admisión de los diferentes establecimientos educacionales para el año lectivo siguiente se encuentran concluidos. Expresa, además, que días después se le informó que el motivo de la cancelación se debía a que sus hijas habían quedado condicional durante ese año, negándose a firmar dicho documento de cancelación.

A partir de tales hechos dedujo un reclamo ante la Superintendencia de Educación que concluyó con la aplicación de sanciones pecuniarias por las infracciones en que incurrió el establecimiento educacional y, posteriormente, dedujo un recurso de protección en su contra ante la Corte de Apelaciones de Santiago por el acto arbitrario e ilegal de cancelación de matrícula. Dicho tribunal acogió el recurso, pues estimó vulneradas las garantías constitucionales relativas al derecho de educación y al derecho de propiedad consagradas en los arts. 19 n.º 10 y n.º 24, manteniéndoles el carácter de alumnas del referido establecimiento educacional.

Después de referir estos sucesos indica que la demandada ha incumplido el contrato de prestación de servicios educacionales celebrado, precisando que en él se encuentran contenidas todas aquellas cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por ley o costumbre pertenecen a ella, integrándose, por consiguiente, todos los derechos y deberes que garantiza nuestra *CPR*, tales como la igualdad ante la ley, el derecho de educación y el derecho de propiedad y otros consagrados en leyes especiales, como el derecho a la información y el derecho a la no discriminación contenidos en la Ley General de Educación. En tal sentido, indica que dicho contrato obedece a un mandato legal y constitucional, toda vez que contempla la aplicación de un *programa progresivo de enseñanza* en condiciones de seguridad y bienestar para los alumnos y con respeto a los principios que informan la legislación general de educación.

Agrega que el establecimiento educacional ha incumplido una de las *obligaciones esenciales* que le impone el contrato, ya que no ha respetado las propias normas que se contienen en él, pues de manera ilegal, arbitraria y discriminatoria canceló las matrículas de sus hijas para el año lectivo siguiente, mediante un procedimiento irregular, arbitrario y antirreglamentario. Asimismo, señala que tal medida hizo retroceder el avance que sus hijas habían alcanzado mediante el trabajo de psicólogas, provocándole angustia ver cómo eran desechadas del colegio sin importar si podían ingresar a otro, generándoles un detrimento emocional y psicológico a todas ellas que puede reconducirse al daño moral, cuyo resarcimiento ha sido admitido por nuestra jurisprudencia.

La demandada se tuvo por contestada en rebeldía del demandado y el tribunal de primera instancia, considerando las probanzas allegadas al juicio, la acogió y condenó al establecimiento educacional y a su sostenedor al pago de \$8 000 000 por concepto de daño moral, precisando que en atención a los baremos confeccionados por la Universidad de Concepción la suma recla-

mada era excesiva y que a falta de un criterio objetivo la determinó en forma prudencial, considerando cuatro factores: la magnitud del incumplimiento, el nivel del daño y sufrimiento causado y su calidad de menores con condiciones especiales⁴. El demandante dedujo recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago atendido el reducido monto de la indemnización concedida, aduciendo que el referido baremo es referencial y no vinculante, el que, en definitiva, fue desestimado por dicho tribunal. Esta sentencia no fue objeto de recurso alguno ante la Corte Suprema, quedando firme o ejecutoriada.

II. EL RAZONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA: LA BUENA FE CONTRACTUAL, EL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y EL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA

El Noveno Juzgado Civil de Santiago, según consigna en los considerandos octavo, noveno y décimo de su sentencia, tuvo por acreditados dos hechos sobre los que construyó su razonamiento. El primero fue que el año 2005 se les diagnosticó a las hijas de la actora mutismo selectivo, condición que sugiere el ingreso a un colegio tradicional para superarlo, motivo por el cual las matriculó el año 2011 en el colegio demandado. El segundo, que a fines del primer semestre de ese año comenzaron a tener dificultades, dado que no lograron adecuarse a las clases tradicionales, debido a su dificultad relacional, motivo por el cual el 5 de noviembre de 2012 el Consejo de Profesores del Colegio Santa Cecilia decidió que no podían continuar en dicho establecimiento educacional.

Sin embargo, dicho tribunal, a pesar de que en el considerando décimo cuarto y décimo noveno considera las necesidades especiales de las alumnas para referirse, respectivamente, a las obligaciones que emanan del principio de buena fe contractual y para ponderar el daño moral no tuvo por probado que el colegio hubiera tenido conocimiento de estas al momento de admitirlas y otorgarles la matrícula, precisando, en su considerando noveno, que tal hecho se fue evidenciando a partir de la conducta de las estudiantes en clases y con las reuniones sostenidas con la actora, todo lo cual determinó que ellas hubieran quedado condicionales, cuestión que fue objeto del referido recurso de apelación interpuesto por la demandante. Volveremos sobre ese punto.

En atención a tales hechos y a las consideraciones de derecho contenidas en la demanda, la sentencia comienza indicando en su considerando segundo que la obligación “esencial” que la actora estima incumplida es la de “cancelar las matrículas de sus hijas para el año lectivo siguiente mediante un procedimiento irregular, arbitrario y antirreglamentario”, pero no aborda el alcance de tal denominación. En efecto, para calificar desde una perspectiva jurídica los hechos transcribe en el considerando undécimo los arts. 1437, 1438, 1545

⁴ Considerando décimo noveno, Saavedra con Colegio Santa Cecilia y la Congregación de la Preciosa Sangre Chilena (2019).

y 1546 del *Código Civil* probablemente con la finalidad de configurar el incumplimiento del establecimiento educacional, lo que, en definitiva, no establece.

A continuación alude, en el considerando décimo segundo, al art. 1546 en forma confusa, pues a pesar de la transcripción que realiza de su texto no se remite a la *buen fe contractual* –cuyo recurso se reserva para el considerando décimo cuarto– ni se refiere a lo que prescribe dicho precepto, expresando lo siguiente:

“Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1546 y siguientes del Código Civil, las obligaciones que emanan de este contrato deben ser ejecutadas por las partes al tenor de los derechos y deberes que consagra la Constitución Política de la República y normativas especiales aplicables a esta relación contractual de naturaleza educacional, como lo son aquellas contenidas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 2009 del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.730 (Ley General de Educación), con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, que regulan los derechos y deberes de los integrantes de la comunidad educativa”.

A continuación, y con la finalidad de configurar el incumplimiento de la demandada, califica la *naturaleza* de la obligación incumplida y el estándar de diligencia del que esta debe responder, precisando en el considerando décimo cuarto que:

“La obligación demandada emanada del contrato de prestación de servicios educacionales, corresponde a una *obligación de medios* a través de la cual este se obliga a poner sus esfuerzos materiales e inmateriales al servicio de la labor educativa de los estudiantes, obligación que debe ser cumplida con el estándar de cuidado y diligencia del *ciudadano/a medio/a* por aplicación del artículo 1547 del Código Civil, ya que como se dijo, es un contrato oneroso, teniendo en especial consideración que dichas obligaciones deben ser ejecutadas a la luz del *principio de la buena fe*, elemento que obliga al prestador de servicios educacionales no sólo a lo que expresamente fue pactado en el contrato celebrado entre las partes, sino además a todas las prestaciones que emanen de la aplicación de este principio, en la especie de autos, a tener *un especial* cuidado y dedicación ante la condición de las menores de la presente causa”⁵.

Así concluye que el demandado no cumplió con el estándar de diligencia que le impone la naturaleza de la obligación que surge del referido contrato, toda vez que no aseguró la continuidad de la prestación de los servicios educa-

⁵ La cursiva es nuestra.

cionales a las alumnas afectadas a fin de evitar vulneraciones en los derechos de los niños objeto del proceso educativo.

Por otro lado, consigna que la Superintendencia de Educación, como consecuencia de la denuncia efectuada por la demandante ante la cancelación de la matrícula de sus hijas, sancionó al establecimiento educacional por dos infracciones. La primera consistió en no contemplar en su reglamento interno un justo proceso que regule las relaciones de los miembros de la comunidad escolar ni mecanismos para apelar o impugnar la cancelación de la matrícula. La segunda, en vulnerar los derechos de los alumnos al no acreditar la existencia de un procedimiento disciplinario que justificara la medida adoptada, infringiendo el art. 10 letra a) del ya referido DFL n.º 2 de 2009 del Ministerio de Educación, que señala que los alumnos y alumnas tienen derecho a recibir una educación que les ofrezca oportunidades para su formación y desarrollo integral y a recibir una educación adecuada y oportuna.

Pues bien, toda esta línea argumental lleva al tribunal a concluir que la cancelación de la matrícula de forma intempestiva y arbitraria ocasionó angustia tanto en la demandante como en sus hijas, ya que les produjo un sufrimiento moral que tiene su origen en la incertidumbre de poder continuar el proceso educativo en una institución educacional diversa, en atención a las condiciones y fechas en las que le fue comunicada dicha decisión.

En tal sentido expresa en el considerando décimo noveno:

“Que, en cuanto a la indemnización de perjuicios solicitada, y en atención a lo señalado en los considerandos décimo primero y lo resuelto en el considerando anterior, esta sentenciadora estima que la afección de las demandantes es de carácter psicológico, y que, en consideración a los baremos confeccionados por la Universidad de Concepción, la suma solicitada es excesiva, asimismo y en atención a la imposibilidad de determinar esta indemnización en base a una fórmula de determinación objetiva, se procederá prudencialmente, en atención a variables como la magnitud de los incumplimientos en las obligaciones de la parte demandada, el nivel de daño y sufrimiento causado a las demandantes, especialmente en su condición de menores con condiciones especiales, y a la madre de éstas”.

En atención a todas estas consideraciones resuelve condenar a la demandada al pago de \$8 000 000 por concepto de daño moral, sentencia que fue confirmada sin más por la Corte de Apelaciones de Santiago, debiendo entender que revisten tal calidad el establecimiento educacional y el sostenedor –dado que no precisa lo contrario–. Con todo, no expresa si ellas deben responder en forma solidaria, concurrente o simplemente conjunta, cuestión que es fundamental para determinar la forma en que debe ejecutarse el fallo.

II. EL NECESARIO RECURSO A LA NOCIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EDUCACIONALES Y A SU CONTENIDO, A LA ESFERA DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO Y AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL APLICABLE

De lo expuesto en el acápite precedente y de los diferentes considerandos transcritos, se desprende que el razonamiento del tribunal, si bien es correcto no es completo ni secuencial, dado que lo que se denuncia es el incumplimiento de una obligación “esencial” del contrato de prestación de servicios educacionales, cuya noción y contenido no aborda, ni tampoco justifica el resarcimiento del daño moral que otorga.

Y es que la argumentación podría haber sido más contundente si hubiera recurrido a algunas nociones y ciertas disquisiciones dogmáticas propias del movimiento de modernización del derecho de obligaciones y contratos a las que aludimos en otra ocasión⁶ y que referiremos a continuación:

- i) En primer lugar, destaca la noción de contrato de prestación de servicios educacionales y su contenido, pues ambos habrían fijado el marco obligacional del deudor integrado no solo por la buena fe, sino por los derechos de los alumnos que emanan de garantías constitucionales específicas que determinan la existencia de obligaciones esenciales que resultan incumplidas.
- ii) Por otra parte, el resarcimiento del daño moral debería haberse construido a partir de la esfera de protección o resguardo del contrato, dado que su procedencia carece de sustento.
- iii) Se hace necesario precisar a qué título se condena al establecimiento educacional y a su sostenedor, esto es, en forma solidaria, concurrente o simplemente conjunta.

1. La noción de contrato de prestación de servicios educacionales y su contenido

Una primera cuestión que debería haber consignado el tribunal es qué se entiende por contrato de prestación de servicios educacionales. Claro está que no se encuentra definido en nuestro ordenamiento jurídico ni tampoco el de servicios educacionales. Pero nuestra dogmática más reciente ha conceptualizado el primero de ellos y el proyecto de ley contenido en el *Boletín* n.º 2862-04 de 15 de enero de 2002 –que regulaba el contrato de prestación de servicios educacionales y establecía normas sobre derechos de los alumnos, padres y apoderados en el proceso educacional–, actualmente archivado⁷, propuso una noción del segundo que podría haber ilustrado a los sentenciadores.

⁶ LÓPEZ (2017), pp. 307-321 y LÓPEZ (2018), pp. 321-338.

⁷ Cuyo contenido y tramitación se encuentra disponible en www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3225&prmBoletin=2862-04 [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].

En efecto, las profesoras María Graciela Brantt y Claudia Mejías han entendido por contrato de servicios aquel

“en que destaca como objeto una obligación de hacer, cuya prestación consiste en ejecutar o realizar una actividad, sea material o inmaterial, que en sí misma considerada o junto con su resultado si lo hubiere, beneficia exclusivamente al cliente y satisface su interés, en tanto representa la utilidad que persigue concretar con el contrato”⁸.

Por su parte, la referida iniciativa legal, partiendo de un enfoque similar, le otorgó un contenido específico al contrato de prestación de servicios educacionales, definiéndolo en el art. 1 como

“aquel mediante el cual una parte se compromete a prestar servicios educacionales consistentes en la aplicación de un programa progresivo de enseñanza de conformidad a las normas técnicas aprobadas por el Ministerio de Educación Pública, en condiciones de seguridad y bienestar para sus estudiantes, y otra a remunerar de manera completa o parcial, mediante el pago de un arancel anual o semestral, denominado derecho de matrícula y pagos mensuales, denominados colegiaturas por la prestación de tales servicios”⁹.

Tal definición sufrió algunas modificaciones en su última versión de 6 de mayo de 2008, pero conservó su núcleo, ya que el art. 1 de dicho proyecto de ley lo conceptualizó como

“aquel mediante el cual una parte se obliga a prestar servicios educacionales y la otra a remunerar tales servicios de manera completa o parcial o mediante algún sistema de beca”.

Dichos servicios, agrega, se otorgarán por el prestador de servicios educacionales al alumno, quien podrá ser parte del contrato o beneficiario del mismo. A continuación, precisa que dicha prestación consiste en la aplicación de un *programa progresivo de enseñanza* acorde con los planes y programas de estudios oficiales o propios de cada establecimiento y su proyecto educativo, en condiciones de seguridad y bienestar para los alumnos¹⁰.

⁸ BRANTT-MEJÍAS (2018), pp. 599 y 613. Noción que nuestros tribunales ya han comenzado a acoger. Sirva de ejemplo la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en Maldonado con Constructora De Vicente Limitada (2017). Un acucioso estudio de los contratos de servicios en VILLANUEVA (2009), p. 40 y ss.

⁹ Disponible en www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3225&prmBoletin=2862-04 [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].

¹⁰ Versión contenida en el oficio n.º 7425 de 6 de mayo de 2008 por el cual el presidente de la Cámara de Diputados remite el referido proyecto al presidente del Senado, disponible en

Ambas nociones grafican, en parte, el contenido *mínimo* del contrato de prestación de servicios educacionales, pues este debe ser complementado con los derechos de los padres, madres y apoderados y los derechos de los alumnos que el art. 10 de la Ley General de Educación consagra en sus literales a) y b), algunos de los cuales recogían, respecto de los alumnos, el art. 8 de la versión inicial del *Boletín* 2862-04 y el art. 6 de la versión final¹¹ y, tratándose de los padres, madres y apoderados, el art. 9 y el art. 8 de dichas versiones, respectivamente.

En lo que concierne a los alumnos tales derechos consisten:

- i) en recibir una educación que les ofrezca oportunidades para su formación y desarrollo integral;
- ii) una atención adecuada y oportuna en el caso de tener necesidades educativas especiales;
- iii) no ser discriminado arbitrariamente;
- iv) estudiar en un ambiente tolerante y de respeto mutuo;
- v) expresar su opinión y a que se le respete su integridad física y moral no pudiendo ser objeto de tratos vejatorios o degradantes y de maltratos psicológicos;
- vi) que se respete su libertad personal y de conciencia, sus convicciones religiosas e ideológicas y culturales conforme al reglamento interno del establecimiento;
- vii) ser informados de las pautas evaluativas;
- viii) ser evaluados y promovidos de acuerdo con un sistema objetivo y transparente);
- ix) participar en la vida cultural, deportiva y recreativa del establecimiento y
- x) asociarse entre ellos.

Como es posible advertir, ellos se reconducen a las garantías constitucionales del derecho a la integridad física y psíquica (art. 19 n.º 1 de la *CPR*), de igualdad ante la ley (art. 19 n.º 2 de la *CPR*)¹² y de educación (art. 19 n.º 10 de la

el sitio web www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3225&prmBoletin=2862-04 [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].

¹¹ Ambos preceptos precisaban un poco más el *derecho de asociación*, indicando que este debe ejercitarse para “la consecución de fines comunes de desarrollo personal y social” y para “participar en el centro de alumnos del establecimiento y consejo escolar en caso que fuera procedente”. Además contemplaban el “derecho al respeto de la propia identidad personal y sus manifestaciones físicas”, agregando que la “utilización de uniformes, insignias y otros distintivos de los establecimientos no será obligatorio, salvo acuerdo expreso de la comunidad escolar”, los que deberán ser compatibles con la capacidad económica de las familias.

¹² Cuya vulneración no se denunció por la actora en el recurso de protección interpuesto, pero que fue considerada por la ministra Ana Gloria Chevesich, quien consignó en la sentencia de dicho recurso que la garantía conculcada era la del art. 19 n.º 2 de la carta fundamental, esto es, la igualdad ante la ley, ya que las alumnas fueron discriminadas arbitrariamente respecto del resto del alumnado, toda vez que tenía derecho al procedimiento que contempla el reglamento interno del colegio frente a las imputaciones que determinaron la cancelación de la matrícula.

CPR) que no solo pueden tutelarse a través del recurso de protección, sino que, también, integran el *contenido del contrato* de prestación de servicios educacionales, de modo que su inobservancia determina un incumplimiento que activa la especial protección del acreedor en este tipo de contratos.

En lo que respecta a los padres, madres y apoderados el mismo art. 10 establece que ellos tienen derecho:

- i) a ser informados por los directivos y docentes a cargo de la educación de sus hijos respecto de los rendimientos académicos, del proceso educativo de estos y del funcionamiento del establecimiento;
- ii) a ser escuchados y
- iii) a participar del proceso educativo en los ámbitos que les correspondan, aportando a su desarrollo en conformidad a la normativa interna del establecimiento.

El catálogo de estos derechos, calificados como “mínimos”, era más amplio en el *Boletín* 2862-04, dado que se agregaba:

- i) el derecho a un trato digno, respetuoso y no discriminatorio,
- ii) el derecho a organizarse para la consecución de fines comunes como la promoción académica y social de los establecimientos y de la comunidad escolar y
- iii) el derecho a no ser objeto de cobros indebidos, ilegales o arbitrarios¹³.

Pues bien, a propósito de este conjunto de derechos cobra relevancia el art. 1546 del *Código Civil* en aquella parte que señala que los contratos no solo obligan a lo que en ellos se expresa (clausulado contractual) sino a todas aquellas cosas que *emanan de la naturaleza de la obligación* o que por ley o costumbre pertenecen a ella, cuestión que el tribunal esboza en términos muy generales en el considerando décimo al que ya nos hemos referido, toda vez que precisa:

“las obligaciones que emanan de este contrato deben ser ejecutadas por las partes al tenor de los derechos y deberes que consagra la Constitución Política de la República y normativas especiales aplicables a esta relación contractual de naturaleza educacional (...)”.

En realidad lo que pretendió indicar fue que el núcleo obligacional del contrato no solo se integra por las cláusulas contenidas en él, sino, también, por el respeto de los derechos reconocidos en la Ley General de Educación a los alumnos y padres, madres y apoderados y la observancia de las garantías constitucionales de las que ellos emanan. Pero el alcance del art. 1546 es más amplio, ya que añade además “aquellas cosas que emanan de la *naturaleza de la obligación*”, debiendo entenderse, como precisa el profesor Alejandro Guzmán, que la expresión ‘cosas’ constituye un giro del lenguaje

¹³ Disponible en www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3225&prmBoletin=2862-04 [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].

“empleado para expresar la idea de que a partir del ser, estructura u organización de cada obligación puede derivarse algo no declarado, pero que resulta necesario para la total satisfacción de la prestación obligacional de que se trata”¹⁴.

Tal idea nos reconduce a la noción de *obligación esencial*, admitida por el tribunal en el considerando tercero. Y es que los derechos y garantías constitucionales que hemos aludido, integrados al contrato, constituyen para el establecimiento educacional *obligaciones esenciales*, esto es, son inherentes y consustanciales al contrato de prestación de servicios educacionales. Dogmáticamente se las ha abordado entre nosotros como único fundamento de la condición resolutoria tácita¹⁵ (causal hoy aplicable a la resolución por incumplimiento¹⁶) y como un límite a la procedencia de las cláusulas de irresponsabilidad. Pero lo cierto es que si consideramos que esa denominación emana del art. 1444 del *Código Civil* fácil es concluir que la observancia de todos los derechos y garantías referidos pueden ser enunciados como una *obligación esencial*, porque sin ella el contrato de prestación de servicios educacionales no se configuraría como tal. Dicho de otra forma, no estaría dotado de su exacto contenido y esta es la cuestión que el tribunal debería haber dibujado más detenidamente y no con el reenvío general que realiza en el considerando duodécimo antes referido.

Es probable que esta omisión se deba a que el *contenido del contrato* no es un tópico que haya concitado especialmente la atención de nuestra dogmática –que se ha focalizado en la distinción entre objeto ideal y objeto real de la obligación¹⁷–, a diferencia de lo que ha ocurrido en la comparada¹⁸ y en los principales instrumentos de armonización del derecho contractual europeo¹⁹. Como señala la profesora española Carmen García, el contenido del contrato es la suma de las concretas previsiones de las partes, de los instrumentos integradores de dicha voluntad y del entramado de derechos y obligaciones generados entre ellas, constatación que permite afirmar que este no se limita a la definición que han dado los contratantes a las prestaciones debidas, sino a la completa *operación jurídica* que organiza la economía del contrato²⁰.

¹⁴ GUZMÁN (2002), p. 17. En tal sentido precisa que es necesario un examen de la obligación y de su naturaleza para determinar “si de ella emana otra ‘cosa’ que deba ser considerarse obligatoria aunque no se haya en la obligación”.

¹⁵ KREBS (1999), pp. 839-874.

¹⁶ Por todos VIDAL (2009), pp. 221-258 y MEJÍAS (2011).

¹⁷ VIDAL (2007), pp. 41-59.

¹⁸ ELIZALDE (2015) y GARCÍA (2017), pp. 1073-1137.

¹⁹ Tal es el caso del capítulo 6 de los PECL, del capítulo 9 del DCFR y del título II del capítulo IV de la PME, dado que ellos regulan, según el caso, la vinculación de la información precontractual, la heterointegración del contrato, la determinación del precio, las características de la prestación, el idioma del contrato, las cláusulas abusivas y las cláusulas no negociadas individualmente. A ello se agrega el art. 1128 del *Code* que, a partir de la reforma del año 2016, tipifica el “contenido lícito y cierto” como un requisito de validez del contrato.

²⁰ GARCÍA (2017), pp. 1085-1086.

Dicho de otro modo, se trata de la *lex contractus* que se configura no solo a partir de su clausulado, sino que, como precisa Francisco Elizalde²¹ de la interacción dinámica de diferentes fuentes que exceden la autonomía de la voluntad y entre las que cobra especial relevancia la buena fe y, en el caso que comentamos, los derechos de los alumnos, padres, madres y apoderados y las garantías constitucionales de la igualdad ante la ley y el derecho a la educación y obligaciones esenciales del establecimiento educacional.

Actualmente existen dos formas de concebir el contenido del contrato; una *clásica* o *tradicional* propia de los *Códigos* decimonónicos que, por decirlo de algún modo, es *estática*, dado que dicho contenido forma parte de la formación y perfección del contrato; y otra *moderna* o *reciente* de carácter dinámico, recogida por algunos instrumentos de armonización de derecho contractual y el *Code*, según la cual se puede dar por perfeccionado un contrato que tenga un “contenido suficiente”, aunque incompleto, colmándose tales lagunas a través de índices legales de integración, distinguiéndose la formación y perfección del contrato de su contenido²².

Sin embargo, más allá del modelo al que se adhiera, se trata de una noción *fundamental*, toda vez que la existencia del incumplimiento dependerá de qué se entienda incorporado al contenido del contrato. Considerando los elementos que configurarían dicho contenido en el supuesto sobre el que se pronuncia esta sentencia, fluye que la cancelación de la matrícula se traduce en la inobservancia de dos derechos de las alumnas reconocidos en el art. 10 de la Ley General de Educación, cuales son:

- i) no ser discriminadas arbitrariamente y
- ii) ser evaluadas y promovidas de acuerdo con un sistema objetivo y transparente,

dado que como lo referimos precedentemente el tribunal no tuvo por acreditado que el establecimiento tuviera conocimiento de las necesidades especiales de dichas alumnas. Tal inobservancia se reconduce al incumplimiento de dos *obligaciones esenciales* que fluyen del contrato de prestación de servicios educacionales: ceñirse a un procedimiento para activar la cancelación de matrículas de los estudiantes y asegurar la continuidad de su educación, ya que a la época en que se canceló la matrícula la admisión en otros establecimientos estaba cerrada.

Sin embargo, el tribunal intenta justificar en forma confusa el incumplimiento de esta obligación en el considerando décimo séptimo de su sentencia recurriendo a la buena fe contractual en los siguientes términos:

“Que asimismo, aplicando el mismo principio de la buena fe a la presente controversia se advierte que al menos el Colegio debió haber considerado que al momento de adoptar la medida los procesos de ad-

²¹ ELIZALDE (2015).

²² En tal sentido véase GARCÍA (2017), pp. 1087-1091.

misión de los demás establecimientos educacionales se encontraban concluidos, por lo que la posibilidad de matricularlas para el siguiente período académico era por lo menos difícil, lo que denota una actitud contraria al principio de la buena fe que inspira nuestra legislación y que constituye parte de los incumplimientos cuya sanción se solicita por el actor. Y aun cuando advirtiera la dificultad de las niñas con posterioridad, anticipar con mejor tiempo la posibilidad de alejarlas del plantel, una vez ya conocido ese hecho”.

Pues bien, frente a tal incumplimiento el acreedor podría recurrir a los medios de tutela que nuestro ordenamiento jurídico le otorga y que han sido estudiados con detención por nuestra dogmática más reciente²³, considerando que, tratándose de los contratos de servicios, se agregan algunas modalidades de cumplimiento específico, cual es el caso de la reparación y sustitución²⁴, que no están regladas en otros contratos. Y es que, como expresa la profesora María Sara Rodríguez²⁵, en tales contratos el acreedor puede solicitar nuevamente la prestación del servicio, que se vuelva a ejecutar el contrato o se subsane el incumplimiento, la devolución del precio a través de la resolución del contrato o la indemnización de daños.

Si se considera que la obligación incumplida reviste un carácter *esencial* resulta lógico pensar que el acreedor preferirá inclinarse por la resolución por incumplimiento. Pero como el recurso de protección interpuesto por la actora se acogió y se ordenó la anulación de la cancelación de la matrícula, ella resultaba inoficiosa, quedando como alternativa la indemnización autónoma para resarcir los daños ocasionados por dicha medida. De hecho, el tribunal ni siquiera cuestiona su interposición en forma exclusiva. El problema que se plantea, entonces no es el medio de tutela escogido –que es el más adecuado en el supuesto analizado– sino la justificación del resarcimiento del daño moral que se reclama y su cuantificación.

2. La esfera de protección o resguardo del contrato como criterio justificante de la procedencia del daño moral

Establecida la pertinencia de demandar la indemnización de daños, la pregunta que debería haberse formulado el tribunal es, como lo sugerimos en un comentario anterior publicado en esta misma revista²⁶, si el daño moral alegado por la demandante se encontraba *protegido por el contrato*, esto es, si el riesgo de su ocurrencia fue asumido por el prestador de servicios. Y para responderla habría sido conveniente, como apuntamos en aquella oportunidad, que recu-

²³ LÓPEZ (2019), pp. 143-169 y CÁRDENAS-REVECO (2018).

²⁴ Sobre este tópico véase MEJÍAS (2018), pp. 415-429.

²⁵ RODRÍGUEZ (2014), p. 792 y ss.

²⁶ LÓPEZ (2017), pp. 316-318.

riera a *criterios* que exceden el contenido extrapatrimonial de la prestación²⁷, formulados en el último tiempo por la doctrina comparada y nacional. Estos son, por un lado, la *naturaleza* de la obligación o de las circunstancias que rodean a esta última²⁸, la *profesión u oficio* del deudor y la *información* que se le hubiere proporcionado²⁹ y, por otro, la *función típica* del contrato³⁰ y el *propósito práctico* perseguido por los contratantes³¹.

En el caso que comentamos, los criterios de ponderación son indiscutiblemente la *naturaleza de la obligación*, la *función típica* del contrato y el *propósito práctico* perseguido por los contratantes. Todos ellos se reconducen a la *prestación de los servicios educacionales*, determinando el carácter esencial de las obligaciones incumplidas, y nos permiten sostener que el daño moral que se reclama estaba comprendido en la *esfera de protección del contrato* celebrado, toda vez que ha sido asumido por el deudor al tiempo de contratar³². Dicho de otra forma, es un daño previsible, no porque *estimó* o se *representó* que este se produciría como consecuencia del incumplimiento³³, sino porque, como lo ha consignado nuestra doctrina más reciente³⁴, lo asumió en dicha época, de modo que se debe indemnizar.

Cuestión distinta es que el monto demandado (\$60 000 000) y el otorgado (\$8 000 000) difieran en forma ostensible. La explicación se encontraría en el hecho de que el tribunal no tuvo por acreditado que el establecimiento educacional hubiera tenido conocimiento de las necesidades especiales de las alumnas al momento de admitirlas, motivo por el cual el demandante dedujo recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Lo cierto es que siendo excesiva la suma demandada la apreciación prudencial que realiza requería una argumentación contundente que la sustentara. Una alternativa habría sido reiterar que no se probó el conocimiento de tales necesidades, de modo que la discriminación solo alcanzó a la falta de procedimiento para impugnar la medida, pero como el tribunal de primera instancia alude a ellas en el considerando décimo noveno para ponderar el daño moral hubiese sido confuso. Otra, por lo mismo más adecuada, podría haber sido extrapolar un criterio fundado contenido en los baremos confeccionados por la Universidad de Concepción. Sin embargo, la Corte no recurre a ninguna de las dos.

²⁷ Expuestos en VIDAL (2013), pp. 652-660.

²⁸ DOMÍNGUEZ (2000), pp. 547-550.

²⁹ La totalidad de estos referidos en SAN MARTÍN (2014), pp. 662-666.

³⁰ DE LA MAZA (2016a).

³¹ Estos dos últimos criterios en MORALES (2011), pp. 288-289.

³² DE LA MAZA (2018), p. 293 y ss.

³³ Una síntesis en DE LA MAZA (2016b), pp. 566-572.

³⁴ SAN MARTÍN (2014), pp. 652-668, DE LA MAZA (2016b), pp. 559-583 y DE LA MAZA (2018), p. 293 y ss.

c) El régimen de responsabilidad de la demandada

El último aspecto que debió indicar claramente el tribunal es el régimen según el cual el establecimiento educacional y su sostenedor debían indemnizar el daño moral causado. Y es que, como apuntamos más atrás, ni la sentencia de primera ni la de segunda señalan a qué título responde la demandada, en circunstancias que podrían presentarse al menos tres alternativas: responsabilidad solidaria, responsabilidad concurrente (o por el total no solidaria) y responsabilidad simplemente conjunta.

Claro está que no existiría solidaridad, pues se requiere norma expresa que la contemple, lo que no acontece en este caso. La pregunta que surge, entonces, es si los demandados están obligados por su parte o cuota al resarcimiento del daño o en forma concurrente. Para contestarla, debe determinarse si la obligación incumplida por el establecimiento educacional y su sostenedor es la misma o se trata de obligaciones diversas. En el primer supuesto estaremos ante obligaciones *simplemente conjuntas* o *mancomunadas* en que cada uno de ellos debe responder por su parte o cuota; en el segundo, la responsabilidad será *concurrente* y resultan obligados por el total.

Y es que, como lo indica el art. 46 a) de la Ley General de Educación el sostenedor es la persona jurídica de derecho público, tal como las municipalidades y otras entidades creadas por ley, y la persona jurídica de derecho privado cuyo objeto social único sea la educación, como acontece en este caso. Dicho artículo señala que este “será responsable del funcionamiento del establecimiento educacional”, obligación que detalla el inciso segundo del art. 10 letra f) de la misma ley, precisando, además, en lo que aquí interesa, que debe “garantizar la continuidad del servicio educacional durante el año escolar”. El sostenedor tiene, en consecuencia, la vigilancia y supervisión del establecimiento educacional.

El establecimiento educacional, por su parte, se encuentra a cargo de un *equipo docente directivo* que, por disposición del art. 10 letra f) de dicha ley tiene por obligación “conducir la realización del proyecto educativo del establecimiento que dirigen”, liderando, entre otras cosas, los establecimientos a su cargo sobre la base de sus responsabilidades, propender a elevar la calidad de estos y cumplir y respetar todas las normas del establecimiento que conducen.

De lo dicho anteriormente fluye que se trata de *obligaciones concurrentes*, esto es, diversas e independientes que convergen en un mismo objeto o prestación, de modo que los deudores, a pesar de tener *diversos vínculos* originados en fuentes distintas, deben cumplir pagando la misma o idéntica prestación y responden por el total³⁵. Esta característica es fundamental, ya que, a diferencia de lo que acontece en las obligaciones solidarias, como no existe conexión entre los deudores, lo que afecta o beneficia a uno de ellos no se extiende a los otros y, efectuado el pago por uno de ellos, no opera la subrogación. No

³⁵ CORRAL (2015), p. 457.

sucede lo mismo con la acción de reembolso que procederá dependiendo de la causa de cada obligación y de la forma en que estas se relacionan. Así, en este caso, atendidas las circunstancias que dieron lugar al nacimiento de las obligaciones concurrentes, el deudor que pague tendrá derecho a pedir el reembolso no por el total, sino por una parte de la deuda, pues su culpa ha incidido causalmente en la producción del daño³⁶.

Por consiguiente, convergen dos agentes productores del daño: el establecimiento educacional, por un lado, y el sostenedor, por otro. El daño, entonces, encuentra su causa en la culpa *in vigilando* del primero y en la *falta de organización, gestión o cumplimiento de la actividad educativa* del segundo³⁷, aproximándose a la responsabilidad del deudor (sostenedor) por un tercero dependiente (establecimiento educacional) tipificada en el art. 1679 del *Código Civil* que no fue demandada, a pesar de que se configura una relación de dependencia del establecimiento educacional respecto de aquel. Y es que de conformidad a la parte final del literal a) del art. 46 de la Ley General de Educación, el sostenedor es “responsable del funcionamiento del establecimiento educacional”, toda vez que, como el mismo precepto señala, instaura el proyecto educativo, lo gestiona y administra con el propósito que su equipo directivo lo lleve a cabo.

De lo dicho hasta acá es posible advertir que la sentencia que comentamos muestra tres cuestiones relevantes que deben comenzar a considerarse tanto por los litigantes como por los tribunales en casos como los que han sido objeto de este comentario. La primera es que se hace necesario un cambio de perspectiva para justificar la procedencia del daño moral, entendiendo que los riesgos que cubre el contrato son los asumidos al momento de contratar³⁸. La segunda es que tratándose del establecimiento educacional y el sostenedor existe responsabilidad *concurrente* cuando ha existido una cancelación arbitraria e ilegal de las matrículas de sus alumnos. Y, la tercera, es que para determinar el incumplimiento en estos contratos se requiere una adecuada ponderación de su *contenido*, debiendo considerar que también se integra por los derechos contenidos en la Ley General de Educación y por las garantías constitucionales a las que hemos aludido, cuya vulneración no solo activa el recurso de protección. Esta constatación es relevante, dado que abre al acreedor una vía distinta a la de la responsabilidad extracontractual y más conveniente si se considera que el incumplimiento se presume culpable³⁹ y que en este caso se demandó al establecimiento y su sostenedor –y no a este último por el hecho de su dependiente–, de modo que en sede extracontractual no podría haberse invocado la aplicación del art. 2320 del *Código Civil*.

³⁶ CORRAL (2015), pp. 469 y 471.

³⁷ LÓPEZ (2018), p. 335.

³⁸ SAN MARTÍN (2014), pp. 652-668, DE LA MAZA (2016b), pp. 559-583 y DE LA MAZA (2018), p. 293 y ss.

³⁹ Incluso tratándose de las obligaciones de medios. Por todos PEÑAILILLO (2003), pp. 228-230.

BIBLIOGRAFÍA

- BRANTT Z., Mariela Graciela, Claudia MEJÍAS ALONZO (2018). “El contrato de servicios como categoría general en el derecho chileno. Su contenido y rasgos distintivos”. *Ius et Praxis*. Año 24, n.º 3, pp. 583-618. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n3/0718-0012-iusetp-24-03-00583.pdf> [fecha de consulta: 12 de octubre de 2019].
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia y José Luís UGARTE CATALDO (2019). “Hacia una distinción entre la afectación de los derechos fundamentales y la provocación del daño moral”, en Esteban PEREIRA FREDES (ed.). *Fundamentos Filosóficos del Derecho Civil*. Santiago: Rubicon Editores.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2015). “Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes”, en Álvaro VIDAL OLIVARES, Gonzalo SEVERIN FUSTER, Claudia MEJÍAS ALONZO (eds.). *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Thomson Reuters.
- CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo, Ricardo REVECO URZÚA (2018). *Remedios contractuales*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- DE LA MAZA, Iñigo, (2016a). “Reputación y cuenta corriente”. Análisis Jurídico, Contratos y responsabilidad. *El Mercurio Legal*. Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/10/26/Reputacion-y-cuenta-corriente.aspx [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2016b). “Prever y asegurar”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (ed.), Manuel BARRÍA PAREDES (coord.). *Estudios de Derecho Civil XI*. Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2018). “El daño moral en materia contractual: la mirada de la Corte Suprema”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 45, n.º 2, pp. 275-309. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v45n2/0718-3437-rchilder-45-02-00275.pdf> [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000). *El daño moral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2019). “El principio de la reparación integral del daño y su proyección en materia de daño moral causado por afectación al honor de la persona en Chile”, en Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO (ed.). *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo*. Madrid: Editorial Thomson Reuters.
- ELIZALDE IBARBIA, Francisco (2015). *El contenido del contrato*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor (2017). “El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC)”. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo 70, fascículo 3. Madrid.

- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2011). “Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 38, n.º 1, pp. 89-100. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v38n1/art05.pdf> [fecha de consulta: 23 de octubre de 2019].
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002). “La buena fe en el Código Civil de Chile”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 29, n.º 1. Santiago, abril.
- KREBS PAULSEN, Claus (1999). “La inejecución de las obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada “condición resolutoria tácita”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26, n.º 4, pp. 839-874. Disponible en <file:///C:/Users/HOME/Downloads/Dialnet-LaInejecucionDeObligacionesEsencialesComoUnicoFund-2650134.pdf> [fecha de consulta: 23 de octubre de 2019].
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2017). “Indemnización de daños autónoma por incumplimiento contractual. Vencimiento del término esencial. Infracción de obligaciones de advertencia. Daño moral y esfera de protección del contrato. Corte Suprema, 14 de noviembre de 2016, rol N° 5746-2016. Cita en línea LegalPublishing CL/JUR/7557/2016”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 28. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n28/0718-8072-rchdp-28-0307.pdf> [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2018). “Responsabilidad civil extracontractual por bullying o acoso escolar. Infracción del artículo 16 b de la Ley general de educación. Presunción de culpabilidad por hecho propio. Responsabilidad del guardián. Obligación concurrente. Indemnización de daños. Daño moral. Corte Suprema, 30 de agosto de 2018, rol 8088-2018. Cita en línea Vlex 2127/8088-2018/CL/vid/744843321”. *Revista chilena de Derecho Privado*. N.º 31. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n31/0718-8072-rchdp-31-0321.pdf> [fecha de consulta: 14 de octubre de 2019].
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2019). *La tutela precontractual del acreedor: una aproximación desde el Código Civil Chileno y su interrelación con la tutela contractual*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2011). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*. Santiago: Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2018). “La reparación y sustitución como modalidades de la ejecución forzada en los contratos de servicios” en Álvaro VIDAL OLIVARES y Rodrigo MOMBERG URIBE (eds.). *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2011). “La indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI (coord.), *Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas, Cuadernos de Análisis Jurídico*, Colección Derecho Privado. Vol VII. Santiago.
- PEÑAILILLO Arévalo, Daniel (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2014). “La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño por incumplimiento contractual”, en Susan TURNER, Juan Andrés VA-

- RAS BRAUN (coords.). *Estudios de Derecho Civil IX*. Santiago: Editorial LegalPublishing Thomson Reuters.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2014). “Responsabilidad por incumplimiento de contratos de servicios. La protección del consumidor y del cliente por prestaciones defectuosas”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 41, n.º 3. Santiago, diciembre.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007). “Cumplimiento e Incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 34, n.º 1, pp. 41-59. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100004.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009). “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N.º 32, pp. 221-258. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n32/a06.pdf> [fecha de consulta: 23 de octubre de 2019].
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2013). “Criterios para la procedencia de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual. Una mirada desde el derecho contractual”, en Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, Joel GONZÁLEZ CASTILLO, Marcelo BARRIENTOS ZAMORANO, Juan Luís GOLDENBERG SERRANO (coords.). *Estudios de Derecho Civil VIII*. Santiago: Editorial LegalPublishing Thomson Reuters.
- VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen (2009). *Los contratos de servicios*. Madrid: Editorial La Ley.

Jurisprudencia citada

- Maldonado con Constructora De Vicente Limitada: Corte Suprema, 12 de septiembre 2017, rol 6889-2017 (recurso de casación en el fondo). Disponible en https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:2127/brantt+servicios/by_date/WW/vid/693065201 [fecha de consulta: 12 de octubre de 2019].
- Saavedra con Colegio Santa Cecilia y Congregación de la Preciosa Sangre Chilena: 9º Juzgado civil de Santiago, 2 de marzo de 2018, Rol 20378-2016 (demanda de indemnización de daños). Disponible en https://civil.pjud.cl/CIVIL-PORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Tribunal=267&CRR_IdTramite=97714895&CRR_IdDocumento=88206293 [fecha de consulta: 14 de octubre de 2019].
- Saavedra con Colegio Santa Cecilia y Congregación de la Preciosa Sangre Chilena: Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de abril de 2019, Rol 7379-2018 (recurso de apelación). Disponible en https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=25620078&CRR_IdDocumento=22578823 [fecha de consulta: 14 de octubre de 2019].

CONTRATOS ESPECIALES

Javier Rodríguez Díez

Profesor de Derecho Romano

Pontificia Universidad Católica de Chile

DEPÓSITO IRREGULAR Y RESTITUCIÓN DE FONDOS SUSTRÁIDOS EN FRAUDE BANCARIO.
CORTE SUPREMA, 13 DE MARZO DE 2019, ROL N.º 29.635-2018.

I. INTRODUCCIÓN

Para hacer frente a un problema tan moderno como los fraudes bancarios por medios electrónicos, y específicamente a la cuestión sobre quién debe asumir el riesgo de pérdida del dinero (el banco o el cuentacorrentista) la Corte Suprema ha recurrido en los últimos meses a una curiosa figura contractual que hunde sus raíces en el derecho romano: el depósito irregular¹. El art. 2221 del CC dispone que en el depósito de dinero se presumirá –salvo circunstancias excepcionales– que el depositario podrá emplearlo, quedando, por lo mismo, obligado a restituir otro tanto en la misma moneda. Sobre la base de esta norma, una reciente sentencia ha afirmado que la sustracción fraudulenta de dinero mediante transferencias electrónicas no afectaría al cliente, sino que al banco, que es el propietario del dinero depositado y que está obligado a restituir otro tanto de la misma moneda.

Pese a que esta solución ha sido alabada por connotados académicos² y encuentra cierto apoyo en la doctrina comparada³, presenta al mismo tiempo importantes dificultades, de las cuales la más evidente consiste en determinar cuándo debe atenderse a la negligencia atribuible al cliente, lo que ha obligado a matizar este criterio en fallos posteriores. Asimismo, si bien al contrato de cuenta corriente se le pueden predicar ciertas características del depósito irregular, cabe preguntarse, ¿hasta qué punto resulta aceptable aproximarse al problema de los fraudes bancarios sobre la base de las reglas que gobiernan esta figura? El análisis de estos elementos plantea importantes reparos al alcance que la Corte Suprema otorga al art. 2221 en relación con los fraudes bancarios.

¹ Para el origen y desarrollo de esta institución véase GUZMÁN (2016), pp. 85-109.

² ALVEAR (2019); CORRAL (2019); MENDOZA Y MUNITA (2019).

³ Véase la doctrina francesa citada por HERRERA (1999), p. 304 n. 195.

II. LA CUESTIÓN DEBATIDA

La víctima del fraude bajo análisis fue Novapro, y en particular la asistente de la compañía, quien buscaba realizar ciertas transferencias a sus proveedores. Luego de ingresar al sitio web del banco, se le pidió descargar –paradójicamente– un programa para prevenir fraudes, sin darle la opción de saltar este paso. A continuación, la página le solicitó ingresar dos veces la clave del *digipass* (dispositivo electrónico de verificación de identidad), luego de lo cual el sistema se bloqueó. En los próximos minutos se verificaron siete transferencias a tres cuentas distintas, sustrayendo un monto de \$26 099 996. Momentos más tarde, la compañía recibió el llamado de la unidad antifraudes del banco, consultando por estas transferencias inusuales. Novapro afirmó que las operaciones eran fraudulentas, luego de lo cual se realizaron las gestiones para objetarlas, interponiéndose además la denuncia respectiva.

Pese al oportuno llamado del banco, las transferencias ya habían sido realizadas y no pudieron ser bloqueadas. El banco respondió a los requerimientos del cliente, señalando que no era posible proceder a la devolución de fondos, ya que no se había constatado la vulneración a los datos e infraestructura del banco. En otras palabras, la seguridad falló del lado del cliente. Sin perjuicio de ello, se restituyó alrededor de una quinta parte de los fondos sustraídos sobre la base de un seguro de protección bancaria.

Ante la negativa del banco, Novapro interpuso un recurso de protección, alegando la vulneración de su derecho de propiedad sobre el dinero depositado en su cuenta corriente. Se indicó que las transferencias eran claramente fraudulentas, pese a lo cual el banco no las bloqueó, vulnerando así la normativa de la SBIF, y en particular el capítulo 1-7 de la *Recopilación Actualizada de Normas*. Se consignó, además, una serie de irregularidades, como la velocidad con que se transfirió a destinatarios desconocidos, el número de transferencias y los montos involucrados, los cuales no tienen relación con el número de veces que se ingresó la clave del *digipass* ni con los límites dispuestos para evitar fraudes. Por lo anterior, resultaría claro que los sistemas de control y seguridad del banco sí fueron vulnerados, quedando, por lo mismo, obligado restituir los fondos sustraídos.

El banco negó que se hubiese producido vulneración alguna a sus sistemas, acompañando al efecto un certificado de una empresa externa que acredita esta circunstancia. El cliente habría sido víctima de una forma de *phishing*, fraude que consiste en duplicar una página web para hacer creer al usuario que se encuentra en el sitio original. En ese contexto, habría sido el propio cliente quien proporcionó sus claves a un tercero, las cuales se encontraban bajo su exclusiva custodia, en circunstancias que los bancos continuamente informan a los clientes que no les solicitarán sus claves. El cliente falló en su obligación de custodia de sus claves estipulada en el contrato suscrito con el banco, mientras que este último cumplió con su obligación de cursar las transferencias suscritas por medio de los dispositivos de seguridad entregados. Sería insostenible hacer

responsable al banco en situaciones como esta, ya que los titulares podrían desconocer sus propias transacciones alegando un fraude. Se trata, en definitiva, de situaciones que caen fuera de la esfera de control del banco. A modo de analogía, el recurrido invocó las reglas sobre el pago de cheques falsificados: como el cliente es responsable del cuidado de su chequera, será él quien debería soportar la pérdida monetaria por el cobro del cheque; sin embargo, el banco es responsable si la firma es visiblemente disconforme o el cheque tenía orden de no pago vigente (Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, art. 16 y ss.), por cuanto se trata de circunstancias que caen dentro de su esfera de control. Finalmente, el banco alegó que el recurso de protección no sería el medio idóneo para resolver la controversia, ya que los derechos involucrados no serían indubitados, pudiendo comprobarse la vulneración de las redes solo por medio de los respectivos peritajes en el marco de un juicio ordinario.

La Corte de Apelaciones de San Miguel se apoyó en una jurisprudencia asentada para declarar que no es posible dar por establecido de manera fehaciente la ineficacia del banco en materia de seguridad, cuestión que correspondería a un juicio de lato conocimiento y que resulta ajena al recurso de protección⁴. Dicha sentencia fue revocada por la Corte Suprema⁵ al conocer el recurso de apelación interpuesto por Novapro. El fallo no analizó el problema fáctico de la vulneración de seguridad o la responsabilidad de los involucrados, sino que se concentró en la aplicación de las normas del depósito irregular a la cuenta corriente bancaria y, específicamente, en la obligación de restituir la misma cantidad de dinero recibido⁶. A partir de este dato, la sentencia resolvió que las reglas del depósito irregular implicarían que la pérdida monetaria de cualquier fraude bancario recaería siempre sobre el banco, quien tendría una obligación genérica sobre cosa fungible respecto de sus clientes, siendo jurídica y físicamente imposible acreditar la identidad de las especies sustraídas, por lo que debería asumir la pérdida de dichos bienes en cuanto propietario de estas⁷.

⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 13 de noviembre de 2018 en causa n.º 5770-2018.

⁵ Corte Suprema, sentencia de 13 de marzo de 2019 en causa n.º 29.635-2018.

⁶ Considerando 4º: "(...) En el presente caso al recaer el depósito en una suma de dinero que no está destinada a mantenerse en arca cerrada, se presumirá que se permite emplearlo, quedando obligado el depositario a restituir igual cantidad en la misma moneda. Este es el denominado en doctrina como depósito irregular, regido por las reglas generales del depósito propiamente dicho, con las salvedades asociadas a que la cosa depositada se recibe en género 'dinero o cosa fungible' debe ser restituida en un monto equivalente y no en especie, como es que, a menos que se acuerde lo contrario, el depositario puede servirse de la cosa que le ha sido entregada, adquiriendo, a cambio, el deber de enterarla en otro tanto cuando le sea requerida, en consecuencia, se hace dueño de la cosa que recibe, siendo este contrato de depósito un título traslativo de dominio y no de mera tenencia como ocurre en el depósito ordinario".

⁷ Considerando 7º: "...aun cuando el fraude informático se haya ejecutado mediante el uso irregular de los datos y claves bancarias personales del recurrente de autos, no resulta posible soslayar que lo sustraído es dinero, bien fungible que se confunde con otros de igual poder liberatorio, con lo que resulta no sólo jurídica sino físicamente imposible sostener y menos acreditar la exacta identidad de las especies sustraídas mediante el fraude ejecutado a través de la cuenta

Por lo anterior, la negativa del recurrido a asumir dicha pérdida resultaría ilegal y arbitraria, afectando el patrimonio del actor de conformidad al art. 19 n.º 24 de la *CPR*. No puede dejar de advertirse en este punto la paradoja de que un recurso de protección fundado en la propiedad del cliente sobre el dinero en su cuenta corriente se fallara de modo favorable atendiendo a la propiedad del banco sobre el dinero depositado, cuestión que en cualquier caso escapa al objetivo de este comentario.

III. COMENTARIO

1. Severidad del criterio establecido y limitaciones jurisprudenciales

Para efectos prácticos, lo primero que llama la atención del fallo bajo análisis es que propone un criterio según el cual los bancos responden invariablemente por las consecuencias de los fraudes informáticos, en cuanto dueños de los montos sustraídos. En este contexto, resultaría irrelevante el nivel de diligencia que haya observado el cliente en el manejo de sus claves personales.

El hecho que la conducta del cliente sea indiferente para distribuir el riesgo asociado al fraude hace que el criterio descrito sea tanto más insostenible cuanto más ostensible sea la falta de cuidado del cuentacorrentista. Por lo mismo, no es de extrañar que en sentencias posteriores se haya rechazado el recurso de protección, aunque sí resulta peculiar el fundamento del rechazo: si bien es cierto que el banco está obligado a restituir una cosa genérica y fungible –razona la Corte– no es menos cierto que ello presupone que el usuario no tuvo responsabilidad alguna en el fraude⁸. Esta fundamentación resulta sorprendente, ya que tanto la sentencia que acogió el recurso de Novapro como otras similares⁹ prescinden de cualquier análisis subjetivo, afirmando que el banco responderá siempre por los montos sustraídos en cuanto propietario

bancaria del actor, circunstancia que fuerza a concluir que en definitiva el único y exclusivo afectado por el engaño referido es el banco recurrido, dada su calidad de propietario del mismo y al ser en quien recae finalmente el deber de eficaz custodia material de éste, debiendo adoptar, al efecto, todas las medidas de seguridad necesarias para proteger adecuadamente el dinero bajo su resguardo”.

⁸ Jara con Banco del Estado de Chile (2019), cons. 4º: “Que, si bien esta Corte ha sostenido –como lo propone el recurrente– que el contrato de cuenta corriente bancaria constituye una especie de depósito respecto de un bien eminentemente fungible, y que es de cargo del depositario el riesgo de pérdida de la cosa depositada durante la vigencia de la convención (...), ello ha sido en el entendido que tal pérdida se ha producido por causa ajena a la voluntad del depositante o cuentacorrentista, circunstancia de hecho que dista o difiere de los presupuestos fácticos enumerados en el motivo precedente pues, como allí consta, en el caso concreto ha sido el recurrente quien proporcionó a terceros los mecanismos de seguridad indispensables para concretar los giros cuestionados...”. En el mismo sentido Rodrigo Bravo Fuentes con Banco del Estado de Chile (2019); Maderas Juan Valenzuela Caro y Compañía Limitada con Banco Santander Chile (2019).

⁹ Véase a modo ejemplar Patricio Beltrami Fuentes con BBVA Chile S.A. (2019), fallo comentado por ALVEAR (2019), CORRAL (2019) y MENDOZA Y MUNITA (2019). El criterio objetivo también había sido observado anteriormente en sentencias como Bottai con Campomanes (2018).

de estos en el contexto del depósito irregular. Pese a ello, a partir del rechazo de otros recursos se desprende que, después de todo, el nivel de diligencia del cliente sí es un factor relevante para determinar quién debe soportar la pérdida monetaria. En otras palabras, a pesar del intento de conciliar ambas soluciones, se trata de criterios abiertamente contradictorios.

La convivencia de sentencias de tipo objetivo –el banco responde porque es dueño– y subjetivo –el banco responde en la medida que el cliente no fue negligente– resulta especialmente insatisfactoria si se considera que la posibilidad de acoger un recurso de protección presume un acto ilegal y arbitrario frente a un derecho indubitado, lo que se condice con el criterio objetivo de la sentencia de Novapro –según el cual siempre el banco debe soportar la pérdida monetaria– pero no con el criterio subjetivo, que exige un análisis propio de un juicio de lato conocimiento, como han indicado algunos votos de minoría¹⁰.

La jurisprudencia reciente se ha inclinado decididamente por un análisis subjetivo, en el que las consecuencias asociadas a la calificación de la cuenta corriente como un depósito irregular han pasado a un segundo plano, mientras que el elemento clave para resolver está dado por la observancia del banco de una conducta adecuada a la regulación sectorial vigente, así como el nivel de cuidado del cliente en el manejo de sus datos personales¹¹. Más allá de lo curioso que resulta analizar estas materias en el contexto de un recurso de protección, la rápida caída en desuso del depósito irregular como fundamento principal de las sentencias que acogen los recursos en esta materia lleva a cuestionarse sobre las consecuencias que pueden derivarse de esta figura, cuestión que se abordará en el siguiente acápite.

2. El fraude bancario y el riesgo de pérdida de la cosa en el depósito irregular

Ante todo, resulta incuestionable que el riesgo asociado a la pérdida de una cosa en poder del deudor varía radicalmente según si la prestación recae sobre una cantidad de fungibles o cosas genéricas, o si recae sobre una especie o cuerpo cierto. La pérdida de la cosa será de riesgo del deudor en el primer caso (art. 1510 del CC) –el mutuuario sigue obligado a una cierta suma de dinero en caso de perder el dinero que tenía en su poder– mientras que en el segundo caso

¹⁰ Véase a modo ejemplar Patricio Beltrami Fuentes con BBVA Chile S.A. (2019) y Francisco Alviña Sánchez con Banco de Chile (2019).

¹¹ Véase a modo ejemplar Francisco Alviña Sánchez con Banco de Chile (2019); Rossana González Oporto con Banco Estado (2019); Badrie con Banco Santander Chile (2019). Particularmente ilustrativo resulta lo razonado en Carlos Aguilera Klenner con Banco Santander Chile (2019), cons. 7°: “...en esta materia, resulta indispensable analizar cada caso en su mérito, pues las circunstancias fácticas suelen diferir entre las diversas controversias sometidas a conocimiento jurisdiccional. Así, tratándose de determinar el grado de diligencia que el banco y el cuentacorrentista han empleado en el cumplimiento de sus obligaciones, no resulta posible formular soluciones amplias y de general aplicación”.

será el acreedor quien asuma el riesgo en la medida que la pérdida se produzca por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1670 y ss. del *CC*) –la obligación de restitución del comodatario se extingue por la imposibilidad de cumplimiento–, debiendo el deudor responder en caso de que la pérdida le resulte imputable o haya tenido lugar durante su mora¹². Para estos efectos, se verifica la pérdida o perecimiento de la cosa cuando ella se destruye, deja de estar en el comercio o desaparece y se ignora si existe (art. 1670 del *CC*).

Este esquema ilustra el riesgo de pérdida de la cosa en el contrato de depósito: si se trata de un depósito (regular), el depositario quedará obligado a restituir la misma cosa recibida, por lo que el art. 2222 del *CC* regula el grado de culpa por el que debe responder, disposición que resulta inaplicable en el depósito irregular, donde el depositario deberá restituir otro tanto del mismo género y cualidad, cargando por lo mismo de forma invariable con el riesgo de pérdida de las especies recibidas¹³. A modo de ejemplo, si alguien recibe en depósito irregular una suma de dinero y procede a guardarla en una bóveda, la cual a los pocos minutos sufre un incendio, robo u otra desgracia, no podrá alegar que su obligación de restitución se extinguió por el perecimiento de *esas* especies monetarias. En otras palabras, la suerte de los billetes y monedas que estén en el poder del depositario es irrelevante, ya que este se encuentra obligado a dar una cantidad de cosas fungibles genéricamente determinadas.

Llegados a este punto es posible advertir un salto en el razonamiento de la sentencia bajo análisis, en cuanto declara que es imposible sostener o acreditar la identidad de las especies sustraídas mediante el fraude bancario y que, como consecuencia de lo anterior, sería el propietario del dinero –el banco– quien debería soportar la pérdida patrimonial, en cuanto deudor de un depósito irregular.

La imposibilidad física y jurídica de acreditar la identidad de las especies sustraídas se explica por la naturaleza misma de la actividad bancaria moderna. Considérese al efecto que un cuentacorrentista tiene un crédito contra su banco por una suma de dinero, y que la transferencia de fondos –sea o no electrónica– entre dos cuentas corrientes no implica en realidad la transferencia de especies monetarias determinadas (su desplazamiento de un lugar a otro), sino que el asiento contable de un débito en contra de quien hace la transferencia y un crédito a favor de quien la recibe¹⁴, dando lugar a las respectivas

¹² PEÑAILILLO (2003), pp. 232-234; ABELIUK (2008), vol. II, pp. 1169-1171 (n.º 1190-1195). Esta distinción se encuentra formulada con claridad ya en Inst. Just. 3,14,2.

¹³ GUZMÁN (2016), p. 117. Esta consecuencia es descrita por POTHIER (1861), p. 155 (n.º 83).

¹⁴ PUELMA (1971), pp. 158-161; GEVA (2011), pp. 604-612; HERRERA (1999), p. 27: “Lo que caracteriza a la transferencia frente a otros modos de desplazar fondos es que en ella el movimiento de fondos se realiza sin el recurso al numerario, mediante meros apuntes de contabilidad”. Específicamente en materia de TEF en Chile véase RUIZ (1999) (n.º 48 y ss.). Sobre la inmaterialidad del dinero en las transferencias electrónicas y su configuración jurídica en el ámbito comparado véase BOADA (2019), pp. 182-200.

compensaciones entre los bancos involucrados¹⁵. En este contexto, hablar de una “transferencia” de dinero entre dos cuentas cumple una función abusiva o de designación catacrética, es decir, designa una cosa que carece de nombre propio (el asiento de un débito y un crédito entre los involucrados) con el nombre propio de otra (“transferencia”, es decir, la acción de pasar una cosa de un lugar a otro)¹⁶, del mismo modo que se habla de las “patas” de una silla o la “cabeza” de un alfiler¹⁷.

Lo que puede parecer una mera disquisición semántica ilustra sobre el verdadero alcance del problema del riesgo de pérdida de la cosa en poder del deudor obligado a dar una cantidad de fungibles, el cual asume la existencia de un objeto determinado en poder del deudor, que es su dueño, lo que permite afirmar que la cosa perece para su dueño (*res perit domino*). La transferencia de fondos, sin embargo, se desarrolla en un plano en que no hay cosas corporales determinadas involucradas, sino que solo cosas incorpóreas, consistentes en las obligaciones que surgen entre las distintas partes involucradas en la operación. La única forma de dominio que cabría identificar en este caso sería la propiedad del cliente sobre su crédito.

Las reglas sobre distribución del riesgo descritas en el fallo bajo análisis únicamente resultan aplicables cuando lo que perece es un objeto determinado de propiedad del deudor. Imaginemos que el banco prestara un servicio de transferencia de dinero en efectivo, en el que uno de sus empleados fuera enviado, por instrucción del cliente, a entregarle dinero contante a un tercero. Si en el trayecto el empleado del banco perdiera de cualquier forma ese dinero, estaríamos frente a un caso de perecimiento de especies monetarias que son propiedad del banco, sin que este último pudiese excusarse frente a su cliente, debiendo asumir la pérdida patrimonial de especies determinadas en su poder al seguir obligado a dar una cierta cantidad de un género determinado.

Los fraudes bancarios como el *phishing*, por su parte, entrañan una realidad muy distinta¹⁸, en la cual el cliente es suplantado para debitar contra su cuenta

¹⁵ Para efectos de las compensaciones, el capítulo 1-7 de la *Recopilación Actualizada de Normas* de la SBIF dispone que los bancos pueden participar en sistemas de transferencia electrónica de fondos interbancaria, resolviendo los pagos que se realicen diariamente como consecuencia del uso de esos sistemas en la cámara de compensación de operaciones interfinancieras de que trata el capítulo III.H.2 del *Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile*.

¹⁶ GEVA (2011), pp. 607-608: “...the characterization of the process as a ‘transfer’ is certainly a misnomer, as in fact nothing tangible or intangible is transferred. Rather, one debt, owed by a bank to the payer, extinguishes (or decreases), and allows for another debt, that of a bank to the payee, to arise (or increase) and substitute it substantially for the same amount. Stated otherwise, the payment order does not initiate an assignment of funds held by the payer’s bank”.

¹⁷ Para el concepto y ejemplos de “catacrisis” véase GUZMÁN (2016), pp. 38-39.

¹⁸ GEVA (2011), p. 60: “The operation of the payment mechanism does not involve the physical delivery of a bag of money from the debtor to the creditor via a third party carrier. Rather, the third party pays out of his own pocket, thereby either discharging his own debt to the debtor, or becoming the debtor’s creditor for the sum paid. Payment by the third party need not be in specie but could take place by the third party becoming indebted to the creditor in lieu of the original debtor”.

corriente. Tal como indica la sentencia bajo análisis, en este caso no es posible identificar especies monetarias determinadas. Sin embargo, contrariamente a lo que afirma la sentencia –y he aquí su insoluble inconsistencia– no es posible afirmar la propiedad del banco sobre las especies que fueron sustraídas, por la sencilla razón de que no hay especies monetarias determinadas involucradas. Resulta imposible aplicar la regla *res perit domino* en un caso donde no existe dominio del banco sobre una cosa determinada.

Asimilar una transferencia bancaria fraudulenta al “perecimiento” de especies que son propiedad del banco entraña una analogía que fuerza las categorías que rodean al riesgo de pérdida de la cosa en poder del deudor más allá de su funcionalidad. Esto es tanto más evidente si se considera que hace sentido cargar al banco con la pérdida de especies que estén en su poder, mientras que la suplantación de identidad del cliente suele verificarse en circunstancias que escapan al control del banco, y que normalmente involucran un cierto nivel de descuido del cliente. En este contexto, equiparar el incendio de una bóveda del banco a la suplantación informática de un cliente resulta inequitativo, no solo porque en el segundo caso no hay una pérdida de especies determinadas que son propiedad del banco, sino porque se trata de una situación que está fuera de su esfera de control.

En síntesis, nadie duda que el cuentacorrentista tiene un crédito contra el banco, que consiste en una obligación genérica, y que el banco no puede eximirse de cumplir con su obligación por la pérdida de objetos que correspondan a dicho género. Sin embargo, es igualmente cierto que en el *phishing* no se verifica el perecimiento de especies monetarias que son de propiedad del banco. Por lo mismo, las normas generales del depósito irregular relativas al perecimiento de objetos depositados resultan inaplicables para determinar la atribución del riesgo en caso de fraude bancario.

3. La cuenta corriente como depósito irregular y los deberes de cuidado de las partes

Si bien la doctrina suele considerar que el depósito en cuenta corriente constituye jurídicamente un depósito irregular¹⁹, solo pueden asociarse consecuencias puntuales a esta afirmación. Esta naturaleza jurídica implica, por ejemplo, que el cuentacorrentista puede exigir la devolución del monto depositado cuando quiera –a diferencia del mutuo– o que el banco puede disponer del dinero depositado en calidad de dueño, lo que viabiliza el negocio bancario²⁰. Fuera de aplicaciones puntuales como estas, existe una regulación especial en torno a la cuenta corriente, la cual exhibe una serie de características que son ajenas al depósito irregular y que lo dotan de una fisonomía propia²¹, lo que obliga a

¹⁹ CLARO (1935), pp. 50-53; PUELMA (1971), pp. 77 y 81-82; GUZMÁN (2016), pp. 119-120.

²⁰ GEVA (2011), p. 586; GUZMÁN (2016), pp. 19, 30-31 y 113-114.

²¹ PUELMA (1971), p. 64.

ser cuidadoso al aplicar las normas del depósito irregular a cualquier aspecto de la cuenta corriente.

Como se indicó en el acápite precedente, las normas sobre el riesgo de pérdida de las especies entregadas en el depósito irregular no ofrecen una solución al problema de los fraudes informáticos, desde que en este último caso no tiene lugar la pérdida de especies monetarias determinadas de propiedad del deudor. El núcleo del problema del fraude bancario estriba en la suplantación de la persona del deudor. En este contexto, en lugar de fijar una atribución objetiva de responsabilidad –como se desprende con claridad del fallo bajo análisis– corresponde evaluar los riesgos que entrañan las transferencias de fondos, determinar quién está en posición para evitarlos y, sobre la base de esto, fijar deberes de cuidado a cada parte, sea legal o contractualmente.

Si bien el problema del *phishing* es relativamente reciente, es posible encontrar normas para un problema análogo, como es la falsificación del cheque: en principio, la pérdida asociada al cobro de un cheque falsificado será de cargo del cuentacorrentista, ya que él debe cuidar su chequera; sin embargo, al banco le corresponde verificar, entre otras circunstancias, que la firma no sea visiblemente disconforme, por lo que será él quien responda en caso de no cumplir con este deber. De esta forma, se establece una distribución del riesgo atendiendo a los deberes de cuidado que cabe exigir de cada parte. La solución es más equitativa que hacer responder siempre al banco sobre la base de la existencia de una obligación de género con el cuentacorrentista.

Problemas de este tipo se ven exacerbados con la implementación de mecanismos tecnológicos que, aunque agilizan las operaciones bancarias, introducen nuevos desafíos. Se trata de riesgos que se verifican en mayor o menor medida no solo con las transferencias bancarias entre cuentas de distintos usuarios, sino con otras operaciones y productos bancarios, como las tarjetas de crédito o los giros desde cajeros automáticos. En todos estos casos pueden verificarse fraudes urdidos por terceros, los cuales, en muchos casos, contarán con el descuido del usuario. Considérese, por ejemplo, la posibilidad de girar dinero desde un cajero automático valiéndose de una tarjeta y de una clave. Puede ocurrir que un cliente pierda su billetera, donde tenía (negligentemente) anotada su clave junto con su tarjeta bancaria, lo que facilitaría que un tercero lo suplante. En este contexto, resultaría cuestionable que el cliente asegurara asegure mantener intacto su crédito contra el banco basándose solo en que este último pagó a un tercero no autorizado²².

El análisis de estos supuestos permite a su turno descartar la comparación propuesta por Hernán Corral, quien avala la decisión de la Corte proponiendo a modo de analogía que, si un tercero se hiciera pasar por un cliente del banco y lograra retirar fondos imitando su firma, el banco no podría excusarse frente al cliente alegando que fue este último quien sufrió la sustracción²³.

²² El caso es discutido por BECKER *et al.* (2017), pp. 117, 120-121.

²³ CORRAL (2019).

Esta comparación con el caso bajo análisis no resulta del todo afortunada si se considera que la verificación de la identidad de un sujeto que concurre a un banco cae bajo la esfera de control de este último, sin que el cliente intervenga en modo alguno, a diferencia de lo que ocurre en los casos de fraude anteriormente reseñados.

Los términos específicos en los que conviene regular la distribución de riesgos frente al fraude bancario exceden el propósito del presente comentario²⁴. Cabe, en todo caso, apuntar que resulta difícil exigir, como han propuesto algunos autores²⁵, que los bancos ofrezcan una “seguridad desde el diseño”, es decir, que se elimine cualquier posibilidad de que el cliente sea víctima de un fraude, sobre todo si se considera la sofisticación y creatividad de quienes cometen estas conductas. Hay un nivel mínimo de diligencia del usuario que difícilmente puede dejar de exigirse²⁶, como ocurriría si se eximiera al cliente de responder por la culpa grave, con la consecuente imposibilidad de diferenciar un actuar doloso. En cualquier caso, pese a que algunos autores recomiendan que sea el banco quien asuma siempre la pérdida monetaria asociada al fraude, a fin de reforzar la confianza en las transacciones electrónicas²⁷, los costos probablemente serían traspasados a los propios clientes²⁸.

VI. CONCLUSIONES

La construcción de una responsabilidad objetiva de los bancos frente a transacciones fraudulentas, basada en su propiedad sobre los dineros sustraídos y en la existencia de una obligación de género para con el depositario, resulta insostenible tanto términos prácticos como teóricos. La impracticabilidad del criterio resulta tan palpable que la Corte Suprema introdujo un análisis subjetivo en la jurisprudencia posterior al fallo bajo análisis. Esta inadecuación al tráfico jurídico se explica por un error conceptual, consistente en aplicar las reglas sobre pérdida de especies determinadas que son propiedad del deudor

²⁴ Para la regulación y desafíos en la experiencia comparada véase VAN DER MEULEN (2013) y BECKER *et al.* (2017). En nuestro país este problema es actualmente objeto de un proyecto de ley. *Boletín* 11.078-03.

²⁵ MENDOZA Y MUNITA (2019).

²⁶ Considérese, por ejemplo, que en Chile la Ley n.º 20009 regula específicamente la limitación de responsabilidad del usuario en las operaciones realizadas con tarjetas de crédito extraviadas, hurtadas o robadas, y que en este contexto se describen ciertos deberes de cuidado del usuario, sin fijarse una responsabilidad objetiva. Véase en este punto ARANCIBIA (2017), pp. 124, 126, 134 y 142. Sobre los distintos deberes que cabe exigir a las partes involucradas en la transferencia de fondos véase HERRERA (1999), pp. 302-312.

²⁷ VAN DER MEULEN (2013), pp. 716-718. Si bien la autora cita a este respecto la regulación estadounidense, cabe advertir que incluso los bancos que afirman eximir al cliente de la pérdida por fraude pueden alegar la autorización de la transferencia como motivo para negar el reembolso, según describe BECKER *et al.* (2017), p. 124.

²⁸ CORRAL (2019).

a la transferencia fraudulenta de fondos. En este último caso no es posible hablar de la pérdida de dinero propiedad del banco, ya que no hay especies monetarias determinadas involucradas. Forzar la aplicación de las reglas del depósito irregular en este contexto resulta especialmente inicuo, considerando que pone de cargo del banco una serie de situaciones que están fuera de su esfera de control. Es por ello que la determinación de quién debe asumir la pérdida patrimonial asociada al fraude debe tomar en consideración los deberes de cuidado asignados legal o contractualmente a cada parte. Este es por lo demás el camino elegido por la reciente jurisprudencia, por lo que es de esperar que la aplicación de las normas del depósito irregular como criterio objetivo para la asignación del riesgo por fraude bancario caiga en el olvido en el futuro cercano²⁹.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2008). *Las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALVEAR, Julio (2019). “El banco y nuestras cuentas corrientes”. *El Mercurio Legal*, 18 de junio de 2019. Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2019/06/18/El-banco-y-nuestras-cuentas-corrientes.aspx [fecha de consulta: 8 de julio de 2019].
- ALVARADO HERRERA, Lucía (1999). *La transferencia bancaria*. Madrid: CES.
- ARANCIBIA OBRADOR, María José (2017). *Tarjetas de crédito-responsabilidad de los bancos*. Santiago: DER Ediciones.
- BECKER, Ingolf *et al.* (2017). “International comparison of bank fraud reimbursement: customer perceptions and contractual terms”. *Journal of Cybersecurity*. Vol. 3, n.º 2. Oxford.
- BOADA MORALES, Sebastián (2019). “Naturaleza jurídica de la cuenta bancaria”. *Revista de Derecho Privado*. N.º 36. Bogotá.
- CLARO SOLAR, Luis (1935). “El depósito de dinero y especialmente del depósito bancario”. *RDJ*. Tomo 32. Primera parte, n.º 3 y 4. Santiago.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2019). “Fungibilidad del dinero y riesgo de fraude bancario”. *El Mercurio Legal*, 12 de julio de 2019. Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2019/07/12/Fungibilidad-del-dinero-y-riesgo-de-fraude-bancario.aspx [fecha de consulta: 26 de julio de 2019].
- GEVA, Benjamin (2011). *The Payment Order of Antiquity and the Middle Ages-A Legal History*. Oxford/Portland/Oregon: Hart.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2016). *Los actos y contratos irregulares en el derecho chileno*. Santiago: Ediciones UC.

²⁹ Agradezco al profesor Álvaro Vives Martens por sus comentarios a un borrador preliminar de este texto.

MENDOZA, Pamela y Renzo MUNTA (2019). “Depósito irregular, fungibilidad y seguridad”. *El Mercurio Legal*, 4 de julio de 2019. Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2019/07/04/Deposito-irregular-fungibilidad-y-seguridad.aspx [fecha de consulta: 8 de julio de 2019].

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003). *Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

POTHIER, Robert Joseph (1861). *Œuvres*. Paris: Cosse et Marchal / Henri Plon. Vol. v.

PUELMA ACCORSI, Álvaro (1971). *Estudio jurídico sobre operaciones bancarias*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

RUIZ, Fernando (1999). “El documento electrónico frente al derecho civil y financiero (Chile)”. *AR: Revista de Derecho Informático*. N.º 16. Disponible en www.robertexto.com/archivo12/docum_electronico.htm [fecha de consulta: 7 de octubre de 2019].

VAN DER MEULEN, Nicole (2013). “You’ve been warned: Consumer liability in Internet banking fraud”. *Computer Law & Security Review*. N.º 29. [s.l.].

Jurisprudencia citada

Badrie con Banco Santander Chile (2019): Corte Suprema, 4 de octubre de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 15.126-2019.

204

Bottai con Campomanes (2018): Corte Suprema, 20 de junio de 2018 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 2.196-2018.

Carlos Aguilera Klenner con Banco Santander Chile (2019): Corte Suprema, 8 de octubre de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 7.702-2019.

Francisco Alviña Sánchez con Banco de Chile (2019): Corte Suprema, 14 de agosto de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 7.155-2019.

Jara con Banco del Estado de Chile (2019): Corte Suprema, 2 de abril de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 32.718-2018.

Maderas Juan Valenzuela Caro y Compañía Limitada con Banco Santander Chile (2019): Corte Suprema, 24 de septiembre de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 13.249-2019.

Patricio Beltrami Fuentes con BBVA Chile S.A. (2019): Corte Suprema, 29 de mayo de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 29.892-2018.

Rodrigo Bravo Fuentes con Banco del Estado de Chile (2019): Corte Suprema, 19 de agosto de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 12.317-2019.

Rossana González Oporto con Banco Estado (2019): Corte Suprema, 14 de agosto de 2019 (protección por negativa de restitución frente a fraude bancario), rol n.º 16.068-2019.

DE LOS BIENES Y DE SU DOMINIO, POSESIÓN, USO Y GOCE

Jaime Alcalde Silva

Profesor asociado de Derecho Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

LA INSCRIPCIÓN CONSERVATORIA COMO ELEMENTO LEGITIMANTE PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES REIVINDICATORIA Y PUBLICIANA LA ACCIÓN PUBLICIANA SOLO PROCEDE A FAVOR DEL POSEEDOR REGULAR, EL CUAL DEBE CONTAR A SU FAVOR CON LA COMPETENTE INSCRIPCIÓN. LA ACCIÓN PUBLICIANA COMO UNA CONSECUENCIA DEL RÉGIMEN DE LAS COSAS ADOPTADO POR EL *Código Civil*, BASADA EN LA PRESUNCIÓN DE MEJOR DERECHO. PRESTACIONES MUTUAS Y EDIFICACIÓN EN SUELO AJENO. LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA. LA ACCESIÓN INVERTIDA. CORTE SUPREMA, SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 2018, ROL N.º 35.127-2017 (CL/JUR/2620/2018)*.

I. LA CUESTIÓN DISCUTIDA

El 12 de junio de 2013, Pablo Eduardo Liberato Parra Parada presentó una demanda de reivindicación contra José Manuel Espinoza Becerra ante el Juzgado de Letras de Pichilemu. Ella estaba destinada a que este último fuera condenado a restituir el inmueble situado en calle Vista Hermosa s/n, sector Playa Hermosa, comuna de Pichilemu, con una superficie de 256 m², que deslinda: al norte, con calle Vista Hermosa en diez metros; al este, con Jorge González, en 25,60 m; al sur, con Mónica González, en diez metros separado por un cerco; y al oeste, con terreno de playa que lo separa del mar chileno en 25,60 m.

Fundaba su demanda en que había adquirido dicho bien raíz merced al procedimiento de saneamiento previsto en el DL 2695/1979, que había concluido por resolución de la SEREMI de Bienes Nacionales de la Región del Libertador General Bernardo O'Higgins de 15 de febrero de 2006. Ella constaba inscrita a su nombre a fojas 3, n.º 3 del Registro de Propiedad, tomo especial de Bienes Nacionales correspondiente al año 2006, a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Pichilemu. Agregaba que dicha regularización se hizo ajustada a derecho y contó con la autorización del anterior poseedor, Pedro Juan Vargas González.

* Este comentario hace parte del proyecto Fondecyt de Iniciación n.º 11160615, del cual el autor es investigador responsable.

Precisaba que su posesión (primero material y posteriormente legal) había comenzado el 25 de julio de 2002 y se había visto reflejada en el hecho de tener cercado el predio y confiada su vigilancia a un vecino del sector. Fue este el que le informó que terceros habían removido la alambrada para realizar excavaciones e instalar elementos de construcción en el interior. Advertido de este hecho, concurrió a Pichilemu el 7 de marzo de 2013 y se encontró con trabajadores que iniciaban faenas en su predio por orden del demandado. Pedro Parra Parada, ante la negativa de estos de abandonar la propiedad, concurrió a Carabineros para denunciar la situación.

El 31 de marzo del mismo año volvió al inmueble y constató nuevamente la presencia de trabajadores contratados por el demandado, el cual fue contactado por Carabineros y se comprometió a hacer cesar las obras mientras no se aclarase el derecho que invocaba sobre el predio. Sin embargo, las faenas se reanudaron tan pronto el furgón policial se retiró del lugar.

La demanda añadía que el demandado no era titular de ningún derecho sobre el inmueble, pues sólo argüía una cesión de derechos posesorios de parte de Pedro Juan Vargas González datada en 2009. Tampoco había tenido la posesión material sobre el mismo hasta el 7 de marzo de 2013, cuando comenzaron los trabajos antes referidos, sin que en la Dirección de Obras de la Municipalidad de Pichilemu hubiese constancia de la apertura de un expediente administrativo que autorizase esa construcción.

Finalmente, el demandante solicitaba al tribunal que declarase que era dueño exclusivo del inmueble reclamado por haberlo adquirido mediante el procedimiento de saneamiento del DL 2695/1979; que el demandado no tenía derecho alguno sobre el mismo; que este debía restituir el bien raíz dentro de décimo día de ejecutoriada la sentencia; que había de retirar todos los materiales y elementos de construcción existentes al interior; que había de ser condenado al pago de todos los deterioros como poseedor de mala fe y también al de los frutos naturales y civiles conforme a esa misma regla, además de las costas del juicio.

El demandado contestó la demanda, solicitando su rechazo y la condena en costas del actor. Su defensa se sustentaba en el hecho de ser dueño y poseedor tranquilo y pacífico de un inmueble situado en el sector de Playa Hermosa, al final del pasaje Vista Hermosa, de la comuna de Pichilemu, que tiene una superficie aproximada de 1 000 m² y cuyos linderos son los siguientes: al norte, con pasaje Vista Hermosa en 36 m lineales; al sur, con terrenos de Pedro Juan Vargas González, que deslindan con la prolongación del pasaje Santa Mónica en 36 m lineales; al oriente, con propiedad de Luis Catalán y servidumbre de José González de por medio, en 30 m lineales aproximadamente; y al poniente, con el océano Pacífico. Dicho inmueble fue adquirido en el año 2003 a Pedro Juan Vargas González, a quien pertenecía desde mayo de 1972 por haberlo recibido por transmisión como heredero testamentario de María Inés González Tapia. Como fuere, el 15 de julio de 2009 se otorgó una escritura pública de cesión de “derechos posesorios” para regularizar esa adquisición.

Declaraba que la entrega material se había producido en el momento de la adquisición del referido inmueble. La posesión sobre este se evidenciaba por una serie de hechos positivos de aquellos a los que solo da derecho el dominio, como: limpieza, movimiento de tierras, rellenos, cercamiento de la propiedad, solicitud e instalación de un arranque de agua potable, plantación de árboles y, desde octubre de 2012, la construcción de una vivienda. Además, a partir del año 2007 el demandado había trabajado en la regularización del pasaje por el que se ingresaba a su propiedad.

En opinión del demandado, la acción reivindicatoria que motivaba el juicio no podía prosperar. Para que así ocurriese, era preciso que el reivindicador fuese dueño de la cosa que reclamaba, lo que no sucedía en la especie. La razón era que, al haberse dirigido la demanda en su contra, el actor le reconocía la calidad de poseedor y, por consiguiente, se encontraba amparado por la presunción dominical del art. 700 II del CC. Fuera de eso, objetaba que en el procedimiento de saneamiento se hubiesen observado los requisitos exigidos por el DL 2695/1979, de suerte que el título que invocaba el demandante adolecía de nulidad de derecho público, la cual es absoluta e imprescriptible¹. A mayor abundamiento, y dado que el demandante nunca había ejercido actos posesorios sobre el inmueble, solo se encontraba amparado por una “inscripción de papel”, la que fue obtenida mediante un procedimiento administrativo irregular.

En su defensa alegaba, asimismo, la excepción de la prescripción extintiva de la acción de dominio, puesto que el demandante había perdido la posesión de la cosa y, junto con ello, su dominio, extinguiéndose consecuentemente toda acción destinada a reclamar ese derecho (art. 2317 del CC).

Para el caso de que el tribunal acogiese la acción reivindicatoria, el demandado alegaba encontrarse de buena fe, por lo que tenía derecho a que le fuesen abonadas las mejoras útiles hechas antes de contestar la demanda y que habían aumentado el valor venal del bien. Invocaba a su favor, el art. 669 del CC, que permite recobrar el valor del edificio, plantación o sementera hecha a ciencia y paciencia del dueño del terreno. Para garantizar el pago de esas prestaciones, solicitaba al tribunal que declarase a su favor el derecho legal de retención previsto en el art. 914 del CC.

Sobre la base de la argumentación precedente, el demandado pedía al tribunal que rechazase la demanda en todas sus partes; que se acogiese la excepción de prescripción; que se le declarase como dueño del predio reivindicado, procediéndose a las inscripciones y cancelaciones conservatorias que fuera del caso; y que se condenase en costas al actor. Para el evento de que la demanda no fuese desechada, pedía que se lo tuviera como poseedor de buena

¹ Sobre la nulidad de derecho público se ha discutido bastante. El demandado parece recurrir a la teoría expuesta por el profesor Eduardo Soto Kloss, que concibe que esta clase de nulidad opera *ab initio* e *ipso iure* y es insanable e imprescriptible. Véase un resumen de la discusión en AGÜERO (2017).

fe y se reconociese a su favor el derecho legal de retención sobre el inmueble hasta el completo pago de los rubros que le correspondían.

De forma subsidiaria, José Manuel Espinoza Becerra interpuso como demanda reconvenzional la acción publiciana del art. 894 del *CC*, para la cual reiteraba los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en su contestación. Por ella solicitaba al tribunal que se declarase que Eduardo Parra Parada había turbado su posesión; que la propiedad en disputa le pertenecía única y exclusivamente, debiendo practicarse las inscripciones correspondientes para garantizarla; que el actor y demandado reconvenzional debían cesar de inmediato en la turbación y amenaza que estaba provocando; y que debía pagar las costas del juicio.

Al evacuar la réplica, el actor reiteró los argumentos vertidos en su demanda, pero agregó algunas consideraciones respecto de la excepción de prescripción alegada por el demandado. En su opinión, lo sostenido a su respecto comportaba un error jurídico, porque la prescripción solo es admisible como acción, vale decir, ella debe ser demandada directamente o por vía de reconvencción por el poseedor que quiere valerse de ese modo de adquirir. Además, el causante del demandado había cedido sus “derechos posesorios” en el año 2002 al reivindicador, previa autorización y renuncia de Pedro Juan Vargas González, situación que dicha parte debía conocer por su calidad de asesor de este último. Por si esto no fuera suficiente, los terrenos sobre los que el demandado pretendía tener posesión y sobre los cuales se habría verificado a su favor la prescripción adquisitiva tenían en realidad el carácter de playa (art. 594 del *CC*) y, por consiguiente, revestían la calidad de un bien nacional de uso público (art. 589 del *CC*).

Respecto de la demanda reconvenzional, Pedro Parra Parada agregaba que la posesión de los bienes raíces se adquiere, conserva y prueba por la respectiva inscripción conservatoria, de la cual carecía el demandado, por lo que la acción publiciana ejercida debía ser rechazada por falta de legitimación activa. Por el contrario, a su favor sí existía la competente inscripción procedente de la resolución de saneamiento dictada por la Seremi de Bienes Nacionales de la Región del Libertador Bernardo O’Higgins, la cual lo había convertido en dueño y poseedor de dicho inmueble. Por eso, la demanda reconvenzional había de ser rechazada, con costas.

En su réplica, el demandado insistía que el actor no tenía la posesión material y legal del bien raíz reclamado, puesto que él lo había adquirido en 2003 y, posteriormente, regularizó esa adquisición mediante la escritura pública de cesión de derechos posesorios suscrita en 2009, fuera de que merced a su demanda le reconocía la calidad de poseedor. Siendo así, no era efectivo que careciese de título; cuanto más, se podía decir que su título era fraudulento y, en cualquier caso, había estado acompañado de una posesión ininterrumpida, tanto por su parte como por su antecesor. Tampoco era verdad que su predio fuese una playa.

En la réplica a la demanda reconvenzional, el demandante volvía sobre la prueba de la posesión establecida en los arts. 924 y 925 del *CC*. El primero

de ellos cedía a su favor, por gozar de una inscripción conservatoria relativa al predio cuya reivindicación solicitaba. El segundo no podía beneficiar al demandado, dado que este ingresó con violencia y clandestinidad al predio, comenzando las obras de construcción relatadas en la demanda principal. El único título que podía alegar en su defensa era la escritura pública suscrita junto a Pedro Vargas González, quien ya le había cedido los derechos. Distinta era su situación, puesto que él había regularizado y adquirido por prescripción el inmueble objeto del juicio de acuerdo con las reglas del DL 2695/1979.

El Juzgado de Letra de Pichilemu dictó sentencia de primer grado el 18 de noviembre de 2015. En ella se acogió la demanda de reivindicación y se ordenó al demandado que restituyese el inmueble de 256 m² que ocupaba dentro de tercero día, debiendo retirar todos los materiales y elementos de construcción que había introducido, con costas. Por consistencia con esa decisión, se rechazó la acción publiciana ejercida como demanda reconventional (cons. 22°).

Después de dar por acreditado que la cosa era susceptible de ser reivindicada (cons. 7°) y que el demandado la tenía en su poder (cons. 8°), el razonamiento del tribunal se centró en establecer el dominio del demandante (cons. 9°), lo cual se dio por probado (cons. 12° y 13°) de acuerdo con la prueba documental, testimonial y pericial y con la inspección personal del tribunal que constaban en el proceso (cons. 10°)². El problema se producía porque los predios del demandante y el demandado eran colindantes y el segundo había comenzado a construir una vivienda en un 50% dentro de la propiedad del primero (cons. 14°). La condena por los deterioros y frutos fue rechazada, dado que la mala fe del demandado debía ser acreditada por el actor, y no lo fue, por estar amparado por la presunción del art. 707 del CC, de suerte que había de ser reputado como poseedor de buena fe (cons. 16°). La prescripción alegada por el demandado fue igualmente rechazada, porque no pudo demostrar la tenencia del bien objeto del juicio, siendo solo indubitada su ocupación desde comienzos del año 2013, cuando comenzó las obras de construcción que alertaron al actor, lo cual no constituía un tiempo suficiente para considerarlo poseedor regular de ese terreno al haberse presentado la demanda el 12 de junio de ese año (cons. 21°).

Apelado ese fallo por el demandado ante la Corte de Apelaciones de Rancagua, esta confirmó la decisión por sentencia de 24 de mayo de 2017. El tribunal de alzada agregó que era imposible reconocer al apelante el derecho previsto en el art. 669 del CC, puesto que este está previsto a favor del dueño y se dirigía contra quien había edificado, plantado o sembrado en su propiedad y, además, no se había rendido ninguna prueba que permitiese fijar una indemnización equivalente al valor de lo construido.

² El cons. 12° señala que el demandado era, desde el 15 de julio de 2009, poseedor inscrito del inmueble. Sin embargo, ni de la prueba aportada por el demandando (cons. 10°) ni de aquella acompañada por el demandado (cons. 11°) consta que la escritura pública de cesión de “derechos posesorios” extendida con esa fecha hubiese sido inscrita en el Conservador de Bienes Raíces de Pichilemu, faltando así el requisito exigido por los arts. 686 y 724 del CC.

Contra la sentencia de segunda instancia, el demandado dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo para ante la Corte Suprema.

A través del recurso de casación en la forma se denunciaba que el fallo de segundo grado había incurrido en el vicio del art. 768, n.º 5º del *CPC*, en relación con el art. 170, n.º 4º del *CPC*, por dos razones distintas. La primera era que esa sentencia contenía consideraciones contradictorias sobre el dominio del actor, puesto que el tribunal de primera instancia lo había declarado recurriendo al régimen de saneamiento del DL 2695/1979 y la Corte de Apelaciones de Rancagua había dado cuenta de la existencia de un procedimiento de regularización “dubitado en el juicio” (cons. 2º), de suerte que con esta última afirmación se anulaba el razonamiento del juzgado de letras y su decisión quedaba desprovista de fundamentación. La segunda razón se refería a que la sentencia recurrida no se hacía cargo de todas las alegaciones y de la prueba rendida, porque en la sentencia de primer grado no existía mención al art. 669 del *CC*, como sí lo había en el fallo de alzada, pese a concluirse en este último que los antecedentes agregados al proceso no eran suficientes para llegar a un pronunciamiento al respecto. Esto, no obstante que el informe pericial, según el cual se estableció que su parte había edificado invadiendo un 50% el inmueble reclamado, daba cuenta de la existencia de obras de construcción.

El recurso de casación en el fondo denunciaba la infracción de los arts. 669, 908, 909, 912 y 914 del *CC*, al estimar que la primera de esas normas contempla una acción cuyo titular es el dueño del bien raíz donde otro ha edificado, plantado o sembrado. A juicio del recurrente, el derecho de opción establecido en el citado art. 669 del *CC* es algo distinto al ejercicio práctico de la acción, y tampoco se puede solucionar la cuestión que ella trata mediante la remisión a las normas sobre prestaciones mutuas que acompañan a la reivindicación, porque ambos se refieren a materias diversas. El mentado art. 669 del *CC* contempla una opción a favor del dueño del inmueble, pero ella se hace efectiva al momento de acogerse la reivindicación y, por consiguiente, condenarse al demandado que ha construido, plantado o sembrado en suelo ajeno a la restitución del inmueble donde ha realizado alguna de esas acciones, siendo un mecanismo complementario al de las prestaciones mutuas. Esa complementariedad está dada por el hecho de que las prestaciones mutuas distinguen entre mejoras necesarias, útiles y voluptuarias, mientras que la regla de accesión antes mencionada supone la edificación, plantación o siembra en un terreno ajeno donde antes no había nada.

Por sentencia de 5 de junio de 2018, la Corte Suprema rechazó ambos recursos, confirmando así la decisión del juzgado de primera instancia de acceder a la reivindicación solicitada respecto del retazo de terreno en que existía coincidencia entre el dominio del demandante y la ocupación del demandado.

La casación en la forma fue rechazada porque el vicio denunciado consiste en que el fallo recurrido no contenga consideraciones de hecho y de derecho que sirvan de base a la decisión que se adoptaba, y no cuando ellas no se ajusten a la tesis que sustentaba el recurrente o resulten equivocadas, como sucedía

en la especie (cons. 2°). En este sentido, no era cierto que la sentencia de segunda instancia hubiese reconocido como dubitado el procedimiento de saneamiento mediante el cual el demandante se procuró el título por el cual adquirió el inmueble que reclamaba, sino solo que ese dominio había sido discutido por el demandando al sostener que él era en verdad el dueño (cons. 3°). Tampoco era efectivo que el fallo de alzada no se refiriese al art. 669 del *CC*, puesto que los jueces sí se ocuparon de ese punto, haciéndose cargo de las alegaciones del demandado, si bien para desestimarlas (cons. 3°).

El recurso de casación en el fondo fue rechazado por no existir el yerro de derecho que el recurrente denunciaba. La Corte Suprema sostuvo que el problema jurídico del art. 669 del *CC* consiste en dar una solución para “el destino de la edificación” cuando una persona tiene un inmueble que pertenece a otra y ha construido en él, “ofreciendo una tutela equilibrada al dueño del terreno y a quien edificó” (cons. 8°). Pero no existe duda que, con independencia del beneficiario del pago que se realice merced a esa regla, la opción es siempre del dueño, sea porque hace suyo el edificio pagando al que lo construyó, sea porque obliga a este a comprarle el terreno, de suerte que los jueces del fondo no habían vulnerado un derecho del que el demandado carecía (cons. 8°). Por otra parte, la Corte Suprema estimó que el art. 669 del *CC* podía ser ejercido al interior del juicio reivindicatorio durante la fase de ejecución de la sentencia, dado que la opción del dueño era retener para sí el inmueble donde otro había construido (cons. 9°). De igual manera, las referencias a los arts. 908, 909, 912 y 914 del *CC* tampoco podían resultar infringidos por la sentencia recurrida, porque ellos reciben aplicación al momento de ejecución del fallo, y no antes, puesto que están “destinados a cautelar exigencias elementales de justicia distributiva” entre el reivindicador y el poseedor vencido (cons. 9°).

II. COMENTARIO

Aunque ninguno de ellos acabó teniendo mayor preponderancia al momento de la decisión judicial, el caso recién reseñado admite dos niveles de lectura. El primero de ellos tiene relación con la función que cumple la inscripción como elemento configurador de la posesión sobre los bienes inmuebles y la procedencia de la acción publiciana respecto del poseedor regular. Por su parte, el segundo no se vislumbra con claridad a simple vista y atañe a aquella práctica cada vez más común de efectuar loteos irregulares por medio de vender cuotas en una comunidad (generalmente, sin señalar cuál es el porcentaje de cada una de ellas y bajo el eufemístico nombre de “derechos posesorios”), para acabar forzando la regularización de los distintitos parceleros a través del DL 2695/1979. En su origen, la Ley n.º 21108 estaba dirigida a evitar la proliferación de esta clase de loteos, pero el texto final solo corrige la configuración de ciertos requisitos para sanear la pequeña propiedad raíz conforme al mentado decreto ley, especialmente en lo que se refiere al aumento del plazo

para adquirir por prescripción (art. 15) y la ampliación de la limitación para gravar y enajenar el bien una vez ganado el dominio por el poseedor que se ha sometido al procedimiento administrativo (art. 17)³.

Si bien ambos niveles son interesantes desde un punto de vista dogmático, ahora cumple ocuparse del primero de ellos, incluso cuando ninguna de las sentencias dictadas se detuvo demasiado en la función que cumple la inscripción conservatoria. Con todo, frente a una línea jurisprudencial que vulgariza el sentido técnico de la posesión en el *Código Civil* y las acciones que este ha dispuesto para proteger al dueño contra las distintas perturbaciones que suponen el desconocimiento de su derecho, la que ha sido tratada ya en algunos comentarios anteriores⁴, conviene insistir sobre la función insustituible que desempeña la inscripción a propósito de la posesión de los inmuebles (1). Ella se conecta, a su vez, con la legitimación activa para ejercer la acción publiciana (2), que el demandado ejerció sin resultados como demanda reconvencional. Pero junto a estas dos cuestiones, hay que referirse a aquella sobre la que sí versó el análisis de la Corte Suprema y que atañe a la compatibilidad que ella entiende existir respecto de las indemnizaciones que el art. 669 del CC concede a quien ha construido, sembrado o plantado en suelo ajeno y las prestaciones mutuas que acompañan a la acción reivindicatoria (3).

Por cierto, es indiscutible que la decisión del Juzgado de Letras de Pichilemu, confirmada después por la Corte de Apelaciones de Rancagua y por la Corte Suprema, fue correcta: correspondía acoger la demanda de reivindicación porque el demandante era dueño de parte del bien raíz donde el demandado había iniciado obras de construcción, aunque, en rigor, la causa de pedir residiese en el art. 915 del CC y no en el art. 889 del CC. Simplemente, y como ya se está haciendo costumbre, los tribunales que resolvieron el caso estimaron que contra el poseedor material también procede la acción reivindicatoria, puesto que el requisito relevante a su respecto era la ocupación actual y física del bien reclamado. Aunque esto en verdad poco importa, porque precisamente el sentido del art. 915 del CC, introducido junto con todas las demás reglas que conforman la llamada “teoría de la posesión inscrita” por la Comisión Revisora, es cerrar los contornos de la protección dominical y proteger al dueño cuando un bien raíz es ocupado por un tercero que no tiene la calidad de poseedor, sin que importe que se conduzca o no como señor y dueño⁵.

1. El sentido de la inscripción conservatoria

Aunque sea majadero, hay que insistir en que las reglas sobre las que se sustenta la “teoría de la posesión inscrita” fueron introducidas recién en el así llamado Proyecto Inédito. Esto significa que no formaban parte del sistema original que

³ GOLDENBERG (2019) analiza esta reforma.

⁴ Véase, por ejemplo, ALCALDE (2018a) y (2019).

⁵ ALCALDE (2019b), especialmente pp. 52-59.

Andrés Bello (1781-1865) había previsto en el Proyecto de 1853 para el régimen de las cosas y que su origen proviene del primer examen al que fue sometido ese texto por parte de la comisión presidida por el presidente Manuel Montt Torres (1809-1880) y donde participaron jueces (Manuel José Cerda, Ramón Irrarázaval, Alejo Valenzuela y José Miguel Barriga), profesores universitarios (Diego Arriarán, Antonio García Reyes y Manuel Antonio Tocornal) y las tres personas que habían recibido el encargo de preparar alguno de los códigos comprendidos dentro del plan general de codificación puesto en marcha por el gobierno desde el año anterior (Andrés Bello, Antonio García Reyes y José Gabriel Ocampo)⁶. En esa revisión fueron añadidos los arts. 696 (art. 826 i), 724 (art. 867 a), 728 (art. 873 a), 729 (art. 874), 924 (art. 1076) y 2505 (art. 2687 b) del *Código* aprobado el 14 de diciembre de 1855⁷.

Como fuere, todas esas reglas son corolarios derivados de la regla basal del art. 686 del *CC*, que dispuso un sistema de inscripción constitutiva, vale decir, ella es la que da vida al derecho real y toda modificación inmobiliaria posterior se produce merced a un nuevo asiento registral. Esta norma provenía del Proyecto de 1853, pero tenía ahí una redacción diversa. Su art. 826 establecía un modo opcional de hacer la tradición simbólica para los bienes raíces, que era distinto del ya previsto en el artículo anterior (825)⁸, el cual consistía en registrar:

“la escritura pública de enajenación en la competente oficina del Conservador de Bienes Raíces y firmando el Conservador la partida, junto con ambas partes o sus apoderados” (inc. 1°).

Practicada esta inscripción, ella impedía una nueva tradición real (art. 823) o simbólica (art. 825) en el futuro, puesto que enseguida se agregaba: “transferido de este modo el dominio, no podrá pasar a tercero sino de la misma manera” (inc. 2°).

La fuente de esta regla era el § 431 del *ABGB* (1811), aunque Andrés Bello no lo dejó dicho⁹. Como nota al Proyecto de 1853 solo hizo presente que este medio de efectuar la tradición de los inmuebles le parecía preferible al existente en el derecho romano (*Cod.* 8, 53, 1) y castellano (*Part.* 3, 30, 8), y partía del supuesto que habría en cada departamento un registro que se podía agregar al de las hipotecas implementado tras la Real Pragmática de 31 de

⁶ Véase ALCALDE (2019b), pp. 37-44.

⁷ Aunque el inc. 3° del art. 702 del *CC* proviene del art. 835 II del Proyecto de 1853, su inc. 4° solo aparece en la redacción definitiva que figura ya en el art. 834 del Proyecto Inédito. Cfr. BELLO (1954), pp. 476-477.

⁸ El art. 825 del Proyecto de 1853 era coincidente con el art. 684 del *CC*, pero se aplicaba también a los bienes raíces. Por su parte, el art. 823 se ocupaba de la tradición real de las cosas muebles e inmuebles. Respecto de los inmuebles, ella se hacía de la siguiente manera: “entrando en ellas el que las recibe, a presencia del que las entrega; manifestándose en el uno la voluntad de transferir el dominio, i en el otro la de adquirirlo”.

⁹ Véase, por ejemplo, BRAVO (2014) y ZÁRATE (2019b), pp. 155-212.

enero de 1768 y regulado por entonces en el Reglamento de 20 de mayo de 1848¹⁰. Concluía señalando que esta era una gran innovación del Proyecto que proponía al gobierno para su estudio, y estaba en línea con las más modernas legislaciones comparadas¹¹.

La inspiración inmediata de este cambio radical de criterio respecto de la transferencia de propiedad sobre los inmuebles parece responder a dos razones: por una parte, las consecuencias extraídas de la adopción de un sistema de inscripción constitutiva como el previsto en el citado § 431 del *ABGB*¹² y, por otra, la lectura del Proyecto de Código Civil español de 1851, el cual viene mencionado como fuente del art. 2505 del *CC*¹³. Esta última regla dispone que no cabe la prescripción adquisitiva contra un título inscrito, vale decir, prohíbe la llama prescripción *contra tabulas*¹⁴, y es la única de las normas que conforman la “teoría de la posesión inscrita” donde Andrés Bello dejó consignada una fuente, remitiendo a las *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español* (1852) escritas por Florencio García Goyena (1783-1855)¹⁵. De hecho, la redacción del art. 1946 II del Proyecto de Código Civil español de 1851 coincide casi de manera exacta con aquella que quedó recogida en el Proyecto Inédito y de donde pasó al *Código Civil* aprobado en 1855 por el Congreso Nacional¹⁶.

En un comentario anterior se ha explicado que, según Florencio García Goyena, la fuente de dicha regla era el § 511 de la sección IX del título IX del *Código* prusiano de 1794 (la *PrALR*)¹⁷, y constituía “un homenaje tributado al nuevo sistema hipotecario; una consecuencia rigurosa de los artículos 1826 y 1858 [del Proyecto de 1851]”¹⁸. La primera de esas normas se refería a la tradición de bienes inmuebles y era equivalente al art. 686 del *CC*; mientras que

¹⁰ ZÁRATE (2019a).

¹¹ BELLO (1888), pp. 186-187: “Se ha querido preparar por este medio una institución que se halla establecida hoy día con los mejores efectos en varios estados europeos”.

¹² MERY (1946), p. 104.

¹³ Cfr. AMUNÁTEGUI (2019), p. 633; BELLO (1955), p. 1026, y BARRIENTOS (2016), II, p. 1171. Un mayor desarrollo sobre las fuentes de sistema registral chileno puede verse en SEPÚLVEDA (2014), pp. 157-176 y ZÁRATE (2019), pp. 159-189, 202-210 y 275-278.

¹⁴ CAVANILLAS (2018), pp. 336-342.

¹⁵ Al margen del art. 2687 b del Proyecto Inédito, Andrés Bello hizo la siguiente anotación: “Goy., Concordancia, 1946”. En su biblioteca personal había un ejemplar de esa obra, según refiere VELEMAN (1995), p. 177.

¹⁶ Curiosamente, LIRA (1956), p. 85, señala: “falta por entero en García Goyena la institución de la posesión inscrita”; mientras que LASSO (1970), p. 294, califica el libro II del *Código Civil* chileno como de factura “más próximo al Code”.

¹⁷ *PrALR* I 9 § 511: “Los derechos sobre cosas inmuebles que se encuentran inscritos en el Registro de Hipotecas no pueden extinguirse por la mera falta de uso, ni puede adquirirse un derecho contrario por medio de la prescripción por posesión” (“Rechte auf unbewegliche Sachen, die im Hypothekenbuche eingetragen sind, können weder durch den bloßen Nichtgebrauch erlöschen, noch kann ein denenselben entgegenstehendes Recht mittelst der Verjährung durch Besitz erworben werden”). El autor agradece al Dr. Andrés Schlack Muñoz por la traducción desde el alemán.

¹⁸ GARCÍA GOYENA (1974), p. 1002.

la segunda disponía que ninguno de los títulos que se debía inscribir producía efectos respecto de terceros hasta que se hubiese practicado la inscripción respectiva, con un efecto similar al que subyace en el art. 696 del CC¹⁹. De hecho, la imposibilidad de prescribir un bien raíz en tanto no se haya cancelado la inscripción existente respecto de una persona distinta al prescribiente también está recogida en el § 902 del *BGB*, puesto que comporta una consecuencia necesaria del carácter constitutivo de la inscripción como forma de tradición.

El problema estriba en que la lectura del sistema diseñado por el *Código Civil* para el régimen de las cosas ha resultado distorsionada por la introducción de la “teoría de la posesión inscrita” desde comienzos del siglo XX, aun cuando se haya intentado ir más atrás en sus orígenes²⁰. Con todo, el antecedente remoto de esta teoría se encuentra en la justificación que hace el *Mensaje del Código Civil* de las novedades introducidas acerca del dominio, uso y goce de los bienes, donde la posesión viene descargada de la nomenclatura embarazosa y ambigua que por entonces existía²¹ y que todavía estaba presente en el Proyecto de 1853²². Para lo que ahora interesa, ahí se dice que en algunos ordenamientos extranjeros la inscripción es una garantía de la propiedad, y no solo de la posesión, pero que el *Código Civil* chileno no quiso (en apariencia) ir tan lejos²³.

¹⁹ La relación entre inscripción y tradición ha suscitado diversas opiniones en la doctrina española con posterioridad la Ley Hipotecaria (la primera de ellas de 8 de febrero de 1861; la actual data del 8 de febrero de 1946) y el *Código Civil* (1889). Se admite como principio que la inscripción no ha sustituido a la tradición. La razón es que en el Registro de la Propiedad se inscriben los cambios jurídicos operados de acuerdo con el derecho común (arts. 605 del *Código Civil* y 1 de la Ley Hipotecaria), por lo que es necesario que haya habido tradición para que exista transferencia de dominio (art. 609 del *Código Civil*). El art. 1462 del *Código Civil* señala que la cosa vendida se entiende entregada cuando se pone en poder y posesión del comprador; pero agrega que, cuando la venta se hace mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivale a la entrega, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario. Esta escritura es requerida, asimismo, por la Ley Hipotecaria para practicar la inscripción (arts. 2 y 3). De esto se sigue que en la mayoría de los casos no hay problema, pues existe coincidencia entre los efectos de la tradición y la subsecuente inscripción: si el transferente no es dueño, la escritura pública no puede tener eficacia dominical. La cuestión se suscita respecto de terceros, puesto que el art. 606 del *Código Civil* señala que los títulos de dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no están debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a terceros. Así, pues, respecto del tercero protegido por el art. 34 de la Ley Hipotecaria y que procede por analogía en la forma establecida en el art. 36 de la misma ley, la fe pública registral subsana este presupuesto de adquisición, de manera que la inscripción sí suple la tradición. Véase RODRÍGUEZ-ROSADO (2012) y (2014).

²⁰ BARAHONA (2016) revisa el estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia anterior al trabajo señero de Humberto Trucco.

²¹ *Mensaje del Código Civil*, §§ 18 y 21.

²² BELLO (1888), pp. 187-188: “Las dificultades en materia de posesión, que son gravísimas, provienen principalmente de la inexactitud del lenguaje. Es preciso distinguir las varias especies de posesión. 1ª. Posesión unida al dominio. 2ª. Posesión del que no es dueño acompañada de justo título y buena fe: posesión civil. 3ª. Posesión del que no es dueño, no acompañada de justo título o de buena fe: posesión natural. [...] No se ha adoptado en este Proyecto la nomenclatura de las Partidas en que a la posesión se llama *tenencia*, y se definen de diferente modo la posesión civil y la posesión natural”. Véase, asimismo, BARRIENTOS (2016), pp. 909-915.

²³ *Mensaje del Código Civil*, § 21.

La pregunta que se sigue de esta afirmación se refiere al alcance del cambio de paradigma que introdujo la Comisión Revisora respecto del régimen de las cosas, que alteró de manera radical la disciplina que existía hasta entonces.

Una primera respuesta puede ser que el sistema de inscripción constitutiva no fue cabalmente comprendido por los comisionados, lo que explica la existencia de algunas normas asimétricas cuyo intento de racionalización debió ser emprendido más tarde por la doctrina con resultados no satisfactorios²⁴. Ejemplo de ello son las discusiones que se han suscitado en torno a la enigmática acción del art. 915 del CC, para conciliar los arts. 924 y 925 del CC a propósito de la prueba de la posesión o para precisar el alcance de la prescripción adquisitiva extraordinaria del art. 2510 del CC.

Otra alternativa consiste en estimar que el problema no reside en los textos del *Código Civil*, sino en la lectura que se ha hecho de ellos. Esta parece una respuesta más acorde con el sentido de la “revolución científica” que se introdujo al adoptar un modelo de inscripción constitutiva obligatoria. No hay que olvidar que el origen directo de la formulación de la “teoría de la posesión inscrita” se encuentra en las memorias de grado escritas a comienzos del siglo XX por tres estudiantes de derecho de la Universidad de Chile que compartían el mismo nombre: Humberto Trucco Franzani (1882-1951), Humberto Mewes Bruna (1889-1972) y Humberto Álvarez González (1905-1986)²⁵. El primero, quien después se desempeñó como presidente de la Corte Suprema durante dos periodos (1934-1937 y 1944-1950) y profesor de Derecho Procesal en la universidad donde cursó sus estudios, es el autor que más influencia tuvo en la construcción de esta teoría. En su trabajo reaccionó contra una tendencia jurisprudencial, que estimaba conducía hacia un debilitamiento del régimen de posesión inscrita, y lo hizo postulando que la inscripción es una ficción legal y que en ella confluyen figurativamente los dos elementos de la posesión (tenencia y ánimo de señor y dueño), de suerte que solo mediante esa inscripción puede existir verdadera posesión sobre un inmueble²⁶. Humberto Mewes matizaba esta conclusión, señalando que la inscripción es casi siempre prueba de posesión, pero existían casos en que eso no ocurría y, por ende, era necesario analizar las causas próximas y remotas de la adquisición del dominio por cada uno de los poseedores del inmueble, vale decir, realizar lo que en la práctica forense se conoce como un “estudio de títulos”²⁷. En fin, Humberto Álvarez defendía que la inscripción era la que concedía la posesión regular sobre el inmueble, pero eso no impedía que sin inscripción no pudiese adquirirse una posesión irregular²⁸. Con eso se abrió paso a un nuevo elemento de distorsión del sistema y que se relaciona con el campo de aplicación de la prescripción

²⁴ ZÁRATE (2019b), p. 268.

²⁵ LARROUCAU (2015), pp. 130-133.

²⁶ TRUCCO (1910).

²⁷ MEWES (1913).

²⁸ ÁLVAREZ (1926).

adquisitiva extraordinaria, por el conflicto normativo que se produce entre los arts. 2505 y 2510 del CC²⁹, si bien la jurisprudencia se ha inclinado por dar primacía a la primera de esas reglas y salvaguardar así el principio de legitimación registral³⁰.

El trabajo de Humberto Trucco fue publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, donde también apareció en 1934 el trabajo de Leopoldo Urrutia Anguita (1849-1936), por entonces ya jubilado tanto de la Corte Suprema como de su cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Chile, sobre la restringida función que desempeña la inscripción, reservada a ser una garantía de la posesión contra actos físicos de apoderamiento y siempre que ella sea real, y no puramente de papel³¹. Con la lectura de este muy influyente trabajo se comprueba, además, cómo la doctrina de la posesión inscrita se había consolidado después del trabajo de Humberto Trucco gracias al aporte de la doctrina y la jurisprudencia³². A su vez, con ambos quedaron planteadas las doctrinas de la inscripción-ficción y de la inscripción-garantía sobre la que ha basculado la discusión posterior en torno a la materia³³.

Todos estos trabajos acabaron por desplazar el centro de gravedad desde la función constitutiva que tiene la inscripción respecto de la titularidad dominical hacia la prueba de la posesión, con la consiguiente distorsión que esto significa para la comprensión de aquel grado de tenencia. Porque, si bien es cierto que el sistema registral instituye un régimen posesorio de carácter técnico, que sustituye al concepto clásico de posesión física que recoge el art. 700 del CC, no se puede soslayar que esa consecuencia deriva de la función de modo de adquirir el dominio que el mismo código atribuye a la inscripción como forma de practicar la tradición (art. 686 del CC). En otras palabras, y como es propio de la mentalidad codificadora que ordena las relaciones jurídicas a partir de un esquema formal de derechos subjetivos, la posesión queda conformada bajo las mismas pautas de la propiedad, como una apariencia de esta, desplazando su componente histórico principal: la facticidad. Por eso, el mismo art. 700 del CC señala que la posesión puede ser dominical (“sea que el dueño [...] tenga la cosa”) o no dominical (“sea que [...] el que se da por tal tenga la cosa”), y ejercerse por el propio poseedor (“sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo”) o por otra persona en su nombre (“sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa [...] por otra persona que la tenga en lugar y nombre de él”).

²⁹ De esto se ha tratado en ALCALDE (2019c).

³⁰ Véase, por ejemplo, SSCS de 23 de marzo de 2016 (CL/JUR/1830/2016), 28 de abril de 2016 (CL/JUR/3060/2016), 8 de junio de 2016 (CL/JUR/3789/2016), 28 de agosto de 2017 (CL/JUR/5633/2017), 31 de enero de 2018 (CL/JUR/521/2018), 12 de julio de 2018 (CL/JUR/3768/2018), y 29 de noviembre de 2018 (CL/JUR/6642/2018), así como la jurisprudencia más antigua referida en FIGUEROA (1996), pp. 224-227.

³¹ URRUTIA (1934).

³² Detrás está también el cambio de paradigma en la enseñanza del derecho y la difusión de las nuevas tendencias a través de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, creada en 1903. Véase AMUNÁTEGUI (2016), pp. 22-23.

³³ Véase, por ejemplo, PEÑAILILLO (2019), pp. 1016-1021.

De esto se sigue que la dimensión material de la posesión solamente desempeña una función relevante respecto de las cosas muebles (de ahí el aforismo “en fait de meuble possession vaut titre”³⁴) y como elemento basal para distinguir en abstracto (como categorías normativas) entre los grados de detentación que admite el derecho (posesión y mera tenencia)³⁵. Por lo demás, el *Mensaje del Código Civil* hace patente esta ruptura con la tradición jurídica anterior, expresando las razones y el funcionamiento del nuevo sistema previsto para las titularidades³⁶, de suerte que su texto resulta un elemento indispensable para conocer la intención del legislador en torno a esta materia (art. 19 II del CC). Lamentablemente, no ha sido aprovechado lo suficiente³⁷.

En dicho *Mensaje* se define la posesión de una manera que suele pasar desapercibida, quedando su estudio reducido al concepto del mentado art. 700 del CC, vale decir, como una tenencia calificada por el ánimo de señor y dueño que muestra el poseedor. El § 24 dice que ella puede ser siempre reconducida a un “carácter genérico que consiste en la investidura de un derecho real”³⁸, sin importar que esté respaldada por “la realidad o la apariencia de dominio”. Esta caracterización de la posesión es muy significativa, porque remite a la idea que de ella se tenía en el derecho germánico y que se conoce con el nombre de *gewere*. Este término denota la forma de un derecho real, puesto con ella se designa el señorío fáctico sobre una cosa, que resulta oponible frente a todos por su carácter ostensible³⁹.

Esta sustitución del concepto de posesión no es propia del derecho chileno, sino que constituye una tendencia asentada en el derecho comparado. Jerónimo González Martínez (1875-1949), reconocido como el primero de los cultivadores del derecho hipotecario en España, lo explicaba de esta forma hace ya casi un siglo al referirse a las dos funciones que cumple el principio de publicidad registral:

“Como principio legitimador, derivado directamente de *gewere* o investidura germánica, reemplaza a la misma propiedad con su forma jurídica, y la protege en sus apariencias, mediante una presunción *juris tantum* suficiente para la vida práctica. Para que ésta se desenvuelva normalmente mientras no haya terceros interesados, basta suponer que la inscripción corresponde

³⁴ PEÑAILILLO (2019), pp. 1422-1442.

³⁵ El *Mensaje del Código Civil*, § 24 señala: “las palabras posesión y tenencia contrastan siempre en él [el Proyecto de Código Civil], la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno». Véase la observación hecha por la Corte de Apelaciones de La Serena respecto del art. 714 del CC (art. 854 del Proyecto de 1853), que recoge MERY (1946), p. 106.

³⁶ HANISCH (1996), p. 208.

³⁷ Por ejemplo, el trabajo de Hugo Hanisch Espíndola (1915-1992) citado en la nota anterior se limita a parafrasear el *Mensaje*, sin aportar mayores luces sobre el sentido de cada una de las frases que ahí se dedica al régimen de las cosas.

³⁸ La expresión coincide con la definición de *gewere* que da VINOGRADOFF (1918), p. xxviii: “the matter of fact expression of real rights”.

³⁹ PLANITZ (1957), pp. 99 y 154.

a la realidad jurídica y acredita *prima facie* que el derecho inscrito existe y que el cancelado se ha extinguido.

[...]

La técnica moderna concede a la inscripción respecto de los inmuebles, las mismas funciones legitimadoras que a la posesión corresponden en el orden de los inmuebles”⁴⁰.

La decisión adoptada en la Comisión Revisora consistió en convertir la posesión de los inmuebles en un concepto donde la tenencia material no importa mientras subsista la solemnidad de la inscripción conservatoria, porque es ella la que permite identificar al sujeto bajo cuya esfera de control se encuentran esos bienes. Sin embargo, el elemento caracterizador de este grado de detentación no estriba tanto en la disponibilidad física de la cosa, precisamente porque ella resulta irrelevante para su configuración, sino en el control económico que entrega sobre ella, que permite que pueda ser ejercido por intermedio de otros (arts. 700, 714 y 725 del CC) y que la posesión no se pierda por la ausencia de su titular (art. 727 del CC)⁴¹. Por eso es tan importante el sentido del art. 696 del CC cuando dice que la inscripción conservatoria es la que concede la posesión efectiva sobre un determinado bien raíz, puesto que ella es la que permite ejercer el máximo acto dominical: la disposición. La suerte de esa tradición (art. 686 del CC) depende de la calidad dominical o no dominical del poseedor que transfiere la cosa (art. 682 del CC).

Esto significa que el sistema posesorio del *Código Civil* fue mucho más allá que los modelos comparados, porque unificó en un solo régimen tres situaciones distintas: inscripción, posesión y propiedad⁴². Jerónimo González lo explica así:

“Si la posesión consiste principalmente en un señorío de hecho sobre las cosas, en un sometimiento efectivo a la voluntad humana, la llamada posesión registral o titular, basada sobre la inscripción de una finca o derecho real en el Registro a favor de una persona determinada, no es verdadera posesión. La titularidad emanante del asiento no implica una potestad inmediata sobre la cosa ni ejercicio del derecho. De aquí que pueda aparecer como poseedor jurídico una persona no inscrita.

Un imperfecto paralelismo entre la *gewere*, o investidura germánica, y la posesión romana, puede llevar a la confusión de ambos conceptos; pero en el orden inmobiliario la primera se caracteriza por la fuerza legitimadora y valor transmisivo, así como la segunda por ser relación de hecho, a la que el derecho concede enérgica e inmediata protección”⁴³.

⁴⁰ GONZÁLEZ (2009), pp. 122-123.

⁴¹ D’ORS (1995), p. 25.

⁴² *Mensaje del Código Civil*, § 22.

⁴³ GONZÁLEZ (2009), pp. 132-133.

La situación es distinta para el derecho chileno. En el *Código Civil* sí existe perfecta equivalencia entre inscripción conservatoria y posesión, siendo esto una consecuencia de que ella quedó establecida como el único modo de transferir el dominio de los inmuebles (art. 686 del *CC*). El objetivo era claro, pero de largo plazo:

“Pero como no sólo los actos entre vivos sino las transmisiones hereditarias están sujetas respecto a los bienes raíces a la solemnidad de esta inscripción, todos los referidos bienes, a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque”⁴⁴.

Bajo el solo régimen del *Código*, entonces, no puede existir poseedor de un inmueble que no tenga a su favor una inscripción conservatoria. De esto se sigue que fue correcto el razonamiento del Juzgado de Letras de Pichilemu cuando concluyó que el dominio del demandante se da por establecido merced a la inscripción conservatoria (cons. 13°), aun cuando resulta llamativo que se califique de poseedor inscrito al demandado por el hecho de tener a su favor una escritura pública de cesión de “derechos posesorios” (cons. 12°, c). El régimen del DL 2695/1979 desafía al *Código Civil*, pero solo en la fase inicial del procedimiento de saneamiento. Lo hace al configurar con una tipicidad propia la categoría de poseedor material, que supone la tenencia física de la cosa sin reconocer dominio ajeno (arts. 2° y 4°). Pero el objetivo de la regularización es que el poseedor material se convierta en poseedor inscrito, sirviéndose de la resolución administrativa como título y pudiendo ganar así la cosa por prescripción adquisitiva (art. 15). Esto significa que, a fin de cuentas, el DL 2695/1979 acaba convergiendo con el régimen del *Código Civil*.

De este modo, aunque la función de la inscripción se asumió como parte de la acreditación de la legitimación del demandante, la tendencia a conceder la reivindicación contra los poseedores materiales acaba teniendo una ventaja, pues permite unificar la protección dominical del *Código Civil* con la del régimen especial del DL 2695/1979. Todo estriba en admitir que se trata de una acción general (aquella destinada a proteger el dominio de perturbaciones jurídicas) que admite diversas posibilidades de ejercicio.

2. La acción publiciana

No es ahora el momento de hacer una reconstrucción histórica en torno a la acción publiciana, que se concede al poseedor que está en vías de ganar la cosa por prescripción para recuperarla de quien la tenga con peor derecho (art. 894 del *CC*)⁴⁵. Basta con decir que el ejercicio de la *rei vindicatio* no estaba

⁴⁴ *Mensaje del Código Civil*, § 21.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, el esfuerzo monográfico de CUESTA (1984).

previsto en el derecho romano para el poseedor que no era dueño y dejó de poseer, quien debía esperar el cumplimiento de los plazos de usucapión para ser considerado poseedor civil y poder servirse así de la acción reivindicatoria. En el siglo I a. C. se introdujo una acción especial destinada a subsanar ese estado de indefensión, la que fue conocida como acción publiciana (*actio Publiciana*), quizá porque provino de un pretor del año 67 llamado Quinto Publicio. Dicha acción se concedía

- i) al adquirente de una *res mancipi* respecto de la cual se había omitido un modo solemne de adquirir (*mancipatio* o *in iure cessio*) y
- ii) al que recibió por una tradición no dominical cualquier cosa identificable, sin importar si hubo un modo solemne de adquirir tratándose de una *res mancipi*⁴⁶.

En otras palabras, era una acción que podía ser ejercida por quien adquirió la posesión mediante tradición (*traditio*) y luego la perdió sin voluntad de su parte, basada en la ficción de la usucapión cumplida (*Gai.* 4, 36). Ella quedó recogida después en *Dig.* 6, 2 (*De Publiciana in rem actione*).

En el derecho común, la acción publiciana siguió siendo utilizada⁴⁷. De hecho, la práctica forense germana la prefería a la reivindicatoria por ser más fácil de demostrar sus requisitos. Su pervivencia a partir de la codificación fue muy distinta por las decisiones adoptadas respecto de la transferencia de la propiedad⁴⁸. En la mayoría de los países, esta acción fue suprimida o muy discutida su pervivencia⁴⁹. Por ejemplo, el derecho alemán y suizo no la conocen, y lo mismo se concluye para el derecho francés e italiano. Sí existió en la zona del derecho común y predomina la idea de que también se la aceptó en Austria, donde acabó siendo recogida como una acción restitutoria de mejor posesión (§ 372 del *ABGB*).

Tal era, en apretada síntesis, la evolución que había experimentado la acción publiciana y con la que se encontró Andrés Bello al redactar el *Código Civil* chileno. A diferencia de lo que ocurría en la mayoría de los países que tuvo en cuenta, optó por conservar esta acción en el art. 894 del *CC*, sirviéndose de fuentes romanas y de Robert Pothier (1699-1772)⁵⁰. Ella quedó configurada como una acción equivalente a la reivindicatoria (“se concede la misma acción [...]”) y dispuesta en beneficio del “que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en caso de poder ganarla por prescripción”, para que pueda recuperarla de manos de cualquier otro poseedor de peor derecho. La razón de este alcance proviene de que “sólo la posesión regular pone al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva”⁵¹ y, por consiguiente, de convertirlo en dueño de la cosa.

⁴⁶ GUZMÁN (1996), p. 507.

⁴⁷ COING (1996), I, p. 379.

⁴⁸ SCHIELE (2019), pp. 97 y 100.

⁴⁹ COING (1996), II, p. 483 y SCIUMÈ (1989), pp. 46-47.

⁵⁰ Cfr. AMUNÁTEGUI (2019), p. 248 y BARRIENTOS (2016), II, pp. 1035-1037.

⁵¹ *Mensaje del Código Civil*, § 24.

Una acción fundada en el mejor derecho para poseer se explica por las decisiones tomadas respecto del régimen de las cosas a partir del Proyecto Inédito. Desde entonces, el núcleo de la tradición es esencialmente dominical o relativo a la titularidad sobre otros derechos reales, eliminando la distinción que hacía el Proyecto de 1853 entre la tradición del dominio (art. 806) y aquella que atañía a la posesión (art. 841)⁵². Esta última fue reemplaza por una regla que, sin incidir sobre la tradición en sí (ella sigue siendo válida porque no se afectan sus elementos estructurales: consentimiento, capacidad, título, solemnidades), supedita sus efectos al hecho de ser el transferente dueño de la cosa o un simple poseedor de la misma (art. 682 del CC). Esto quiere decir que el adquirente puede creer que es dueño de la cosa, porque existía un título traslativo de dominio y hubo tradición, sin que de verdad lo sea, puesto que el transferente no podía transferirle una titularidad de la que carecía. Para recuperar la cosa cuando la ha perdido y otro la pretende con ánimo de señor y dueño, al poseedor regular le basta con probar su mejor derecho sobre ella, dado que la tradición lo ha puesto en la senda de convertirse en dueño por prescripción adquisitiva.

Así, pues, la decisión del Juzgado de Letras de Pichilemu fue correcta al rechazar la acción publiciana ejercida como demanda reconvenzional por el demandado, pese a que el único argumento mencionado era que, con carácter previo se había acogido la demanda principal y ambas resultaban contradictorias entre sí (cons. 22°). En rigor, debería haber habido algún pronunciamiento respecto de un hecho todavía más relevante, como era la ausencia de la calidad de poseedor regular del demandado, lo que impedía que tuviese legitimación para ocurrir de acuerdo con el art. 894 del CC. La razón residía en lo ya expuesto: no hay posesión mientras no medie una inscripción conservatoria a favor del poseedor⁵³, y ella no existía respecto del demandado.

3. La regla del art. 669 del CC y las prestaciones mutuas

Queda tratar del último aspecto jurídico relevante en el caso aquí comentado. La discusión en las Cortes acabó versando sobre el art. 669 del CC, que el demandado estimó que no había sido aplicado por los jueces del fondo y, por consiguiente, esa decisión le privaba de la indemnización que esa regla establece por el valor de lo que se ha edificado, sembrado o plantado en suelo ajeno. La Corte Suprema consideró que dicha norma contempla un derecho de opción a favor del dueño (cons. 8°) y que, según cual sea la decisión por la que este se decante, la indemnización a favor del tercero puede ser discutida durante la fase de ejecución de la sentencia que accedió a la reivindicación (cons. 9°).

La primera afirmación es correcta y se desprende de la sola lectura de esta norma aplicable a la accesión industrial. Ella parte de un supuesto basal, como es el caso en que se ha edificado, plantado o sembrado en un inmueble

⁵² SCHIELE (2019), pp. 91-97.

⁵³ Véase el desarrollo de esta idea en ALCALDE (2019c).

que pertenece a otro. La diferencia específica consiste en si esa edificación, plantación o siembra se ha hecho sin el conocimiento (inc. 1º) o a ciencia y paciencia (inc. 2º) del dueño del terreno, pero ella solo incide en que este último tenga un derecho de opción (como ocurre en la primera hipótesis) o carezca de ella (como sucede en la segunda hipótesis), sin que ninguno de esos casos suponga una completa desprotección patrimonial. Por cierto, en ambos casos es necesario que no exista un contrato que regule las relaciones entre las partes, porque entonces es esa disciplina la que absorbe la decisión sobre la suerte de la edificación, plantación o siembra, como sucede en el usufructo (art. 797 del *CC*) o en el arrendamiento (art. 1935 del *CC*)⁵⁴. En otras palabras, el art. 669 del *CC* se refiere al supuesto en que la edificación, plantación o siembra se hace sin que medie un convenio regulador entre el dueño y el tercero, siendo indiferente que el primero ignore la situación o que, conociéndola, la tolere.

Cuando la accesión de cosas muebles a un bien raíz se ha hecho sin el conocimiento del dueño, este tiene derecho a

- i) hacer suyo el edificio, la plantación o la sementera mediante el pago de las indemnizaciones previstas para los poseedores de buena o mala fe en la disciplina de la reivindicación o, bien, a
- ii) obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con el interés corriente por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a enterarle la renta y la indemnización de perjuicios (art. 669 I del *CC*).

Por el contrario, cuando se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del predio, este solo puede recuperar la cosa pagando el valor de aquello que se ha agregado a él (art. 669 II del *CC*).

En el caso que sirve de base a este comentario, el supuesto era más cercano al primero de los mencionados, aunque no exactamente coincidente con él: el demandado había construido una vivienda ocupando una superficie equivalente al 50% del predio de su vecino, y lo había hecho sin su conocimiento. En apariencia, esto significaba que el demandante gozaba del derecho alternativo previsto en el mentado art. 669 I del *CC*. La pregunta a la que eso aboca tiene relación con el modo de ejercicio de dicho derecho, y eso conduce a la segunda parte del razonamiento de la Corte Suprema, según el cual el dueño debe recobrar lo que le corresponde durante la fase de ejecución del fallo.

En este último punto reside el problema, puesto que resulta difícil aceptar la compatibilidad entre las indemnizaciones del art. 669 del *CC* y las prestaciones mutuas que acompañan la reivindicación, puesto que ambas se ordenan hacia el mismo fin: se trata de reglas destinadas a corregir el desequilibrio patrimonial causado por un supuesto de enriquecimiento injustificado⁵⁵. Si bien no cabe

⁵⁴ PEÑAILILLO (2019), pp. 721-722 y RAMOS (1985), p. 141.

⁵⁵ PINO (2019), pp. 382-386, considera que se trata de situaciones diversas: en el art. 669 del *CC* hay un supuesto de enriquecimiento injustificado por desplazamiento patrimonial, mientras que en las reglas de los arts. 906 y 907 del *CC* existe un enriquecimiento por ganancias ilícitas.

duda de que la restitución del inmueble donde otro ha construido, sembrado o plantado se debe lograr mediante el ejercicio de la acción real que corresponda (sea la reivindicatoria, aquella del art. 915 del *CC*, la publiciana o la de precario), la cuestión estriba en determinar cómo se tramita la discusión sobre el pago de los rubros accesorios⁵⁶. Como ellos corresponden al demandado, será este el que deberá señalar que la construcción ha sido hecha por su cuenta y que la sentencia debe reconocer esa condición y ordenar el pago de lo que valga. Esto podrá hacerlo como excepción al contestar la demanda o, bien, como una pretensión independiente ejercida a través de una demanda reconventional. Si no lo hizo en esa oportunidad, siempre tendrá la posibilidad de discutir las prestaciones a las que esté obligado el vencedor por vía incidental durante la fase de ejecución del fallo (art. 239 del *CPC*). El demandado hizo esas alegaciones durante el periodo de discusión y el tribunal de primera instancia reconoció su carácter de poseedor de buena fe para los efectos de las prestaciones mutuas (cons. 16°). Tenía derecho, por ende, a que le fuesen abonadas las obras en cuanto hubiesen aumentado el valor venal del predio (art. 909 del *CC*).

Sin embargo, el caso deja una cuestión latente relativa a la pertinencia de la acción ejercida por el demandante. Ha quedado dicho que la reivindicación fue correctamente acogida, aun cuando el fundamento fuese el art. 915 del *CC*, puesto que el actor era dueño del bien raíz que reclamaba y tenía derecho a ser restablecido en el pleno aprovechamiento material sobre este. Siendo esto así, no deja de ser verdad que existe una acción que resultaba más apropiada al caso: la denuncia de obra nueva (arts. 930 y 931 del *CC*), que, incluso, alcanza al que está ejecutando la construcción para que la detenga (art. 566 del *CPC*).

En fin, la Corte Suprema desaprovechó la oportunidad para pronunciarse sobre el criterio de solución aplicable a la “accesión inversa”, que se da cuando ciertas construcciones han sido levantadas en parte en terreno ajeno y en parte en terreno propio y es el titular de la edificación quien se hace dueño del predio que la soporta⁵⁷. En rigor, tal era la situación que se discutió en el caso, puesto que el demandado había construido una vivienda invadiendo un 50% de la superficie del predio del actor. Pero la Corte no se decantó por la solución que prima en derecho comparado y dio aplicación al art. 669 del *CC* por analogía (aunque sin decirlo), reenviando la discusión a la fase de ejecución de la sentencia que acogió la reivindicación.

III. CONCLUSIONES

El caso comentado tuvo una decisión que se mantuvo sin alteraciones durante toda la tramitación de la causa. La acción reivindicatoria ejercida por el actor fue acogida, sin hacer lugar a las alegaciones del demandado sobre la proce-

⁵⁶ RAMOS (1985), p. 146.

⁵⁷ PEÑAILILLO (2019), pp. 725 y 729.

dencia del art. 669 del *CC*, que concede el derecho a ser indemnizado a quien construido, plantado o sembrado en un terreno ajeno. Ninguno de los tribunales que intervino en el asunto hizo un mayor desarrollo de la calidad jurídica de las partes, limitándose a dar por establecido que, merced a la inscripción conservatoria que existía a su nombre por el tiempo requerido, el demandante era dueño del inmueble que había regularizado conforme al procedimiento del DL 2695/1979. Esto demuestra cuán admitido está en el derecho chileno el principio de legitimación registral, según el cual se asume la veracidad de lo inscrito en el registro conservatorio mientras no se demuestre su inexactitud y, por consiguiente, se presume que el derecho inscrito existe y pertenece al titular de la inscripción.

En los últimos años, la jurisprudencia ha experimentado un vuelco importante en la concepción de la acción reivindicatoria, decantándose por una visión más funcional destinada a proteger al dueño frente a las perturbaciones de su derecho. Si bien esta tendencia vulgarizadora es criticable, porque desdibuja las categorías dogmáticas del *Código Civil*, tiene a su favor un punto destacable, ya que permite unificar el régimen posesorio, evitando que quede fuera el poseedor material (categoría reconocida por el citado DL 2695/1979) como posible sujeto pasivo de la reivindicación. Para lograr ese cometido, basta con entender que la acción de dominio es una categoría amplia que comprende distintos supuestos, desde el más específico entre el dueño no poseedor y el poseedor no dueño (arts. 889, 893 y 895 del *CC*), hasta aquellos más amplios en que la disposición subjetiva del ocupante del bien no importa (art. 915 del *CC*) y tampoco la prueba del dominio del demandante (art. 894 del *CC*). Con todo, en el caso comentado esta cuestión no fue objeto de un mayor análisis. Quizá el único punto preocupante sea la condición de poseedor inscrito que la sentencia de primera instancia reconoció al demandado, cuando solo gozaba de una escritura pública de cesión de “derechos posesorios”.

Donde sí se produjo discusión, especialmente en la Corte de Apelaciones de Rancagua y en la Corte Suprema, fue a propósito del art. 669 del *CC* y el derecho que ahí se contempla para que el ha edificado, plantado o sembrado en suelo ajeno sea indemnizado por el dueño. Esta regla establece una opción para este último, a fin de que escoja entre quedarse con la cosa y lo que a ella se ha añadido u obligue al tercero a comprarle el inmueble. Pese a que esto es cierto, hay un aspecto que pasó desapercibido y que comporta el supuesto de hecho de una figura distinta. Se trata de la llamada “accesión inversa”, que se produce cuando la construcción se produce en parte en el terreno de otro y en parte en el propio. Eso fue lo que sucedió en este caso. Para la Corte Suprema, la solución a este problema parece ser la misma que en la accesión industrial propiamente tal, vale decir, dar aplicación al mentado art. 669 del *CC*. Sin embargo, esta norma no resulta compatible con las prestaciones mutuas que acompañan la reivindicación, puesto que ambas se valoran de igual forma. Lo razonable es entender que, ejercida la acción reivindicatoria, los rubros a los que tiene derecho el poseedor vencido por aquellas obras que ha efectuado

en el inmueble se pagan de acuerdo con las reglas de las prestaciones mutuas. Por el contrario, el art. 669 del CC se aplicará cuando no se haya ejercido esa acción y sea preciso determinar a cuánto asciende la compensación que puede reclamar el tercero.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO SAN JUAN, Claudio (2017). “La expresión ‘nulidad de derecho público’ en el derecho chileno”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 12. Madrid.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2019a). “La acción del artículo 915 CC es equivalente a la acción reivindicatoria propiamente tal, siendo competencia del tribunal efectuar la calificación sobre la forma en que el demandado ocupa el bien que se reclama. No resulta admisible la prescripción adquisitiva extraordinaria contra título inscrito. La acción reivindicatoria tiene por fin que la titularidad del dueño sea reconocida y se le restituya el bien que le pertenece. La función de la inscripción como prueba de la propiedad de un inmueble. Corte Suprema, sentencia de 29 de noviembre de 2018, rol n.º 41.935-2017 (CL/JUR/6642/2018)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 32. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2019b). “Notas para una relectura del sistema de propiedad raíz en el derecho chileno”, en Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO (ed.). *Estudios sobre propiedad y posesión. Perspectiva chilena y latinoamericana*. Santiago: ThomsonReuters.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2019c). “Notas sobre la prescripción adquisitiva extraordinaria”, en Manuel BARRÍA PAREDES *et al.* (eds.). *Estudios de derecho patrimonial en homenaje al Profesor Daniel Peñailillo Arévalo*. Santiago: ThomsonReuters.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2018). “La acción contra el injusto detentador del artículo 915 CC. El poseedor a nombre ajeno es el supuesto general de mera tenencia. La ocupación de un bien raíz fiscal sin autorización o concesión de la autoridad respectiva no confiere al ocupante más que una tenencia precaria. Las consecuencias que trae consigo la ampliación jurisprudencial de la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria. Una propuesta de reconstrucción del sistema de acciones reales. Corte Suprema, sentencia de 12 de diciembre de 2017, rol n.º 12.210-2017. WESTLAW: CL/JUR/7873/”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 30. Santiago.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Humberto (1926). *La inscripción no es requisito, garantía ni prueba de la posesión de los bienes raíces*. Santiago: Imprenta y Librería Artes y Letras.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2016). “La doctrina jurídica en Chile. Un breve estudio acerca del surgimiento de la figura del jurista en Chile y la educación universitaria”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*. Vol. 29, n.º 1. Valdivia.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2019). *Código Civil de Chile*. Edición anotada, concordada y con fuentes, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- BARAHONA GALLARDO, Claudio (2016). *La teoría de la posesión inscrita en Chile en el siglo XIX (1857-1910)*, tesis para optar al grado de magíster en Derecho. Santiago: Universidad de Chile. Inédita.

- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2016). *El Código Civil. Su jurisprudencia e historia*. Edición crítica, concordada, comentada y anotada, Santiago: ThomsonReuters.
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1888). *Obras completas de don Andrés Bello*. Santiago: Imprenta de G. Ramírez. Tomo XII.
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1954). *Código Civil de República de Chile*. Caracas: Ediciones del Ministerio de Educación. Tomo II.
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1955). *Código Civil de República de Chile*, Caracas, Ediciones del Ministerio de Educación. Tomo II.
- BRAVO LIRA, Bernardino (2014). “En busca de los orígenes del Registro Conservatorio en Chile. Bello y el ABGB”, en Marco Antonio SEPÚLVEDA LARROUCAU. *Teoría general del derecho registral inmobiliario*. Santiago: Metropolitana.
- CAVANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (2018). “El principio de fe pública registral y la usucapión *contra tabulas*”, *Revista de Derecho Inmobiliario*. Año 2, N.º 1. Santiago.
- COING, Helmut (1996). *Derecho privado europeo*. (trad.) Antonio Pérez Martín, Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- CUESTA SAENZ, José María (1984). *La acción publiciana*. Madrid: Montecorvo.
- D’ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro (1995). *La posesión del espacio*. Madrid: Civitas.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo [coord.] (1996). *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias*. 3ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo III.
- GARCÍA GOYENA, Florencio (1974). *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, Cometa.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2019). “Revisión de los mecanismos de protección de terceros en la regularización de la pequeña propiedad raíz: una primera lectura de la Ley 21.108”, en Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO (ed.). *Estudios sobre propiedad y posesión. Perspectiva chilena y latinoamericana*. Santiago: ThomsonReuters.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo (2009). “El principio de publicidad”, en Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Don Jerónimo González*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1996). *Derecho privado romano*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo (1996). “El mensaje del Código Civil y el concepto de Bello sobre la posesión”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. XVIII. Valparaíso.
- LISSO GAITE, Juan Francisco (1970). *Crónica de la codificación española*. Madrid: Comisión General de Codificación. Tomo IV.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2015). “Acciones reales y estándares de prueba”. *Ius et Praxis*. Vol. 21, n.º 2. Talca.
- LIRA URQUIETA, Pedro (1956). “García Goyena y el Código Civil chileno”, en *El Código Civil chileno y su época*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- MERY BERISSO, Rafael (1946). “El Código Civil de la República de Chile y los Tribunales de Justicia”. *Anales de la Universidad de Chile*. N.º 103. Santiago.
- MEWES BRUNA, Humberto (1913). *La prueba del dominio de los bienes raíces adquiridos por tradición*. Valparaíso: Imprenta Royal.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2019). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. 2ª ed. Santiago: ThomsonReuters.
- PINO EMHART, Alberto (2019). “Los supuestos de restitución de ganancias ilícitas en el derecho privado chileno”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 46, n.º 2. Santiago.
- PLANITZ, Hans (1957). *Principios de derecho privado germánico*. (trad.) Carlos Melón Infante. Barcelona: Bosch.
- RAMOS PAZOS, Ramón (1985). “Edificación en suelo ajeno sin previo contrato (en torno al artículo 669 del Código Civil)”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. N.º 178. Concepción.
- RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, Bruno (2012). “Protección de los terceros adquirentes y de los acreedores en los diversos sistemas transmisivos: un intento de valoración”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N.º 733. Madrid.
- RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, Bruno (2014). “La equivalencia de la escritura a la entrega y el valor de la tradición instrumental”, en Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*. Cizur Menor: Aranzadi/ThomsonReuters. Tomo II.
- SCHIELE MANZOR, Carolina (2019). “Artículo 894 del Código Civil: ¿prueba de mejor derecho?”, en Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO (ed.). *Estudios sobre propiedad y posesión. Perspectiva chilena y latinoamericana*. Santiago: ThomsonReuters.
- SCIUMÈ, Alberto (1989). “Rivindicazione (diritto intermedio)”, en *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Guiffirè. Tomo XLI.
- SÉPULVEDA LARROUCAU, Marco Antonio (2014). *Teoría general del derecho registral inmobiliario*. Santiago: Metropolitana.
- TRUCCO FRANZANI, Humberto (1910). “Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil chileno”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Vol. VII. Santiago.
- URRUTIA ANGUITA, Leopoldo (1934). “Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Vol. XXXI. Santiago.
- VELEMAN, Barry (1995). *Andrés Bello y sus libros*. Caracas: La Casa de Bello.
- VINOGRADOFF, Paul (1918). “Introduction”, in Rudolf HUEBNER. *A Historic of Germanic Private Law*. (trad.) Francis Philbrick, Boston, Little, Brown and Company.
- ZÁRATE GONZÁLEZ, Santiago (2019a). “El primer registro chileno sobre hipotecas, censos y naves regulado en el Reglamento de 20 de mayo de 1848”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. N.º 41. Valparaíso.
- ZÁRATE GONZÁLEZ, Santiago (2019b). *Tratado de Derecho inmobiliario registral*. Santiago: Editorial Metropolitana.

Jurisprudencia citada

SCS de 23 de marzo de 2016 (CL/JUR/1830/2016).

SCS de 28 de abril de 2016 (CL/JUR/3060/2016).

SCS de 8 de junio de 2016 (CL/JUR/3789/2016).

SCS de 28 de agosto de 2017 (CL/JUR/5633/2017).

SCS de 31 de enero de 2018 (CL/JUR/521/2018).

SCS de 12 de julio de 2018 (CL/JUR/3768/2018).

SCS de 29 de noviembre de 2018 (CL/JUR/6642/2018).

DERECHO PROCESAL CIVIL

Maite Aguirrezabal Grünstein

Profesora investigadora

Universidad de los Andes

GESTIÓN PREPARATORIA Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EJECUTIVA

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analiza la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de La Serena con fecha 27 de marzo de 2017, en la causa rol n.º 40-2017 (rol de ingreso a la Corte), referida a la consideración de la interrupción de la prescripción con ocasión de la preparación de la vía ejecutiva.

El fallo resulta de gran relevancia por cuanto la decisión considera que no existe una unidad procesal entre la gestión preparatoria y el juicio ejecutivo para efectos de considerar si la gestión interrumpe permanentemente la prescripción de la acción ejecutiva.

II. HECHOS RELEVANTES QUE MOTIVAN EL FALLO

En estos autos rol 1474-2014 seguidos ante el Tercer Juzgado de Letras de la ciudad de Coquimbo, compareció la Sociedad Comercializadora de Frutos del País Las Cabras Limitada y deduce demanda ejecutiva en contra de Álvaro López Galleguillos, la que funda en la cobranza de unos cheques que la demandada ha girado en favor de la sociedad demandante por la suma total de \$45.524.000 más reajustes e intereses, los que fueron oportunamente protestados y no pagados.

Por medio de la correspondiente gestión preparatoria, y con fecha 18 de julio de 2014 se notificaron legalmente los protestos de los cheques cuya cobranza se ejecuta, quedando con ello preparada la vía ejecutiva.

Presentada la demanda ejecutiva, esta fue notificada con fecha 19 de febrero de 2016, y el ejecutado opuso la excepción contenida en el numeral 17 del ar. 464 del *CPC*, esto es, “prescripción de la deuda o sólo de la acción ejecutiva”, la que funda en que ha comenzado a correr un nuevo plazo de prescripción de un año que se contará desde que el título quede perfecto para poder accionar ejecutivamente. En la especie este nuevo plazo de prescripción empezó a correr el día 19 de enero de 2015, fecha en que se efectuó la certificación de

encontrarse preparada la vía ejecutiva y habiéndose mantenido la prescripción interrumpida entre el 18 de julio de 2014 y el 19 de enero de 2015.

Por consiguiente, señala que el día 19 de enero de 2015 se reanudó un nuevo cómputo del plazo de prescripción de un año de la acción ejecutiva que emana de los cheques de autos. Este plazo corrió sin interrupción. Agrega que el ejecutado fue notificado de la demanda ejecutiva y requerido de pago el día 19 de febrero de 2016, habiendo transcurrido a su juicio el plazo de prescripción, lo que hace que la acción se encuentre prescrita.

Contestando el traslado conferido respecto de las excepciones opuestas, el ejecutante señala que es erróneo lo expuesto por el demandado, al sostener que el plazo de prescripción corre nuevamente a partir de la certificación de que el demandado no pagó ni opuso tacha de falsedad de su firma y que la ley prevé la notificación judicial oportuna del protesto del cheque, lo que constituye una forma de iniciar el juicio ejecutivo según se desprende, a su juicio, del art. 178 del *COT*¹, habiéndose notificado el protesto de los cheques dentro del plazo del año previsto en el art. 34 de la ley de cuentas corrientes bancarias y de cheques y que, por lo tanto, la prescripción de la acción ejecutiva se interrumpió con dicha gestión.

Alega también que el ejecutado habría solicitado facilidades de pago y prórrogas de plazo, lo que a su juicio interrumpe naturalmente la prescripción.

Por sentencia de 28 de junio de 2016 el tribunal acoge la excepción de prescripción fundada en el hecho de que la demanda ejecutiva fue notificada el 19 de febrero de 2016, encontrándose vencida la prescripción de un año contado desde que quedó preparada la vía ejecutiva.

Apelado este fallo por el ejecutante, la segunda sala de la Corte de Apelaciones de La Serena, con fecha 27 de marzo de 2017, confirmó la sentencia de primera instancia, pero revocándola en lo que respecta a la imposición de costas y condenando al recurrente a pagarlas.

En su contra, el perdedor dedujo recurso de casación en el fondo, el que fue declarado inadmisibile por la Corte Suprema.

III. NATURALEZA DE LA GESTIÓN PREPARATORIA DE LA VÍA EJECUTIVA

La gestión preparatoria de la vía ejecutiva corresponde a un procedimiento judicial que busca perfeccionar o completar un título ejecutivo².

¹ Que dispone: “no obstante lo dispuesto en el artículo 176, serán de la competencia del juez que hubiere sido designado anteriormente, las demandas en juicios que se hayan iniciado por medidas prejudiciales, por medidas preparatorias de la vía ejecutiva o mediante la notificación previa ordenada por el artículo 758 del Código de Procedimiento Civil; todas las gestiones que se susciten con motivo de un juicio ya iniciado y aquellas a que dé lugar el cumplimiento de una sentencia, fuera del caso previsto en la parte final del artículo 114”.

² La Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de fecha 12 diciembre 1966, *RDJ*, tomo LXIII, sec. 2ª, Concepción, 1966, p. 169, sostiene que gestión preparatoria de la vía ejecutiva con-

Existe discusión en torno a si por su naturaleza constituye una gestión de tipo contencioso o voluntario.

Para Mario Casarino

“son ciertos procedimientos judiciales previos, que puede iniciar el acreedor en contra del deudor, destinados a perfeccionar o completar el título con el cual pretende iniciar una ejecución posterior”³

y, por lo tanto, se trataría de un asunto contencioso.

En cambio, para Raúl Tavolari es un acto de jurisdicción voluntaria.

La jurisprudencia se inclina a considerarla como una gestión contenciosa, ello como una forma de comenzar el juicio ejecutivo⁴, señalando:

“la finalidad de las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva es constituir, formar o perfeccionar un título con idoneidad para el cumplimiento forzado de la obligación que de él deriva, una vez cumplidas las exigencias legales previas tendientes a constituirlo. De allí que su carácter de gestión denota propiamente una actividad o ritualidad que se identifica con los actos no contenciosos o voluntarios, cuyo objetivo se concreta en perseguir el acreditativo de un título o atributo, esto es, el llamamiento del deudor para que reconozca su firma o confiere una deuda, un título una condición de idoneidad, una situación creadora de derechos”⁵.

Considera Alejandro Romero:

“la relevancia práctica de este debate se aprecia en materias como la interrupción de la prescripción, la constitución del deudor en mora, la

siste en “aquella gestión judicial contenciosa tendiente a crear un título ejecutivo ya sea en forma directa constituyendo el título mismo, o complementando determinados antecedentes, o bien supliendo las imperfecciones de un título con existencia incompleta”. Su objeto es crear un título ejecutivo, que permite la entrada a este procedimiento, y dicha finalidad se logra en alguna de estas formas: a) creándose el título por la gestión misma, como sucede con la confesión judicial, en que no existe antecedente previo que consigne la obligación que se trata de hacer efectiva; b) completando mediante actuaciones judiciales ciertos antecedentes que justifican la existencia de la obligación, como en el caso de las notificaciones no personales de los protestos de las letras de cambio, pagarés y cheques y c) complementando las imperfecciones de un título con determinada actuación judicial, como la gestión de evaluación.

³ CASARINO (2009), tomo v, p. 52.

⁴ La Corte Suprema ha declarado, por ejemplo, que la gestión preparatoria de la vía ejecutiva activa la cláusula de aceleración, y desde ese minuto se computa el plazo de prescripción. Cfr. en este sentido, sentencias dictadas por la Corte Suprema con fecha 13 de julio de 2009 en la causa rol n.º 1891-2008; con fecha 24 de marzo de 2009, en la causa rol n.º 973-2008; con fecha 22 de julio de 2008, rol n.º 2678-2007; con fecha 17 de marzo de 2009, rol n.º 871-2009. En sentido contrario resolución de 2 septiembre 1938, n.º 14, p. 82. *RDJ.*, tomo xxxvi, sec. 1ª, Santiago, 1938, p. 224. Fallos citados por ROMERO (2015), p. 32.

⁵ Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de octubre de 2004, en los autos caratulados Monckeberg Bruner, Paulina con Village S.A., rol n.º. 1892-2001.

competencia del tribunal, el efecto de cosa juzgada, la posibilidad de alegar el abandono del procedimiento, el régimen de recursos, etc.”⁶,

agregando:

“el tema se debería zanjar considerando más que la naturaleza contenciosa o voluntaria, los efectos procesales de la litispendencia, que son los siguientes: a) nace la posibilidad de aplicar la sanción del abandono del procedimiento; b) nacen todos los derechos, obligaciones y cargas que impone la existencia de la relación procesal; c) se produce la ‘*perpetuatio legitimationis*’, en virtud de la cual quienes estaban legitimados al momento de la notificación de la demanda, en principio mantienen dicha calidad durante el transcurso del proceso; d) es posible desistirse de la acción”⁷.

Otro aspecto interesante en cuanto a su naturaleza es que, aunque al igual que las medidas prejudiciales, corresponden a gestiones previas al juicio principal, pero con importantes diferencias.

Primero, las medidas prejudiciales pueden ser gestionadas tanto por el futuro demandante como por el futuro demandado, mientras que las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva solamente pueden iniciarse por el acreedor en contra del deudor.

Segundo, y atendiendo a lo anterior, difieren también en su finalidad. Mientras las medidas prejudiciales pueden cumplir con una finalidad preparatoria, probatoria o precautoria, las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva solo tienen por objetivo perfeccionar o completar el título ejecutivo.

Tercero, difieren en las consecuencias derivadas del fracaso de la gestión. En el caso de las primeras, tienen relación con el cumplimiento de ciertas cargas procesales para el citado y las consecuentes sanciones derivadas del incumplimiento de la carga impuesta, especialmente en materia probatoria.

En el caso de las segundas, si fracasa la gestión preparatoria no quedará preparada la vía ejecutiva, haciéndose imposible una posterior ejecución en los términos del art. 434 y siguientes del *CPC* debiendo optar el solicitante por otras alternativas procesales.

IV. GESTIÓN PREPARATORIA E INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

El problema de fondo en la sentencia que se comenta tiene especial relación con si la gestión preparatoria de la vía ejecutiva se vincula con el procedimiento

⁶ ROMERO (2015), p. 33.

⁷ *Ibid.*

ejecutivo posterior constituyendo una unidad procesal, y de ser así, si la notificación de la gestión preparatoria interrumpe definitivamente la prescripción de la acción ejecutiva.

La jurisprudencia mayoritariamente ha considerado que ambos procedimientos constituyen una unidad y que, por lo tanto, basta con que se notifique la gestión preparatoria para que se interrumpa la prescripción.

Los tribunales y la Corte Suprema en especial han determinado de manera reiterada que dicho propósito se cumple mediante todo recurso judicial interpuesto por el acreedor en resguardo del derecho que le pertenece y al cual la prescripción que corre en su contra amenaza con extinguir, y no solo la demanda que prevé y reglamenta el art. 254 del *CPC*⁸, ya que la expresión recurso judicial debe entenderse en un sentido más amplio, como toda acción hecha valer ante la justicia y encaminada a obtener o resguardar un derecho amenazado⁹.

Agrega la Corte Suprema que incluso la expresión “demanda judicial” debe ser entendida en un sentido amplio, como todo acto realizado por el acreedor ante los tribunales, ya sea para cobrar su crédito o para efectuar las gestiones que lo sitúen en condiciones de hacerlo, y que lo que interesa para los efectos de la interrupción civil es que el acreedor salga de su inactividad y gestione ante los tribunales con la intención de obtener la satisfacción de su crédito, cumpliéndose con esta exigencia a través de la demanda o cualquier otra gestión que tienda directamente a posibilitarla¹⁰.

Se ha señalado en este sentido que la gestión preparatoria, por considerarse dentro del concepto de recurso judicial, posee

“la virtud de interrumpir el plazo de prescripción opuesta por el demandado, dado que con esas actuaciones el actor, salvó su pasividad y tomó el camino de exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación a su deudor renuente”¹¹.

⁸ Corte Suprema, en resolución de fecha 21 de noviembre de 1988. *RDJ*, tomo 85, segunda parte, sección primera, Santiago, 1988, p. 206.

⁹ Corte Suprema, en sentencia de 28 de junio de 1955, *RDJ*, tomo 52, segunda parte, sección primera, Santiago, 1955, p. 193. En este mismo sentido en resolución de fecha 3 de julio de 2019, en los autos rol n.º 731-2019 y rol n.º 25.034-2018 Santiago, en sentencia de diez de mayo de dos mil diecisiete. El mismo criterio se repite en sentencia de fecha 10 de mayo de 2017, dictada en los autos rol n.º 10.376-2017.

¹⁰ Sentencia dictada en los autos rol n.º 1729/2015. La Corte de Apelaciones de San Miguel repite el criterio en sentencia de fecha 10 de febrero de 2016. Se señala en esta resolución: “se ha entendido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que la expresión ‘requerimiento’ es equivalente a ‘demanda’ o ‘acción judicial’”. Coincide DOMÍNGUEZ (2009), p. 240 con este criterio, pero considera que existe una hipótesis en que no es posible ampliar la noción de demanda. Se trata de la situación prevista en el artículo 100 de la Ley n.º 18092, que exige demanda judicial de cobro de letra de cambio o pagaré.

¹¹ Criterio establecido por la Corte Suprema en la causa rol n.º 4232/2009 en sentencia de 19 de julio de 2010.

A lo anterior deben agregarse diversas disposiciones que contemplan la interrupción de la prescripción a partir del requerimiento, tales como el art. 2523 del *Código Civil*¹².

Por lo anterior, nuestra jurisprudencia ha concluido:

“la interrupción de la prescripción es un tema inherente a dicha institución jurídica, pues el legislador se ha preocupado de resguardar el derecho de los acreedores, aún cuando no hayan ejercido con prontitud su derecho a exigir el cumplimiento de la obligación que debe satisfacer su deudor, otorgándole la facultad de interrumpir el plazo necesario mientras no se haya completado, haciéndole perder al deudor todo el tiempo transcurrido”¹³,

y que:

“si el legislador de la Ley n° 19.983 hubiere querido suprimir la interrupción de la prescripción en la materia, lo habría expresado claramente, invocando las razones que lo hubieren motivado para tal fin”¹⁴.

En lo que respecta específicamente a la gestión preparatoria de notificación judicial de los protestos de cheques, debe recordarse que el art. 100 de la Ley n.º 18092, aplicable en la especie por expresa disposición del art. 11 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, no señala normas acerca de la interrupción del plazo de la prescripción, disponiendo:

“la prescripción se interrumpe sólo respecto del obligado a quién se notifique la demanda judicial de cobro de la letra, o la gestión judicial necesaria o conducente para deducir dicha demanda o preparar la ejecución”.

Por lo tanto, nuestra jurisprudencia arriba a la conclusión de que el plazo de prescripción que prevé el art. 34 de la Ley de Cuentas Corrientes y Cheques, y que debe computarse a partir de la fecha del protesto del documento mercantil invocado, se ha interrumpido con la respectiva notificación efectuada al girador, es decir, con la notificación de la gestión preparatoria de la ejecución¹⁵.

¹² Que dispone que las acciones que prescriben en corto tiempo se interrumpen desde que interviene pagaré u obligación escrita o concesión de plazo por el acreedor o, bien, desde que interviene requerimiento.

¹³ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema en la causa rol n.º 4232/2009, de 19 de julio de 2010.

¹⁴ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema en la causa rol n.º 4232/2009, de 19 de julio de 2010.

¹⁵ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema en la causa rol n.º 5911/2010. En el mismo sentido, sentencias de 1 de septiembre de 2010, de 14 de octubre de 2011; 3 de noviembre de 2015, en la causa rol n.º 6891/2015 y en sentencia de 9 de noviembre de 2015.

La normativa citada debe también relacionarse con el ya referido art. 178 del *COT*, en cuanto prevé que las demandas en juicios que se hayan iniciado por medidas prejudiciales o por medidas preparatorias de la vía ejecutiva serán de competencia del juez que haya conocido de esa gestión previa.

Concluye nuestro máximo tribunal:

“del examen de las disposiciones normativas transcritas se desprende que la gestión preparatoria de notificación de protesto de cheque y el juicio posterior, en este caso ejecutivo, constituyen una unidad procesal, aún cuando materialmente existan dos expedientes diversos, puesto que se formará el proceso con los escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio, según indica el artículo 29 del Código de Procedimiento Civil, a lo cual se agrega que el legislador sólo ha requerido en forma perentoria que la primera notificación a las partes o personas a quienes haya de afectar sus resultados, deberá hacérselas personalmente, atendido lo ordenado por el artículo 40 del mismo Código, la que se entiende cumplida al notificarse la gestión preparatoria de la vía ejecutiva por lo que, luego, la resolución que provee la demanda, ordenando el despáchese, puede notificarse por cédula, en atención al hecho que el sistema adoptado en el Proyecto –según se manifiesta en el Mensaje del Código de Procedimiento– consiste en practicar una primera notificación personal al demandado, rodeándola de todas las seguridades necesarias para su regularidad, e imponer en seguida a las partes la obligación de mantener vigilancia activa sobre la marcha del proceso autorizando para ello las notificaciones por cédula y aún por la simple inscripción en los estados de las secretarías”.

De modo minoritario nuestra jurisprudencia ha señalado, siguiendo los lineamientos del fallo que se analiza, que el efecto extensivo de la interrupción se prolonga durante la tramitación de la gestión, reanudándose a partir de entonces un nuevo computo del término especial de prescripción, de manera que si entre esa fecha y la oportunidad en que se llevó a cabo la notificación de la demanda ejecutiva ha transcurrido más de un año, la acción se encontraría prescrita¹⁶.

La Corte, de esta manera, plantea un problema en cuanto a la determinación de la época en que deberá reanudarse el nuevo cómputo del plazo, toda vez que, una vez producida la interrupción se inicia un nuevo término de prescripción, generalmente, de la misma naturaleza que el precedente.

De esta forma, ha señalado:

“el acto interruptivo provoca, indudablemente, la pérdida del tiempo de prescripción ya transcurrido, sin perjuicio de que el plazo pueda

¹⁶ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema en la causa rol n.º 9201/2011 de 20 de octubre de 2011. Reitera el criterio en sentencia de 27 de marzo de 2012.

comenzar a correr nuevamente y, tratándose de una interrupción civil por demanda judicial o por cualquier otro recurso de tal carácter, es menester concluir que el efecto interruptivo deberá entenderse prolongado con cada acto procesal que renueve el ejercicio de la actividad jurisdiccional”¹⁷.

Así lo ha señalado también la doctrina, pero colocando de relieve las dificultades procesales que acarrea esta “puesta a cero del contador”, en lo que tiene relación con la pérdida de efectos del plazo transcurrido con anterioridad a la interrupción¹⁸.

Para llegar a la anterior conclusión, ha señalado la Corte que si se examinan conjuntamente los arts. 100 de la Ley n.º 18092 y 178 del *COT*,

“se desprenden dos consecuencias jurídicas, la primera, que la notificación de la gestión preparatoria interrumpió la prescripción que comenzó a correr con el protesto de los instrumentos fundantes de la ejecución y, la segunda, que terminado el efecto interruptivo del acto aludido, una vez que culminó la etapa previa, el término establecido por el legislador para que opere la antedicha institución, comenzó a correr nuevamente”.

238 Niega, por lo tanto, el carácter unificado del procedimiento ejecutivo, ya que:

“aun cuando constituyen una secuencia procesal, dependiendo el inicio del segundo del resultado del primero, ello no significa que se identifiquen como un solo juicio”,

puesto que el hecho de que el procedimiento ejecutivo deba tramitarse ante el mismo tribunal que conoció de la gestión preparatoria, obedece a que hay regla especial de competencia que, de no existir, obligaría a recurrir a la regla general.

Para esta posición, entonces, es claro que el juicio ejecutivo es un nuevo procedimiento y no una mera continuación procesal de la instancia preparatoria¹⁹.

Sobre la base del antedicho presupuesto fáctico, los jueces concluyen que, aun cuando la gestión preparatoria y el juicio posterior constituyan una unidad procesal, lo cierto es que producida la interrupción de la prescripción por la notificación del protesto en la gestión preparatoria, este cómputo vuelve a

¹⁷ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema en la causa rol n.º 323/2014, de 10 de junio de 2014.

¹⁸ Cfr. en este sentido, GARCÍA (2011), p. 183 y ss.

¹⁹ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema en la causa rol n.º 6203/2013, de 31 de julio de 2014.

reiniciarse hasta que opere nuevamente por vía legal su cese, de modo que el plazo de prescripción ha de computarse desde que fuera primitivamente interrumpido con la notificación de la gestión preparatoria. En consecuencia, al constatar que ha transcurrido más de un año entre la fecha de notificación de la gestión preparatoria y la notificación de la demanda ejecutiva, procede que se declare la prescripción²⁰.

V. CONCLUSIONES

- 1) La doctrina mayoritaria en la jurisprudencia sostiene la tesis de que la prescripción de la acción ejecutiva se interrumpe con la notificación de la gestión preparatoria y una vez terminada esta gestión, el plazo de prescripción se mantiene interrumpido.
- 2) Sin perjuicio de lo anterior, existe también una tesis jurisprudencial minoritaria, como la del caso que se analiza, en que nuestra Corte Suprema ha considerado que el plazo de prescripción vuelve a comenzar, sin perjuicio de la interrupción que haya sufrido con ocasión de la gestión preparatoria.
- 3) El supuesto anterior supone que, si entre la certificación de que la vía ejecutiva se encuentra preparada y la notificación de la demanda transcurre más de un año, para el caso de las acciones de corto tiempo, el demandado se encuentra legitimado para alegar la excepción de prescripción con resultados favorables.

²⁰ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema en la causa rol n.º 30897/2014, de 30 de marzo de 2015. En el mismo sentido, en los autos rol n.º 14879/2016, de 1 de agosto de 2016; rol n.º 7743/2016 de 31 de agosto de 2016. Esta última sentencia acordada contra el voto del ministro Jaime Balmaceda, quien fue de opinión de revocar el referido fallo y en su lugar acoger la excepción de prescripción opuesta, absolviendo a la ejecutada, teniendo para ello en consideración: “1º.- Que en el actual estado de la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia no existe mayor controversia en orden a que la notificación de la gestión preparatoria es una de las formas que puede revestir la ‘demanda judicial’ a que se refiere el inciso final del artículo 2518 del Código Civil, de modo tal que produce el efecto de interrumpir civilmente la prescripción. Ahora bien, la interrupción de la prescripción genera como consecuencia la pérdida del tiempo transcurrido, pero ese resultado deja de producirse si se configura alguno de los casos del artículo 2503, conforme lo prevé la misma regla antes citada, y de acuerdo a este último precepto ello tiene lugar en tres situaciones: si la notificación de demanda no ha sido hecha en forma legal, si el acreedor se desistió expresamente de la demanda o se declaró abandonado el procedimiento o si el demandado obtuvo sentencia de absolución. De este modo, notificada legalmente la gestión preparatoria o la demanda que da inicio al juicio propiamente dicho, las únicas razones que de acuerdo a la ley tienen la aptitud suficiente para hacer que cesen los efectos interruptivos que ella misma ha previsto, son cualquiera de los tres indicados en el precepto y no otros, de manera que en tanto no se declare la nulidad de la notificación de la actuación a la que se atribuía virtud de interrumpir, se tenga presente el desistimiento del actor, se declare el abandono del procedimiento o se dicte sentencia definitiva que desestime la demanda, el término de la prescripción debe entenderse permanece interrumpido, lo que impide que opere la prescripción como modo de extinguir las obligaciones”.

- 4) Creemos que sin perjuicio de la posición que se adopte, es razonable considerar para estos efectos la obligación de colaboración que las partes poseen con la administración de justicia, y que ello supone agilizar la tramitación de los procesos evitando su paralización por largo tiempo.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CASARINO VITERBO, Mario (2009). *Manual de Derecho Procesal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo v.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2009). *La prescripción extintiva. Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GARCÍA NOVOA, César (2011). *Iniciación, interrupción y cómputo del plazo de los tributos*. Madrid: Marcial Pons.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2015). *El proceso de ejecución*. Santiago: Universidad de los Andes.

Actualidad legislativa

ACTUALIDAD LEGISLATIVA

Jaime Alcalde Silva

Juan Luis Goldenberg Serrano

Profesores asociados de Derecho Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

ALGUNAS OBSERVACIONES PRELIMINARES RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL SISTEMA REGISTRAL Y NOTARIAL EN SUS ASPECTOS ORGÁNICOS Y FUNCIONALES

I. INTRODUCCIÓN

El 11 de septiembre de 2018 fue ingresado a la Cámara de Diputados un proyecto de ley que modifica el sistema registral y notarial en sus aspectos orgánicos y funcionales (en adelante, el Proyecto), el cual fue presentado a través del Mensaje presidencial n.º 115-366 (*Boletín* n.º 12092-07). Esta iniciativa es la reacción del Poder Ejecutivo al “Estudio de mercado sobre notarios” (EM02-2017) hecho público por la Fiscalía Nacional Económica el 31 de julio del mismo año, donde se detectan problemas de competencia en el funcionamiento de las notarías y en la prestación de servicios por parte de ellas.

243

Las presentes observaciones sobre ese Proyecto están estructuradas en tres partes:

- II algunas prevenciones generales de técnica legislativa;
- III las cuestiones institucionales relativas al oficio de notario y conservador;
- IV los aspectos que tienen relación con la digitalización de los registros conservatorios y la creación de un repositorio digital a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, y
- V la escasa recepción de los principios propios de la función registral y la creación de un folio real.

Queda fuera el análisis pormenorizado de las cuestiones relativas al ejercicio de la función notarial o al nuevo oficio de fedatarios, las cuales serán tratadas de forma referencial.

II. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

La lectura del Proyecto sugiere algunas consideraciones generales relacionadas con la técnica legislativa empleada. Ellas tienen relación con

- 1) la necesidad de un tratamiento diferenciado entre notarios y conservadores;

- 2) la exclusión de los principios propios del mercado;
- 3) la necesidad de un tratamiento armónico de los distintos conservadores existentes;
- 4) el regreso a un sistema registral coherente a partir de la distinción fundamental entre registros de hechos y registros de derechos y
- 5) la creación de la figura de los fedatarios y el impulso de desnotarización.

*1. La necesidad de un tratamiento diferenciado
entre notarios y conservadores*

Es cierto que el *COT* trata dentro de una misma categoría a los notarios, conservadores y archiveros, pues todos ellos son auxiliares de la administración de justicia (título XI del *COT*) y forman parte de la segunda serie del escalafón secundario (art. 269 del *COT*), que pertenece al escalafón general de antigüedad del Poder Judicial (art. 264 del *COT*). Sin embargo, esos oficios son muy distintos entre sí y resulta necesario un estudio separado de las reformas que para cada uno de ellos se desea introducir.

Esta diferencia también se hace evidente en el informe de la Fiscalía Nacional Económica, que aborda la situación de los notarios y solo en parte de las ciudades de Santiago y Valparaíso. Pese a que no es aconsejable que el oficio de los auxiliares de la administración de justicia se rija por reglas de puro corte economicista, hay que tener presente que el respaldo del Proyecto descansa sobre dicho informe y ahí no se aborda la cuestión de los conservadores y archiveros, donde la existencia de un oficio único por comuna o agrupación de comunas tiene sentido (arts. 447 y 454 del *COT*). De hecho, hay ocasiones en que resulta aconsejable propender a una estructura geográfica mayor por razones de economía de escala.

En especial, esto importa para dividir los cargos de conservador y notario, como propone el nuevo art. 450 del *COT*. No ocurre lo mismo con la compatibilidad que el art. 454 del *COT* prevé respecto de los oficios de conservador y archivero, donde la acumulación es facultativa (“el Presidente de la República podrá también disponer que éste [el conservador] ejerza el cargo de archivero”). La redacción debería corregirse en el sentido de propender a que los cargos recaigan en un mismo funcionario, dado que es recomendable que así sea por una razón de costos (la custodia de expedientes y protocolos no resulta rentable para el funcionario que sirve el cargo de manera separada, con excepción de Santiago).

Por cierto, llama la atención la división que se propone respecto del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, que será servido en adelante por cuatro oficios, cada uno con tres funcionarios (art. 449 del *COT*), sin que se precise el modo en que se efectuará esa división y manteniendo injustificadamente el absurdo de persistir con la segregación de los registros, lo que agudiza al mismo tiempo la discriminación en el tratamiento legal entre dicho conservador y los del resto del país. Cumple recordar que en la actualidad el Conservador de

Bienes Raíces de Santiago se divide por ley (en virtud del citado art. 449 del *COT*), y los demás por simple decreto. En este sentido, el Proyecto hace más aberrante la situación, dado que, por una parte, divide por ley el Conservador de Bienes Raíces de Santiago (insistiendo en el criterio discutible con que hoy lo hace¹) y, por otra, parece someterlo, también, al régimen general de división por decreto (de lo contrario, se produciría el problema recién apuntado respecto de la manera concreta de división), lo que en todo caso no aparece resuelto en el propio Proyecto. La pregunta que surge de esta forma de división es si, una vez dividido por ley el Conservador de Santiago, también podrá ser dividido por decreto con posterioridad y, de ser así, si debe mantenerse la segregación de sus respectivos registros. Lo racional es dividir este Conservador por comunas, como se hizo cuando en el año 1955 se escindió el Conservador de San Miguel

2. La exclusión de los principios propios del mercado

El hecho de tratarse de auxiliares de la administración de justicia hace que la lógica propia del mercado resulte inaplicable, puesto que se trata de personas que prestan un servicio que es, por su propia naturaleza, de carácter público. Que se trate de personas que ordenan su labor a la ayuda y apoyo de los tribunales de justicia significa que participan por accesoriedad de la función que desempeñan y que tiene relación con el ejercicio de la jurisdicción. De ahí que resulte alejado de su realidad jurídica el informe de la Fiscalía Nacional Económica, que aborda la cuestión desde la perspectiva de un mercado y las deficiencias que presenta en cuanto a su competitividad. La razón proviene de que se trata de un complemento de la función judicial y de una actividad pública regulada, de manera que la existencia de un cierto monopolio resulta justificada. Aplicar la lógica economicista en esta materia supondría, por ejemplo, concluir que no hay suficiente competencia respecto de los tribunales o, en otro ámbito, en lo que se refiere a la prestación del servicio de transporte público. En esos casos, la estricta observancia de la competencia puede resultar perjudicial y sesgada.

245

3. La necesidad de un tratamiento armónico de los distintos conservadores existentes

Es cierto también que el registro conservatorio más importante es el relativo a los bienes raíces, tanto por su historia (fue el primero en ser establecido) como por su regulación (se rige por el reglamento de mayor extensión), por lo que resulta natural que el Proyecto solo se refiera a él. Sin embargo, el art. 446 del *COT* menciona como parte del mismo oficio a los conservadores a cargo de otros registros, y esa norma no es objeto de modificación por parte

¹ La división del oficio en tres funcionarios ya se encuentra en el art. 451 de la versión original del *COT*.

del Proyecto. Por consiguiente, una regulación coherente y orgánica exige que se busque uniformar los distintos regímenes existentes, permitiendo que los registros cumplan su función propia de registro de derechos, sobre todo cuando el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces cumple una función supletoria de varios otros registros especiales, como ocurre con el Registro de Comercio (art. 2° y 40 del RRC), el Conservador de Minas (art. 99 del *Código de Minería*) o el Registro de Aguas (art. 112 del *Código de Aguas*).

La ordenación del sistema registral es una tarea pendiente en cualquier sistema jurídico que aspire hacia su modernización. Muchas de las innovaciones que pueden introducirse ni siquiera requieren de una reforma legal y, de hecho, ya están siendo implementadas por algunos conservadores a través de iniciativas de índole tecnológica, tanto de *hardware* como de *software* e interconexión electrónica². A fin de cuentas, se trata de incorporar tecnologías de la información al proceso registral, lo que resulta loable y necesario. Sin embargo, ese propósito no debe hacer perder los logros conseguidos en más de ciento sesenta años de funcionamiento del sistema registral chileno, poniendo en riesgo la seguridad de los derechos adquiridos de que dan cuenta esos registros.

4. El regreso a un sistema registral coherente a partir de la distinción fundamental entre registros de hechos y registros de derechos

246

El Proyecto desaprovecha la oportunidad para volver a dar coherencia al sistema registral chileno desde una perspectiva orgánica y funcional. Desde hace algunas décadas, las sucesivas reformas introducidas en diversas materias han roto la manera en que deberían conformarse los registros. La tendencia ha sido a desplazar una serie de registros existentes o, bien, de nueva creación al Servicio del Registro Civil e Identificación, el cual se encarga de practicar las anotaciones que correspondan y cuidar de su conservación. Es cierto que entre el Registro Civil y los demás registros existen algunos principios comunes, pero ellos no deben hacer olvidar que subyace una diferencia fundamental: el primero certifica hechos que ocurren durante la vida de una persona y que inciden sobre su estado civil o su propia condición, mientras que el segundo da cuenta de titularidades sobre el objeto registrado. Esto permite calificar los registros en aquellos que dan cuenta de hechos y aquellos que se refieren a derechos. Esta distinción es muy importante, porque permite asignar su correcto sentido a la función que tiene cada registro particular y a la determinación del funcionario que resulta más idóneo para hacerse cargo de él.

Resulta razonable que el Servicio del Registro Civil e Identificación exista para velar “por la constitución legal de la familia” y que su “objeto principal [sea] registrar los actos y hechos vitales que determinen el estado civil de las

² De momento, son alrededor de veinte los conservadores que están llevando a cabo estas iniciativas de manera voluntaria, desde Arica a Castro. A esto se suma la iniciativa del Conservador Digital.

personas y la identificación de las mismas” (art. 3° de la Ley n.º 19477), puesto que la idea original que existe detrás de su establecimiento es dar cuenta de hechos que han ocurrido: una persona ha nacido (art. 3° de la Ley n.º 4808), ha muerto (art. 5° de la Ley n.º 4808), ha cambiado de género (art. 20 de la Ley n.º 21120) o de nombre (art. 3° de la Ley n.º 17344), se ha casado (art. 4° de la Ley n.º 4808) o celebrado un acuerdo de unión civil (art. 6° de la Ley n.º 20830), ese matrimonio o acuerdo de unión civil han sido declarados nulos por sentencia judicial (arts. 50 de la Ley n.º 19947 y 26 de la Ley n.º 20830), dicho matrimonio ha terminado por divorcio (art. 59 de la Ley n.º 19947), se ha alterado el régimen de bienes existente entre los cónyuges (art. 1723 del CC) o convivientes civiles (art. 15 de la Ley n.º 20830), la persona ha cambiado su filiación (arts. 199 bis y 221 del CC), etcétera. Se trata de situaciones delimitadas por presupuestos subjetivos y objetivos que hacen que su ocurrencia pueda ser fácilmente constatable. Esto hace que el oficial del Registro Civil sea ministro de fe de dichas situaciones (art. 29 de la Ley n.º 1.477), sin que se requiera tener formación jurídica (art. 32 de la Ley n.º 19477): el control preventivo que ejerce es mínimo y viene condicionado por la ley a circunstancias objetivas. Pertenecen a esta categoría de registros de hechos los siguientes: de Nacimiento (1884), de Matrimonio (1884) y de Defunción (1884); General de Condenas (1925); de Cédula de Identidad (1943); de Pasaportes (1943); de Profesionales (1981); Nacional de Conductores de Vehículos Motorizados (1985); Nacional de Discapacidad (1994); Nacional de Violencia Intrafamiliar (1994); Especial de Faltas sobre de Consumo y Tráfico de Estupefacientes (1995); de Bancos de Datos Personales a cargo de Organismos Públicos (1999); Nacional de Transporte de Carga Terrestre (2003); Nacional de Posesiones Efectivas (2003); Nacional de Testamentos (2003); Sistema Nacional de Registros de ADN (2004); Nacional de no Donantes (2013) y Especial de Acuerdos de Unión Civil (2015).

De igual forma, resulta razonable el sistema previsto en el art. 446 del COT respecto de los conservadores: ellos son ministros de fe encargados de los registros de derecho que la ley establece, lo que explica que deban ser abogados con méritos comprobados (art. 287 del COT). La calificación profesional exigida se explica por la función de control preventivo (calificación registral) que ejercen, la cual está constituida por todas aquellas precauciones que la ley contempla para el ingreso de un derecho en el registro y luego para sus sucesivos traspasos³. De ahí que el respectivo conservador tenga atribuciones para calificar

- i) la existencia y estado jurídico del derecho que se le presenta para inscripción y
- ii) la congruencia entre la descripción del objeto sobre el que recae el título y los caracteres que presenta en la realidad⁴.

Su cometido no es, por consiguiente, solo fáctico, en el sentido de dar fe

³ PENAILLO (2019), p. 787.

⁴ *Ibid.*

que ciertos hechos han ocurrido (por ejemplo, que dos personas han contraído matrimonio en un lugar y momento determinados) o han sido establecidos por otros (por ejemplo, el divorcio mediante una sentencia ejecutoriada dictada por un juez de familia), sino que exige comprometer esa fe pública respecto de la existencia de un derecho y su consiguiente oponibilidad a terceros. Por eso, quien tiene a cargo esta clase de registros goza de una facultad para revisar la legalidad de los títulos que se le presentan, pudiendo rechazar aquellos que aparecen de algún modo como ineficaces (art. 13 del RRCBR).

La ruptura de esta dualidad entre registros de hechos y registros de derechos se produjo en 1985 con la creación del Registro de Vehículos Motorizados, que el art. 39 de la Ley del Tránsito confía al Servicio de Registro Civil e Identificación, el cual estaba hasta entonces confiado al Conservador de Bienes Raíces en calidad de Conservador de Vehículos Motorizado (art. 40 de la Ley n.º 15231). No resulta difícil darse cuenta cuál fue la razón que existió para esta decisión: esa clase de bienes está por su propia naturaleza sujeta a un constante cambio locativo, lo que dificulta la comprobación de su inscripción si se rigiese por un sistema territorial como el que existe para los conservadores de bienes raíces (arts. 447-449 del *COT*). Siendo así, y por ser el Servicio de Registro Civil y de Identificación de alcance nacional, se le confió un registro que da cuenta de titularidades sobre vehículos motorizados (arts. 39 y 41 de la Ley del Tránsito). Con todo, el funcionamiento del sistema es algo diferente del que se observa respecto de la propiedad raíz. Ante todo, porque la constitución del dominio, su transmisión, transferencia y los gravámenes sobre vehículos motorizados se sujetan a las normas que el derecho común establece para los bienes muebles (art. 38 de la Ley del Tránsito), lo cual significa que se aplica a su respecto el art. 684 del *CC*, vale decir, su tradición se puede hacer “significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio, y figurando esta transferencia” de algún modo sensible. La inscripción en el Registro de Vehículos Motorizados constituye una presunción simplemente legal de que el titular de ella es el dueño del bien (art. 44 de la Ley del Tránsito) y sirve para hacer oponibles a tercero los actos que recaigan sobre el mismo (art. 41 de la Ley del Tránsito). Respecto de las inscripciones que se le requieran, el Servicio de Registro Civil ejerce un cierto control preventivo (art. 49 de la Ley del Tránsito), el cual es de carácter formal y atañe a que los títulos que se le presentan cumplan con las menciones mínimas establecidas en el reglamento respectivo (arts. 5º y 11 del DS 1111/1984, del Ministerio de Justicia).

Algo parecido ocurre con el Registro de Prendas sin Desplazamiento, que también se confía al Servicio de Registro Civil e Identificación (artículo 28 de la LPSD)⁵. Con todo, existe una diferencia con el registro recién referido, puesto que el derecho real de prenda se adquiere, prueba y conserva por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento (art. 25 de la LPSD), teniendo el Servicio de Registro Civil e Identificación

⁵ La LPSD está contenida en el artículo 14 de la Ley n.º 20190.

unas supuestas atribuciones de control preventivo respecto de las inscripciones que se le requieran (art. 28 IV de la LPSD), las cuales no son desarrolladas en el reglamento respectivo (DS 722/2010, del Ministerio de Justicia).

La eliminación definitiva de los principios registrales de legalidad se produjo merced a la Ley n.º 20659, que simplificó el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales mediante la creación de un registro de empresas y sociedades que sustituye tanto la inscripción del extracto en el Registro de Comercio como su publicación en el *Diario Oficial* (art. 1º). Este registro es único y consta en un sitio electrónico, donde deben incorporarse las personas jurídicas que se acojan su régimen para los efectos de ser constituidas, modificadas, transformadas, fusionadas, divididas, terminadas, disueltas o migradas, el cual ha de estar actualizado de manera permanente para asegurar la fiel y oportuna publicidad de la información incorporada en él (art. 11 de la Ley n.º 20659). La particularidad de este sistema es que el acto de constitución, modificación, transformación, fusión, división o disolución de alguna de las personas jurídicas listadas en el art. 2º de la Ley n.º 20659 se satisface con la suscripción de un formulario electrónico (art. 6º de la Ley n.º 20659), el cual se incorpora de forma automática en el Registro a contar de la fecha en que ha sido suscrito por todos los intervinientes (art. 13 de la Ley n.º 20659), sea por sí o por un notario que concurra al efecto con su firma electrónica avanzada (art. 9º de la Ley n.º 20659). No hay, en suma, ningún control de legalidad o de calificación registral de la información que se aloja en el sistema más allá de las cuestiones formales que vienen predispuestas en los campos del formulario.

Por lo demás, la cuestión ha interesado incluso a la UNCITRAL/CNUDMI, cuyo “Grupo de Trabajo I: Microempresas y Pequeñas y Medianas Empresas” aprobó en su 30º periodo de sesiones, celebrado entre el 12 y el 16 de marzo de 2018 en la ciudad de Nueva York, un proyecto de guía legislativa sobre los principios fundamentales de un registro de empresas (A/CN.9/WG.I/WP.109). El propósito de este documento es ofrecer estatutos simplificados para que las MIPYME puedan insertarse en los sectores reglamentados de la economía, convenciendo a los Estados y a los empresarios que las ventajas de la formalización son superiores a su interés en operar en el sector extralegal de la economía.

Aprovechando la oportunidad que se plantea para reformar el sistema registral en sus aspectos orgánicos y funcionales, es aconsejable que se vuelva a dar coherencia a este mediante la división entre los registros de hechos que debe llevar el Servicio de Registro Civil e Identificación, porque inciden sobre la identidad, estado civil y capacidad de las personas, y aquellos que implican una previa calificación debido a la titularidad que está comprometida en la actuación que se requiere a cargo de un conservador. De esta forma, por ejemplo, el Registro de Vehículos Motorizados y el Registro de Prenda sin Desplazamiento pueden pasar a formar parte de un oficio nuevo y creado al efecto: el conservador de bienes muebles, con asiento en cada comuna o agrupación de

comunales que correspondan al territorio jurisdiccional de un juzgado de letras⁶. El acceso general al respectivo registro se puede solucionar hoy mediante la intercomunicación de datos por vía electrónica. Por su parte, el Registro de Empresas y Sociedades debe volver a constituir una unidad con el Registro de Comercio, el cual debe ser reformulado de acuerdo con las actuales exigencias del tráfico⁷. La introducción de tecnologías de la información en las notarías y conservadores hace que el servicio resulte de fácil acceso y rápido para los interesados.

5. Los fedatarios y el deseo de desnotarización

El Proyecto prevé dos grandes pilares para reformar el sistema notarial: la creación del oficio de fedatario y la eliminación de ciertos trámites notariales. Sin embargo, los problemas que ambos buscan afrontar pueden ser resueltos a través del correcto empleo de medidas ya existentes o, cuando eso no sea posible, por otros expedientes que no supongan tantas externalidades negativas.

A diferencia de los notarios, que están ligados de modo indisoluble al descubrimiento del Nuevo Mundo y a la llegada del derecho, los fedatarios son una figura extraña a nuestro sistema jurídico y provienen de la práctica anglosajona, donde la idea de fe pública es un concepto ajeno⁸. De hecho, la figura proviene de una reforma introducida en 2015 en Ecuador (decreto ejecutivo 546/2015), por la cual se permitió que los funcionarios públicos certificasen las copias que se les presentaban. Si bien su función es más reducida, ellos podrán autorizar todos los actos y contratos contenidos en instrumentos privados, sin quedar sujetos a las mismas responsabilidades y obligaciones que existen para los notarios, ni tener obligación de establecimiento (art. 401 ter del COT). El Proyecto solo prevé que los fedatarios fijen domicilio. Para los notarios, en cambio, el COT distingue entre el oficio y la oficina. No se trata de actos sin trascendencia, puesto que pertenecen a esa clase, por ejemplo, los contratos de arrendamiento, de promesa, de transferencia de vehículos motorizados, el otorgamiento de poderes para administrar cuentas corrientes o retirar fondos depositados en bancos, los mutuos, letras de cambio y pagarés, las compraventas de acciones, etcétera.

En realidad, el problema que se pretende resolver tiene que ver con la cobertura que proporcionan las notarías y con el costo que sus trámites significan para los usuarios. Pero el remedio puede ser peor que la enfermedad, porque las soluciones propuestas ponen en riesgo la fe pública y, aun, la manera en

⁶ En España, el real decreto 1828, de 3 de diciembre de 1999, dispuso la creación del Registro de Bienes Muebles, el cual tiene por objetivo la publicidad de la propiedad y de las cargas y gravámenes sobre esta clase de bienes, así como la publicidad de las condiciones generales de la contratación. Su funcionamiento comenzó el 23 de febrero de 2000.

⁷ ZÁRATE (2018), p. 166. Por su parte, CABALLERO (2017), p. 581, ha propuesto la subsistencia de ambos registros, si bien previa modernización del Registro de Comercio.

⁸ BRAVO (1978), pp. 63-64.

que el notariado ha estado organizado en el país, como un oficio público de extensión o auxilio de la función judicial. De hecho, Alfonso de Azevedo (1518-1592) enseñaba en sus conocidas explicaciones sobre el derecho español que el notario tiene un cometido exclusivo, porque nadie fuera de él puede confeccionar y escribir instrumentos y actos judiciales y extrajudiciales dando fe de ellos⁹. La creación de notarías es una facultad confiada al Presidente de la República (art. 400 del *COT*), la cual debe ser ejercida teniendo en cuenta las necesidades efectivas de un determinado lugar. El recurso a mediciones económicas, como las que tiene a su disposición la Fiscalía Nacional Económica, puede resultar de utilidad; pero la cuestión no puede quedar confiada a meros parámetros económicos, sino que hay que tener en cuenta el bien común y la correcta administración de justicia. En las comunas donde no esté justificado el establecimiento de una notaría, la función de dar fe respecto de ciertos actos cotidianos puede quedar confiada al oficial del Registro Civil, como se ha dicho por indicación parlamentaria, y ya se hace respecto de ciertos actos (por ejemplo, los finiquitos laborales) o, incluso, al secretario municipal. Los aranceles cobrados por las notarías también están fijados por el Ministerio de Justicia (art. 54 de la Ley n.º 16280 y DS 587/1998, del Ministerio de Justicia), de manera que solo basta con supervisar que se cumplan y se las sancione en caso contrario.

Si se desea evitar que ciertos trámites supongan un pago para el interesado, la solución puede consistir en reformular el privilegio de pobreza y asociarlo con ciertos parámetros objetivos (por ejemplo, que se entienda concedido de pleno derecho a favor de las personas que reciben pensiones asistenciales, estén cesantes, tengan ficha de protección social o gocen de algún otro tipo de ayuda o subsidio estatal, y evitar que su concesión sea un trámite judicial) o, bien, en aumentar los trámites notariales exentos de cobro que menciona el art. 602 del *COT*, donde figuran algunos de los que hoy se quiere desnotarizar. Hay un proyecto de ley presentado sobre esta materia (*Boletín* n.º 12761-07)

Cabe pensar, asimismo, en una nueva configuración de las notarías que permita un mayor dinamismo en su funcionamiento. Esto puede incluir el conferir más competencias (ahora con reconocimiento legal) a los oficiales de secretaría que los notarios “conceptúen preciso para el pronto y expedito ejercicio de sus funciones y el buen régimen de su oficina” (art. 504 del *COT*), los que pueden asumir aquellos trámites que se prevé traspasar a los fedatarios, bajo la responsabilidad de quien los ha contratado. Incluso, se puede concebir una reforma más radical, que suponga una reconfiguración de las notarías como oficios servidos por varios funcionarios, donde todos respondan solidariamente por los hechos u omisiones de los demás y de sus empleados (art. 38 de la Deontología y Reglas de Organización del Notariado). Todavía más innovador puede ser adoptar el modelo francés, como ha propuesto Gian Franco Rosso, que desde 1966 permite que los notarios ejerzan sus funciones

⁹ BRAVO (1978), p. 70.

a través de sociedades constituidas a ese efecto, con posibilidad de contratar otros que ayuden al titular¹⁰.

Aunque el Proyecto ya lo preveía, el Ministerio de Justicia presentó una indicación para eliminar la intervención de un notario en 49 trámites que revisten distintas formas jurídicas (escritura pública, notificación, carta poder, declaración jurada y autorización de firma). Si la mirada es solo numérica, estos trámites representan el 20% de aquellos que se realizan en una notaría de acuerdo con el informe de la Fiscalía Nacional Económica. El problema reside en que el cómputo no se debe hacer de este modo, sino desde la perspectiva de los usuarios, vale decir, hay que preguntarse si los trámites que se quitan del ámbito notarial son representativos de aquellos que realiza una persona cuando concurre a una notaría. Si se atiende a la naturaleza de los trámites incluidos, cuyo destino final todavía está pendiente de decidir, la respuesta es negativa. La mayoría de los llamados “trámites de mesón” no sufren cambios con la indicación presentada y, en otros casos, la forma notarial no es la única posibilidad de perfeccionar el acto, habiendo varias opciones para hacerlo.

252 El principal contacto que tiene una persona con una notaría no es para celebrar esponsales, contratos de edición o notificar el retiro de una cooperativa. Se concurre a ella para realizar declaraciones juradas sobre hechos propios, como sucede con una cada vez más larga lista de certificados, o para solicitar el cotejo de fotocopias con los documentos originales. En el caso de las declaraciones, muchas de ellas pueden ser certificadas por el Servicio de Registro Civil mediante un rápido cruce de la información que posee, como sucede con el hecho de que una persona es soltera (o viuda o divorciada) porque no tiene matrimonio o acuerdo de unión civil vigente, o está viva porque no consta que se haya inscrito su defunción. Por lo demás, el art. 4° de la Ley n.º 18101 señala que los documentos privados que contengan declaraciones juradas unilaterales que se deban presentar a autoridades administrativas solo requerirán la individualización y firma de la persona que los suscribe, acompañada de su cédula de identidad, sin que sea necesaria autorización notarial.

En otros casos, los trámites que se eliminan tienen varias formas de realización, como ocurre con el reconocimiento de un hijo de filiación no matrimonial (art. 187 del CC). Un ejemplo puede ayudar a comprender cuál es el beneficio de que el acto se perfeccione por escritura pública, al menos, como una posibilidad entregada a las partes. El contrato de arrendamiento de todo o parte de un predio rústico se puede celebrar por escritura pública o por instrumento privado suscrito en presencia de dos testigos mayores de dieciocho años que también firman (art. 5° del DL 993/1975). La alternativa se explica por la oponibilidad que permite la escritura pública inscrita respecto de los acreedores hipotecarios (art. 1962 del CC), dado que la hipoteca se extiende a todo aumento, mejora o inmueble por accesión que tenga la finca (arts. 2420 y 2421 del CC). Este resguardo es muy importante para asegurar la rentabilidad

¹⁰ Rosso (2018).

de la inversión que realiza el arrendatario de un predio agrícola, sobre todo pensando que esta clase de contratos son de largo plazo por el uso que se le dará al predio (por ejemplo, plantar un bosque para talar y comercializar su madera). Si se elimina la posibilidad de otorgar el contrato por escritura pública, el arrendatario quedará protegido respecto de las ventas o transferencias en la medida que subsista el ejemplar del contrato que lo beneficia (art. 10 del DL 993/1975), sin un medio de oponibilidad externo.

En suma, parece apropiado recordar que el primer escribano público que hubo en el país fue Luis de Cartagena (1513-1587), nombrado por el Cabildo de Santiago en 1541, tres semanas después de la creación de la ciudad¹¹. La institución notarial es una de las más antiguas que hay en Chile y es misión de todos cuidarla como parte de nuestra tradición y patrimonio cultural. Esto no excluye que se deba introducir las reformas que sean necesarias para mejorar la prestación de este oficio público; pero ellas se han de hacer con prudencia y evitando comprometer la fe pública y abrir flancos de judicialización de actos que hoy se resuelven merced a un buen empleo de la justicia preventiva envuelta en la labor de estos auxiliares de la administración de justicia. Un ahorro mínimo de tiempo y dinero para los usuarios puede significar a la larga más problemas que beneficios. Por de pronto, hay que comenzar por abrir nuevas notarías donde sea necesario, como hacía el suspendido DS 1515/2017, del Ministerio de Justicia y redistribuir algunas de las existentes.

253

III. LAS CUESTIONES INSTITUCIONALES RELATIVAS A LOS OFICIO DE NOTARIO, CONSERVADOR Y ARCHIVERO

Corresponde analizar ahora las cuestiones orgánicas relativas al nombramiento, ejercicio del cargo y fiscalización del cargo de notario, conservador y archivero, especialmente en lo que se refiere a las funciones concretas que estos desempeñan en cuanto ministros de fe pública.

1. El sistema de nombramiento propuesto

Supuestamente, el objetivo perseguido por el Proyecto es reducir las barreras de entrada y la discrecionalidad en los nombramientos de notarios, conservadores y archiveros. Sin embargo, esa finalidad no se consigue y, además, se elimina la carrera funcionaria que se podía desprender de ciertas normas hoy vigentes (en especial el art. 287 del *COT*).

Es verdad que el Proyecto regula el contenido del examen que deben rendir los candidatos, algo en lo que ya había avanzado la Corte Suprema mediante el auto acordado n.º 184-2014, pero el resultado objetivo no condiciona la selección del postulante. Eso se debe a que se establecen dos instancias donde

¹¹ BRAVO (1978), p. 68.

cabe la discrecionalidad: una por parte de la Corte de Apelaciones respectiva al elaborar “una terna de entre aquellos candidatos que hayan obtenido alguno de los diez primeros puntajes en el concurso respectivo” [art. 287, letra e) del *COT*] y, otra por parte, del Consejo Resolutivo de Nombramiento de Notarios, Conservadores y Archiveros, que elige a una persona de esa terna [art. 287, letra f) del *COT*]. Esto sin contar, por cierto, con la facultad que se le asigna a la Corporación Administrativa del Poder Judicial para fijar la ponderación y los criterios de selección de los postulantes en atención a la plaza que se busca proveer [art. 287, letra b) del *COT*]. En otras palabras, la calificación obtenida en el examen no determina que una persona sea elegida. Si el propósito es eliminar la discrecionalidad, lo natural es que sea el resultado del examen lo que condicione la posición que tendrá el oponente. Tampoco se ve la necesidad de crear el referido consejo resolutivo, que esté integrado por el ministro de Justicia y Derechos Humanos, un decano de una Facultad de Derecho proveniente del Consejo de Rectores y un miembro del Consejo de Alta Administración Pública, pues solo contribuye a aumentar la burocracia cuando pueden usarse los organismos ya existentes (como, por ejemplo, la Academia Judicial).

254

Un sistema más razonable supone modificar los requisitos objetivos para ser notario, conservador y archivero (por ejemplo, exigiendo un mayor número de años de ejercicio de la profesión y la necesidad de haber aprobado el curso de derecho notarial o registral que deberá impartir la Academia Judicial¹²) y contemplar una prueba de conocimientos preparada por la Academia Judicial (y no la Corporación Administrativa del Poder Judicial, cuya finalidad es muy distinta según establece el art. 506 del *COT*), la cual lo corregirá. La Corte de Apelaciones respectiva comprobará el cumplimiento de los requisitos respecto de la idoneidad de los candidatos y conformará una quina con las cinco mejores calificaciones, la que será remitida a la Corte Suprema para que provea el cargo. Si estos funcionarios son auxiliares de la administración de justicia, lo razonable es que su designación recaiga sobre dicha Corte. Incluso, se puede prescindir de la formación de una terna y nombrar para el cargo vacante a quien se encuentra primero en la lista de calificaciones, prosiguiendo con las siguientes vacantes en orden decreciente. Por cierto, esto exige conservar la carrera funcionaria que hoy existe en el art. 287 del *COT* y que debiese mejorarse, ya que su eliminación tendrá un impacto en el número y calidad de las postulaciones para cubrir oficios en zonas remotas o rurales, donde el movimiento de cada oficio es muy inferior al que puede haber en una capital provincial o regional. Un sistema basado en criterios objetivos debe privilegiar

¹² El Proyecto sólo prevé que el candidato tenga el título de abogado por al menos cinco años (artículo 463 bis *COT*) y que la Academia Judicial imparta unos cursos preparatorios de este examen, preferentemente en formato en línea, los que serán optativos para quienes rindan el examen (artículo 402 bis *COT*), de suerte que es posible que una persona postule sin haber tenido una formación específica en derecho notarial o registral.

que el nombramiento dependa exclusivamente de los méritos demostrados por el postulante, con carrera funcionaria y concursos a cargo de un organismo especializado (como la Academia Judicial), el cual, además, debería impartir los distintos cursos habilitantes para los cargos de conservador de bienes raíces, de comercio, de minas, de archivero judicial y de notario, de matrícula obligatoria.

Otro aspecto que llama la atención es que no se ve la razón por la cual se impide la permuta o traslado de los notarios, archiveros o conservadores (art. 310 II del *COT*), cuando ella sigue siendo posible para otros funcionarios judiciales (art. 310 del *COT*). Si no se quiere introducir una discriminación arbitraria, las opciones son dos: o, bien, se establece la misma prohibición para todos, exigiendo que se vuelva a concursar al nuevo cargo o, bien, se regula la permuta o el traslado bajo condiciones objetivas que impidan los abusos.

La sustitución del art. 287 del *COT* en los términos que señala el Proyecto elimina la carrera funcionaria (aunque imperfecta) que ordena a los notarios, conservadores y archiveros en tres categorías. Esto exige, por razones de coherencia y para asegurar la idoneidad de los candidatos, elevar el número de años de ejercicio de la profesión (como existe, por lo demás, para los abogados integrantes de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema) y hacer obligatoria la formación en derecho notarial o registral. Aunque el Proyecto recoge esto de forma parcial al señalar los requisitos de acceso de los candidatos (art. 463 bis del *COT*), el resto del sistema sacrifica la carrera funcionaria, la que, como ha quedado dicho, debe mantenerse y perfeccionarse.

En este sentido, hay que tener en cuenta que las categorías de la segunda serie del escalafón secundario están definidas por el territorio jurisdiccional donde se emplazan, las cuales vienen configuradas, a su vez, en razón al tamaño y complejidad de los distintos oficios que comprenden cada categoría. Esto hace que sea poco recomendable permitir el ingreso de un abogado externo al Poder Judicial a un oficio de la primera categoría, por la sencilla razón que otro funcionario del mismo escalafón y categoría, o de la inmediatamente inferior, por cierto estará en mejores condiciones para ejercer su cargo de una manera eficaz, por la mayor experiencia que tendría.

Un aspecto loable del Proyecto es la inclusión de los notarios, conservadores y archiveros dentro de los miembros del Poder Judicial que deben participar en las actividades anuales de perfeccionamiento que organiza la Academia Judicial (art. 15 de la Ley n.º 19346).

2. La cesación en el cargo

El art. 495 bis del *COT* establece que todos los auxiliares de la administración de justicia cesan en sus cargos a los 75 años de edad. El Proyecto dispone, además, que para el caso de los notarios, conservadores y archiveros, ellos cesarán en sus cargos al cumplir veintiún años sirviendo el mismo oficio.

El límite de edad establecido en el Proyecto parece razonable y es coincidente con la edad prevista para la jubilación de los otros auxiliares de la

administración de justicia (art. 495 bis del *COT*). Sin embargo, dicha limitación presenta reparos en cuanto a su constitucionalidad debido a que comporta una “discriminación por edad en la vejez”¹³, la cual está prohibida por el art. 2° de la Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (art. 5° II de la CPR), y también por el hecho de que el artículo tercero transitorio de la Ley n.º 19390 excluyó del límite de los 75 años a las personas que se encontraban ya sirviendo un oficio, de suerte que el cambio que se pretende con el Proyecto afecta el principio de confianza legítima y los derechos adquiridos (arts. 19, n.º 14 y 26 de la CPR). Se hace presente que, si bien el directorio de la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros y la asamblea extraordinaria convocada para abordar este tema han acordado no oponerse a la derogación de la norma que mantiene el privilegio de los cargos vitalicios que conservan ciertos funcionarios, se trata de un punto que conviene tener en cuenta porque podría ser levantado en cualquier momento mediante un requerimiento al Tribunal Constitucional, sea por vía de control preventivo (art. 96, n.º 3° de la CPR) o de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (art. 96, n.º 6° de la CPR).

Por lo demás, esto se conecta con el acceso al cargo y la eliminación de la carrera funcionaria. Como se ha señalado, el Proyecto elimina esta última y mantiene, un cierto grado de discrecionalidad en los nombramientos, lo cual entraña el riesgo de permitir el absurdo que postulantes que se ubiquen entre los mejores puntajes de sus concursos puedan no llegar a ascender de categoría, y que luego de veintiún años sirviendo un mismo oficio se vean forzados dejar sus cargos. Esto presenta varios reparos, el primero de los cuales tiene relación con las garantías constitucionales de igualdad ante la ley (art. 19, n.º 2) y de igual distribución de cargas públicas (art. 19, n.º 20), pues no se ve por qué solo los notarios, conservadores y archiveros deban tener un límite de tiempo en el servicio del cargo y no así otros auxiliares de la administración de justicia o, incluso, los jueces¹⁴. Por lo demás, no se establecen criterios que justifiquen el límite de veintiún años y no de otra cifra. Si se piensa que una persona puede postular al cargo con cinco años de ejercicio profesional como abogado (art. 463 bis, n.º 1° del *COT*), significa que podría acceder a él en torno a los veintinueve o treinta de edad y servirlo por los próximos veintiún años, vale decir, hasta los cincuenta o cincuenta y un años. Esto significa que

¹³ Ella existe frente a “cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada” (art. 2° de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores).

¹⁴ La fijación de un plazo de expiración en el cargo por edad no compromete la garantía de inamovilidad de la que gozan los jueces. Ella supone que la continuidad de los jueces no depende de la voluntad de un órgano político (como el Congreso o el Poder Ejecutivo), salvo que cometa algún delito o incurra en mal desempeño, en cuyo caso corresponde la aplicación de los respectivos procedimientos judiciales o disciplinarios del caso (arts. 79 y 80 de la CPR).

una persona, por el solo ministerio de una ley, pierde su trabajo en el momento en que ha alcanzado una consolidación y queda sin posibilidades de acceder al mercado laboral, precisamente porque su experiencia se ha desarrollado en el campo del que ha debido salir por un caprichoso límite temporal para el que no hay justificación razonable. Este límite de edad es un punto todavía más sensible debido a la eliminación de la carrera funcionaria, que debiese mejorarse y no suprimirse, y la discrecionalidad en el nombramiento de los cargos, que sigue existiendo de la manera antes apuntada.

Por lo demás, el notario, conservador o archivero que no ha tenido la fortuna de haber sido promovido durante los últimos veintiún años desde su actual oficio se tendrá que retirar irremediamente al entrar en vigor el Proyecto ya promulgado. Esto lleva a preguntar por el número de oficios que quedarán sin su titular en forma inmediata, sin que se solucione el problema de vacancia mediante una norma transitoria.

3. *El sistema de fiscalización*

Una de las bases que inspira el Proyecto es el deseo de “perfeccionar el sistema de fiscalización” de los notarios, conservadores y archiveros. En la actualidad, ella se ejerce por las Cortes de Apelaciones a través de la figura de los ministros visitadores (art. 553 del *COT*) y por los jueces de letras del respectivo territorio (art. 534 del *COT*). En su reemplazo, el Proyecto propone un sistema doble, en parte público (a través de la Fiscalía Judicial) y en parte privado (a través de empresas independientes inscritas en el Registro de Empresas de Auditoría Externa que lleva la Comisión para el Mercado Financiero).

Pues bien, si lo que se busca es mejorar la fiscalización de estos auxiliares de la administración de justicia y, además, evitar el cobro de aranceles excesivos o demoras en la prestación del servicio, una decisión más razonable consiste en dividir de otro modo esta supervisión. Como ya proponía el proyecto presentado por el Ministerio de Justicia en 2013, el SERNAC resulta la entidad adecuada para controlar los cobros excesivos de arancel a los usuarios, los problemas de atención de público, los retrasos injustificados en la realización de trámites y el incumplimiento de los estándares tecnológicos requeridos para modernizar los oficios, sobre todo considerando que tiene una estructura orgánica adecuada y cuenta con experiencia en la materia. Los demás aspectos propiamente jurídicos pueden pasar a la Fiscalía Judicial debido a su complejidad.

Como fuere, tampoco es una decisión criticable la de acudir a los fiscales judiciales para establecer un sistema de fiscalización coherente de los notarios, conservadores y archiveros, como sí lo es la de recurrir a empresas de auditoría inscritas ante la Comisión del Mercado Financiero. Aquí se trata de prestar un servicio relacionado con la administración de justicia, el que no puede ser parametrizado bajo los estándares propios del mercado y de las sociedades con cotización bursátil. Un auxiliar de la administración de justicia no es una

sociedad anónima con presencia en la Bolsa y, por consiguiente, no puede ser tratada de acuerdo con la disciplina prevista para ellas, que asume variables específicas de la incidencia que ella tiene en el mercado.

De perseverar en la decisión de concentrar esta función en la Fiscalía Judicial, el Proyecto debería aprovechar la oportunidad y avanzar por dar coherencia a la fiscalización y el sistema recursivo, haciendo recaer en las fiscalías judiciales dicho cometido, partiendo de la premisa que se trata de personas que pueden ejercer una eventual función jurisdiccional (arts. 215 y 463 del *COT*) y que cuentan con un jefe de servicio (el fiscal de la Corte Suprema) que puede impartir instrucciones, en forma verbal o por escrito, en los casos en que considere necesario seguir un procedimiento determinado para uniformar la acción de dicho ministerio (art. 350 del *COT*). Esto permitiría despejar las dudas respecto de la interpretación de la normativa aplicable y fijar criterios únicos de solución de las diversas controversias que se plantean al respecto (por ejemplo, la manera en que el testador debe acreditar “la circunstancia de hallarse en su entero juicio” de acuerdo con el art. 1016 del *CC*). Además, en lo tocante al ejercicio de sus funciones, los fiscales son independientes de los tribunales de justicia (art. 360 del *COT*), de suerte que se asegura la debida autonomía.

258

Desde este punto de vista, no se ve la necesidad de introducir un nuevo art. 353 bis del *COT* para incorporar la facultad de supervisión genérica de los fiscales judiciales respecto de los notarios y conservadores, puesto que las funciones de tal oficio están señaladas en el art. 354 del *COT*. Como técnica legislativa, lo razonable es incluir la facultad de fiscalización a continuación de aquellas que hoy describe el art. 354 del *COT* (obrar, según la naturaleza del negocio, o como parte principal, o como tercero, o como auxiliares del juez), sea inmediatamente después de ellas, sea como inciso segundo, dejando la regulación concreta de la materia como art. 359 bis del *COT*, puesto que es ahí donde se termina de precisar el modo en que la Fiscalía Judicial interviene en los asuntos de su competencia. Hecha la fiscalización con la periodicidad que corresponda, que conviene sea anual, los fiscales informarán a las respectivas Cortes de Apelaciones con el fin de que apliquen las sanciones disciplinarias que sean del caso.

Dado que la fiscalización de estos auxiliares de la administración de justicia recaería en la Fiscalía Judicial, resulta razonable que sea el fiscal de la respectiva Corte de Apelaciones quien conozca del procedimiento judicial al que da lugar una negativa de inscripción (art. 18 del *COT*). Esto asegura la uniformidad y especialización de las decisiones. De esta forma, y puesto que la Fiscalía Judicial es jerárquica, el fiscal de la Corte Suprema quedaría como juez competente para conocer de la respectiva apelación, asegurando la unidad de criterio y la unificación jurisprudencial que se puede lograr por medio de las instrucciones que dicte al efecto dicho fiscal, obrando de manera similar a como lo hace la Dirección General de los Registros y del Notariado en España. Para este fin, es necesario modificar el título IV del *COT*, para incluir el o los artículos que

concedan competencia a los fiscales judiciales para funcionar como tribunales unipersonales¹⁵. La distribución de causas entre los fiscales, cuando haya más de uno, viene ya solucionada por la facultad que el art 58 del *COT* concede a la respectiva Corte de Apelaciones para reglar de la forma que estime más conveniente el ejercicio de sus funciones a fin de proveer un mejor servicio. Por último, sería del caso incluir un art. 362 bis del *COT*, donde se permita que las funciones del fiscal puedan ser delegadas en ciertos funcionarios adscritos a su oficio (art. 493 del *COT*).

Otra opción para revisar el procedimiento frente a las reclamaciones de los interesados cuando se ha rechazado una inscripción por parte de un Conservador (art. 18 del RRCBR), las que actualmente dan lugar a muy disímiles criterios debido a que la discusión se cierra con la decisión de cada Corte de Apelaciones, consiste en disponer las reglas del caso para propender a la formación de una jurisprudencia única y vinculante respecto de las controversias sobre calificación registral, dejando ese cometido en manos de la Corte Suprema como tribunal de apelación y tras un contencioso bilateral (art. 20 del RRCBR).

Este último aspecto es muy importante, porque permite garantizar los principios de legalidad y legitimación registral. Con ese fin, en el procedimiento recursivo se debe corregir el desequilibrio hoy existente a favor del requirente de la inscripción, puesto que tanto en el RRCBR (arts. 18 y 20) como en el RRC (art. 8°) se prevé que solo este puede apelar si el Juzgado de Letras no le ha dado la razón. Dado que una modernización del sistema registral se ordena a la especialización en la resolución de las controversias registrales, resulta necesario que el Conservador tenga también la posibilidad de defender su dictamen, más todavía si se reforma el sistema de calificación registral en los términos que se indicará más adelante¹⁶.

IV. LA DIGITALIZACIÓN DE LOS REGISTROS CONSERVATORIOS Y LA CREACIÓN DE UNA REPOSITORIO DIGITAL Y DE UN REGISTRO NACIONAL DE INTERDICCIÓNES A CARGO DEL SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN

Uno de los aspectos que presenta mayor novedad dentro del Proyecto es la competencia que otorga al Servicio de Registro Civil e Identificación para llevar un repositorio digital que se nutrirá con la información que a diario remitan los notarios, conservadores y archiveros (2) y el Registro Nacional de Interdicciones (3). Por cierto, esto parte de la modernización que se quiere introducir en la gestión de los registros conservatorios mediante su digitalización (1).

¹⁵ De seguirse esta alternativa, lo natural sería incorporar dos artículos: un art. 51 bis del *COT* referido a la competencia del fiscal de una Corte de Apelaciones y un art. 52 bis del *COT* para la competencia del fiscal de la Corte Suprema.

¹⁶ Véase *infra*, V.

1. La digitalización de los registros conservatorios

Bajo el apartado de modernización del sistema registral, notarial y archivístico, el Mensaje del Proyecto señala que este pretende, entre otros aspectos:

“Crear un repositorio digital de carácter nacional de responsabilidad del Servicio de Registro Civil e Identificación, para el adecuado archivo y gestión de los documentos extendidos y protocolizados en las notarías y de las inscripciones efectuadas en los conservadores”.

Un repositorio es el “lugar donde se guarda algo”¹⁷, por lo que, sumado al adjetivo ‘digital’, se debería entender que la función que aparece asignada al Servicio de Registro Civil e Identificación sería satisfecha por medio de la creación de un sistema de archivo electrónico de los documentos extendidos y protocolizados en las notarías y de las inscripciones conservatorias. Sin embargo, el mensaje agrega que, además de la función de archivo, le corresponde la “gestión” de dichos documentos digitales, cuyo sentido no es claro en el articulado del Proyecto, generando problemas de interpretación en lo que se refiere a las funciones que se asignan al Registro Civil, por una parte, y a los conservadores, por la otra, en referencia a la custodia y actualización de los registros propiamente tales.

260 Dado que la gestión hace referencia a la administración y organización de una actividad, no resulta evidente su contenido ni la forma en la que dicho Servicio la llevará a efectos. Lo anterior es especialmente problemático si se estima que es atribución de los oficiales del Registro Civil el “otorgar certificados o copias autorizadas de las inscripciones existentes en los registros a su cargo” (art. 33 n.º 3º de la Ley n.º 19477), los cuales deben contener “todas las inscripciones y subinscripciones que corresponda” (art. 20 de la Ley n.º 4808). De este modo, si la referencia a la gestión aludiría a tales posibilidades, ello importaría una duplicidad respecto de las funciones de los notarios y conservadores, sin indicación de prevalencia ni de justificación.

En cualquier caso, la finalidad de dicho repositorio se justificaría con el desafío estatal de digitalización, variando el modelo original donde el soporte registral se encuentra en papel, lo que, a juicio del Ejecutivo, genera costos en lo referente a la generación, reproducción y almacenamiento de documentos. De esta manera, considerando los avances voluntarios realizados por algunos oficios, se plantea establecer exigencias tecnológicas en el ejercicio de las funciones desarrolladas por parte de notarios, conservadores y archiveros, que permitan la implementación de un sistema informático de trámites notariales y registrales de acceso centralizado, faciliten la publicidad de información disponible, la elaboración y trámite de documentos que se suscriben y solicitan ante ellos, conocer el estado de trámites pendientes, iniciar tramites de manera

¹⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014), p. 1901.

electrónica y la interoperabilidad con otros actores del sistema. Si bien lo anterior se puede evaluar de forma positiva, el Proyecto no toma en consideración las dificultades y costos que importa la digitalización de toda la documentación que dichos auxiliares de la administración de justicia poseen, en especial en el aquellos oficios que cuentan con más de un siglo de antigüedad¹⁸. De este modo, si se atiende a lo dispuesto en el artículo tercero transitorio del Proyecto, se establece un plazo de tres años contados desde la entrada en vigencia de la ley para la digitalización de toda la información referente a la historia de la propiedad raíz de los últimos treinta años que conste en los libros que fueren de su cargo, lo que, incluso, se asocia con la funcionalidad del folio real. La norma resulta llamativa porque no se explican las razones por las cuales se escoge ese periodo de digitalización (treinta años¹⁹), ni se especifica con claridad la documentación a ser digitalizada, la que solo refiere como “información referente a la historia de la propiedad raíz”, además de no considerar las diferencias en cuanto a la magnitud y costos del trabajo que ello impone para los diversos conservadores de bienes raíces. En este sentido, esta clase de normas debería establecerse sobre la base de evidencia empírica y estudios proyectados que observen la realidad y las diferencias entre los citados oficios y, en todo caso, estableciendo una aplicación gradual.

Ahora bien, en lo que respecta a las modificaciones al RRCBR, este nuevo modelo se estructura por medio de la propuesta de sustitución de sus arts. 4° y 5° y la incorporación de un art. 5 bis, de los que se sigue el reconocimiento de los siguientes principios para alcanzar los fines antedichos:

261

a) La digitalización y formato electrónico

El Proyecto se estructura sobre la base de la digitalización, lo que se enuncia ya desde la sustitución del art. 4° del RRCBR, referido al inventario circunstanciado de los registros, libros y papeles pertenecientes a cada oficio. La reforma planteada no elimina dicha obligación, vale decir, los inventarios deben seguir siendo llevados por cada Conservador, pero se precisa que deberán ser realizados en forma digital y que su cierre se ejecuta por medio de firma electrónica avanzada.

La formación de dicho inventario resulta llamativa si se tiene en consideración que, en paralelo, el Proyecto dispone de la confección de un repositorio

¹⁸ El RRCBR fue promulgado el 24 de junio de 1857. Con posterioridad, un decreto supremo de 28 de agosto de 1858 dispuso que su vigencia comenzara el 1 de enero de 1859. Como fuere, esos oficios supusieron la absorción de las Contadurías de Hipotecas creadas merced a la real pragmática de 31 de enero de 1768 y reguladas en ese entonces por el Reglamento de 20 de mayo de 1848.

¹⁹ Esto tiene que ver con la costumbre de los conservadores de confeccionar los certificados que emiten a partir de una revisión de los registros a su cargo por un lapso de treinta años. El origen de este plazo se encuentra en el art. 2511 CC, que exigía una posesión de tres décadas para beneficiarse de la prescripción adquisitiva extraordinaria. Desde la Ley n.º 16952, el plazo es diez años.

digital a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación. Lo anterior no solo redundaría en una dualidad de instrumentos digitales, sino que no se aclara en el Proyecto la función que cumpliría cada uno de ellos. Más aún, como se expresará más adelante, cuando se indica que el Conservador deberá

“incorporar al repositorio digital que al efecto lleva el Servicio de Registro Civil e Identificación, dentro de las 24 horas siguientes a su materialización, las inscripciones, subinscripciones, cancelaciones y demás anotaciones que hubiere practicado” (art. 5 bis del RRCBR),

sin aclarar si dicha incorporación implica una desafectación de la gestión de los registros por parte del Conservador (lo que se soportaría en la alusión a la “gestión de las inscripciones” indicada en el Mensaje del Proyecto) o si se trata solo de una transmisión de datos para la obtención de un archivo general de alcance nacional. El peligro de la primera interpretación es que, si este es el propósito del legislador, lo enviado al Servicio de Registro Civil serán las matrices electrónicas de las inscripciones propiamente tales, lo que resulta por completo incompatible con lo dispuesto en el n.º 2º del art. 5º bis del RRCBR, en los términos que se indicarán a continuación.

Ahora bien, en el nuevo art. 5º bis propuesto, el punto anterior es desarrollado de modo más completo y se agrega que, para cumplir con sus funciones, los Conservadores deberán mantener la infraestructura, equipamiento e insumos que permitan:

- i) Disponer de medios telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información. Esta medida se refiere a la aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión de información computarizada, de manera que toda la información contenida en los libros llevados por el Conservador pueda ser requerida, transmitida, comunicada o recibida por medio de técnicas de enlace computacional, incluso de manera remota.
- ii) Llevar los registros, índices, repertorios u otro tipo de libros que les competan de manera electrónica. Lo anterior supone que todos los libros a cargo del Conservador no seguirán llevándose en formato papel, sino solo por medio de registros electrónicos.

Como ya se indicó, este deber no se encuentra coordinado con aquel que se incorpora en el art. 5º bis del RRCBR por parte del Proyecto, que impone la incorporación al repositorio digital que al efecto llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su materialización, las inscripciones, subinscripciones, cancelaciones y demás anotaciones que hubiere practicado. Así, si la transmisión de las actuaciones al mentado repositorio implica una desafectación de las funciones registrales de los conservadores, también queda la duda sobre la forma en la que se confeccionarán los registros parciales a su cargo cuando estos estarán precisamente formados por

las matrices electrónicas que serán enviadas al Registro Civil, como, a su vez, la forma en la que se practicarán las anotaciones y subsinscripciones respecto a tales matrices si estas ya no se encontrarán a su cargo por haberse desprendido de su gestión. Es verdad que respecto de un documento electrónico no existe distinción entre el original y las copias (como tampoco la hay desde el punto de vista jurídico con aquellas extraídas de manera análoga de un repertorio o libro físico según el art. 342, n.º 2º del *CPC*), pero eso no elimina que la gestión de los Registros corresponda al Conservador.

En este sentido, si lo que se quiere indicar es que existirá un doble sistema de acceso a la documentación (por medio de cada oficio conservatorio y por medio del repositorio digital), lo anterior no resulta claro de la norma, surgiendo dudas, en razón de la redacción del Proyecto, respecto de las funciones que tendrán los Conservadores en lo referente a la gestión de los libros digitales. Además, si lo que se pretende es contar con un doble sistema de acceso a la documentación digital, no resultan claras las razones por las cuales dichas funciones se asignan al Servicio de Registro Civil, en lugar de fortalecer un modelo de conectividad de los diversos conservadores de bienes raíces, al modo en que se está llevando a cabo por medio por algunos de ellos a través de iniciativas de implementación tecnológica, tanto de *hardware* como de *software*, e interconexión electrónica²⁰.

Fuera de lo dispuesto por el mencionado art. 4º del RRCBR respecto al inventario, el medio electrónico es señalado como la forma de llevar el Repertorio (art. 21 del RRCBR), la incorporación de planos (arts. 31 y 39 del RRCBR), los registros parciales (art. 34 del RRCBR) y el folio real (art. 51 bis del RRCBR).

- iii) Contar con sistemas electrónicos para el adecuado archivo, tramitación y gestión de las inscripciones efectuadas en el respectivo conservador. En complemento a lo anterior, y dado que los registros se estructuran sobre la base de las inscripciones que se deben practicar en los libros conservatorios, ahora digitales, se establece la necesidad de contar con sistemas adecuados para su realización. Así, al tiempo en que el art. 4º, n.º 1º del RRCBR da cuenta de la necesidad de contar con medios telemáticos para su requerimiento, el art. 4º, n.º 3º del RRCBR pone énfasis en la gestión, tramitación y archivo de las inscripciones.

Obsérvese que nada se señala respecto a las subsinscripciones, cancelaciones y otras anotaciones, solo indicándose que deberán efectuarse de forma digital en virtud de lo dispuesto en el inc. 2º del artículo tercero transitorio del Proyecto. Al efecto, este dispone:

²⁰ El plan de interconexión que se ha implementado entre algunos conservadores del país permite la consulta remota de los asientos registrales entre oficios, contando, además, con la aptitud para implementar la solicitud de requerimientos de inscripciones por vía electrónica.

“Lo anterior, es sin perjuicio del deber de cada conservador de practicar digitalmente y mediante firma electrónica avanzada las inscripciones, subinscripciones, cancelaciones y demás anotaciones que realizare en sus registros, desde el primer día de vigencia de la presente ley”.

Sin embargo, nótese que aquí se plantea una inconsistencia temporal. La práctica de subinscripciones, cancelaciones y demás anotaciones conforme al sistema digital se debe efectuar desde el primer día de vigencia de la ley, vale decir, seis meses después de la publicación en el *Diario Oficial* del Reglamento señalado en el artículo quinto transitorio (artículo primero transitorio). Por el contrario, y como ya se mencionó, el artículo tercero transitorio establece un plazo de tres años contados desde la entrada en vigencia de la ley para la digitalización de toda la información referente a la historia de la propiedad raíz de los últimos treinta años. Esto implica que se mantendrán inscripciones registrales en formato físico, sea durante el cumplimiento del plazo de digitalización, sea porque no han existido modificaciones en la historia de la propiedad raíz durante los últimos treinta años. Con ello, no resulta posible que las subinscripciones, cancelaciones y otras anotaciones se efectúen solo en formato digital, puesto que ello provocaría un desajuste en el tracto registral y, en definitiva, en el estudio de la historia de la propiedad raíz. Lo anterior es obvio, ya que no es factible una actuación digital en aquello que aún se encuentra en soporte papel.

Ahora bien, el reemplazo del soporte papel por el electrónico supone la indicación de estándares tecnológicos que doten a la información de seguridad, integridad y disponibilidad, para lo cual la norma establece ciertos mínimos que distan de ser suficientes en materia de ciberseguridad²¹. Aunque cabe agregar que, sin perjuicio de las indicaciones generales dispuestas por la ley, las características técnicas que, de manera específica, deberán cumplir los sistemas electrónicos de comunicación, archivo, conservación, certificación y consulta de los documentos, índices, libros y registros, así como las que aseguren la interconectividad del sistema registral con registros y órganos del Estado, serán determinados y actualizados por un reglamento dictado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio Secretaría General de la Presidencia²². De modo excepcional, el primero de esos ministerios podría fijar requisitos técnicos distintos para aquellos con-

²¹ De acuerdo con su versión del año 2019, Chile ocupa el lugar n.º 83 en el *ranking* global de ciberseguridad elaborado por la International Telecommunications Union.

²² De conformidad al art. 5º transitorio del Proyecto: “los ministerios de Justicia y Derechos Humanos, Hacienda y Secretaría General de la Presidencia deberán dictar, en el plazo de un año contado desde la publicación de esta ley, el Reglamento que regulará las características técnicas que deberán cumplir los sistemas electrónicos de comunicación, documentos, libros y registros electrónicos, de notarios, conservadores y archiveros, y el Folio Real”.

servadores que, por su situación geográfica, tamaño o recursos, estén imposibilitados de cumplir íntegramente estas obligaciones, cuestión que deberá ser debidamente acreditada por estos²³.

Por ello, conforme a lo dispuesto en el Proyecto, se establecen estándares que permitan, al menos:

- 1º) Inscribir electrónicamente los títulos e instrumentos mencionados en la ley a propósito de los registros que deban mantener los conservadores. Esto implica, como se dijo previamente, que los libros que deben llevar los conservadores solo se encontrarán disponibles en formato digital, puesto que ellos están compuestos por las inscripciones que la ley ordena o permite realizar a partir de los títulos e instrumentos pertinentes (art. 5º bis, n.º 2º del RRCBR). Esto no resulta recomendable y es preferible mantener la duplicidad de registros (papel y digital), como por lo demás ocurre con el Servicio de Registro Civil e Identificación, indicando que en caso de duda prima la inscripción física. De lo contrario se puede comprometer la fe pública producto del apresuramiento en la implementación de un sistema que requiere al menos de gradualidad y supervisión para garantizar la seguridad de la información digitalizada.

Cumple recordar que, en rigor, la inscripción conservatoria es el modo de adquirir el dominio de los inmuebles y derechos reales constituidos sobre ellos (art. 686 del *CC*). Como toda tradición, es un negocio jurídico bilateral que requiere la manifestación de la voluntad del transferente y del adquirente (art. 670 del *CC*). Por eso, para requerir la inscripción es necesario contar con un mandato otorgado por ambas partes (en general, a través de la cláusula usual “se faculta al portador...” o, bien, que ella sea suscrita directamente por ellas (art. 78 del RRCBR). El nuevo art. 78 del RRCBR propuesto elimina esta exigencia, quedando como una obligación del notario la remisión electrónica de las escrituras al conservador (nuevo art. 401, n.º 13 del *COT*), lo cual introduce un problema en el sistema de la propiedad raíz que no parece resuelto en el resto del Proyecto.

Ello es enunciado luego en el mismo art. 5º bis del RRCBR, al disponer que los estándares mínimos exigidos deben implicar la conservación electrónica de los registros, libros, índices, o cualquier

²³ Sin embargo, cabe preguntarse si acaso es seguro, en atención al estado de la tecnología vigente, el reemplazar todo el formato físico por el digital. Al respecto, hay que considerar que la pérdida de la información, como, a su vez, cualquier alteración de la misma, conduciría a la creación de un riesgo de grandes proporciones en atención a la pérdida de seguridad en el establecimiento y comprobación de los derechos reales (y sus efectos *erga omnes*) constituidos sobre bienes raíces. Dicha inseguridad no solo provocaría un aumento de la judicialización, sino, también, la incertidumbre respecto al modelo hipotecario vigente en nuestro país, produciendo un aumento de las tasas de interés, y, con ello, un encarecimiento en el crédito.

otro documento que por ley deban llevar los Conservadores en el cumplimiento de sus funciones. De nuevo, surge la duda de la forma de compatibilizar estas normas con aquellas que suponen la incorporación de las actuaciones registrales en el repositorio digital a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación.

- 2º) Extender y otorgar electrónicamente las copias y certificados que de acuerdo con la ley deban entregar. Ello supone que las copias y certificados se extenderán en formato electrónico en lugar de físico, aunque no queda claro si se está frente a un modo único de otorgamiento. Lo anterior, puesto que el n.º 7 del art. 5º bis del RRCBR dispone:

“los certificados que de conformidad a la ley *puedan* otorgarse en soporte electrónico y que sean suscritos por los conservadores con firma electrónica avanzada, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos *que los otorgados por escrito y en soporte de papel*, gozando del carácter de instrumento público para todos los efectos legales, sin que sea aplicable a estos actos el inciso segundo del artículo 3º de la Ley N° 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma”.

266

Este carácter facultativo debería considerar, por ejemplo, la factibilidad técnica para la entrega de copias electrónicas, como ocurre con los planos.

- 3º) Llevar a cabo comunicaciones, notificaciones e intercambio electrónico de información entre notarios, conservadores y otros organismos o instituciones, de conformidad con la ley. Ello se plantea desde la interoperabilidad del sistema, a la que se refiere de nuevo el art. 5º bis, n.º 8 del RRCBR, lo que no aparece resuelto de modo adecuado en cuanto a los demás organismos o instituciones, dado que el Proyecto no establece un modelo computacional único de comunicación. Para estos efectos, deberá esperarse la dictación del reglamento pertinente por parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, aunque desde ya es posible observar que una redacción que solo resulte obligatoria para los notarios, conservadores y archiveros, y no para todos los organismos del Estado, resulta problemática para lograr la pretendida interoperabilidad sobre la base de una estandarización del sistema computacional.
- 4º) La integración y adscripción electrónica con registros y órganos del Estado. Esto supone un punto avanzado de interoperabilidad, en el que los registros conservatorios se encuentran ya integrados con otros registros estatales, sin mención de cuáles serán dichos registros ni de qué manera se deberá producir tal integración. Lo

anterior, además del hecho de que no se establece un modelo computacional único de comunicación, por lo que otra vez deberá esperarse la dictación del reglamento pertinente por parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, lo que suscita iguales dudas que las expresadas en el punto anterior sobre qué ocurre si no se establece una estandarización universal del sistema computacional.

Al efecto, en el informe evacuado por la Corte Suprema se indicó:

“[...] ante la importancia de las características técnicas y los constantes desarrollos informáticos que se hacen por los distintos órganos del Estado, resulta necesario que la Corporación Administrativa del Poder Judicial forme parte de las instancias que definan los estándares técnicos a utilizar, especialmente para que los futuros desarrollos promuevan la neutralidad tecnológica y la compatibilidad entre los sistemas, evitando los sobre esfuerzos económicos y humanos necesarios para crear interconexiones entre sistemas nativamente incompatibles”.

Lo anterior, que se menciona en el citado informe a propósito de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, es predicable de cualquier otra entidad estatal con la que se pretende dicha interacción.

En cualquier caso, los dos puntos anteriores se enlazan con el estándar mínimo dispuesto en el art. 5° bis del RRCBR, relativo a la incorporación al repositorio digital que al efecto llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su materialización, de las inscripciones, subinscripciones, cancelaciones y demás anotaciones que hubiere practicado. Se hará referencia a este punto más adelante con mayor detalle²⁴.

- 5°) El acceso de manera remota al público, de la información de los registros electrónicos que este contenga. Lo que complementa la noción de accesibilidad digital general enunciada en el nuevo art. 5° del RRCBR, al que se alude a continuación.

b) La accesibilidad digital

El Proyecto agrega esta noción en la sustitución del art. 5° del RRCBR, que, reiterando la necesidad de mantener funcionarios suficientes para que los trabajos estén al corriente y en buen orden, incorpora el deber de mantener en forma permanente los oficios, computadores, terminales, sistemas informá-

²⁴ Véase *infra*, IV, 2.

ticos y redes disponibles para que el público general pueda consultar de modo gratuito los repertorios y registros electrónicos, sin perjuicio de su acceso en línea o de manera remota.

Conforme a lo indicado en el nuevo art. 5° bis, n.º 6 del RRCBR, en el sitio web del oficio del Conservador se podrá consultar de manera gratuita los índices de registros y las inscripciones practicadas, solicitar inscripciones y acceder al repositorio digital del Servicio de Registro Civil e Identificación (aunque la norma no lo indique, lo anterior supone la incorporación del enlace respectivo) y a las inscripciones completas en formato digital. Obsérvese que la gratuidad se refiere a la consulta de índices de registros y de las inscripciones practicadas, pero no a la solicitud de inscripciones ni a las inscripciones completas (aunque lo último es discutible en atención a la mala técnica de redacción de la norma), las cuales se cobran a partir de un arancel fijado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (DS 588, de 3 de diciembre de 1998).

A su vez, el punto resulta poco coordinado con la idea de que, dentro del plazo de veinticuatro horas, el Conservador deberá incorporar las actuaciones registrales en el Repositorio digital a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación. Con ello, de nuevo queda en evidencia la incompatibilidad normativa y la técnica de las reformas propuestas, hasta el punto de no dar claridad respecto a quién se encuentra a cargo de la gestión de los registros digitales, o si acaso la normativa pretende una duplicidad que, conforme a lo antes mencionado en el presente informe, parece innecesaria e injustificada.

Por su parte, la accesibilidad física se encuentra unida a un nuevo régimen de funcionamiento de los registros, reemplazando el funcionamiento obligatorio de 9.00 a 16.00 horas, por uno, por regla general, no inferior a cuatro horas, indicado en su sitio web y dependencias. Los conservadores deberán informar el horario específico de atención y, de manera previa, sus modificaciones, tanto a la Corporación Administrativa del Poder Judicial como al público general. El Conservador deberá estar presente, al menos, durante el horario de atención al público. Sin embargo, la Corte de Apelaciones respectiva podrá autorizar de forma fundada días y horarios de atención distintos para aquellos conservadores que, por su situación geográfica, tamaño o recursos, les sea demasiado gravoso cumplir con este mínimo. Dicha accesibilidad y su forma de operación se encuentra más detallada en el art. 5 bis del RRCBR, en el que se dispone el contenido de la información actualizada del funcionamiento de la oficina que debe ser incorporado en su sitio web (n.º 6).

Este nuevo modelo genera varios inconvenientes, siendo el primero de ellos la ausencia de un horario común de funcionamiento de los diversos conservadores. Lo anterior tiene especial relevancia, puesto que el Proyecto parecería dar la idea de una diferencia entre el horario de funcionamiento físico de la oficina conservatoria (en el mencionado horario) y la factibilidad técnica de solicitar actuaciones registrales por medio de la plataforma digital (en un régimen continuo de plena disponibilidad). Esto produce problemas en

lo referente a la incorporación de las solicitudes en el Repertorio, puesto que este, conforme al nuevo texto proyectado del art. 21 del RRCBR,

“se cerrará diariamente, indicando el número de notaciones practicadas en el día, indicando el primer y último número de la serie, la fecha y la firma del Conservador”.

Demás está decir que este repositorio será digital y cerrado por medio de firma electrónica avanzada.

De este modo, un formato abierto para la solicitud electrónica de actuaciones registrales supondrá que el Repertorio no puede ser cerrado, tomando en consideración el fin del horario de funcionamiento, dado que este no existirá ni estará vinculado con el que corresponde al horario físico de apertura de las oficinas. Se generará así una cuestión no resuelta en el texto del Proyecto respecto a la forma de incorporar estas solicitudes en el Repertorio para el caso de ser efectuadas fuera de un horario predispuesto, y, con ello, se terminan afectando los principios de prioridad registral y la certeza del cómputo de los plazos previstos en el Reglamento. Lo anterior aconseja mantener un horario de funcionamiento común para todos los conservadores, previamente conocido para el público y los notarios, que resulte coincidente entre la atención presencial y la disponibilidad para la solicitud de actuaciones registrales de manera telemática.

269

c) La seguridad técnica en el acceso

El nuevo art. 5° del RRCBR agrega que se deberán asegurar las condiciones técnicas para que los funcionarios del Conservador se puedan desempeñar de modo correcto y los usuarios reciban una atención adecuada. Lo anterior, reflejado el énfasis de la digitalización que plantea el Proyecto, supone el mantenimiento y actualización de los computadores, terminales, sistemas informáticos y redes disponibles tanto para la realización de las funciones registrales por parte de los funcionarios como para asegurar la atención del público, sea en lo que se refiere al Registro, sea a la consulta. De esta manera, se agrega que los gastos asociados a los registros, servicios computacionales, equipos y, en general, cualquier otro costo operacional concerniente al mencionado oficio, serán de cargo del Conservador.

d) El resguardo de los datos personales

El art. 5° bis del RRCBR culmina indicando que es deber de los conservadores contar con infraestructura, equipamiento e insumos que permitan garantizar el debido resguardo de los derechos de los titulares de datos personales, en conformidad con lo establecido en la Ley n.º 19628, sobre protección a la vida privada. Este aspecto plantea dudas respecto a lo referente al principio de acceso digital y público al que antes se ha hecho referencia, puesto que el

régimen legal no establece limitaciones expresas al requerimiento de información, ni siquiera por parte de quienes no demuestran tener un legítimo interés en el acceso a la información.

Sobre el particular hay países, como sucede hoy con el nuestro, que garantizan el acceso a la información de la que se dispone en los registros conservatorios, sin restricción alguna, aunque bajo el supuesto general de que la obtención de dicha información supone un acceso físico a la documentación pertinente, si bien desde hace algún tiempo es posible solicitar copias o certificados de manera digital. En la legislación vigente, la limitación se encuentra prevista en el art. 49 del RRCBR, que dispone:

“en orden a la guarda de los Registros incumben a los Conservadores los mismos deberes y obligaciones que a los escribanos. Son, no obstante, esencialmente públicos todos ellos; por consiguiente, es permitido a cualquiera consultarlos en la misma oficina y tomar los apuntes que crea convenientes”.

Sin embargo, tal limitación se desvanece en el Proyecto, al incorporarse una frase final que permitiría “consultarlos a distancia en la forma que determina esta ley y el reglamento a que hace alusión el artículo 5° bis, inciso final”.

270

Dado el contenido del Proyecto, poner toda la información del Conservador a disposición de los usuarios en Internet es algo que puede resultar atractivo, pero es riesgoso. Por una parte, permite que, simultáneamente, diversos usuarios *in situ* o a distancia puedan tener acceso a la información, sin trasladarse de un lugar a otro; y se permite un estudio de títulos previo y a distancia, antes de solicitar todos los certificados necesarios, evitando dobles o triples concurrencias a las oficinas del Conservador. No obstante, por otra parte, se facilita el acceso a información personal y privada de terceras personas, incluso para empresas que pueden convertir este insumo en su giro comercial. Lo anterior no solo puede implicar la conversión de dicha información en un insumo transable en el mercado, sino que, también, facilita la comisión de fraudes al tener acceso universal a información personal de toda persona cuya identificación aparece consignada en los registros conservatorios²⁵. En este sentido, cabe tener en cuenta dos aspectos que el Proyecto no parece considerar. El primero de ellos es el de robos de información que se produce de forma periódica desde las bases de datos del Servicio de Registro Civil e Identificación, sin que se prevean en paralelo iniciativas para reformar la ciberseguridad en esa repartición. Por otra parte, las empresas que obtengan la licitación de dicho servicio para implementar los sistemas de digitalización

²⁵ Hay que recordar, asimismo, que dicha información no solo se refiere a la situación y titularidad de los bienes raíces, sino que, también, integra otros datos sensibles, como los referidos a interdicciones o situaciones judiciales de las personas y empresas (embargos, procedimientos concursales, etcétera).

y transferencia de datos en la práctica operarán como un “metaconservador” o certificador universal, lo cual abre flancos en materia de libre competencia y protección de datos personales que no han merecido discusión.

De ahí que otros países, considerando la protección de datos de carácter personal, restrinjan el acceso a los registros por parte de cualquier tercero. Así, por ejemplo, el art. 221 de la Ley Hipotecaria española dispone: “Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos”. En consecuencia, una solución intermedia consiste en plantear algún tipo de filtro al acceso de esa información, que sea solicitado objetivamente al tiempo de plantearse el acceso.

El modelo proyectado por la reforma parece insuficiente en este aspecto. La mera remisión a los derechos de los titulares de datos personales supone esclarecer, primero, la alusión al contenido de estos últimos. Al efecto, el art. 2º, letra f) de la Ley n.º 19628, los define como los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificables o identificadas, lo que implica una referencia bastante amplia acerca del contenido de las actuaciones conservatorias. Luego, en lo que se refiere a los derechos de sus titulares, cabe destacar las continuas restricciones que efectúa la citada normativa cuando la información se encuentre en fuentes accesibles al público, definidas en el art. 2º, letra i de la citada ley como aquellos registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes, como es el caso que se propone en la reforma en comento. En este sentido, no resultan aplicables normas como las que restringen la utilización de los datos obtenidos de tales fuentes públicas (art. 9º de la Ley n.º 19628).

En todo caso, se podría incluir una referencia en los arts. 49 del RRCBR y 401, n.º 9 del COT respecto de que la posibilidad de consulta sea satisfecha por medio de la exhibición de los asientos registrales ya digitalizados, permitiendo la revisión simultánea de los registros y evitando la obstaculización en el funcionamiento interno de los oficios. Sin embargo, se considera que estos aspectos no deben quedar entregados a la potestad reglamentaria, en especial si se considera que, en virtud de la reforma constitucional contenida en la Ley n.º 21096, el art. 19, n.º 4 de la CPR dispone que esta asegura a todas las personas

“el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y, asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”.

2. El Repositorio digital a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación

El artículo décimo primero del Proyecto crea un mal llamado “repositorio digital” a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, sin mayores

precisiones sobre su alcance y efectos. A partir de dicha norma cabe concluir que el mentado registro tiene las siguientes características:

- a) Se trata de una suerte registro digital, lo que implica que su conformación, gestión y consulta solo puede ser efectuada por medios electrónicos. Conforme a lo anterior, la pretensión es el acceso remoto y por medios informáticos de los documentos que deben ser incorporados por notarios²⁶, conservadores y archiveros²⁷. En todo caso, las especificaciones técnicas que deberá cumplir el repositorio serán determinadas y actualizadas por un reglamento dictado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dentro de los seis meses siguientes a la publicación de la ley²⁸.
- b) Reviste el carácter de un registro de alcance nacional, que se endereza a generar un sistema unificado de consultas, con independencia al lugar de otorgamiento del acto o del registro en el que se haya practicado la correspondiente actuación registral. Por ello, la existencia, administración, mantención y plena operación del Repositorio digital se centralizará en el Servicio de Registro Civil e Identificación.

El cuestionamiento se produce aquí por la idoneidad del mentado Servicio para llevar este repositorio, en especial si se considera que las inscripciones, subinscripciones, cancelaciones y anotaciones registrales no tienen relación con aspectos relativos al estado civil de las personas o conectados con su identificación (registros de hechos), sino solo con los derechos patrimoniales sobre los bienes raíces, y, más todavía, que se trata de aspectos donde es necesaria no la mera constatación de un he-

²⁶ De conformidad con el nuevo art. 401, n.º 13 del *COT*, se agrega como deber de los notarios “incorporar al Repositorio digital del Servicio de Registro Civil e Identificación, las escrituras públicas e instrumentos que hubieren sido por él protocolizados o autorizados, dentro de las 24 horas siguientes a su extensión o protocolización”. Para tales efectos, el nuevo art. 409 bis del *COT* dispone: “Suscrita una escritura pública por todos sus otorgantes, autorizada y sellada conforme a la ley, el notario autorizante deberá digitalizar tal instrumento para proceder a insertarlo en los registros pertinentes y ser guardado en el Repositorio digital de escrituras públicas que lleva al efecto el Servicio de Registro Civil e Identificación”. Asimismo, el art. 415 III del *COT* agrega: “Al igual que con las escrituras públicas, el notario deberá digitalizar el documento protocolizado y guardarlo en el Repositorio digital que lleva al efecto el Servicio de Registro Civil e Identificación”. Por último, el nuevo art. 430 VI del *COT* añade: “El notario incorporará diariamente, de manera digital y bajo firma electrónica avanzada, al Repositorio digital, las anotaciones que en el Repertorio se hubieren efectuado cada día”.

²⁷ A pesar de la mención contenida en el artículo undécimo del Proyecto, no hay referencia expresa en su articulado permanente sobre un deber de incorporación de información al Registro por parte de los archiveros. Al efecto, el nuevo art. 456 bis del *COT* efectúa una remisión al reformado art. 401 del *COT*, pero el n.º 13 de dicha norma no resulta aplicable, puesto que ella se refiere a la incorporación de escrituras públicas e instrumentos protocolizados o autorizados, las que no son funciones propias de los archiveros de conformidad a lo dispuesto en el art. 455 del *COT*.

²⁸ Obsérvese, en consecuencia, que no se trata del mismo reglamento que, conforme al art. 5º transitorio del Proyecto, debe ser dictado en el plazo de un año contado desde la publicación de la ley.

cho (por ejemplo, que alguien nació, contrajo matrimonio, se divorció o ha muerto), sino la calificación de la situación jurídica en cuestión (de ahí que el Registro de Propiedad sea un registro de derechos)²⁹.

Además, si el problema a resolver se encuentra en la facilitación en el acceso a la información, lo anterior puede ser satisfecho por medio de la incorporación de la noción de intercomunicación entre los diversos conservadores, de manera que por medio de cualquiera de ellos sea posible acceder a la información disponible en otros oficios. Como ha quedado dicho, tal innovación ya se ha aplicado por parte de algunos conservadores a través de iniciativas de implementación tecnológica, tanto de *hardware* como de *software*, e interconexión electrónica, llevadas a cabo de manera voluntaria.

Al igual como ha ocurrido con otras reformas legislativas, que ha concedido nuevas atribuciones al Servicio de Registro Civil e Identificación en este sentido (por ejemplo, en lo referente al Registro Único de Prendas sin Desplazamiento creado por la disciplina sobre la materia sancionada por la Ley n.º 20190, o lo ocurrido con la Ley n.º 19903 respecto de las posesiones efectivas de las herencias abiertas en Chile), no existen claras razones por las cuales se encomienda a dicho servicio esta clase de funciones. Por el contrario, las dificultades y falencias que presentan esos registros, y también el Registro de Empresas y Sociedad a cargo del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, llevan a pensar en lo inconveniente de una remisión de más información cuyo destino no queda claro.

Se hace presente las cuestiones antes referidas sobre la incorporación de datos de carácter personal, dado que, a pesar de la referencia indirecta dada a la Ley n.º 19.628, se trataría de un registro de acceso público, restringiendo el derecho de sus titulares en lo que respecta al uso de dicha información.

Adicionalmente, cabe observar que en el informe financiero que se acompaña el Proyecto, si bien se hace mención a los mayores gastos en los que debería incurrir el servicio en virtud de la implementación del Repositorio digital, del Archivo digital de poderes y del Registro nacional de interdicciones, el presupuesto asignado se refiere a gastos en materia de *software* y *hardware*. Sobre el particular, más allá de lo exiguo del presupuesto, llama la atención la ausencia de una mayor dotación de personal para estos efectos, lo que sí se advierte para la Fiscalía Nacional Económica, la Corporación Administrativa del Poder Judicial, la Secretaría Ejecutiva del Consejo del Ministerio de Justicia

²⁹ De acuerdo con el art. 3º de la Ley n.º 19477, el cometido del Servicio del Registro Civil e Identificación es velar “por la constitución legal de la familia”, siendo su “objeto principal registrar los actos y hechos vitales que determinen el estado civil de las personas y la identificación de las mismas”.

y Derechos Humanos y la Fiscalía Judicial. Los costos involucrados en este tipo de modificaciones son, por supuesto, más altos que aquellos que se describe en el informe financiero, que debió ser modificado durante la tramitación en la Cámara de Diputados³⁰.

- c) En rigor, la expresión ‘repositorio’ designa el lugar donde se guarda algo. En este caso, se trata de proveer el acceso a los documentos que deben incorporar los oficios de notarios, conservadores y archiveros, y que consisten en todos los documentos, escrituras públicas, inscripciones, instrumentos protocolizados, certificados y copias emitidos con firma electrónica avanzada.

Como antes se ha indicado, el art. 5 bis n.º 4 del RRCBR establece el deber del conservador de mantener la infraestructura, equipamiento e insumos necesarios para incorporar al Repositorio digital que al efecto lleva el Servicio de Registro Civil e Identificación, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su materialización, las inscripciones, subinscripciones, cancelaciones y demás anotaciones que hubiere practicado.

Sobre este particular, cumple tener presente que la mención hace referencia a la incorporación de dichos actos al Repositorio digital, lo que implica que no se trata de una nueva inscripción. En otras palabras, el repositorio solo tendría una finalidad de facilitación y unificación de las consultas, pero en caso alguno reemplazaría los registros, inscripciones, subinscripciones, cancelaciones y demás anotaciones practicadas por el Conservador. Sin embargo, y como ya se ha explicado, la redacción de la norma resulta contradictoria en la medida en la que se ordena la incorporación de la inscripción misma, firmada electrónicamente por parte del Conservador, en el Repositorio digital del Registro Civil, lo que implica una desafectación de la gestión de los registros por parte de los conservadores.

Por otra parte, es atribución de los oficiales del Registro Civil el “otorgar certificados o copias autorizadas de las inscripciones existentes en los registros a su cargo” (art. 33 n.º 3º de la Ley n.º 19477), las cuales deben contener “todas las inscripciones y subinscripciones que corresponda” (art. 20 de la Ley n.º 4808). Esto significa que, aunque el Proyecto no lo diga con claridad (el artículo decimoprimer transitorio menciona los certificados como una de las clases de documentos que debe incorporarse en el Repositorio digital), habría dos organismos con competencia legal para dar certificados sobre las inscripciones

³⁰ Por lo demás, los costos de implementación del nuevo sistema registral son, en realidad, más altos que aquellos señalados por el gobierno, y así fue expuesto por el profesor Alejandro Barros, consultor internacional en materias de modernización del Estado e innovación pública, quien fuera invitado por el propio gobierno cuando se inició la tramitación del Proyecto en la Comisión de Legislación y Justicia el día 24 de octubre de 2018.

registrales. Lo anterior tiene particular importancia en el caso de existir alguna inconsistencia entre los registros conservatorios y el repositorio, lo que podría devenir no solo de fallas del sistema (humanas o técnicas), sino, también, del incumplimiento del deber de incorporación por parte del Conservador o de la brecha de veinticuatro horas prevista en la norma antes indicada. Esto, por cierto, sin contar con los supuestos de dobles inscripciones o de interrupción del tracto registral, que no tiene solución en el Proyecto. Los registros conservatorios son esencialmente mutables en razón de la práctica de nuevas inscripciones, subinscripciones, cancelaciones y otras anotaciones, por lo que la posibilidad de certificación respecto a actuaciones que son llevadas a cabo por otra entidad resta certeza jurídica.

A su vez, el artículo undécimo del Proyecto refiere la incorporación de dichas inscripciones, subinscripciones, cancelaciones y demás anotaciones que hubiere practicado, lo que no otorga suficiente claridad sobre la información que se ha de suministrar por parte de los conservadores al Servicio de Registro Civil e Identificación. Al efecto, a diferencia de lo que ocurre respecto a las obligaciones asignadas a los notarios en los nuevos arts. 409 bis y 415 III del *COT*, la norma antes citada no señala con claridad en qué consiste la incorporación de la información al repositorio digital. De esto sigue que se puede entender que, en caso de inscripciones, son estas las que deberían ser transmitidas de forma electrónica; pero, en el caso de las demás anotaciones, no se indica si ellas deben ser transmitidas autónomamente o junto con la inscripción original a cuyo respecto se ha practicado una subinscripción, cancelación o anotación. Incluso más, cabe preguntarse cuáles son los “certificados” que el conservador debe remitir a fin de que el Servicio del Registro Civil los incorpore al Repositorio digital, puesto que ellos tiene relación con la información que consta en sus registros y no suponen la agregación de datos nuevos. Lo anterior se dificulta aún más si se interpreta que la incorporación de las inscripciones en el Repositorio digital implica su desafectación de las funciones registrales de los conservadores, en la medida en que no se observa cómo podrían llevarse a cabo las mentadas subinscripciones, cancelaciones y demás anotaciones respecto a actuaciones registrales previas que ya no se encuentran sujetas a la gestión de los conservadores.

Por su parte, el nuevo art. 21 del RRCBR dispone:

“el Conservador incorporará diariamente, de manera electrónica y bajo firma electrónica avanzada, al Repositorio digital las anotaciones que en el Repertorio se hubieren efectuado cada día”.

Esta norma, paralela a la dispuesta en el nuevo art. 430 VI del *COT* respecto a los notarios, no indica que se refiera al Repositorio digital

que debe ser llevado por el Servicio de Registro Civil e Identificación, lo que debe aclararse para fines de consistencia, pues bien puede referir (de hecho, es más razonable que así sea) a los registros digitales del propio conservador (art. 4° bis del RRCBR). No obstante, como ya se ha explicado, la redacción del Proyecto plantea sendas dudas respecto a la responsabilidad de los registros si se entiende que, más que un mero repositorio, las funciones del Servicio de Registro Civil e Identificación se plantean desde la perspectiva de la gestión de las actuaciones registrales.

3. *El Registro Nacional de Interdicciones*

El Proyecto también crea un Registro Nacional de Interdicciones a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación. Conforme se indica en el Mensaje, este tiene por finalidad facilitar la verificación, en cualquier parte del territorio, de la capacidad de las partes que concurren a la celebración de un acto jurídico. Ello obedece al hecho de que, en la actualidad, los decretos de interdicción, provisoria o definitiva, y los decretos de rehabilitación del disipador y demente, son puestos en conocimiento de la población por medio de la correspondiente inscripción en el Registro de Interdictos y Prohibiciones del Conservador de Bienes Raíces (arts. 447 y 461 del CC y 32 y 53, n.º 3 del RRCBR). Dicha inscripción se debe efectuar en el departamento donde tenga su domicilio la persona sobre quien recae el decreto como, asimismo, en el departamento o departamentos en que estén situados los inmuebles que le pertenecieren (art. 56 del RRCBR).

En este sentido, el Proyecto dispone el reemplazo de las voces ‘departamento’ y ‘departamentos’, por ‘comuna’ o ‘comunas’, respectivamente, en el art. 56 del RRCBR, aspecto que no presentaba dudas merced a lo dispuesto en el art. 447 del COT, además de agregar que dichas inscripciones son sin perjuicio de la inscripción de interdicción ante el Servicio de Registro Civil e Identificación. La misma reforma se efectúa en el texto del art. 447 del CC, de manera que la publicidad de los decretos de interdicción provisoria o definitiva se establece por medio de:

- i) la inscripción en el registro conservatorio;
- ii) la inscripción en el Registro Nacional de Interdicciones del Servicio de Registro Civil e Identificación y
- iii) la notificación al público por medio de tres avisos publicados en un diario de la comuna o de la capital de provincia o de la capital de la región, si en aquella no lo hubiere.

En todo caso, se debería haber modificado también el art. 447 II del CC, que refiere al contenido de la inscripción y notificación (solo expresivas de que tal individuo, designado por su nombre, apellido y domicilio, no tiene la libre administración de sus bienes), debiendo indicarse que esta alusión es aplicable a “las inscripciones” (en plural), para comprender la nueva inscripción en el

Registro Nacional de Interdicciones. Lo anterior, a menos que el contenido de dicha inscripción sea diverso en virtud de lo que se indica enseguida.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo décimo del Proyecto, se crea el mentado Registro Nacional de Interdicciones, a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, en el cual se inscribirán los decretos judiciales de interdicción provisoria y definitiva, agregando el nombre del curador designado. Las características, menciones, forma de operación y de acceso al registro serán reguladas a través de un reglamento expedido a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dada la conformación de dicho registro, cabe preguntarse. Cuál es la utilidad real de los demás medios de publicidad contenidos en el art. 447 del CC, si se considera los costos y tiempos que ellos involucran. Sobre todo es dable indagar por qué, si se busca la modernización del sistema de publicidad, no se elimina la necesidad de practicar la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, exigencia que solo tiene una explicación histórica: al momento de la entrada en vigor del *Código Civil*, este registro era el único de carácter estatal (los matrimonios se registraban por entonces en los registros parroquiales de la Iglesia católica, que todavía gozan de valor de acuerdo con el art. 305 del CC³¹). Llevar el registro de estas situaciones es más coherente con la función que el art. 3° de la Ley n.º 19447 le asigna al Servicio de Registro Civil.

Sobre el particular, conviene detenerse en los siguientes puntos no considerados por el Proyecto:

- a) La normativa solo hace referencia a los decretos judiciales de interdicción provisoria y definitiva, ignorando los casos en los que el nombramiento de un curador provisoria (aun sin interdicción) se puede obtener por medio de una certificación administrativa.

Al efecto, de conformidad a lo dispuesto en el art. 18 bis de la Ley n.º 18600, las personas naturales o jurídicas que se encuentren inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad y que tengan a su cargo personas con discapacidad mental, cualquiera sea su edad, serán curadores provisorios de los bienes de estos, por el solo ministerio de la ley, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- i) que se encuentren bajo su cuidado permanente, lo que se verifica (1°) cuando existe dependencia alimentaria, económica y educativa, diurna y nocturna o (2°) cuando dicha dependencia es parcial, vale decir, por jornada, siempre y cuando esta haya tenido lugar de manera continua e ininterrumpida, durante dos años a lo menos;
- ii) que carezcan de curador o no se encuentren sometidos a patria potestad y
- iii) que la persona natural llamada a desempeñarse como curador provisorio o, en su caso, los representantes legales de la persona

³¹ Véase IRARRÁZABAL (2014).

jurídica, no estén afectados por alguna de las incapacidades para ejercer tutela o curaduría que establece el párrafo 1° del título xxx del libro I del *Código Civil*.

Si bien el citado art. 18 bis de la Ley n.º 18600 señala que, cuando las circunstancias antes mencionadas constaren en el Registro Nacional de la Discapacidad, bastará para acreditar la curaduría provisoria frente a terceros el certificado que expida el Servicio de Registro Civil e Identificación, la finalidad prevista para la creación del Registro Nacional de Interdicciones podría parecer mejor cumplido si, adicionalmente a dicha certificación, se incorpora esta hipótesis a dicho registro.

- b) La nueva normativa solo hace referencia a los decretos judiciales de interdicción provisoria y definitiva, pero no a los decretos de rehabilitación del demente o del disipador, (arts. 455 y 468 del *CC*).
- c) El Proyecto requiere la indicación del curador designado, lo que no se exige de modo expreso en el actual art. 56 del RRCBR, además de que no dispone cómo proceder en caso de que se deba nombrar un nuevo curador (por ejemplo, por incapacidad sobreviniente o remoción). Porque solo en el procedimiento especial del art. 4° de la Ley n.º 18600 coinciden la declaración de interdicción y el nombramiento de curador, mientras que en el procedimiento común uno precede al otro (art. 843 del *CPC*), puesto que la interdicción (a diferencia del nombramiento de curador) es un procedimiento contencioso.
- d) El tratamiento del mentado registro, como ocurre usualmente en el texto del Proyecto, es derivado en cuanto a sus características, menciones, forma de operación y de acceso al registro a un reglamento expedido a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. A diferencia de otros reglamentos indicados en el Proyecto, en este caso nada se indica sobre el plazo para su dictación, lo que tiene relevancia puesto que no se trata de una norma cuya entrada en vigencia dependa explícitamente de ello.
- e) Por lo demás, todo el sistema de incapacidades previsto en el *Código Civil* debe ser adaptado a la Convención Internacional sobre Personas con Discapacidad, promulgada mediante el DS 201/2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, vigente en el país merced al DS 201/2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores. De lo contrario, el Proyecto resulta anacrónico e inconstitucional³².

³² Véase SILVA (2017) y LATHROP/ESPEJEJO (2019).

V. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES

En términos generales, se reconocen como principios del sistema registral los siguientes: inscripción, publicidad, legitimación, fe pública, rogación, prioridad, tracto sucesivo, legalidad, consentimiento y especialidad³³. Se trata de ciertas:

“reglas o ideas fundamentales íntimamente relacionadas unas con otras que sirven de base y orientación al sistema registral inmobiliario, y que contribuyen al funcionamiento y eficacia del Registro”³⁴.

Para los efectos de esas notas, se profundizará en tres de ellos, como son los principios de prioridad registral, calificación registral y tracto sucesivo.

1. *El principio de prioridad registral*

El principio de prioridad registral supone que

“el acto registrable que primeramente ingresa en el registro se antepone con preferencia excluyente, o bien con superioridad de rango, a cualquier otro acto registrable que, siendo incompatible o perjudicial, no hubiere sido presentado al registro o la hubiere sido con posterioridad, aunque dicho acto fuese de fecha anterior”³⁵.

279

En nuestro ordenamiento jurídico, dicho principio está recogido de modo parcial y, como indica Marco Antonio Sepúlveda Larroucau, “no aparece reglamentada con toda la nitidez deseable”³⁶. Usualmente este se construye a partir del art. 17 del RRCBR, que dispone que la anotación del título en el Repertorio caducará a los dos meses si no se convirtiere en inscripción³⁷. No obstante, en un primer momento la Corte Suprema entendió que la anotación en el Repertorio no confería preferencia sino una vez practicada la inscripción. Conforme a lo anterior, por ejemplo, la anotación de un embargo en el tiempo intermedio impediría la enajenación del predio, aun cuando esta solicitud se hubiese anotado antes en el Repertorio, en razón de la aplicación del art. 1464, n.º 3º del CC³⁸. Esta posición, sin embargo, ha ido variando jurispruden-

³³ ESPINOZA (2005), p. 33.

³⁴ SEPÚLVEDA (2014), pp. 44-45.

³⁵ ESPINOZA (2005), p. 35.

³⁶ SEPÚLVEDA (2014), p. 285.

³⁷ Para un estudio sobre la recepción jurisprudencial y doctrinal sobre este principio, GONZÁLEZ (2008), pp. 354-355.

³⁸ En este sentido se pronuncian las siguientes sentencias: *RDJ*, tomo 17, sec. 1ª, p. 100; tomo 45, sec. 1ª, p. 392; *FM.*, n.º 392, p. 282; *FM.*, n.º 322, p. 579. RIOSECO (1995), p. 21, también refiere a este punto, sosteniendo: “aparte de cautelar los derechos de terceros, se ajusta al alcance del artículo 17 del Reglamento, que atribuye preferencia retroactiva en sus efectos a la inscripción una vez efectuada, pero no antes”.

cialmente, para admitir una suerte de “bloqueo registral” durante el plazo de caducidad de la anotación preventiva, de modo que el derecho de preferencia conlleva una validez retroactiva a la fecha de incorporación en el mentado Repertorio, sin generar el problema de ilicitud del objeto mencionada en el ejemplo anterior³⁹. En doctrina, esta posición ha sido apoyada, por ejemplo, por los profesores Domingo Hernández⁴⁰ y Edmundo Rojas⁴¹.

Sobre este punto, el Proyecto no altera el contenido de los arts. 15, 16 y 17 del RRCBR. En este sentido, se mantienen las reglas que obligan al Conservador a anotar en el Repertorio el título que se le presentare para ser inscrito, a pesar del motivo que encontrare para hacer la inscripción sea en su concepto de efectos permanentes o transitorios y fáciles de subsanar, considerando que, en cualquier caso, tal anotación caducará a los dos meses de su fecha si no se convierte en inscripción; el hecho de que la anotación presuntiva antes indicada se convertirá en inscripción cuando se haga constar que se ha subsanado la causa que impedía la inscripción; y que, convertida la anotación en inscripción, surte esta todos sus efectos como tal desde la fecha de la anotación, sin perjuicio de cualesquier derecho que se haya inscrito en el intervalo de la una y la otra. Conservado el tenor de las reglas, conviene insistir en una redacción más clara que privilegie la prioridad registral en forma expresa, con precisión de sus efectos.

280

Ahora bien, aun cuando las citadas reglas no han sido objeto de modificación, eso sí ha ocurrido con aquellas que se refieren directamente al Repertorio, tratadas en el art. 21 y siguientes del RRCBR. Al efecto, se transforma este en un registro electrónico de ingresos diarios, en que se anotarán las actuaciones e inscripciones que se requieran⁴², bajo una serie anual y general de números. Por motivos de certeza, el Repertorio se cerrará a diario, indicando el número de anotaciones practicadas en el día, indicando el primer y último número de la serie, la fecha y la firma del Conservador (que, luego, se indica es una firma electrónica avanzada).

Para lo que aquí interesa, el nuevo art. 24 del RRCBR modifica el contenido de la anotación de los títulos y contiene elementos que permiten entender la forma en la que funciona el principio de prioridad registral, en especial en lo referente a la hora de presentación, la naturaleza de la inscripción requerida y el registro parcial en que, según el art. 32, debe hacerse la inscripción, y el

³⁹ Así, *RDJ*, tomo 88, sec. 1ª, p. 46 y *RDJ*, tomo 91, sec. 1ª, p. 30.

⁴⁰ HERNÁNDEZ (2003), pp. 297-298.

⁴¹ ROJAS (2003), p. 378.

⁴² El reemplazo del art. 21 I del RRCBR es cuestionable en cuanto a su redacción. El texto original hacía referencia a la anotación de los títulos que se le presentaren. El proyectado, en cambio, menciona a las actuaciones e inscripciones que se le requieran. El problema es la extensión del concepto ‘actuaciones’, puesto que este podría incluir otras gestiones como la obtención de copias o certificaciones, la facción de anotaciones, entre otras. Lo anterior se oscurece al tiempo en que también se ordena la remisión electrónica de las anotaciones efectuadas a diario al Repositorio digital que llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación.

número que en él le corresponde. Asimismo, tiene relevancia la conservación del art. 27 del RRCBR, que designa que las anotaciones se deben efectuar en el Repertorio⁴³ bajo una serie general de números siguiendo el orden de la presentación de los títulos, para lo cual tiene relevancia la hora de la presentación. Este punto tiene especial importancia si se atiende a que las solicitudes pueden ser realizadas por medios telemáticos (nuevo art. 5 bis, n.º 6 del RRCBR), y que en razón de lo dispuesto en el n.º 11 del art. 401 del COT, los notarios estarán obligados a:

“remitir electrónicamente al conservador competente para su inscripción, copia de los títulos traslativos de dominio o la constitución o modificación de cualquier otro derecho real respecto de inmuebles, así como la constitución, modificación o terminación de cualquier tipo de sociedad sujeta a registro, que consten por escritura pública suscrita u otorgada ante él, en instrumento protocolizado o reducción a escritura pública, según corresponda, sin necesidad de intervención personal de los interesados, a menos que éstos manifiesten su voluntad en contrario o no cubran el costo de la inscripción al respectivo conservador. Del mismo modo, deberá remitir al conservador competente para su inscripción, copia de los títulos por él otorgados y que facultativamente sean inscribibles por el interesado, siempre que el compareciente así lo manifestare y cubra el costo de la respectiva inscripción”.

281

Como ya se ha indicado, el problema se presenta en el caso en que las solicitudes de inscripción telemática fuesen realizadas en horarios diversos a los de funcionamiento físico del Conservador (el que, además, será diferente para cada uno de ellos), en especial si se atiende al cierre diario del Repertorio mediante firma electrónica avanzada (nuevo art. 21 del RRCBR).

2. La calificación registral y el principio de legalidad

Entre los principios más difundidos de un registro inmobiliario está el que corresponde al “examen de legalidad”, también denominado “calificación registral”, cuya principal función es conceder al registrador atribuciones de control preventivo sobre:

- i) la existencia y estado jurídico del derecho inscribible (con determinación de la validez y eficacia de los títulos que constituyen los antecedentes jurídicos para la inscripción) y
- ii) la congruencia entre la descripción del predio en el título y los caracteres que presenta en la realidad.

⁴³ Aun cuando el texto del art. 27 del RRCBR debería reemplazar la voz ‘libro’ por la de ‘registro’, para mayor consistencia con el nuevo art. 21 del RRCBR.

Como han indicado ciertos autores, analógicamente se trata de una suerte de

“jurisdicción de naturaleza voluntaria, tiene carácter preventivo y provisorio y su naturaleza es precaria, ya que una vez que se reclame de la actuación de un conservador, cesa su función y pasarán los antecedentes a conocimiento del tribunal competente para conocer de la reclamación”⁴⁴.

Esto explica que el Conservador sea un auxiliar de la administración de justicia (art. 446 del *COT*).

El mentado control preventivo está integrado por un conjunto de precauciones para el ingreso de un derecho al registro y, luego, para sus sucesivos trasposos, permitiendo una revisión jurídica de mérito por parte del Conservador. El modelo de revisión previsto no alienta el establecimiento de criterios uniformes a lo largo del país, que contribuirá al aumento de certeza jurídica. El profesor Daniel Peñailillo ejemplifica lo anterior advirtiendo que las atribuciones del Conservador son limitadas por el RRCBR en cuanto al examen de los títulos que se le presentan a inscripción, lo que conduce a que puedan presentarse, por ejemplo, desajustes entre los datos del predio consignados en la inscripción y sus caracteres materiales (por la falta de atribuciones de control preventivo, de exigencia de un plano y de un catastro industrial general)⁴⁵.

282

La calificación registral es la actuación que el Conservador debe llevar a cabo con anterioridad a practicar una inscripción (art. 12 del RRCBR) o subinscripción (art. 90 del RRCBR) en los registros pertinentes. En el ordenamiento chileno, tal deber se encuentra previsto en el art. 13 del RRCBR, que dispone que el Conservador no podrá rehusar ni retardar las inscripciones de los títulos que al efecto se le presenten de conformidad al art. 12 del RRCBR, solo facultando su negativa cuando la inscripción “es en algún sentido legalmente inadmisibles”. Para tales efectos la norma menciona ciertos ejemplos, como la falta de autenticidad o no estar en papel competente la copia que se le presenta; el hecho de no estar situada en el departamento o no ser inmueble la cosa a la que se refiere; si no se ha dado al público el aviso prescrito en el art. 58; si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule de forma absoluta, o si no contiene las designaciones legales para la inscripción. Sin perjuicio de lo anterior, y como ya se indicó, ello no resta aplicación al principio de prioridad registral, que proviene de la anotación preventiva en el Repertorio, con la que se da inicio al proceso registral.

La calificación registral se encuentra prevista, asimismo, en el art. 14 del RRCBR, que dispone:

⁴⁴ ESPINOZA (2005), p. 36.

⁴⁵ Véase PEÑAILILLO (2019), pp. 787 y 827.

“si el dueño de un fundo lo vendiere sucesivamente a dos personas distintas, y después de inscrito por uno de los compradores apareciese el otro solicitando igual inscripción; o si un fundo apareciese vendido por persona que según el Registro no es su dueño o actual poseedor, el Conservador rehusará también la inscripción hasta que se le haga constar que judicialmente se ha puesto la pretensión en noticia de los interesados a quienes pueda perjudicar la anotación. Los fundamentos de toda negativa se expresarán con individualidad en el mismo título”.

Esta norma, que se pone en dos casos concretos de calificación (la venta sucesiva o la venta por parte de quien no aparece en el registro como dueño), podría ser omitida mediante una mejor redacción del art. 13 del RRCBR que describa de manera más comprensiva la función del Conservador.

La normativa continúa con la disposición de los trámites a los que se debe sujetar la negativa, en especial si la parte perjudicada decide oponerse a la misma. En primer término, el art. 25 del RRCBR dispone que, devolviendo el Conservador el título por alguna de las causas mencionadas en los arts. 13 y 14 del RRCBR, se expresará al margen del Repertorio el motivo de la devolución, dejando en blanco la quinta columna para designar el registro parcial en que debe inscribirse el título y darle el número que corresponda a la fecha en que de nuevo se le presente, en caso de ordenarse por el juez la inscripción, según lo prevenido en el art. 19 del RRCBR.

Para tales efectos, se debe tener presente que el art. 18 del RRCBR le permite ocurrir al juez de primera instancia del departamento, quien en vista de la solicitud y de los motivos expuestos por el Conservador, resolverá por escrito y sin más trámite lo que corresponda. Al efecto, en caso de estimar procedente la inscripción, el art. 19 del RRCBR dispone que, en el mandato para la efectiva práctica de la inscripción, el Conservador debe hacer mención en ella del decreto en virtud del cual se le hubiese ordenado; al tiempo que el art. 20 del RRCBR agrega que el decreto en que se niegue lugar a la inscripción es apelable en la forma ordinaria. *A contrario sensu*, si se da lugar a la inscripción por medio de decreto judicial, este no sería susceptible de apelación, por lo que el Conservador deberá proceder en los términos dispuestos en el art. 19 del RRCBR antes referidos.

Ahora bien, el Proyecto no incide mayormente en el sistema recursivo recién descrito. Al efecto, las reformas al art. 13 del RRCBR son solo de ajuste a la normativa vigente, como aquella que elimina la posibilidad de negativa por no venir la copia “en papel competente” o el reemplazo de la voz ‘departamento’ por ‘comuna’ en lo que se refiere al ámbito competencial del Conservador (cuestión hoy resuelta por el art. 447 del *COT*). Si llama la atención la intercalación de la frase “o estas no son correctas”, en la indicación de la posibilidad de negativa en los casos en los que el título contenga designaciones legales incorrectas (esto es, no solo en ausencia) para los efectos de la inscripción. Lo anterior, aun cuando se debe recordar que la lista de casos en los que procede la negativa son ejemplares, siendo la tipología general el

que la inscripción no sea “en algún sentido legalmente admisible” (art. 13 del RRCBR), dando lugar a dudas de si la corrección se refiere a la ausencia de errores formales o a un análisis de fondo de dichas designaciones.

Resulta relevante, también, la incorporación de un nuevo texto al art. 13 I del RRCBR, para disponer que “los fundamentos de toda negativa se expresarán detalladamente en el mismo título”, lo que se debe leer en consonancia con lo dispuesto en el nuevo texto del art. 25 del RRCBR, que agrega:

“devolviendo el Conservador el título por alguna de las causas mencionadas en los artículos 13 y 14, se expresará en el Repertorio el motivo de la devolución”.

Hay que suponer, aunque la normativa proyectada no haga referencias normativas, que la causal invocada se debe indicar de igual modo en el título devuelto y en el Repertorio. Lo anterior tiene importancia sea para efectos de que el interesado pueda subsanar el vicio indicado o, en su defecto, ejercite las acciones judiciales pertinentes. En el primer supuesto, se debe tener presente que:

“en caso de que la causa de la negativa a inscribir, pueda ser atribuida a un descuido o negligencia del notario que intervino en el acto, los costos para la parte que se susciten con el fin de rectificarlo, serán asumidos por dicho notario” (art. 13 II del RRCBR).

284

Este punto fue levantado por la Corte Suprema en su informe sobre el Proyecto, al señalar que la regla:

“llama a confusión, pues no queda claro si lo que hace la regla es reiterar la responsabilidad civil que al notario le asiste por el desempeño culpable de su función, o bien asume que dichos funcionarios no deben ser responsables por los daños que ocasionen por negligencia en cuanto excedan la restitución de los costos en que incurre el usuario que requiere de sus servicios”.

Por su parte, en lo que se refiere al art. 18 del RRCBR, solo se produce una aclaración a propósito de la competencia del tribunal que debe conocer de la controversia, radicándola en el juez de letras competente correspondiente a la comuna donde se halla el inmueble, en lugar de la referencia al juez de primera instancia del departamento. Por su parte, en el art. 19 del RRCBR solo se aclara que el dictamen judicial no tiene el carácter de decreto, aun cuando no precisa su naturaleza particular (se hace referencia a ella solo como “resolución”), lo que se reitera en el art. 20 del RRCBR al tiempo de indicar que esta es apelable cuando se niegue lugar a la inscripción. Lo razonable es aprovechar la reforma para reforzar la calificación registral (por ejemplo, precisando que la nulidad puede ser absoluta o relativa, formal o sustancial o, incluso, que une

cláusula es abusiva de acuerdo con la Ley n.º 19496), evitando la técnica de la indicación de una causal genérica con ciertos casos ejemplares, y mejorar el sistema recursivo, de manera de crear una jurisprudencia registral consistente y acorde con los principios que informan los procedimientos reformados que tienden hacia la uniformidad de criterios.

Llama la atención que se haya agregado una frase final en el art. 19 del RRCBR, que pretende que el Conservador no solo mencione la resolución pertinente al tiempo de practicarse la inscripción, sino que agregue copia de esta al final del registro correspondiente. Ello es llamativo puesto que, siguiendo las pretensiones del Proyecto, los registros tienen el carácter de electrónicos, por lo que no se entiende cómo podría cumplirse con dicha nueva exigencia legal.

En términos generales, un mejor modelo registral debería instar por la formulación de un plazo perentorio para la realización de esta calificación (como lo hay, por ejemplo, en el art. 44 del DL 2695/1979)⁴⁶. No hay que olvidar que ley fija plazos de respuesta tanto para los tribunales con las resoluciones (por ejemplo, art. 162 del *CPC*) como para la Administración con los procedimientos administrativos (art. 24 de la Ley n.º 19880). Además, debería existir una convergencia con otras normas registrales, como la dispuesta en el art. 8º RRC, que utiliza criterios solo parcialmente coincidentes en lo que se refiere a la calificación registral, siendo necesario el establecimiento de una cierta unificación⁴⁷. De hecho, en esa sede no existe en rigor una facultad de calificación registral, puesto que el Conservador de Comercio solo puede rechazar una inscripción en tres casos:

- i) cuando el documento no corresponde a aquellos que deben ser inscritos de acuerdo con el art. 7º del RRC;
- ii) cuando este no ha sido extendido en el papel correspondiente, una exigencia que hoy no existe al haber desaparecido el papel sellado merced al DL 3475/1980 y
- iii) cuando no se ha cumplido con presentar copia autorizada del documento que se pretende inscribir según exige el art. 18 del RRC.

No hay, por ende, un control de mérito del documento inscribible para determinar su eficacia, como ocurre respecto del Conservador de Bienes Raíces (art. 13 del RRCBR).

Lo anterior tiene particular importancia cuando se considera que la Corte Suprema ha interpretado el art. 13 del RRCBR de manera restrictiva. Así, por ejemplo, ha resuelto:

⁴⁶ SEPÚLVEDA (2014), p. 210.

⁴⁷ El art. 8º del RRC dispone lo siguiente: “El Conservador inscribirá en el Registro los documentos que se le presenten, y en caso de resistencia, que no puede dimanar de otras causas que de no corresponder el documento a la nomenclatura que precede, de no estar extendido en papel competente o de no haberse cumplido lo ordenado por el artículo 18, el interesado puede ocurrir al juez de comercio, quien resolverá, con audiencia del Conservador, si debe o no practicarse la inscripción. En el caso afirmativo, la inscripción contendrá el decreto que la ha ordenado. El decreto denegativo es apelable en la forma ordinaria”.

“De conformidad al artículo 13 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces las funciones de dicho auxiliar de la administración de justicia en la constitución de la propiedad inmueble son esencialmente pasivas y no está dentro de ellas el examinar la validez de los títulos que se le presenten para su inscripción, salvo que una norma especial lo autorice para ello”⁴⁸.

286

Se previene la necesidad de contar con un modelo que ofrezca mayores certezas, distinguiendo aspectos formales (propios del título o de la falta de coherencia de su contenido con la realidad registral, en lo referente a la denominada “titulación auténtica”), con aspectos de fondo (relativos a las eventuales infracciones al ordenamiento sustantivo, en lo referido a la “calificación registral”)⁴⁹. En referencia a estos últimos, también es necesario dar una mayor uniformidad a los criterios seguidos por los diferentes registros conservatorios, lo que no puede ser logrado por medio del solo recurso a los tribunales de justicia que pueden, incluso, funcionar como tribunales de única instancia en caso de acogerse la solicitud de la parte interesada (art. 19 del RRCBR). En este sentido, la recomendación consiste en generar un modelo de atribución jerárquica en el que se disponga de facultades consultivas y resolutivas (además de las fiscalizadoras), sea por medio de la creación de una superintendencia de registros inmobiliarios, como propone el profesor Domingo Hernández⁵⁰, o por medio de la creación de una oficina del notariado y del registro similar a la existente en España al interior del Ministerio de Justicia, como ha propuesto la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile según consta de las observaciones presentadas por Elías Mohor⁵¹. Sin embargo, esto se debe conciliar con la reforma que propone el Proyecto respecto a las facultades fiscalizadoras del Poder Judicial, las que se asignan a los fiscales judiciales. Por ello, de mantenerse esta posición, se puede explorar la posibilidad de estructurar en torno a dicha Fiscalía un modelo que reúna, con una correcta dotación de personal especializado, las funciones consultivas, resolutivas y fiscalizadoras antes indicadas, considerando que ella se haya estructurada jerárquicamente con un jefe de servicio que es el fiscal de la Corte Suprema (art. 350 del COT).

Otra opción es separar las facultades fiscalizadoras, confiando al SERNAC aquellas referidas a los cobros excesivos respecto del arancel a usuarios fijado por el propio Ministerio, los problemas de atención de público, los retrasos injustificados en la realización de entrega de los trámites y el incumplimiento de los estándares tecnológicos requeridos para modernizar los oficios, como

⁴⁸ Excma. Corte Suprema, sentencia de 3 de enero de 2011, disponible en *RDJ*, tomo xcvi, 2ª parte, sección 2ª, p. 5.

⁴⁹ SEPÚLVEDA (2014), p. 205.

⁵⁰ HERNÁNDEZ (2003), p. 276 y ss.

⁵¹ MOHOR (2003), pp. 417-418.

ya se proponía en el Proyecto ministerial de 2013. Los aspectos relativos a la disciplina notarial y registral pueden quedar confiados a la Fiscalía Judicial.

Cualquiera sea la opción que se elija para la fiscalización de los conservadores, resulta evidente que el organismo respectivo debería estar revestido de la facultad de dictar normas generales de carácter obligatorio para lograr la uniformidad de criterios en la calificación de los títulos⁵². Como ha señalado el profesor Domingo Hernández,

“la organización descentralizada de las oficinas del Conservador de Bienes Raíces, y su plena autonomía respecto del Poder Ejecutivo, han representado un impedimento entre nosotros para el desarrollo de una jurisprudencia especializada y uniforme en orden a la calificación de legalidad de los títulos, puesto que la parte perjudicada con la negativa del conservador debe ocurrir ante el juez de primera instancia de la comuna o agrupación de comunas en que el conservador ejerce sus funciones, quien resuelve ‘sin más trámite’ lo que corresponda, previo informe del conservador. La posibilidad de recurrir en vía administrativa ante una instancia de carácter especializado, permitiría al afectado resolver tales situaciones en un tiempo considerablemente menor, y con evidentes ventajas desde el punto de vista técnico, abriendo camino al desarrollo de una jurisprudencia administrativa unitaria, que a no dudarlo disminuiría el trabajo de la jurisdicción civil hoy competente en la materia. Tal vía de reclamación no obstaría, por cierto, a la opción de recurrir ante la jurisdicción judicial, contra lo resuelto por el órgano administrativo de control de los conservadores [...]”⁵³.

287

Por cierto, esto debe ir conectado con la eliminación de la diferencia entre títulos que deben (art. 52 del RRCBR) y otros que pueden (art. 53 del RRCBR) inscribirse, de lo cual el Proyecto no se hace cargo. Si se quiere garantizar la función del registro, lo razonable es que solo figuren en el Conservador de Bienes Raíces aquellos títulos cuya inscripción sea obligatoria. Esto exige revisar el catálogo de los actualmente existentes. A su vez, y con el propósito de mejorar la publicidad registral, es conveniente incorporar la necesidad de inscribir los arrendamientos sobre predios urbanos y rústicos (art. 1962 del CC) y las servidumbres (art. 698 del CC).

3. *El principio de tracto sucesivo*

Conocido también como “principio de continuidad”, el tracto sucesivo tiene por finalidad reflejar la existencia de una cadena de titularidades, de manera que la inscripción de un bien inmueble (o de un derecho real constituido sobre

⁵² Resulta de interés los criterios que refiere GUZMÁN (2016).

⁵³ HERNÁNDEZ (2003), p. 180.

un inmueble inscrito) indique quiénes han sido sus anteriores titulares y su actual titular, posibilitando la consistencia de la historia de la propiedad raíz. Como señala Domingo Hernández, este principio

“tiende a que la serie de asientos que respecto de una finca figuran en los Registros de la Propiedad estén debidamente encadenada, de suerte que cada acto de disposición o gravamen aparezca derivado de la voluntad del titular inscrito”⁵⁴.

Al efecto, un problema no resuelto por el RRCBR es aquel que se produce en caso que se produzca una interrupción del tracto sucesivo, de modo tal que sea posible su regularización. Tampoco se ocupa de la materia la Ley n.º 16665, que solo contempla el mecanismo de reconstrucción de las inscripciones total o parcialmente destruidas. En todo caso, se trata de un supuesto que sí ha sido reconocido en otras órbitas, como en el artículo primero transitorio del *Código de Aguas*, permitiendo tal regularización “mediante la inscripción de los títulos correspondientes desde su actual propietario hasta llegar a la inscripción de la cual proceden”. Asimismo, el citado artículo dispone la procedencia de un sistema de revisión de la negativa, el que, en todo caso, debería estar ajustado al procedimiento descrito para la calificación registral.

288

Algo similar ocurre cuando existen meros errores de hecho en los asientos registrales (tales como la referencia a la superficie predial, a los deslindes o roles de avalúo), no existiendo en el RRCBR procedimiento alguno para su rectificación, y tampoco en el Proyecto.

VI. EL ESTABLECIMIENTO DEL FOLIO REAL

En términos comparados, y dependiente del modo en que se organizan los registros inmobiliarios, es usual que se distingan entre los sistemas de “folio real” y “folio personal”⁵⁵. Sin perjuicio de las diversas variantes en que se presentan ambos modelos, los primeros se destacan por una ordenación conforme a la identificación de los inmuebles, al tiempo que los segundos lo hacen a partir de la singularización de sus propietarios, normalmente de forma alfabética y cronológica⁵⁶.

Los modelos construidos en torno al “folio personal”, como el chileno, presentan ciertos problemas basales relacionados con la ausencia (o, al menos, un detrimento) de certeza jurídica, en tanto, aun cuando el objeto de registro es el inmueble, toda anotación se realiza poniendo el foco en la persona de su

⁵⁴ HERNÁNDEZ (2003), p. 90.

⁵⁵ Para un mayor desarrollo sobre este tema, GONZÁLEZ (2008), pp. 335-338.

⁵⁶ Destacando especialmente las bases del sistema francés, cfr. PEÑA (1963), p. 721 y ss. En el ámbito hispanoamericano, puede consultarse, en términos generales, a BARNES, STANFIELD & BARTHEL (2000) y FUEYO (1991) y (1973).

titular. Con ello, la dispersión es un escenario más que posible, incrementando el riesgo de inscripciones incoherentes o paralelas, sin contar las dificultades prácticas que implica su búsqueda para fines de estudio en registros disgregados.

La alternativa, esto es, los modelos de “folio real”, se construyen sobre la base de la inmatriculación del inmueble, conformando un registro único en el que se encontrará toda inscripción que incida en su dominio o en el establecimiento de derechos reales u otras limitaciones que recaigan sobre este⁵⁷. Su ventaja se encuentra en la configuración de un sistema sobre la base del elemento que constituye el centro del registro, como es el predio. Por ello, suele indicarse que su confección a través de una hoja independiente respecto a cada predio permite obtener toda la información registral que incide en este por medio del análisis de un único documento, facilitando su acceso y disminuyendo los riesgos de inconsistencias o inscripciones paralelas.

El Proyecto se suma a la tendencia a caminar hacia un modelo de “folio real”, lo que queda evidenciado ya desde su Mensaje. Ahí se expresa:

“promoviendo la modernización del sistema registral, el presente proyecto establece el deber de llevar el registro y la historia de los bienes raíces mediante un folio real, lo cual debiese reducir los costos asociados a la inscripción de los títulos en el conservador de bienes raíces y disminuir en general los tiempos asociados a todo el proceso”.

289

Después el Mensaje agrega:

“El actual sistema registral se basa en inscripciones efectuadas de manera sucesiva, en orden cronológico según se solicite la inscripción de los actos, contratos o resoluciones judiciales que contengan la transferencia, transmisión o gravamen de un bien raíz. De esta manera las inscripciones efectuadas son registradas en libros, quedando los actos relativos a un bien raíz dispersos en los registros, sin que exista un orden sistematizado. Lo anterior, genera altos costos y demoras debido a la dificultad que genera el estudio de la historia de los inmuebles, el cual constituye un aspecto necesario para la celebración de actos o contratos relativos a ese bien raíz. Para facilitar a los ciudadanos el acceso a la historia de un bien raíz y promover la transparencia de las operaciones, el proyecto propone la creación del sistema de folio real”.

Como fuere, hay que tener presente ciertas circunstancias relativas a la regulación del folio real en los términos previstos en el Proyecto:

⁵⁷ Para un estudio de diversos modelos basados en el “folio real”, se pueden consultar los textos de HERNÁNDEZ (2003), pp. 308-309; PAU (1982); MARTÍNEZ (2000); FRIEDMANN (1935); CASADO (1959a), (1959b) y (1959c).

1. La dualidad de registros

La incorporación del folio real en los arts. 51 bis a quáter del RRCBR no elimina el modelo de registro hoy vigente, ofreciendo una duplicidad que no resulta justificada en el Mensaje. De hecho, el mismo objetivo que persigue el Proyecto se puede lograr mediante la aplicación de tecnologías de la información al actual sistema registral, de manera de asegurar la conexión de la información existente entre los distintos registros.

A tales efectos, se destaca que ya, desde la anotación en el Repertorio, el art. 24 del RRCBR anuncia tal duplicidad, dado que el n.º 7 refiere al número de folio real que corresponda al inmueble o el que se asigne al inmueble, si no lo tuviere; mientras que el n.º 9 hace alusión al registro parcial en que, según el art. 32 del RRCBR, se debe hacer la inscripción, y el número que en él le corresponde.

Otro tanto ocurre con los registros parciales, considerando que el nuevo art. 41 del RRCBR agrega que estos contendrán un índice por orden alfabético, destinado a ingresar de forma separada el nombre completo de los otorgantes y la calidad en que actúan, así como el nombre completo de quienes representan, en caso de corresponder; la naturaleza de la inscripción; la comuna acompañada de la ubicación o nombre del bien raíz, según corresponda; la cita de la foja y número de la inscripción, y el número en el folio real que le corresponde. Lo mismo ocurre con el índice general aludido en el art. 43 del RRCBR (que no es modificado por el Proyecto), por cuanto el nuevo art. 44 del RRCBR dispone que las partidas de ambos índices (de cada registro parcial y general), además del nombre de los otorgantes, enunciarán el folio real asignado al inmueble, la calle y comuna en que estuviere situado, la naturaleza del contrato o gravamen, la cita de la foja y número de la inscripción. El índice general citará también el registro parcial en que se halla la inscripción⁵⁸.

Más evidente en cuanto a la duplicidad es la incorporación de una segunda oración en el art. 76 del RRCBR. En este sentido, además de mantener la necesaria anotación en cada inscripción, en el margen superior izquierdo, de la naturaleza del título y el número que le corresponda en el Repertorio, se agrega: “de la misma forma se anotará el número de folio real del inmueble al que se refiera la inscripción”.

Lo mismo ocurre en el nuevo art. 78 del RRCBR, cuando agrega, entre las menciones que se deben incluir en las inscripciones de títulos de propiedad y de los demás derechos reales, el

“número de folio real que corresponda al inmueble o el que se asigne al inmueble si no lo tuviere. Si se tratare de fusiones o subdivisiones, de-

⁵⁸ Sobre este aspecto, se deberían simplificar los datos que deben estar contenidos en los índices parciales, considerando que su finalidad última es facilitar la búsqueda de información, por lo que cabe omitir aquellos datos que no son necesarios para el cumplimiento de este objetivo. Por su parte, se debe ponderar la necesidad real de mantener un índice general, toda vez que dicha información ya se encontraría disponible electrónicamente y, con ello, ya se facilita su búsqueda.

berá además indicarse el folio padre y folios hijos, según corresponda” (n.º 3º).

Algo parecido sucede en el nuevo art. 81 del RRCBR, que ordena hacer mención en las inscripciones hipotecarias a “la situación del inmueble hipotecado, su folio real y sus deslindes” (n.º 3º).

Los principales problemas de dicha duplicidad son que, por una parte, no se advierte de qué manera ella contribuye a una de las finalidades indicadas en el Mensaje del Proyecto en lo que se refiere a reducir los costos asociados a la inscripción de los títulos en el Conservador de Bienes Raíces y disminuir en general los tiempos asociados a todo el proceso; y, por otra, que no se resuelven los problemas a los que podrían dar lugar eventuales inconsistencias entre uno y otros registros.

2. *El concepto del folio real*

De conformidad a lo previsto en el art. 51 bis del RRCBR, el Conservador de Bienes Raíces deberá mantener a su cargo, administrar y operar un sistema de inscripciones basado en el folio real. Por tal, el Proyecto entiende un soporte electrónico mediante el cual se debe consignar toda inscripción de bienes inmuebles y sus modificaciones mediante asientos sucesivos, que conforman en un solo formato el historial jurídico de los inmuebles. De lo anterior, se coligen tres elementos característicos del modelo propuesto por la reforma, como son:

- i) su carácter electrónico (en línea con la digitalización de todos los demás libros que debe llevar el Conservador),
- ii) la unidad (en el sentido que se propone la reunión de toda la información relativa a un inmueble) y
- iii) su carácter sucesivo (que supone la identificación de un número correlativo de folio real).

En particular respecto a la idea de unidad, el folio real de un inmueble deberá contener al menos,

- i) la individualización del inmueble, sus deslindes y ubicación;
- ii) sus actuales propietarios;
- iii) las hipotecas, gravámenes, prohibiciones y
- iv) toda inscripción, subinscripciones, cancelación y anotación de que sea objeto de conformidad a lo que determine el reglamento al que hace referencia el art. 51 quáter del RRCBR.

Dicho reglamento debe ser expedido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y firmado también por el ministro de Hacienda y el ministro Secretario General de la Presidencia, determinando el formato, procedimientos y modalidades que deberá cumplir el soporte electrónico de gestión del folio real y la forma en que se deberá complementar, compatibilizar y digitalizar la información contenida en los registros y libros en soporte papel. De ahí que la regulación del folio real en el Proyecto sea tan lacónica y, en cierta medida,

insuficiente para la comprensión de su funcionamiento a efectos de permitir su distinción con una mera certificación o resumen del contenido existente en los registros parciales. En todo caso, no queda claro si este reglamento es el mismo al que refiere el artículo quinto transitorio del Proyecto, que regulará las características técnicas que deberán cumplir los sistemas electrónicos de comunicación, documentos, libros y registros electrónicos, de notarios, conservadores y archiveros, y el folio real. Lo anterior es relevante, porque este último debe dictarse en el plazo de un año desde la publicación de la ley, y fijará, conforme al artículo primero transitorio, la entrada en vigencia de la ley dentro del plazo de seis meses desde su publicación.

3. La información sucesiva consignada en el folio real

Conforme al nuevo art. 51 I ter del RRCBR, en cierto sentido redundante con lo ya dispuesto en el nuevo art. 51 bis del RRCBR, en el folio real se deberán consignar de forma sucesiva la constitución, transferencia, extinción o modificación de los derechos reales constituidos sobre un inmueble, así como las prohibiciones, gravámenes y demás actuaciones que den cuenta los registros parciales, anotándose de modo correlativo en el mismo folio real a continuación de la singularización del inmueble respectivo.

292

La indicación de dicho contenido es imprecisa en cuanto no aclara si lo que se requiere es una mera transcripción de las actuaciones que dan cuenta los registros parciales o si acaso se trata de una versión resumida de ellas. Lo anterior tiene relevancia en cuanto a lo indicado sobre la ausencia de normas que traten de las eventuales inconsistencias entre los registros parciales y el folio real.

4. Las situaciones especiales relacionadas con la confección del folio real de un inmueble

Los nuevos arts. 51 bis y 51 ter del RRCBR se refieren a tres situaciones especiales:

- (a) Respecto a la solicitud de inscripción del título de un inmueble que a la fecha no tenga asignado un folio real, se ordena al Conservador confeccionar uno según esta modalidad. Lo anterior podría dar la impresión de que la facción del folio real se irá produciendo, en la práctica, en la medida en la que se vayan presentando solicitudes de inscripciones relativas a un inmueble, con independencia de la clase de título a la que ella se refiera. Esto significa que no existe un modelo de migración desde el inicio de la vigencia de la reforma, pero ello no se condice con el texto del artículo tercero transitorio, conforme al cual:

“Los conservadores de bienes raíces deberán digitalizar toda la información referente a la historia de la propiedad raíz de los últimos

treinta años que conste en los libros que fueren de su cargo y a que hace referencia el artículo 51 bis de Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, dentro del plazo de tres años desde la entrada en vigencia de la presente ley, debiendo encontrarse plenamente operativo el registro electrónico de folio real para todos los inmuebles que correspondieren a sus respectivos oficios al finalizar dicho plazo”.

En todo caso, este plazo parece irreal en razón de la magnitud del trabajo y los costos involucrados, sobre todo para oficios más pequeños.

Lo anterior, a mayor abundamiento de lo que pueda disponer el reglamento al que hace referencia el nuevo art. 51 quáter del RRC-BR, que, como ha quedado dicho, debe establecer la forma en que se deberá complementar, compatibilizar y digitalizar la información hoy contenida en los registros y libros en soporte papel.

- (b) Respecto a la fusión de dos o más inmuebles, se deberá generar para el inmueble fusionado un nuevo folio real vinculado al de los inmuebles desde los que “acceden”. Adviértase que la regla está dispuesta en lo referente al folio real, pero nada se indica sobre la forma de proceder en los registros parciales. En la práctica, se debería realizar una inscripción que dé cuenta de la fusión de los inmuebles, por razones de continuidad en el tracto registral, principio de especialidad y claridad del registro.
- (c) Respecto a la división de un inmueble, se deberá generar un nuevo folio real para cada inmueble resultante, vinculados al del inmueble principal al que “acceden”. También esta regla está dispuesta para el folio real, pero nada se indica sobre la forma de proceder en los registros parciales.

En los dos últimos casos, la voz ‘acceden’ es incorrecta, debiendo reemplazarse por una referencia al o a los inmuebles originales o del o de los que proceden. Lo anterior puesto que el término *accesión* tiene un contenido jurídico diverso (art. 21 del *CC*), relativo a un modo de adquirir los bienes (art. 588 del *CC*), definido como aquel por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta con ella (art. 643 del *CC*). Asimismo, hay que considerar que, conforme al nuevo art. 78 del RRCBR, que versa sobre el contenido de las inscripciones de propiedad o de otros derechos reales, estos folios reciben el carácter de “hijo” o de “padre”, según corresponda.

VII. CONCLUSIONES

De los aspectos revisados en estas observaciones preliminares sobre el Proyecto que reforma el sistema notarial y registral en sus aspectos orgánicos y funcionales, resulta aconsejable que durante la tramitación del Proyecto se

eliminen ciertos aspectos, se reformulen otros y se incluyan ciertas cuestiones relacionadas con el sistema registral que han sido omitidas.

1. Se debe eliminar:

- (a) La facultad del Presidente de la República para fusionar cargos de notario y conservador, dado que se trata de oficios muy distintos entre sí.
- (b) Las consideraciones ajenas al funcionamiento de un servicio que opera como un auxiliar de la administración de justicia y que, por tanto, no se debe ajustar solo a los criterios economicistas del mercado.
- (c) La creación de un repositorio digital a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, y, en su lugar, profundizar en un sistema que privilegie los siguientes aspectos:
 - i) mantener el formato papel, aun cuando se genere un respaldo electrónico descentralizado y actualizado de forma permanente sobre la base de cualquier modificación, actuación o solicitud registral;
 - ii) crear un folio electrónico para cada inmueble sin georreferencia;
 - iii) permitir la realización de procesos electrónicos para la práctica de las actuaciones registrales, en un horario aplicable a todos los conservadores y que sea coincidente con el del funcionamiento físico de sus oficios;
 - iv) permitir la emisión y otorgamiento de certificados electrónicos verificables mediante firma electrónica avanzada, de acuerdo con la normativa existente en la materia (incluyendo legislación, reglamentos y auto acordados dictados en la materia);
 - v) propiciar la interoperabilidad telemática entre los repositorios de los distintos oficios notariales y registrales, sin crear instancias burocráticas intermedias que encarezcan el sistema y pongan en riesgo su estabilidad y seguridad jurídica y
 - vi) permitir la consulta de los registros en la medida en la que se acredite un interés, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar actuaciones registrales o retirar documentos pertinentes por medios digitales y telemáticos.

2. Se debe reformular:

- (a) La compatibilidad entre conservador y archivero, que debe ser necesaria y no contingente.
- (b) Los requisitos de acceso al cargo y el sistema de nombramiento, para hacer que este sea verdaderamente objetivo.
- (c) La limitación de tiempo para el ejercicio del cargo.
- (d) La carrera funcionaria, existente hoy de manera embrionaria, y que debe ser perfeccionada.
- (e) La fiscalización y el sistema recursivo.

3. Se debe agregar:

- (a) Una regulación orgánica del sistema registral, no limitada solo al Conservador de Bienes Raíces, distinguiendo entre los registros de hechos (que corresponden al Servicio de Registro Civil de Identificación) y los registros de derechos (los cuales se entregan a un auxiliar de la administración de justicia, como es el Conservador, con facultades de calificación registral).
- (b) Los efectos de la inscripción, por legitimación y fe pública registral.
- (c) Los procedimientos de rectificación de títulos (cabidas, deslindes, numeración domiciliaria, rol de avalúos, etcétera).
- (d) La prioridad registral, en especial cuando hay reclamo judicial.
- (e) El procedimiento para registrar la fusión y división de predios.
- (f) Una mejor formulación de la calificación registral, uniformando los criterios existentes en el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces y el Reglamento del Registro de Comercio.
- (g) El establecimiento de un plazo máximo para emitir un pronunciamiento en caso de que se requiera una inscripción.

BIBLIOGRAFÍA

- BARNES, Grenville, David STANFIELD & Kevin BARTHEL (2000). "Land Registration Modernization in Developing Economies: A Discussion of the Main Problems in Central/Eastern Europe, Latin America, and the Caribbean". *URISA Journal*. Vol. 12, n.º 4, Des Plaines.
- BRAVO LIRA, Bernardino (1978). "La institución notarial en Chile. Notas sobre su origen y configuración jurídica". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N.º 2. Valparaíso.
- CABALLERO GERMAIN, Guillermo (2017). "El sistema registral de comercio: de la publicidad a la fe pública mercantil", en Maximiliano ESCOBAR SAAVEDRA (ed.). *Estudios de Derecho Comercial. Séptimas Jornadas de Derecho Comercial 2016*, Santiago: Rubicón.
- CASADO PALLARES, José (1959a). "El Registro de la propiedad en Australia actualmente". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N.º 368-9. Madrid.
- CASADO PALLARES, José (1959b). "El Registro de la propiedad en Australia actualmente". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N.º 370-1, Madrid.
- CASADO PALLARES, José (1959c). "El Registro de la propiedad en Australia actualmente". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N.º 372-3, Madrid.
- ESPINOZA VÁSQUEZ, Evelyn (2005). *El Conservador de Bienes Raíces*. Santiago: Editorial Jurídica Congreso.
- FRIEDMANN S., Fernando (1935). "El régimen de la propiedad inmueble en Alemania y sus relaciones con el Derecho chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XXXII. Santiago.

- FUEYO LANERI, Fernando (1973). “El sistema legal de Chile”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 495. Madrid.
- FUEYO LANERI, Fernando (1991). “Particularismo del sistema legal de los Registros de la propiedad inmueble en Chile y juicios críticos al respecto”, en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios. Tomo VI, vol. II-A.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2008). “Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces”. *Actualidad Jurídica*. Año IX, n.° 18, Santiago.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2016). *La interpretación administrativa en el derecho chileno*, Santiago, ThomsonReuters.
- HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo (2003). “Teoría general del Derecho registral inmobiliario”, en FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, Cuarta Parte, Derecho Registral Inmobiliario*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- IRARRÁZABAL GOMIÉN, Andrés (2014). “Los inicios del Registro Civil de Chile: ¿ruptura o continuidad con las antiguas partidas eclesiásticas?”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. N.° 36, Valparaíso.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, Nicolás ESPEJO YAKSIC (eds.) (2019). *Discapacidad intelectual y derecho*, Santiago, ThomsonReuters.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María (2000). “La protección de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: Caracteres y efectos de la Vormer-Kung”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N.° 657. Madrid.
- MOHOR ALBORNOZ, Elías (2003). “Comentario de don Elías Mohor a la ponencia principal. Discusión habida durante el Seminario sobre Derecho Registral Inmobiliario chileno y comparado”, en FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, Cuarta Parte, Derecho Registral Inmobiliario*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PAU, Antonio (1982). “Panorama del sistema inmobiliario alemán”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N.° 551. Madrid.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, Manuel (1963). “El sistema registral francés”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N.° 426-427. Madrid.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2019). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, 2ª ed. Santiago: ThomsonReuters.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014). *Diccionario de la lengua española*. 23ª ed. Madrid: Espasa.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio (1995). *La posesión inscrita ante la jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROJAS GARCÍA, Edmundo (2003). “Comentario crítico presentado por los Conservadores de Bienes Raíces señores Elías Mohor Alborno, César Fuentes Vargas y Edmundo Rojas García: Capítulo tercero. Consideraciones en relación con la prioridad registral, la calificación de títulos, el procedimiento de reclamación y el organismo rector de notarios, conservadores y archiveros judiciales”, en FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios sobre reformas al Código Civil y*

Código de Comercio, Cuarta Parte, Derecho Registral Inmobiliario. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

ROSSO ELORRIGA, Gian Franco (2018). “Reforma a la institucionalidad notarial: hacia una nueva configuración jurídica de los establecimientos notariales”. *Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes*. N.º 30. Santiago.

SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio (2014). *Teoría general del Derecho registral inmobiliario*. Santiago: Editorial Metropolitana.

SILVA BARROILHET, Paula (2017). *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Santiago: ThomsonReuters.

ZARATE GONZÁLEZ, Santiago (2018). “El sistema de registro de sociedades en Chile: ¿dos caras de una misma moneda?”. *Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de Los Andes*. N.º 30, Santiago.

Jurisprudencia citada

F.M. N.º 322, Santiago, 1985, p. 579.

F.M. N.º 392, Santiago, 1991, p. 282.

RDJ, tomo 17, sec. 1ª, Santiago, 1920, p. 100.

RDJ, tomo 45, sec. 1ª, Santiago, 1948, p. 392.

RDJ, tomo 88, sec. 1ª, Santiago, 1991, p. 46

RDJ, tomo 91, sec. 1ª, Santiago, 1994, p. 30.

RDJ, tomo 98, 2ª parte, sec. 2ª, Santiago, 2001, p. 5.

Recensiones

Santiago Zárate González (2019). *Tratado de derecho inmobiliario registral*. Santiago: Editorial Metropolitana, 548 páginas.

Desde ya, me permito advertir que esta obra no es solo una versión revisada y corregida de la tesis doctoral del autor (*Orígenes históricos-jurídicos del registro inmobiliario chileno*), sino que, además, se incorporan en ella nuevas materias y se profundizan otras, sumándose consecuentemente más fuentes bibliográficas.

Entre la tesis y este libro, por ejemplo, se aprecia un matiz de diferencia en un tema que es central en ambos trabajos; me refiero al de la autoría de nuestro sistema registral. En el primero, el autor, además de profesar una merecida admiración hacia José Alejo María del Carmen Valenzuela Díaz (Santiago, 17 de julio de 1816 - Santiago, 5 de noviembre de 1879), lo que también se advierte en el segundo, atribuye a este comisionado de dilatada y destacada trayectoria judicial y pública la autoría de nuestro sistema registral inmobiliario, relegando a un plano muy secundario a Andrés Bello López, hipótesis que, entre otras razones por los escasos y discutidos antecedentes que se tienen acerca de la historia del establecimiento del libro II del *Código Civil*, se torna arduo de demostrar, al menos, fuera de toda duda.

En cambio, en este libro se postula

“la autoría directa de Valenzuela en el establecimiento del sistema de registro inmobiliario en nuestro país, y una autoría al menos mediata, de Bello, teniendo especial consideración en la figura del autor venezolano como uno de los más grandes intelectuales de su tiempo”.

Me parece, también, que este último trabajo permite, por una parte, afirmar con bastante certeza que en esta materia, a través de los años, hubo una evolución en el pensamiento de Andrés Bello y, por otra, ratificar que José Valenzuela es el autor del Reglamento para la Oficina del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, de 24 de junio de 1857.

Resulta insoslayable que es en el denominado *Proyecto de Código Civil de 1853*, obra de Andrés Bello López y fruto de largos y meditados años de trabajo,

donde comienza a perfilarse la idea de someter la propiedad raíz al Registro (al igual que José Valenzuela, según ya se dijo, Andrés Bello formó parte de la Comisión Revisora de este proyecto). Así, conforme al art. 822 del proyecto, la tradición podía ser real o simbólica (inscripción), siendo muy importante la nota al art. 826, inc. 2°, la cual se refiere al Registro. Este proyecto introduce una innovación que será importante para nuestro futuro sistema registral: sin abandonar la concepción romana del título y el modo, reconoce a la inscripción como un modo simbólico de tradición, es decir, no considera a aquella como un modo distinto a esta.

Reiteradamente he afirmado que el sistema registral inmobiliario chileno, esencialmente, es de fuerte tradición romana, pero, también, con influencia germánica (sin duda, en esta materia, resulta innegable la influencia del art. 431 del *Código Civil* de Austria, de 1811). Es decir, estamos en presencia de una mixtura de dos sistemas jurídicos, sumado a los rasgos originales que presenta nuestro *Código Civil* a propósito de diversas materias. Hago mención a su esencia, porque el derecho registral es una disciplina jurídica que no solo comprende aspectos sustantivos, sino, también, procedimentales y orgánicos, para cuya reglamentación los artífices de nuestro sistema recurrieron a diversas y variadas fuentes, lo que permite apreciar documentadamente el libro de Santiago Zárate González: la *Novísima Recopilación de Leyes de España* (1805); un reglamento nacional de 20 de mayo de 1848, sobre registro de hipotecas, censos y naves; el *Código Napoleónico* (1804); las *Concordancias, Motivos y Comentarios al Código Civil Español* de Florencia García Goyena (1852); los textos de Raymond-Théodore Troplong, Jean Charles Persil y Robert Joseph Pothier, y las versiones de la obra de Antoine de Saint-Joseph (1840 y 1847), incluyendo la traducción de los abogados españoles Fermín Verlanga y Juan Muñiz (1843), última que permitió conocer, entre otros, el *proyecto de ley del cantón de Ginebra* de 1827. Su investigación de las fuentes, también, permite concluir al autor que el art. 431 del *ABGB*, de 1811, constituye el pilar fundamental de nuestro sistema registral inmobiliario.

En opinión de Santiago Zárate González nuestro sistema no es original. Cree que:

“Valenzuela fue muy hábil con la pluma y supo extraer las ideas e inspiraciones que los textos citados le ofrecían, sin extenderse mucho a fin de evitar que su reglamento fuera inaplicable. Es una mezcla de normas foráneas y propias”,

sentenciando:

“que se ha mantenido en el tiempo gracias a la impericia y poca preparación de sus operadores más que a las bondades del mismo”.

La investigación del autor acerca de las fuentes de nuestro sistema registral inmobiliario no solo llena entre nosotros un sensible vacío bibliográfico, sino que confirma lo que señalé el 2012 y luego reiteré en 2014 (*Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario*) y 2018 (*Revista de Derecho Inmobiliario*), en orden a que se trata de una materia en la que nuestra doctrina parece haber dado *palos de ciego*, ya que:

“tradicionalmente, se ha dicho entre nosotros que el sistema registral chileno se basa en una ley prusiana del siglo XVIII, pero se aprecia cierta confusión en nuestros autores al identificarla; así, por ejemplo, en la obra de Antonio Vodanovic H. [Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic], se señala que ‘Bello concibió esta institución inspirándose en la ley prusiana de 1872 y en el Registro de Hipotecas que, conforme a la legislación española, existía en nuestro país’; advirtiéndose un error evidente en esta afirmación, ya que tal ley es de fecha posterior a nuestro Código Civil. En cambio Elías Mohor, al igual que Bruno Caprile Biermann, hacen referencia a una ley prusiana de 1772, de la cual no hemos podido encontrar información. Lo mismo ocurre con la Fundación Fernando Fueyo Laneri: ‘Al parecer, don Andrés Bello conoció las leyes prusianas de 5.05.1772, que marcan los gérmenes del robusto régimen registral futuro en ese país’.

303

Respecto de esta confusión, el autor, haciéndose cargo de la misma, concluye:

“tanto Fueyo Laneri, como Hernández Emparanza, Mohor, Caprile y Flores Peña, yerran en sus apreciaciones acerca de la fuente citada por el primero en su trabajo de 1973, y que fuera publicado incluso en la *Revista de Crítica de Derecho Inmobiliario*”,

revista española de gran prestigio.

Otro aspecto digno de destacarse en esta obra lo constituye la descripción histórica del registro y de la publicidad inmobiliaria. Si bien es cierto, se basa mayoritariamente en lo que han escrito autores extranjeros (José Manuel García García, Antonio Manzano Solano y M^a del Mar Manzano Fernández, Rafael Ramos Folqués, Leno Rodríguez Otero, Martin Wolff y otros), me ha parecido muy clara y bien sistematizada, lo que muchas veces no se puede afirmar de otros textos.

Pero, sin lugar a dudas, el aspecto más destacado y novedoso de esta obra, en mi opinión, lo constituye el estudio de las fuentes y concordancias de las normas que regulan el registro inmobiliario en el Reglamento del Registro Conservatorio de 1857. Los aportes de esta investigación en esta materia son notables. Así, por ejemplo, contribuye a un mejor entendimiento de que la calificación registral no tiene los reducidos límites que algunos autores y sentencias de nuestros tribunales le atribuyen.

En todo caso, este libro no solo se queda en el elemento histórico, sin duda lo más enjundioso del mismo, ya que aborda otras materias, tales como: el dominio, la posesión y la tenencia, la tradición como modo de adquirir el dominio de bienes raíces, ciertas características y algunos principios o reglas aplicables al sistema chileno.

Por su especial importancia para la cabal comprensión de nuestro sistema, merecen destacarse dos afirmaciones que comparto plenamente: una es la naturaleza constitutiva de la mutación jurídico-real de la inscripción conservatoria y, la otra, que nuestro registro es de derechos, no de títulos.

En cuanto a la *posesión inscrita*, el autor “después de examinar las fuentes de nuestras normas y la doctrina del Derecho español”, llega al convencimiento de que “es abiertamente un absurdo jurídico, que solo tuvo justificación mientras el dominio de los bienes raíces no estuviere inscrito, cuestión que hoy es indiscutible”. En definitiva, la justifica dentro de un periodo inicial transitorio para fines de inmatriculación de los inmuebles no inscritos. Duda, asimismo, del carácter de ‘teoría’ de la denominada *Teoría de la posesión inscrita* y critica a los civilistas, entre otras razones, por omitir la posesión al enseñar las facultades del dominio, y cito:

“ya en el Derecho Romano, se hablaba de la facultades del dominio, pero extendiéndolas no solo al uso, goce y disposición de una cosa, sino también a su posesión”.

Es muy posible que en ello se encuentre una de las principales explicaciones del por qué se continua enseñando en la cátedra de Derecho Civil, por supuesto erradamente, que la inscripción solo acredita posesión.

MARCO ANTONIO SEPÚLVEDA LARROUCAU
PROFESOR DE DERECHO CIVIL Y DERECHO REGISTRAL
DIRECTOR DEL MAGÍSTER EN DERECHO INMOBILIARIO Y REGISTRAL
UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE

Jaime Alcalde Silva, José Miguel Embid Irujo (dirs.) (2018). *La modernización del Derecho mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)*. Madrid: Marcial Pons, 634 páginas

La obra objeto de análisis tiene su origen en el Congreso Internacional organizado el 23 de noviembre de 2015 por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile para celebrar el sesquicentenario de la promulgación del *Código de Comercio* de Chile. Lo que en principio iba a consistir en la mera publicación de las actas del Congreso se convierte en un ambicioso proyecto bajo la dirección de dos autores de reconocido prestigio entre la doctrina mercantil: Jaime Alcalde Silva, profesor asistente de Derecho Privado en la Pontificia Universidad Católica de Chile, y José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Valencia. El resultado es una obra colectiva con una nueva y más amplia dimensión, la modernización del derecho mercantil, de interés para cualquier estudioso de la disciplina mercantil.

El tratamiento del tema presenta limitaciones, lógicas y necesarias para impedir que su magnitud resulte un vicio en lugar de una virtud. El grueso de la obra ofrece una visión comparada de la evolución de la disciplina en Europa e Iberoamérica. Una decisión acertada desde un punto de vista metodológico teniendo en cuenta la raíz común del derecho mercantil en ambos continentes (con la salvedad de los países del *Common Law*), puesta de manifiesto en diferentes trabajos académicos. Además, incluye un breve excursus sobre la modernización del derecho mercantil en el Extremo Oriente, que se centra en la República Popular de China y Japón, máximos exponentes del desarrollo de la disciplina en la cultura oriental. No obstante, en lo referente a Europa no hay ninguna mención a la modernización del derecho mercantil en el Reino Unido, algo que podría justificarse desde el punto de vista metodológico, dada la diferencia que presenta la construcción del Derecho en los países del *Common Law*, pero que, sin duda, empaña la dimensión global de la obra.

La obra se divide en cuatro partes, precedidas por una crónica del Congreso Internacional: “El Código de comercio y sus 150 años. Pasado, presente

y futuro de la codificación comercial”, celebrado en 2015 en el marco de un conjunto de actos conmemorativos del sesquicentenario de la promulgación del *Código de Comercio* de Chile.

La primera parte está compuesta por cinco capítulos de carácter introductorio, dedicados a contextualizar la codificación mercantil en Europa e Iberoamérica. En el primer capítulo, titulado “El Código de Comercio de Chile en la historia del Derecho mercantil”, Dionisio A. Perona Tomás, profesor titular de Historia del Derecho de las Instituciones de la Universidad de Castilla la Mancha (España), enmarca el *Código de Comercio* de Chile dentro de la historia del derecho mercantil comparado. El autor ofrece una breve visión de la regulación del comercio desde los tiempos más antiguos hasta la codificación del derecho mercantil en Europa e Iberoamérica durante el siglo XIX, prestando especial atención a la codificación en España y a la promulgación del *Código de Comercio* de Chile de 1865. Cada etapa en la que se dividió el estudio (primeros tiempos, Edad Media, Edad Moderna, primeros códigos, etc.) es analizada teniendo en cuenta sus características económicas y jurídicas, destacando las principales obras del derecho mercantil en el ámbito mundial o en determinados territorios.

En el segundo capítulo, “Los principios cardinales de un código de comercio”, Lorena Carvajal Arenas, profesora de Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), defiende la codificación como la fórmula más adecuada para regulación fundamental del derecho comercial y plantea la existencia de una serie de principios cardinales que deben integrar cualquier *Código de Comercio* como son la predictibilidad, la flexibilidad, la previsión de mecanismos eficaces para la tutela de derechos y la solución de controversias, etc., entre los que ocupan un lugar destacado la autonomía de la voluntad y la buena fe, en cuyo estudio se centra la autora. Estos principios se complementan generando las condiciones adecuadas para el desarrollo del comercio de conformidad con la concepción de la relación contractual propia del sistema jurídico privado chileno y del derecho comparado en su mayoría, que rechazan la visión individualista del acuerdo y reconocen la importancia de responder a las expectativas de la contraparte a través de una visión cooperativa del contrato. La autora pone de relieve la incerteza jurídica que produce la obsolescencia de los *Códigos de Comercio*, desconectados de la realidad socioeconómica y la regulación aislada de instituciones fundamentales del comercio, generadora de una regulación contradictoria, y propone la consagración de principios cardinales del sistema jurídico comercial moderno como la autonomía de la voluntad y la buena fe, en el título preliminar del *Código de Comercio*.

El tercer capítulo: “Las tendencias comparadas en la modernización del Derecho mercantil”, cuya autoría corresponde a Isabel Margarita Zuloaga Ríos, profesora asistente de Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, presenta una visión general de las tendencias en el desarrollo y modernización del derecho mercantil de los últimos tiempos, marcadas por el

fuerte impacto de la globalización en el desarrollo del comercio internacional, regional y nacional, que ha exigido una adecuación de la normativa jurídica-mercantil a las nuevas realidades de la práctica comercial. La autora aborda el tema a través de la distinción entre tendencias actuales de armonización y de codificación del derecho mercantil, tanto en el ámbito internacional como regional y nacional. Entre las tendencias de armonización destaca, en primer lugar, el protagonismo de diversos organismos internacionales y regionales en generar esta normativa, lo cual ha coincidido con un papel más residual de los Estados en cuanto agentes generadores de normativa para el comercio transfronterizo. En segundo lugar, sitúa el crecimiento de los esfuerzos de armonización en el ámbito regional. Y en tercer y último lugar, hace alusión a una tendencia relacionada de manera directa con las anteriores, la decadencia de los tratados internacionales y el auge del *Soft Law* como instrumento de unificación, tanto en el ámbito internacional como regional. La autora se hace eco de las críticas a la diversidad de agentes intervinientes tanto internacional como regionalmente, que tienen su argumento fundamental en la fragmentación y complejidad del derecho mercantil transnacional que resulta de la multiplicidad de fuentes. Sin embargo, pone de manifiesto la innegable armonización que han producido estas tendencias señalando como verdadero problema la falta de una mayor coordinación entre instrumentos regionales e internacionales que permita ofrecer certeza y confianza a los operadores mercantiles. Además, cuestiona que sea más factible buscar la armonización en el ámbito regional para luego facilitar el camino hacia una armonización en el ámbito internacional, teniendo en cuenta, por ejemplo, el fallido intento de armonización del derecho privado primero y luego del derecho contractual en la Unión Europea. Y advierte que la unificación del derecho mercantil en el ámbito internacional, incluso en lo regional, es más bien una utopía, aunque no duda de la necesidad de dar mayor divulgación a los instrumentos ya existentes y buscar su aplicación de la manera más uniforme posible para lograr una armonización de la contratación mercantil internacional a través de la aplicación de dichos instrumentos.

307

A continuación, analiza las tendencias de codificación que han prevalecido en el espacio nacional. Por un lado, señala la importante diferencia entre los ordenamientos jurídicos más representativos de la tradición jurídica del *Common Law*, que consiste en el enfoque codificador asumido en Estados Unidos a través del *Uniform Commercial Code* frente al enfoque tradicional del derecho inglés que, salvo por algunas leyes específicas, se regula por medio del *Common Law* generado por sus tribunales. Por otro, se advierte la diferencia en relación con los países del *Civil Law*, mientras unos han optado por mantener la clásica autonomía entre el derecho mercantil y el derecho civil otros han tendido, e incluso logrado, la unificación de los mismos. Un debate que en muchos ordenamientos jurídicos está en pleno desarrollo y sujeto a los vaivenes políticos.

En el cuarto capítulo: “La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) y la modernización

del Derecho mercantil”, Rafael Illescas Ortiz, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid (España), expone el papel de la CNUDMI en la modernización y uniformización del derecho mercantil, cuya labor ha generado el denominado DUCI en el que la uniformización ha ido acompañada de la modernización, ofreciendo fórmulas normativas renovadas y renovadoras que han permitido que la mayor parte de la población mundial pese a su crecimiento exponencial viva en paz y con gran cantidad de sus necesidades básicas satisfechas.

Sin perjuicio de la relevancia de otros de los muchos trabajos llevados a término por la Comisión el autor considera dignos de mención:

- a) la CNUCCIM;
- b) la continua tarea de formulación y estructuración de una disciplina uniforme del comercio electrónico;
- c) la formulación de una disciplina del transporte de mercancías total o parcialmente marítimo, comprehensiva y adecuada al nuevo milenio –de resultados prácticos aún por verificar– y
- d) la formulación de diversos instrumentos aplicables al arbitraje comercial internacional, contribuyendo de tal modo a su difusión global junto con otros medios alternativos de resolución de disputas.

No obstante, en lo que hace a la armonización y modernización del DUCI, el autor otorga un protagonismo indiscutible a los dos primeros a cuya consideración dedica el capítulo. En un primer momento se analiza la elaboración y el despliegue de dimensión tanto geográfica como conceptual y disciplinaria que ha supuesto la CNUCCIM y, en segundo lugar, se aborda lo que el autor denomina “la invención” del derecho de la contratación electrónica, entendido inicialmente en un sentido estricto y que ha ido alcanzando una dimensión cada vez mayor.

El quinto y último capítulo: “La propuesta de Código de mercantil preparada por la sección 2ª de la Comisión General de Codificación de España”, expone la experiencia de la Comisión General de Codificación de España en la preparación de un nuevo *Código de Derecho Mercantil* incidiendo en los condicionantes de base de esta tarea. Pese a que la experiencia en cuestión no puede trasladarse directamente al sistema jurídico de otro país, dadas las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos, tiene el valor de poner de manifiesto de los principales problemas a los que debe enfrentarse el trabajo codificador, considerando, como es lógico, las diferentes circunstancias que afectan a ese trabajo desde el punto de vista del derecho comparado.

El autor del trabajo, Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Educación a Distancia (España), analiza en primer término los condicionantes relativos a la infraestructura jurídica encargada de elaborar la propuesta de código, la Comisión General de Codificación, creada por real decreto de 19 de agosto de 1843 y que se rige en la actualidad por el real decreto 845/2015 de 2 de septiembre. Esa Comisión, integrada en el Ministerio de Justicia, es el órgano superior colegiado

de asesoramiento en la preparación de las tareas prelegislativas propias del Ministerio de Justicia. Por tanto, como señala el autor, es importante tener en cuenta la existencia de este organismo especializado, desde hace más de siglo y medio, en la preparación de textos prelegislativos. La propia denominación del órgano pone de manifiesto la vinculación entre esas tareas prelegislativas y la tarea codificadora. En segundo término, el autor se ocupa de los condicionantes legislativos, esto es, la convivencia de dos códigos de derecho privado en el ordenamiento jurídico español, uno de ellos el *Código Civil*, que con diversas modificaciones de mayor o menor importancia subsiste dentro del sistema jurídico español, *Código* que fue promulgado en el año 1889. Es importante considerar esa fecha, puesto que ya en el año 1829 se promulgó un *Código de Comercio*, es decir, que ese *Código de Comercio* se realizó y entró en vigor muchos años antes de que se promulgara el *Código Civil*. Es más, el *Código* de 1829 fue sustituido por un nuevo *Código de Comercio*, que continúa en vigor, pese a la derogación de la mayor parte de sus artículos. Pero el dato básico continúa siendo que el *Código de Comercio* de 1885 se promulgó antes que el *Código Civil*, sin duda con el fin de permitir la operatividad en el ámbito del comercio en todo el territorio nacional, es decir, que el *Código* dio lugar a la unificación de las normas jurídicas que permitían operar en el ámbito comercial dentro del territorio nacional como si fuera un mercado único. Estos datos son importantes porque ponen de manifiesto cómo la regulación de las operaciones comerciales ha exigido siempre una actividad que fuera suficiente para unificar la actividad mercantil dentro del mercado nacional.

309

La segunda parte del trabajo da inicio al estudio del tema central de la obra, la modernización del derecho mercantil, a través de seis capítulos que centran su visión en Europa. El primer capítulo: “El Derecho mercantil en Europa: perspectiva general”, corre a cargo de José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia (España), que aborda los caracteres elementales del derecho mercantil como disciplina jurídica en la actualidad, desde su misma denominación hasta su ordenación normativa, pasando por la cuestión central de su contenido para concluir con la consideración de su naturaleza. A tal fin, el autor adopta el método expositivo del ensayo huyendo de la exposición dogmática ante la dificultad que presenta en la actualidad toda reflexión sobre la razón de ser y el contenido del derecho mercantil. La atención se centra en algunos de ellos, evitando tanto la concentración en el ordenamiento (en este caso, el derecho español, objeto de consideración específica en el presente libro), como la reflexión especulativa y descomprometida, ajena al derecho positivo y a la misma realidad empresarial.

El segundo capítulo: “The modernisation of the Commercial Law in Germany”, redactado en lengua inglesa por Gerald Spindler, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad George-August de Göttingen (Alemania) expone la modernización del derecho mercantil en Alemania durante el siglo XIX, que tiene su mayor hito en la redacción del *Código de Comercio* alemán, in-

fluido por el *Código de Comercio* francés de 1807 como queda patente, entre otros aspectos, en el sistema para determinar su ámbito de aplicación –el llamado sistema objetivo que califica al comerciante de acuerdo con sus actividades–; en el tratamiento de los comerciantes, que no disponen del mismo grado de protección que los ciudadanos normales; en la reducción de los requisitos formales para las transacciones; en la renuncia a cualquier forma escrita; en la regulación de las sociedades anónimas o en la creación de tribunales independientes para el comercio. El autor destaca como la modernización del *Código de Comercio* alemán es el resultado de una larga historia de evolución durante los siglos XVIII y XIX, que proporcionó al *Código de Comercio* tal grado de desarrollo que era modelo a seguir para los códigos civiles, pero tal desarrollo se detuvo de forma sustancial y en la actualidad es un cuerpo normativo ajeno a importantes sectores mercantiles como la regulación de la sociedad anónima. Además, no se ha prestado atención al desarrollo y modernización de otros sectores como los contratos mercantiles o a los efectos de la digitalización moderna.

Por otra parte, se analiza el desarrollo de los diferentes sectores del *Código de Comercio* durante el siglo XX y se hace referencia a los nuevos desafíos del siglo XXI. El autor manifiesta su escepticismo sobre el futuro de un *Código de Comercio*, pero también sus esperanzas basadas en la armonización paneuropea para restablecer un marco global para el derecho mercantil que hoy tiende a disolverse en diferentes actos jurídicos.

310

En el tercer capítulo: “La modernización del Derecho mercantil en España”, Alberto Emparanza Sobejano, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad del País Vasco (España), analiza la situación actual del *Código de Comercio* español, expone las razones de la elaboración de un nuevo *Código de Comercio*, señala las características y objeto de la propuesta de *Código de Comercio* de 2014 y expone las perspectivas en relación con su promulgación. Tras ello, se concluye que el legislador español debería mantener el propósito de promulgar un nuevo *Código Mercantil* y utilizar a tal fin el contenido del ALCM, integrando dentro de la sistemática alumbrada en torno a los libros I, II, III y VI de dicha propuesta normativa todas las leyes especiales existentes en el ámbito mercantil, modernizadas en aquellos aspectos que lo necesiten, siguiendo a este respecto el modelo francés del *nouveau Code de Commerce* de 2000. Propone una reformulación del libro IV según la versión aprobada con fecha de 2 de junio de 2015, que considera respetuosa con la preeminencia del *Código Civil* en materia de contratación, ya que establece de forma expresa que la propuesta contenida en el libro III será aplicable subsidiariamente a la regulación civil. De esta forma, el libro V tendría un encaje adecuado dentro del sistema de fuentes del derecho privado, dotando a la materia contractual mercantil de una regulación largamente deseada. Por último, apunta la conveniencia de una revisión del libro VII del ALCM para adecuar su contenido a la regulación existente en materia de prescripción en materia civil, sin que ello impidiera los específicos tratamientos que la regulación de estos aspectos deba revestir en el ámbito de la contratación mercantil.

El cuarto capítulo: “The symbolic revival of the French Commercial Code and Company Law”, está redactado en lengua inglesa por Pierre-Henri Conac, profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Luxemburgo. En este capítulo se analizan los antecedentes y evolución de la codificación mercantil en Francia. El autor destaca la gran influencia internacional del *Código de Comercio* francés de 1807 a la que contribuyeron, por un lado, su introducción por la fuerza o la razón en las tierras anexadas por la Francia republicana e imperial (Luxemburgo, la Alemania al oeste del Rin, el norte de Italia, los Países Bajos, etc.) y en los Estados satélites de la Francia napoleónica (Suiza, Reino de Nápoles, etc.), perviviendo largo tiempo en muchos de estos lugares. Y, por otro, a sus aspectos positivos en cuanto marco jurídico del principio revolucionario de la libertad de empresa, que lo convirtieron en modelo de inspiración de la codificación mercantil de muchos Estados durante la primera mitad del siglo XIX: España, Países Bajos, Portugal, Italia, Brasil, Argentina, Chile, etc. Sin embargo, se trataba de un *Código* con importantes limitaciones, expuestas de forma sintética por el autor, que queda obsoleto ante el avance de la Revolución industrial y, en particular, ante el modelo alternativo de desarrollo del derecho mercantil que resulta de la unificación alemana en 1870. Situación que impulsa el desarrollo de la legislación mercantil francesa fuera del *Código de Comercio*.

Para concluir, el autor hace referencia a la recodificación que tiene lugar en Francia en el año 2000 de la que resulta la promulgación un nuevo *Código de Comercio* que se aparte del modelo anterior, no reúne en un solo texto décadas de evolución de normativa mercantil. Para el autor, se trata de una legislación simbólica sin ninguna unidad intelectual, cuya razón de ser reside en hacer la legislación más accesible e inteligible. No se planteó ni discutió la cuestión de si el *Código de Comercio* debe dividirse en varios *Códigos* más coherentes intelectualmente, como un código de sociedades, un código de competencia, etc. Enfoque que el autor considera más fiel al espíritu de la legislación napoleónica, que trataba de combinar principios generales y reglas específicas en un texto coherente. Además, la recodificación mercantil no ha dado lugar a una mayor estabilidad en el *Código de Comercio*. El deseo de promover la competitividad y crear puestos de trabajo ha impulsado constantes e importantes reformas tras la adopción del *Código*, sobre todo en derecho de sociedades, un sector más inestable en cuanto herramienta predilecta del legislador para estimular el crecimiento.

En el quinto capítulo: “La modernización del Derecho mercantil en Italia”, Alfredo Ferrante, profesor de Derecho Privado de la Universidad Alberto Hurtado (Chile), destaca algunos de los aspectos que han caracterizado el derecho comercial en Italia, que requieren comprender el contexto histórico, social y político que el territorio vivió, tanto antes de su unificación como Estado en el *Regno d'Italia* de 1861, así como después de su consolidación territorial definitiva en 1871, y de su actual conformación jurídica generada por la reunión de sus *Códigos Civil y Mercantil* en el *Codice Civile* de 1942. Se remarcarán esencialmente

tres etapas, la primera que abarca desde la génesis del ejercicio de la actividad comercial al *Código de Comercio* de 1882; una segunda que se produce con la unificación de este último con el antiguo *Codice Civile* de 1865 y que conduce al actual *Codice*. Por último, una tercera, que apunta hacia las evoluciones que han caracterizado el derecho mercantil hasta su situación actual, haciendo una breve referencia a la internacionalización como tendencia hacia el futuro.

El sexto capítulo: “La modernización del Derecho Mercantil Suizo”, se centra en los antecedentes y evolución del gobierno corporativo en Suiza, de donde surgen las propuestas legislativas más interesantes desde el punto de vista de la modernización del derecho suizo y para los inversores que compran acciones de compañías suizas. El autor de este capítulo, Françoise Dessemontet, profesor emérito de Derecho Privado de la Universidad de Lausanne (Suiza), destaca la lenta evolución del derecho mercantil suizo desde el inicio la codificación con en el *Código Suizo de Obligaciones* de 1881. Las nociones liberales básicas de aquella época se mantienen en Suiza hasta el día hoy: libre circulación de capitales y la libertad de empresa. La última modificación importante, en 1991, resultó de un proceso legislativo de aproximadamente diez años. Sin embargo, esta lentitud impide la adopción de medidas prematuras y cambios apresurados y no es un obstáculo para la adaptación de las leyes suizas a la realidad cambiante. Prueba de ello son las numerosas modificaciones de la legislación mercantil desde principios del siglo XXI que han tenido lugar a través de un proceso legislativo separado y entre las que el autor considera dignas de mención:

- a) la remuneración de los ejecutivos, presidentes, directores y gerentes principales de las compañías, como resultado de una iniciativa popular de 2013 en contra de abusos en el área de beneficios adicionales, bonos e incentivos, que el gobierno suizo publicó en 2014 en una ordenanza para regular los asuntos que deben ser gobernados por una ley del Parlamento. El proyecto definitivo de revisión del derecho mercantil suizo fue enviado al Parlamento Federal por el Consejo Federal con fecha 23 de noviembre de 2016;
- b) la Ley sobre la Contabilidad Aplicada a todo tipo de compañía, distinguiendo entre compañías privadas y públicas (2012);
- c) la Ley sobre los Auditores y Control sobre los Auditores (2008);
- d) la Ley sobre Fusiones y Adquisiciones (2004);
- e) Modificación de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada (Sárl);
- f) la incorporación de los arts. 697.i) y j) del *Código Suizo de Obligaciones* para luchar en contra del blanqueo de capitales, que entraron en vigor el 1 de julio de 2015 con la finalidad de permitir a las autoridades suizas, y a sus contrapartes extranjeras, identificar más fácilmente los titulares de sociedades con acciones al portador;
- g) la última propuesta del gobierno para la modificación del *Código de Obligaciones* respecto de las sociedades anónimas, en la que resaltan dos áreas principales: el gobierno corporativo y las revisiones menores en cuanto a la estructura de capital, sin cambios significativos.

La tercera parte de la obra, más extensa que la anterior, consta de nueve capítulos dedicados a la modernización del derecho mercantil en América. En el primer capítulo: “Perspectiva de la modernización del Derecho mercantil en los países Hispanoamericanos”, Alfredo Morales Hernández, profesor emérito de Derecho Comercial de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela), analiza la influencia del *Código de Comercio* de Chile en los países hispanoamericanos facilitándoles el acceso a una legislación mercantil actualizada desde el último tercio de ese siglo XIX hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial en 1945. A partir de esta fecha, la aceleración de los fenómenos sociales, económicos y políticos mundiales y locales, generan movimientos de reforma legislativa de grandes dimensiones. En este marco cabe destacar la unificación del derecho privado italiano a través del *Código Civil* de 1942 que absorbe el *Código de Comercio* italiano de 1882. Esta decisión generó un acalorado debate ideológico que deja huella en Europa y será acogida años más tarde en Brasil en 2002 y en la República Argentina en 2014. Paralelamente a la unificación italiana del derecho privado la mayoría de los países donde la base del derecho mercantil reside en un *Código de Comercio*, inician un proceso de desmembramiento de ramas enteras que se regulan por leyes especiales o complementarias (banca, seguros, mercado de valores, sociedades quiebra y atraso, garantías, derecho industrial, transporte, comercio marítimo, arbitraje). Tres de los grandes *Códigos de Comercio* europeos del siglo XIX, el *Código de Comercio* francés de 1807, el *Código de Comercio* español de 1885 y el *Código de Comercio* alemán de 1900 sobreviven desmembrados, mostrando tan solo el esqueleto que los justifica, los antiguos conceptos de comerciante y actos de comercio, ahora convertidos por la doctrina en el empresario, en la empresa y en la actividad empresarial por influencia del derecho italiano. Lo mismo ocurre en los países hispanoamericanos. El autor pone así de manifiesto la urgente necesidad de modernización del derecho mercantil nacional, al margen de la vía por la que se opere, y hace alusión al impulso modernizador del derecho mercantil internacional resultado de diversos factores:

- a) los simples intercambios nacionales e internacionales resultado necesario de la mundialización o de la globalización, donde los agentes económicos utilizan los instrumentos más convenientes para perfeccionar sus negocios, sin importar si estos instrumentos están regulados en su propia legislación nacional;
- b) las normas dictadas por los órganos legislativos de los mercados comunes directamente aplicables en el territorio de los países o que requieren trasposición mediante instrumentos normativos nacionales;
- c) las normas jurídicas creadas por órganos no estatales (*soft law*) cuya eficacia es variable en el ámbito espacial y temporal, donde UNCTRAL desarrolla un labor encomiable;
- d) la adaptación legislativa en ciertos sectores como el bancario o el mercado de valores donde la legislación procedente de Estados Unidos a raíz de la Gran Depresión de 1929 adquiere una dimensión universal,

o la del *trust* anglosajón que dio lugar a la adopción de un tratado internacional (la Convención de La Haya de 1985, en vigor desde 1992.

En el capítulo segundo: “El Derecho mercantil en el marco del nuevo Código civil y comercial argentino”, Dante Cracogna, profesor consulto de Derecho Comercial de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), analiza la codificación del derecho mercantil en Argentina cuyo mayor hito es el reciente *Código Civil y Comercial* de 2014 que, siguiendo el modelo italiano, unifica la codificación del derecho privado. El autor considera prematura una evaluación ponderada del nuevo *Código* en lo que se refiere al derecho mercantil. No obstante, advierte de las deficiencias sistemáticas debidas a la diversidad de contribuciones en la elaboración de las distintas partes del *Código*, lo que se pudo evitar con un proceso de compatibilización y revisión más prolongado y que ahora corresponderá a la doctrina y la jurisprudencia ayudar a superar. En cualquier caso, la existencia del título preliminar contribuirá a dotar de una mayor coherencia y consistencia al conjunto de las disposiciones que integran el cuerpo y allí la materia comercial encuentra algunas normas y principios de relevante trascendencia para definir su perfil. Por último, se destaca el esfuerzo del legislador por afrontar la codificación conforme los cánones de la concepción racionalista decimonónica; es decir, como un conjunto orgánico y sistemático, con fundamentación unitaria, de normas relativas a un sector del ordenamiento jurídico, lo cual se evidencia en el contenido del título preliminar. Sin embargo, se trata de un ideal de difícil realización en la práctica, en particular en el sector del derecho comercial, donde materias tales como: las sociedades, la navegación, los concursos y los seguros, entre otras, exigen unos regímenes especiales que se resisten a la codificación en un cuerpo único y sistemático.

Para concluir, el autor señala que el proceso de descodificación que se ha venido produciendo a lo largo de más de un siglo no ha sido resultado de un capricho legislativo, sino de una fuerza intrínseca que condiciona y orienta el desarrollo del derecho comercial, a fin de que no permanezca al margen de la historia, ante lo que propone el replanteo de paradigmas que estuvieron vigentes durante muchos años como la codificación.

El tercer capítulo: “La modernización del Derecho mercantil en Brasil”, es obra de Emmanuelle Urbano Maffioletti, profesora doctora de derecho mercantil en la Universidad Sao Paulo (Brasil). En este capítulo se analiza el pasado, presente y futuro de la regulación del derecho mercantil en Brasil. La autora dedica su atención al *Código de Comercio* decimonónico y su incorporación al *Código Civil* vigente, al *Código Civil* y las consecuencias de su reglamentación, y a la propuesta de un nuevo *Código de Comercio* en Brasil. Señala que el derecho mercantil moderno debe tener una racionalidad jurídica paralela a la económica para fijar mecanismos importantes para formar conductas y evitar la destrucción de las instituciones. Y que, al mismo tiempo, debe absorber puntos importantes de la racionalidad económica dentro de la jurídica (actualizándola), y tener sus propias premisas valorativas que son esenciales en la tarea de conducción

y combate de los vicios que se presentan. En este sentido, cuestiona si los operadores del derecho, son responsables de la petrificación de la disciplina (centrando la atención en una cuestión metodológica de organización de la materia) y quitando la esencia de la función instrumental y la técnica de los institutos. La autora concluye advirtiéndolo que la calidad técnica de las normas está asociada a su adecuación a las demandas del mercado. Por tanto, la eficacia del derecho mercantil depende de la agilidad y la adecuada técnica legislativa de las reformas teniendo en cuenta la lógica de cada uno de los sistemas que componen el derecho mercantil. De lo contrario las instituciones mercantiles resultarán inútiles y obsoletas.

En el capítulo cuarto: “La codificación del Derecho mercantil en los Estados Unidos: el federalismo estadounidense en la ley y en los hechos”, James J. White, profesor emérito de Derecho de la Universidad de Michigan (Estados Unidos), contextualiza el *Código de Comercio Uniforme* de Estados Unidos, analiza su redacción y composición y hace hincapié en la necesidad de reforma de su art. 2 y señala las dificultades debidas a su estrecha vinculación con el derecho del consumo.

El autor se muestra escéptico en relación con el avance de la codificación del derecho privado en Estados Unidos, señalando como principal obstáculo el profundo impacto del federalismo en la cultura y, por ende, en la ley y su práctica. La mejor prueba de ello es el acuerdo original firmado entre ellos durante la Guerra Revolucionaria contra Gran Bretaña en el siglo XVIII: los artículos de la Confederación, que mantenían la independencia y soberanía de cada una de las trece colonias que con su historia propia habían decidido unirse. El Congreso Federal podía hacer tratados, gestionar las fuerzas armadas y acuñar dinero, pero no tenía poder para recaudar impuestos ni para regular el comercio. Al margen de las objeciones de algunos, pronto se hizo evidente para la mayoría que los artículos no eran suficientes y una convención fue llamada a diseñar una nueva constitución que fortaleciera el gobierno federal, la actual Constitución de Estados Unidos. Sin embargo, los poderes que esta norma confiere al gobierno federal seguían siendo muy restringidos. Además, la preocupación por que el gobierno federal adquiriera un poder excesivo impulsó la adopción de las primeras diez enmiendas de la constitución en 1791, la llamada Carta de Derechos de Estados Unidos (*Bill of Rights*), en las que se declara que los poderes no entregados de manera explícita al gobierno federal quedaban reservados a los Estados o al pueblo y que continúa siendo un símbolo fundamental de la cultura estadounidense.

El quinto capítulo: “Sobre la aplicación de las normas civiles a las obligaciones y contratos mercantiles en Colombia”, obra de Jorge Oviedo Albán, profesor de Derecho Privado de la Universidad de la Sabana (Colombia), ofrece una panorámica del debate existente en Colombia en torno a la aplicación de las reglas del *Código Civil* a las obligaciones y contratos mercantil, y analiza los argumentos de las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre la consensualidad de los contratos comerciales. El capítulo se estructura en cuatro

partes. En primer lugar, se analiza la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 1891, que señala que el contrato de promesa comercial no requiere formalidades para su perfeccionamiento. En segundo lugar, se hace referencia a los fallos que han establecido la aplicación de las normas civiles al perfeccionamiento del contrato de mutuo mercantil y a la jurisprudencia que ha determinado la aplicación de las normas civiles al perfeccionamiento del contrato de depósito mercantil. Por último, con base en lo anterior, se incluyen unas conclusiones generales sobre el papel del Poder Judicial en la interpretación legal.

El capítulo sexto: “El proceso de reducción de formalidades en la constitución de sociedades en capítulo Colombia”, también es obra de Jorge Oviedo Albán, profesor de Derecho Privado de la Universidad de la Sabana (Colombia), pero comparte la autoría con la decana del Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales de Colombia, Magda Liliana Camargo Agudelo. En este capítulo se analiza el proceso de reforma y modernización de la constitución de sociedades en Colombia. Un proceso de obstáculos de varias décadas desde la promulgación del *Código de Comercio* de 1971, del que han formado parte la Ley 222 de 1995 que modifica el *Código de Comercio* en materia concursal, la Ley n.º 1014 de 2006 de fomento de la cultura del emprendimiento y la Ley n.º 1258 de 2008 sobre Sociedad por Acciones Simplificada. En la actualidad este proceso se encuentra paralizado por la retirada del proyecto de ley n.º 70 de 2015, de reforma al régimen societario, que perseguía extender la flexibilización de las formalidades para la constitución de sociedades de la Ley n.º 1258 de 2008 a los otros tipos societarios.

El capítulo comienza con una breve referencia al panorama legislativo vigente que sirve para contextualizar las reglas de constitución de sociedades del *Código de Comercio*, que se exponen a continuación. Tras ello se explica el paso que dio la Ley n.º 222 en materia de empresas unipersonales, las leyes n.º 1014 y n.º 1258 y se concluye con la mención a las reglas que pretendía introducir el proyecto de ley n.º 70, de interés al menos como base para el que pueda llegar a ser un nuevo debate sobre el particular en el futuro.

El capítulo séptimo: “La modernización del Derecho mercantil en México”, analiza la evolución normativa de los sectores más representativos del derecho mercantil mexicano, compuestos por una pluralidad de disposiciones resultantes en gran medida de la contribución de entidades internacionales o derivadas de los tratados internacionales ratificado por el Estado.

El autor, Luis Manuel Méjan Carrer, profesor de Derecho Comercial del Instituto Tecnológico Autónomo de México, destaca el carácter federal del derecho mercantil tras la independencia de México, que se plasma en la Constitución Política del país. Tras varios proyectos de *Código de Comercio* que trataban de superar la legislación mercantil española vigente todavía después de la independencia (las Ordenanzas de Bilbao), se aprueba en 1890 el *Código de Comercio* todavía vigente, que ha sido objeto de numerosas reformas. Tras un breve análisis del referido cuerpo normativo, se ofrece una visión general del

panorama normativo de ciertos sectores mercantiles de especial trascendencia en México: los títulos valores y las operaciones de crédito; los procedimientos mercantiles; el comercio marítimo, la navegación y los puertos; la correduría pública; la moneda y el sistema financiero; las sociedades mercantiles; el derecho del consumo; y, la insolvencia. También se hace referencia otra normativa de naturaleza fiscal, aduanera o económica, por su especial relación con la actividad mercantil. Y, para concluir, se exponen las tendencias de evolución del derecho mercantil en México.

En el capítulo octavo: “La modernización del Derecho mercantil en el Perú”, Esteban Carbonell O’Brien, catedrático de Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ofrece una visión general de los antecedentes y evolución del derecho mercantil en el Perú, prestando especial atención a la codificación mercantil. Tras un apartado introductorio que repasa a grandes rasgos los orígenes y evolución del derecho mercantil en el ámbito global, el autor se centra en el estudio de la evolución de la legislación comercial en Perú desde sus orígenes en la etapa colonial hasta la compleja situación actual en la que se discuten diferentes proyectos de nuevo código de comercio mientras que una ley marco del empresario ha derogado al *Código de Comercio* de 1902 del que tan solo quedan en vigor el contrato de agencia y comisión mercantil y contrato de seguro y el libro III sobre comercio marítimo. Acto seguido, analiza el concepto de empresa en el Perú, nuevo paradigma del derecho mercantil moderno, y los principios generales del derecho comercial peruano. Después expone la relación entre el derecho comercial y el derecho civil en Perú, objeto de una profunda discusión que gira en torno al art. 1353 del *Código Civil* aplicable a los contratos de derecho privado sin prever excepción alguna. Incluye, también, una referencia a los criterios de la jurisprudencia mercantil peruana en ciertos casos que se han convertido en modelo para facilitar las soluciones de los conflictos de carácter mercantil. Para concluir, analiza dos temas que marcan la actualidad del derecho mercantil en Perú en distintos niveles. En el ámbito nacional, la enmienda del Reglamento de Factura negociable en 2016 y, en el ámbito internacional, la tendencia a la unificación del derecho mercantil, marcada por la globalización económica.

317

El noveno capítulo: “La Ley Modelo de la OEA sobre sociedades por acciones simplificadas”, obra del Superintendente de Sociedades de Colombia, Francisco Reyes Villamizar, se centra en analizar la ley que da título al capítulo tomando como punto de referencia la norma de la que trae causa: la ley colombiana sobre sociedades por acciones simplificadas. En el marco de dicho análisis expone el proceso de armonización legislativa sobre sociedades cerradas, con especial atención a los países en vías de desarrollo, los enfoques contemporáneos sobre derecho societario en economías emergentes y las dificultades que encuentran los empresarios al enfrentarse al formalismo legal imperante en América Latina.

El capítulo comienza con una breve introducción. A continuación, el segundo apartado explica el objetivo de la Ley Modelo sobre Sociedades por

Acciones Simplificadas, aprobada por el Comité Jurídico Interamericano en 2011. Las disposiciones progresistas contenidas en la Ley Modelo persiguen corregir múltiples deficiencias del régimen de sociedades vigente en los países de la región, facilitando así la ampliación del sector formal de la economía y promoviendo el crecimiento y bienestar de la población. En el tercer apartado se presenta un resumen del contenido esencial de la Ley Modelo y se explican las razones por las cuales las previsiones normativas contenidas en ella podrían mejorar el derecho societario en los países de América. El cuarto apartado contiene un análisis de los principales datos empíricos derivados de la adopción de la SAS en Colombia hace una década. La relevancia de la SAS colombiana en este contexto surge de la innegable influencia que esta forma social ha tenido en la redacción de la Ley Modelo. De ahí que se considere que la presentación de datos empíricos sobre la evolución de la SAS colombiana representa un argumento útil a favor de la adopción de instrumento armonizador. El quinto apartado proporciona un análisis del trabajo de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, que se ha erigido como el Tribunal de Derecho de Sociedades colombiano. En esta parte se enfatiza el hecho de que los trasplantes legales sustantivos únicamente serán exitosos si vienen acompañados de reformas tendentes al fortalecimiento de infraestructura institucional. El último apartado del capítulo se dedica a unas conclusiones que destacan el avance que ha supuesto La Ley Modelo sobre Sociedades por Acciones Simplificadas de la OEA en múltiples y variados aspectos, en cuanto instrumento de armonización jurídica en materia de derecho de sociedades, a partir de un modelo perfectamente adaptable a las realidades económicas propias de los países de América Latina.

La segunda parte de la obra concluye con un excursus de dos capítulos dedicados al estudio de la modernización del derecho mercantil en el extremo oriente. En el primero de ellos: “El Derecho mercantil en China”, Marcos Jaramillo Contreras, profesor asistente de Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile, analiza acerca a la concepción y evolución del derecho mercantil en China. Una tarea difícil debido a las marcadas diferencias entre la cultura oriental y occidental. Para entender bien el derecho en este país, no solo hay que atender al derecho escrito, sino, también, a su aplicación a la realidad, pues existe un derecho escrito perfectamente ordenado y lógico según nuestros estándares, que se puede consular en Internet o en los libros de texto, pero cuya aplicación a la realidad resulta muy distinta a lo que ocurriría en Occidente. Esa diferencia entre la teoría y la realidad tiene una estrecha relación con la historia del país, en la que el derecho formal tenía muy poca aplicación para la generalidad de los ciudadanos chinos, que desarrollan su vida sobre la base de la costumbre y las tradiciones. Así, para comenzar el capítulo, el autor resume el concepto y la historia del derecho en China, cuyo punto de inflexión más destacado tiene lugar en 1978, con la decisión del Partido Comunista chino de sustituir la lucha de clases como objetivo principal por la reforma económica. Esta decisión supone la apertura

económica del país y un notable desarrollo de la legislación mercantil. A continuación, el autor se centra en el estudio del derecho positivo chino: fuentes y jerarquía de normas, cuya correcta comprensión requiere tener presente que en China no existe la división de poderes y que tanto la Constitución como las leyes son imprecisas y breves, siendo de suma importancia las regulaciones administrativas y la interpretación de la Suprema Corte Popular. Para concluir el capítulo, se expone el funcionamiento del sistema jurídico chino en la teoría, que sigue el modelo europeo continental y algunos ejemplos de su aplicación en la práctica por los tribunales y el Partido Comunista.

El segundo capítulo del excurso: “Modernization of Japanese Commercial Law and Civil Law”, es obra de Junichiro Kusumoto, profesor de Derecho Mercantil en la Universidad de Toyo (Japón), y está redactado íntegramente en inglés. El capítulo presenta un análisis sintético del *Código de Comercio* japonés de 1899, con especial atención a sus disposiciones generales, y se centra en el estudio de la legislación japonesa en dos sectores de especial trascendencia para el derecho mercantil: las operaciones mercantiles y las sociedades, cuya regulación va más allá del *Código de Comercio*. Por lo que hace a las operaciones mercantiles, además del *Código de Comercio* su regulación se completa con el *Código Civil* japonés y la Carta de Reforma del mismo. En cambio, la regulación de sociedades se contiene en una norma especial al margen del *Código de Comercio*.

El autor destaca cómo las reformas dirigidas a actualizar la regulación de las distintas materias del *Código de Comercio* han tenido como consecuencia el paulatino vaciamiento de su contenido y el cambio de su estructura. Inicialmente el *Código de Comercio* estaba compuesto de cinco partes:

- I. Disposiciones generales;
- II. Legislación societaria;
- III. Operaciones mercantiles;
- IV. Legislación sobre instrumentos negociables y cheque y
- V. Comercio Marítimo.

Esta situación ha cambiado por completo en la actualidad. Entre 1932 y 1933, tras la ratificación de los tratados de Ginebra por los que se establece una regulación uniforme para las letras de cambio y pagarés (1930) y para los cheques (1931), se reforma y actualiza la regulación de los instrumentos negociables y del cheque a través de legislación especial separada del *Código de Comercio*. Esta situación se repite en 2004 con la promulgación de la Ley de Sociedades. Más tarde, en 2008 se promulga la Ley de Seguros, extrayendo también la regulación de esta materia de la parte III del *Código de Comercio*.

La cuarta y última parte de la obra recoge una serie de trabajos que presentan la situación del derecho mercantil en Chile tras ciento cincuenta años de vigencia del *Código de Comercio*, promulgado el 1 de enero de 1867. Después de un capítulo histórico que resume las claves de la codificación mercantil chilena acometida por José Gabriel Ocampo y Herrera y de un marco general sobre los desafíos actuales del Derecho mercantil en Chile, los

319

capítulos siguientes acogen el estudio de algunas de las principales materias que componen la exposición de la disciplina en los programas universitarios: sociedades, banca, contrato de seguro, libre competencia y procedimientos concursales. Esta selección en la que no han tenido cabida otras materias de notable interés (propiedad industrial, contratos, títulos valores, etc.) se explica porque las elegidas han sido objeto de reformas más numerosas y profundas en las últimas décadas, en algunos casos con una renovación integral de su régimen y principios rectores.

El primer capítulo de la cuarta parte: “El Código de comercio de Chile (1865): Ocampo y las claves de la codificación mercantil”, es obra de Javier Barrientos Grandon, profesor contratado doctor de la Universidad Autónoma de Madrid (España). Este capítulo se centra en el estudio del contexto que rodeó la redacción del *Código de Comercio* chileno. La codificación del derecho mercantil se inicia de manera definitiva durante el gobierno de Manuel Montt como parte de proyecto codificador de mayor dimensión, cuya finalidad era la de codificar de manera completa todo el derecho civil nacional. Este plan general de codificación presentaba dos importantes condicionantes en relación con la codificación del derecho mercantil: el propósito de lograr un derecho codificado que, a pesar de su fijación en una diversidad de códigos, se caracterizara por su coherencia y armonía; y el papel central que debía representar el *Código Civil*, en cuanto código general que debía articular a los restantes de modo coherente. En ese contexto Gabriel Ocampo entendió que su tarea como codificador debía realizarse sobre la base de algunas líneas básicas que, a manera de claves, expuso al Ministerio de Justicia en 1853 y que concretó a lo largo de todo su trabajo de redacción del proyecto de *Código de Comercio*. Esas claves fueron:

- a) la adopción de un *Código de Comercio* que operó como modelo a partir del cual se plantearon las reformas, modificaciones e innovaciones en relación con el derecho mercantil vigente en el país, y que fue el *Código de Comercio* español de 1829;
- b) la inspiración de las reformas e innovaciones en la necesidad de adecuar el derecho codificado a la realidad jurídica, social y económica del país;
- c) la necesidad de solucionar las controversias que existían entre los juristas acerca de variadas cuestiones mercantiles y
- d) la centralidad del *Código Civil* como un texto en tomo al cual el de Comercio debía plantearse como en armonía y coherencia.

En el segundo capítulo: “Los desafíos del Derecho mercantil en Chile: evolución y desarrollo”, Roberto Guerrero Valenzuela, profesor titular de Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, hace un breve repaso de los orígenes del derecho mercantil, prestando especial atención a los caracteres que definían la disciplina en su origen y, acto seguido, expone y analiza los dos procesos, en parte contradictorios, que han minado las bases sobre las que se desarrolló y tuvo su fundamento el derecho mercantil en Chile y demás

países del derecho continental. El primero, de carácter interno o nacional, es el reemplazo de la noción subjetiva del derecho mercantil por una noción objetiva, impulsada por la normativa sobre protección de los derechos de los consumidores –en Chile la Ley n.º 19496 de 1997–, que basa su aplicación en la noción de acto de comercio, desligándose completamente del concepto de comerciante. Esto genera una tendencia a la introducción de principios rígidos en la normativa reguladora de diversos sectores de la disciplina. El segundo, de carácter internacional o global, es la expansión del concepto tradicional de *lex mercatoria*, en el que hoy se incluyen no solo los principios creados por los mercaderes en sus relaciones, sino principios y normas a veces alejadas de la idiosincrasia local exigidos para la incorporación a organismos multilaterales o por tratados internacionales.

El tercer capítulo: “Notas sobre la evolución del Derecho societario en Chile”, es un trabajo conjunto entre Roberto Guerrero Valenzuela, profesor titular de Derecho Comercial en la Pontificia Universidad Católica de Chile, y Matías Zegers Ruiz-Tagle, profesor asociado de Derecho Comercial de la misma universidad. Se compone de una primera parte de carácter general, dedicada al estudio de los conceptos generales en torno a los que se construye del derecho de sociedades: el empresario colectivo y la sociedad (teoría general, concepto, naturaleza jurídica y personalidad jurídica). Y, en segundo lugar, se analiza la evolución normativa de la forma social modelo del derecho de sociedades: la sociedad anónima.

Los autores destacan que la evolución del sistema de responsabilidad de las sociedades en particular el de las sociedades anónimas, muestra un intervencionismo cada vez mayor del Estado en materias de administración corporativa, no solo desde un punto de vista legislativo, sino, también, administrativo y judicial. Entienden que esta evolución implica un agresivo dirigismo y debilitamiento del carácter contractual de la sociedad anónima hacia un fortalecimiento de la teoría institucionalista. Y, para concluir, se plantean de qué forma se recogerá el principio del criterio de negocios cuando se contravenga una decisión de gestión social a la luz del deber de diligencia y cuidado que contempla la legislación societaria chilena.

El cuarto capítulo: “El Derecho bancario en Chile”, comprende un estudio general bastante completo del derecho bancario en Chile: concepto, caracteres, fuentes, historia y principales operaciones bancarias, incluyendo la oportuna referencia a los organismos competentes en el sector: la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y el Banco Central de Chile.

El autor del trabajo, Miguel Ángel Nacrur Gazali, profesor asociado de Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, pone de manifiesto la doble vertiente del derecho bancario, en el que se distingue entre las normas que rigen a las empresas bancarias tales que integran el derecho público y aquellas que gobiernan los negocios propios del giro bancario, que se traducen en las disposiciones aplicables a los actos y contratos que celebran los bancos con sus clientes y que conforman propiamente el derecho priva-

do. De esta compleja problemática jurídica surge el marco legal que rige las operaciones bancarias que solo pueden ser realizadas por las empresas que ejercen dicho giro reservado, quienes, a su vez, en exclusiva están facultadas para celebrar aquellos actos o contratos que la ley les autoriza y en la forma que se establece en la normativa de orden público que dicten las autoridades reguladoras, que en Chile corresponde al Banco Central de Chile y a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (ahora Comisión para el Mercado Financiero) en uso de sus respectivas facultades y atribuciones legales.

Por otra parte, se ponen de manifiesto las características de universalidad y uniformidad de la legislación bancaria, basada en principios establecidos por instituciones internacionales sobre todo tras la reciente crisis financiera mundial. Los avances tecnológicos, informáticos y de las comunicaciones han sumido al derecho bancario en un proceso de globalización que exige una regulación que permita a las empresas bancarias participar en condiciones de eficiencia y oportunidad, lo que justifica que la legislación bancaria contenga las normas generales por las que deben regirse esa actividad, acordes con los principios internacionales, sin perjuicio que la reglamentación específica sea impartida por las instituciones públicas nacionales en el ámbito de sus competencias, una manera de identificar y prevenir los riesgos a que están sujetas en el ejercicio de su giro reservado.

322

El quinto capítulo: “La regulación del contrato de seguro en Chile, en especial los criterios de protección introducidos por la Ley n.º 20.667 al Código de Comercio Chileno”, analiza desde una perspectiva general las modificaciones introducidas el año 2013 por la Ley n.º 20667 al título VIII del libro II del *Código de Comercio* chileno, con énfasis en los criterios normativos de protección que introdujo nuestro legislador. Para facilitar la comprensión de dicho análisis, el autor del trabajo, Roberto Ríos Ossa, profesor asistente de Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, expone el contexto histórico subyacente en las modificaciones introducidas por la Ley n.º 20667. En este contexto, hace alusión al proceso de codificación mercantil y la evolución posterior del denominado derecho de seguros. A continuación, aborda de modo general los principales objetivos de la reforma y se describe la estructura sistemática propuesta por legislador chileno. Después, se ofrece una revisión panorámica de los tópicos de la reforma de 2013 que el autor considera ineludible revisar por su objetivo tutelar o de protección. En primer lugar, analiza el criterio normativo de imperatividad que introdujo la Ley n.º 20667 y, en segundo lugar, la formación del contrato de seguro, en especial su carácter consensual y los deberes precontractuales de información y, por último, la improcedencia de la acción directa en el estado actual de nuestro derecho.

El autor concluye que el legislador chileno tuvo como fin satisfacer necesidades de protección a favor de los sujetos que intervienen en la relación aseguradora, en especial los tomadores, asegurados y beneficiarios. No obstante, señala que los fines tutelares quedan circunscritos exclusivamente a la

relación negocial y que los denominados terceros perjudicados en el contexto del seguro de responsabilidad civil no fueron considerados.

En el capítulo sexto: “El desarrollo del Derecho de la libre competencia en Chile”, Felipe Bravo Alliende, profesor asistente adjunto de Derecho Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, analiza la evolución normativa del derecho de defensa de la competencia en Chile. El capítulo comienza con un apartado introductorio sobre el papel del derecho en la protección de la libre competencia, tras el cual se aborda la incidencia de la codificación civil, mercantil y penal en la regulación de la libre competencia y las leyes especiales dictadas durante el periodo codificador. A continuación, el autor hace referencia a la institucionalización de la defensa de la competencia que se impulsa mediante las funciones atribuidas a la Fiscalía Nacional Económica en 1999 y se materializa en la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en 2003. Después expone la evolución en ciertos ámbitos de la normativa sustantiva sobre defensa de la competencia. Por último, se analiza el papel de las atribuciones administrativas y del *soft law* en la regulación de la libre competencia.

El autor señala que el carácter global de la promoción y protección de la libre competencia ha situado a Chile como un referente de sistema bifurcado de agencia –la Fiscalía Nacional Económica– y tribunal especializado –el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia–. Este sistema de libre competencia cuenta con herramientas para adoptar una estrategia de *enforcement* que permita combinar la colaboración y persuasión con la disuasión (e, incluso, la incapacitación). Dicho de otro modo, se trata de un sistema que posibilita la aplicación de estrategias de mayor vigor con otras más flexibles, ejercidas a través del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por la vía de sus actos jurisdiccionales o administrativos, y por la Fiscalía Nacional Económica en ejercicio de sus atribuciones persecutorias.

El último capítulo de la cuarta parte: “La evolución del Derecho concursal chileno”, es obra de Juan Luis Goldenberg Serrano, profesor asociado de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. El autor realiza un recorrido histórico por la normativa que ha regulado el problema la insolvencia del deudor, centrándose en su desarrollo a partir de la codificación comercial chilena de 1865. En ese recorrido se analiza: la legislación aplicable a inicios de la era republicana; la primera regulación patria: el decreto ley de 8 de febrero de 1837; la regulación concursal en la planificación codificadora; las leyes de quiebra fuera de la codificación y, para concluir, la Ley n.º 20720, de 9 de enero de 2014, de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas, el presente de la regulación concursal en Chile. El autor advierte de la relevancia de los cambios sociales, económicos y políticos del país, para ponderar los principios subyacentes en las distintas etapas del proceso de evolución de la materia, y pone en situación cada una de las normas bajo su contexto sociopolítico facilitando la comprensión de la evolución de la disciplina hasta el estado actual.

Para cerrar la obra se incluye una crónica de la Comisión de Estudios de una Nueva Codificación Comercial, nacida de un convenio de colaboración suscrito por el Ministerio de Justicia y la Universidad de Chile en el marco de los festejos por el aniversario del *Código de Comercio*, cuyo propósito es compilar y sistematizar, bajo la forma de un proyecto de ley, las disposiciones relativas a la materia y que en la actualidad se encuentran dispersas en distintos cuerpos legales, introduciendo las adecuaciones que sean necesarias.

ÁNGEL VELERDAS PERALTA
PROFESOR DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Siglas y abreviaturas

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios	
ABGB	<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i>	
a. C.	antes de Cristo	
al.	<i>alii</i> (otros)	
ALCM	Anteproyecto de Ley de Código de Comercio de 2014	
art.	artículo	
arts.	artículos	
AUGE	Acceso Universal a Garantías Explícitas	
BATNA	Best Alternative To a Negotiated Agreement	327
BBVA	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria	
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>	
CC	<i>Código Civil</i>	
CES	Consejo Económico y Social	
CESL	Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea	
cfr.	confróntese	
CNUCCIM	Convención de la Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías	
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil	
Cod.	<i>Codex Iustinianus</i>	
cons.	considerando <i>a veces</i> considerandos	
coord.	coordinador <i>a veces</i> coordinadora	
coords.	coordinadores	
COT	<i>Código Orgánico de Tribunales</i>	
CPC	<i>Código de Procedimiento Civil</i>	

<i>CPR</i>	<i>Constitución Política de la República</i>
<i>D.</i>	<i>Digesto</i>
DCFR	Marco Común de Referencia
DFL	Decreto con fuerza de ley
DL	decreto ley
<i>Dig.</i>	<i>Digesto</i>
dir.	director
Dr.	doctor
DS	decreto supremo
DUCI	Derecho Uniforme del Comercio Internacional
ed. <i>a veces</i>	edición, editor, editora a veces editorial
eds.	editores
EIRL	Empresa Individual de Responsabilidad Limitada
etc.	etcétera
Excma.	Excelentísima
<i>F.M.</i>	<i>Fallos del Mes</i>
FONASA	Fondo Nacional de Salud
<i>Gai.</i>	<i>Instituciones de Gayo</i>
GES	Garantías Explícitas en Salud
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
inc.	inciso
ISAPRES	Instituciones de Salud Previsional
IVA	Impuesto al valor agregado
LAFPPA	Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Ley n.° 14908
LAUC	Ley de Acuerdo de Unión Civil, Ley n.° 20830 de 2015
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPG	Ley de Participación en los Gananciales. Ley n.° 19335 de 1994
LPSD	Ley de prenda sin Desplazamiento
Ltda.	limitada
LTF	Ley de Tribunales de Familia. Ley n.° 19968 de 2004
m	metros
MiPyME	Micro, pequeña y mediana empresa
NNA	niños, niñas y adolescentes

n.º	número
OEA	Organización de Estados Americanos
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (obra citada)
p.	página
<i>Part.</i>	<i>Siete Partidas</i>
PECL	Principios Europeos de Derecho de los Contratos
PICC	Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales
PLDC	Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos
PME	Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos española
PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
pp.	páginas
PrALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten
PUCV	Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
<i>RDJ</i>	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i>
RRC	Reglamento para el Registro de Comercio
RRCBR	Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces
RV	reservation value (“valor de reserva”)
S.A.	sociedad anónima
SAS	Sociedad por Acciones Simplificada
SBIF	Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras
SCA	Sentencia de la Corte de Apelaciones
SCS	Sentencia de la Corte Suprema
sec.	sección
Sename	Servicio Nacional de Menores
SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor
SEREMI	Secretaría Regional Ministerial
s/f	sin fecha
s/l	sin lugar
s/n	sin número
ss.	siguientes
SSCS	Sentencias de la Corte Suprema

TEF	transferencias electrónicas de fondos
trad.	traducción
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UF	Unidad de fomento
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
USD	Dólares estadounidenses
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i>
Vol.	volumen
ZOPA	zone of posible agreement (zona de posible acuerdo)

Instrucciones a los autores

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

Los colaboradores de la *Revista Chilena de Derecho Privado* recibirán un ejemplar de ella y veinte separatas de su artículo. Los trabajos deben ser enviados a la Secretaría de Redacción de la revista, y ceñirse a las siguientes instrucciones:

1. La *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri es una publicación especializada en el área del Derecho Privado, que tiene por finalidad contribuir al desarrollo del estudio de esta área, intentando fomentar el debate crítico sobre problemas relevantes que permitan un diálogo entre académicos y prácticos. La revista contiene seis secciones, en la primera “Artículos de doctrina”, se publican trabajos inéditos resultados de investigaciones, los cuales son sometidos a evaluación por el Consejo Editorial; la segunda parte “Doctrina y Jurisprudencia Extranjera”, que recibirá artículos científicos y comentarios de sentencias foráneas, debidamente traducidos a partir de sus originales, cuya publicación decide el director de la revista; en la tercera sección dedicada a “Comentarios de Jurisprudencia”, se publican análisis breves y críticos de sentencias relevantes en materias de Derecho Privado. Se divide en subsecciones dedicadas al Derecho de las Obligaciones y Responsabilidad Civil, Contratos Especiales, Derecho de Bienes y de su Dominio, Uso y Goce, Derecho de Familia, Sucesorio y Regímenes Patrimoniales. Cada subsección está a cargo de un especialista, sin perjuicio que pueden enviarse comentarios para su publicación que serán sometidos al Consejo Editorial y al profesor a cargo de la sección específica. El objetivo consiste en entregar al público lector un estudio crítico de la jurisprudencia relevante con un método de síntesis inspirado en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. La cuarta sección está dedicada a la “Actualidad Jurídica”, cuya finalidad es difundir comentarios breves sobre leyes de reciente publicación o proyectos de ley en trámite. Los trabajos son sometidos al Consejo Editorial. La quinta sección “Revista de revistas”, está abocada a dar noticia de las últimas publicaciones relevantes en revistas científicas similares. Y, por

último, la parte de “Recensiones” está abierta a las contribuciones de autores externos bajo aprobación del Consejo Editorial, siendo su objetivo dar noticia de las publicaciones en el área del Derecho Privado, tanto en el ámbito nacional como extranjero.

2. Los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año se recibirán hasta los días 5 de mayo y 5 de octubre, respectivamente. Aquéllos deberán ser dirigidos a la Dirección de la Revista, sin compromiso de devolución. El trabajo debe ser remitido en originales, mecanografiados a interlineado 1,5 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 a *Revista Chilena de Derecho Privado*, República 112, acompañado de respaldo electrónico en versión Word o al correo electrónico fundación.fueyo@udp.cl
3. La Dirección de la Revista remitirá el trabajo sometido para su publicación a un miembro del Consejo Editorial y, en caso necesario, a un experto exterior. Los resultados serán comunicados a más tardar el 30 de mayo y el 30 de octubre de cada año, respectivamente. El arbitraje se llevará a cabo según una pauta que determine: análisis original, calidad de los argumentos, redacción, bibliografía y, el o los evaluadores deberán indicar si se acepta la publicación, se acepta con correcciones o si se rechaza.
4. Sólo se publicarán trabajos originales e inéditos, abriendo también la posibilidad de que una misma investigación sea publicada en dos partes, en números sucesivos. 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 aquéllos que ya hayan sido publicados en los anteriores u otros idiomas y se traduzcan por primera vez al español.
5. Cada trabajo deberá ir acompañado con un resumen de no más de doscientas palabras, en español, inglés y francés, palabras claves en español, inglés y francés.
6. Los artículos indicarán, bajo su título, el nombre del autor y la universidad o institución a la cual pertenezca.
7. En el primer llamado a pie de página el autor señalará la dirección postal de la universidad, centro de investigación o institución a la cual está incorporado y correo electrónico institucional.
8. El cuerpo de los estudios se dividirá en secciones numeradas con romanos.

Cada párrafo podrá ser nuevamente subdividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de un punto (1.). 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].

9. Se requiere, como *conditio sine qua non*, que cada autor desarrolle cada abreviatura y sigla que utilice en su texto, para incorporarlas al proceso de edición en la sección correspondiente.
10. Las referencias bibliográficas, de normas y jurisprudencia se harán conforme a las siguientes normas:
NCh1143.Of1999 Documentación, Referencias bibliográficas, Contenido, forma y estructura. Equivalente a norma ISO 690.
NCh1143/2.Of2003 Información y documentación, Referencias bibliográficas, Parte 2: Documentos electrónicos o partes de ellos. Equivalente a norma ISO 690-2.
11. Bibliografía citada. Las referencias completas de la bibliografía citada se incluirán al final del trabajo, bajo el título “Bibliografía citada”. Se deberán incluir todas las referencias a libros, capítulos de libros, artículos de revistas o publicaciones en formato electrónico, y se ordenará alfabéticamente según el primer apellido del autor. Ejemplos de referencia completa:
 - Libro: BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
 - Capítulo de libro o escritos reunidos: GUZMÁN BRITO, Alejandro (2008). “Las prendas ordinaria y sin desplazamiento de la ley N° 20.190, recaídas en cosa ajena”, en Fabricio MANTILLA y Carlos PIZARRO (coords). *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*. Santiago: Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri.
 - Artículos de revista: REMY, Phillippe (2002). “Planiol: un civiliste à la Belle Epoque”. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. N° 1. Paris. Janvier-Mars.
 - Traducciones: ZIMMERMANN, Reinhard (2008). *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*. (trad.) Esther Arroyo i Amayuelas. Barcelona: Editorial Bosch.
 - Documentos en formato electrónico: PIZARRO WILSON, Carlos (2007). ¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?. *Ius et Praxis*, vol. 13, N° 1, pp. 11-28. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100002&lng=es&nrm=iso. [Fecha de consulta: 11 de marzo de 2013].

Las referencias abreviadas de las respectivas obras citadas se utilizarán en la nota al pie de la forma que se señalará a continuación. Apellido del autor en VERSALES, año de publicación (entre paréntesis) y el número de páginas a las que se hace referencia.

El lector podrá obtener los datos completos de la referencia en la sección “Bibliografía citada”.

Ejemplos de referencia abreviada:

- Obras con un autor: BARROS (2006), pp. 222-240.
- Obras con dos autores: MANTILLA y PIZARRO (2008), pp. 401-422.
- Obras con más de dos autores: DÍEZ-PICAZO *et al.* (2002), p. 54.
- Dos o más obras del mismo autor y año de publicación: CORRAL (2008a) y CORRAL (2008b).

12. Normas citadas. Las referencias completas de las normas citadas se incluirán al final del trabajo, bajo el título “Normas citadas”. Se deberá incluir todas las referencias legales o normativas y, en el caso de una ley, el número de ella, su denominación oficial, el título de la publicación en que aparece oficialmente, y la fecha de publicación (día, mes, año). Se exceptúan de las especificaciones anteriormente dadas, la Constitución Política de la República y los códigos nacionales, para los cuales bastará mencionarlás según su denominación oficial.

– Ejemplo de referencia completa: Ley n.º 19496, Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. *Diario Oficial*, 7 de marzo de 1997.

336

La referencia abreviada de las respectivas normas citadas se utilizará en la nota al pie de la forma que se señalará a continuación. Se deberá indicar la norma citada, o el número de la ley, y su año de publicación.

El lector podrá obtener los datos completos de la referencia en la sección “Normas citadas”.

– Ejemplo de referencia abreviada: Ley n.º 19496, de 1997.

13. Jurisprudencia citada. Las referencias completas de las sentencias utilizadas incluirán al final del trabajo, bajo el título “Jurisprudencia citada”. Se ordenarán cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes. Se hará indicación de las partes, el tribunal, fecha, y lugar de publicación.

Las sentencias se indicarán según el nombre de las partes y el año de la sentencia (entre paréntesis y en redondas), seguido de dos puntos (:), la referencia del tribunal que la haya dictado, la fecha en que se dictó la sentencia (día, mes, año), rol de la causa, y lugar en que fue publicada la sentencia según referencia completa o abreviada, indicando volumen, año, secciones y página.

– Ejemplo de referencia completa: Rozas Vial con Párroco de San Roque (1984): Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de agosto de 1984 (acción de protección), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 81, sec. 5ª., p. 161.

- Aldo Rojas Riobo con Aguas del Altiplano S.A. (2008): Corte de Apelaciones de Iquique, 10 de marzo de 2008 (casación en la forma), Legal Publishing n.º 38471.

La referencia abreviada de las sentencias utilizadas se efectuará en la nota al pie de la forma que se señalará a continuación. Se deberá indicar el nombre de las partes y el año en que se dictó la sentencia (entre paréntesis).

El lector podrá obtener los datos completos de la referencia en la sección “Jurisprudencia citada”.

- Ejemplo de referencia abreviada: Rozas Vial con párroco de San Roque (sin cursiva) (1984).

Directivas éticas de la publicación y declaración respecto de malas prácticas

DIRECTIVAS ÉTICAS DE LA PUBLICACIÓN Y DECLARACIÓN RESPECTO DE MALAS PRÁCTICAS

La publicación de un artículo en una revista con revisión de pares como la *Revista Chilena de Derecho Privado* de la Fundación Fernando Fueyo Laneri constituye un compromiso con el avance del conocimiento en el ámbito jurídico. Resulta, entonces, relevante establecer un compromiso ético respecto de esta actividad entre todas las partes que se involucran en esta empresa: desde luego los autores, pero también el Comité Editorial, los árbitros de cada trabajo y quienes, bajo su responsabilidad, publican la revista.

I. DEBERES

Deberes de los autores

Los autores de artículos originales deben enviar solo manuscritos que sean el resultado de una investigación original. Si se han servido del trabajo o las ideas de otros, ello debe ser reconocido en forma adecuada según las reglas de citación o registro pertinentes.

El plagio, en cualquiera de sus formas es una conducta éticamente inaceptable. De igual manera, allí donde resulte necesario, la información obtenida de otros trabajos ha de haber sido autorizada.

La autoría debe limitarse a quienes han hecho una contribución sustancial. Todos los investigadores que hayan participado de esta manera se consideran como autores y todos ellos han de haber aceptado enviar el trabajo para su publicación.

La información de que se ha servido debe presentarse de una manera que permita a otros acceder a las fuentes utilizadas. Eventualmente, podrá solicitarse a los autores que suministren la información empleada en la elaboración de su trabajo, para la labor de arbitraje y que la mantengan disponible durante un tiempo razonable después de la publicación.

El autor no deberá enviar el mismo trabajo a varias publicaciones ni enviar un trabajo que contenga, sustancialmente, la misma investigación

que ya se ha publicado en otros lugares. En caso de que mantenga dudas al respecto, debe informarlo en el envío de su manuscrito.

Se ha de informar en el artículo la fuente del financiamiento de su trabajo o la existencia de conflictos de interés que repercutan sobre la imparcialidad de la investigación. Así, por ejemplo, el hecho de que se trate de un informe en Derecho o algún otro tipo de opinión que haya sido financiada para defender un determinado interés.

En el evento de que, con posterioridad al envío del escrito, descubra errores o faltas de exactitud en el mismo, debe informarlo a la mayor brevedad posible al editor de la revista y señalar la forma de corregir la situación.

Deberes del Comité Editorial

El Comité Editorial de la *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri* es el responsable de la publicación de los manuscritos enviados por los autores. Por lo mismo, deberá emplear el cuidado debido para tutelar de forma adecuada los derechos de autor y evitar el plagio en cualquiera de sus formas. En este sentido, será deber del director de la revista informar al Comité Editorial acerca de cualquier conducta reñida con la ética.

La evaluación de los manuscritos debe hacerse en consideración solo de su calidad intelectual con total independencia de la raza, género, orientación sexual, creencias religiosas, origen étnico, nacionalidad o convicciones políticas de los autores.

El comité y el director guardarán estricta confidencialidad respecto de los manuscritos que reciban. La distribución de ellos se limitará solo a quienes deban arbitrarlos y en la medida en que sean aceptados, al responsable de la publicación.

Deberán abstenerse de emplear los manuscritos en sus propias investigaciones antes de que sean publicados, a menos de que exista un consentimiento expreso del autor que lo envió. En la medida en que perciba un conflicto de interés en su labor respecto de un escrito, deberá abstenerse de participar en su proceso de revisión.

Deberán llevar el procedimiento por infracciones a la ética de manera adecuada, garantizando su razonabilidad. Asimismo, deberán resguardar la posibilidad de que el autor a quien se le reprocha la eventual conducta contraria a la ética, formule sus descargos y defensas.

Deberes de los árbitros

La publicación de un trabajo para su publicación en la revista exige dos arbitrajes ciegos que lo aprueben.

La revisión anónima y por pares constituye un elemento esencial en la producción del conocimiento. La labor de los árbitros consiste en evaluar la adecuación del escrito enviado a los estándares formales y de fondo de la *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*. En el marco de esta labor, deben informar de forma justificada si, en su opinión, el trabajo satisface los requisitos para su publicación y si procediere, indicar las modificaciones que resultan necesarias para su mejora. Su opinión debe encontrarse suficientemente justificada, manifestando con claridad por qué aconseja o no la publicación del manuscrito y las eventuales modificaciones que sugiere.

Su labor de revisión se realizará de la manera más objetiva posible, prescindiendo de críticas personales al autor.

Si alguno considera que no se encuentra calificado para la evaluación de un manuscrito o que no podrá hacerlo con la prontitud solicitada por el Comité Editorial, deberá comunicarlo a la mayor brevedad posible. Asimismo, consignará si considera que la investigación no cita publicaciones. Especialmente relevante es que si nota cualquier riesgo de plagio lo informe.

Deberán tratar con confidencialidad los manuscritos que reciban. De manera que se abstendrán de emplearlos en sus propias investigaciones o comunicarlos a terceros. De igual forma, deben abstenerse de ejecutar la revisión si notan cualquier conflicto de interés, incluyendo –pero no limitado a– trabajos en colaboración con el autor, relaciones de cercana familiaridad o amistad con el autor, enemistad, competencia en proyectos, etcétera.

II. PROCEDIMIENTO

POR CONDUCTAS CONTRARIAS A LA ÉTICA

Cualquier persona que detecte una conducta contraria a la ética que afecte a esta revista, podrá dirigir una denuncia por cualquier medio razonable, informándola. Resultará irrelevante el momento en que se haya cometido dicha falta.

Constituyen conductas contrarias a la ética el plagio, la omisión de referencias a las coautorías, la falta de indicación del uso de fuentes, el envío total o parcial de escritos ya publicados, el uso de artículos no publicados por parte de algún árbitro, del director o de un miembro del Comité Editorial, la revisión del manuscrito existiendo conflictos de interés y en general, cualquier otra que comprometa el objetivo de esta publicación, es decir, promover el avance del conocimiento en los temas de Derecho Privado.

Quien dirija la denuncia, deberá acompañar antecedentes suficientes que la tornen plausible. Recibida cualquier denuncia y sus antecedentes

fundantes, se comenzará una investigación. El objetivo de dicha investigación consistirá en evaluar adecuadamente la existencia –o no– de la conducta denunciada.

Aunque se trata de un procedimiento sin mayores formalidades, se asegurará una tramitación en forma expedita y la acumulación de información necesaria, lo que incluye –pero no se limita– a la eventual participación de expertos. Se velará en todo momento porque la persona a quien se le reprocha una conducta contraria a la ética tenga la oportunidad de formular sus descargos.

Los modelos de procedimiento que se seguirán respecto de las distintas causas que pudiesen originar un reclamo, serán aquellas elaboradas por el Committee on Publications Ethics, cuyo detalle se sigue en <http://publicationethics.org/files/Spanish%20%281%29.pdf>

Mientras no exista una decisión acerca de la eventual infracción, la investigación se mantendrá confidencial, evitando lesionar innecesariamente el prestigio del eventual afectado.

Las infracciones pueden ser leves o graves. En el primer caso, la decisión se tomará de manera expedita y el director consultará a dos miembros del Comité Editorial. En el segundo caso, deberá informarse a todos los miembros del Comité Editorial y solicitar su opinión acerca de la necesidad de contar con un experto que evalúe la situación y la conveniencia de informar al empleador de quien ha incurrido en la conducta acerca de ella.

Concluida la investigación, podrán aplicarse una o más de las siguientes medidas, de acuerdo con la gravedad de la infracción.

- Informar a la persona acerca de la existencia de un eventual malentendido o aplicación incorrecta de los estándares éticos de la publicación.
- Advertir a la persona en términos más severos que su conducta no es aceptable y que no puede repetirse hacia el futuro.
- Publicación en la misma revista de una nota o editorial, indicando la infracción a la ética
- Enviar una carta formal e informativa al empleador o a la institución a que pertenezca la persona a quien se reprocha la falta.
- Eliminar la publicación de la revista, aun cuando ya haya sido aceptada. Tratándose de la versión electrónica, eliminarla con independencia de cuando haya sido publicada, informándolo al empleador o a la institución a que pertenezca la persona que cometió la infracción.
- En caso de que la conducta corresponda a un ilícito penal, informarlo a las autoridades correspondientes.

Se terminó de imprimir
en el mes de diciembre de 2019
en Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

