FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO · FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES · JULIO. 2020 ISSN 0718-0233

REVISTA CHILENA *de* DERECHO PRIVADO

Nº 34

ARTÍCULOS DE DOCTRINA | Revisión de contrato de suministro eléctrico | Arbitrabilidad del conflicto de consumo | Enriquecimiento injustificado en Chile y Francia | El reembolso en la garantía legal | Publicidad en créditos al consumo. **DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA** | Control de cláusulas abusivas entre empresarios | Daño moral "puro" en víctimas por rebote | Regulación del arbitraje en el CPTPP/TPP-11. **COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA** | Obligaciones y responsabilidad civil: autonomía de la indemnización en obligación de dar | Contratos especiales: destrucción parcial de la cosa arrendada | Bienes y derechos reales: edificación en suelo ajeno | Derecho del Consumo: abusividad por falta de transparencia | Derecho Procesal Civil: tercería de prelación y prueba del hecho negativo. **RECENSIONES**.

FUNDACIÓN **FERNANDO FUEYO**
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

Revista Chilena de Derecho Privado
Fernando Fueyo Laneri

N° 34
Julio 2020

Revista Chilena de Derecho Privado
Fernando Fueyo Laneri

DIRECTORA
Claudia Bahamondes Oyarzún
Profesora de Derecho Civil
Universidad Diego Portales

Editor asociado
Felipe Fernández Ortega
Profesor 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. Soraya Amrani-Mekki
Université Paris Nanterre
(Francia)

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 Paris II - Panthéon Assas
(Francia)

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

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

Prof.ª Dra. Lourdes Ferrando Villalba
Universidad de Valencia
(España)

Directorios y catálogos
Latindex (catálogo). Library of Congress Online Catalog-U.S.A. Dialnet. Scielo. Ebsco. Redalyc

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

REVISTA CHILENA DE DERECHO PRIVADO

Fernando Fueyo Laneri

N° 34
Julio 2020
ISSN 0718-0233

Artículos de doctrina

Una mirada contemporánea a la revisión del contrato de suministro eléctrico ante eventos imprevistos *por Karl Conrads Araya y Carlos Berner Zúñiga* 9

Sobre la arbitrabilidad del conflicto de consumo en Chile: insumo básico para un replanteamiento estructural *por Eduardo Jequier Lehuedé* 57

¿Dos diferencias entre las aproximaciones del Derecho chileno y francés al enriquecimiento injustificado? *por Pablo Letelier Cibié* 93

El derecho de reembolso en la fase extrajudicial en el marco de la garantía legal *por Marcos Manque Jaramillo* 123

El propósito persuasivo de la publicidad y sus peligros en el ámbito del crédito al consumo *por Juan Luis Goldenberg Serrano* 163

Doctrina y jurisprudencia comparada

Notas sobre el control de cláusulas abusivas entre empresarios. Una síntesis del modelo alemán *por Pamela Mendoza Alonzo y María Elisa Morales Ortiz* 207

Compensación del daño moral "puro" de las víctimas secundarias o por rebote. Comentarios comparados en derecho inglés y francés. Corte Suprema, 24 de enero de 2019, rol n.º 38 037-2017 *por Arantxa Gutiérrez Raymondova* 217

Algunas notas sobre las tendencias jurisprudenciales aplicables a la regulación del arbitraje establecido en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP/TPP-11) *por Ricardo Padilla Parot* 239

Comentarios de jurisprudencia

Obligaciones y responsabilidad civil

La autonomía de la indemnización de daños y la opción del aceedor frente al incumplimiento de una obligación de dar *por Patricia López Díaz* 275

Contratos especiales

La excepción de contrato no cumplido frente a la destrucción parcial de la cosa arrendada *por Javier Rodríguez Diez* 303

Bienes y derechos reales

Problemas registrales en torno a la edificación en suelo ajeno *por Jaime Alcalde Silva* 315

Derecho del consumo

Abusividad por falta de transparencia, nulidad de cláusulas no incorporadas e improcedencia de responsabilidad infraccional *por Sebastián Campos Micin y Gabriel Hernández Paulsen* 335

Derecho procesal civil

Tercería de prelación y prueba del hecho negativo *por Maite Aguirrezabal Grünstein* 351

Recensiones 361

Instrucciones a los autores 375

Directivas éticas de la publicación y declaración respecto de malas prácticas 383

FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

Artículos de doctrina

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 9-56 [julio 2020]

UNA MIRADA CONTEMPORÁNEA A LA REVISIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO ELÉCTRICO ANTE EVENTOS IMPREVISTOS

A CONTEMPORARY PERSPECTIVE IN THE REVISION OF POWER PURCHASE AGREEMENT IN LIGHT OF UNFORESEEN CIRCUMSTANCES

Karl Conrads Araya[*]
Carlos Berner Zúñiga[**]

RESUMEN

En este trabajo analizaremos el comportamiento intrínsicamente variable e imprevisto del mercado eléctrico chileno con relación a los contratos de suministro eléctrico, haciendo hincapié en la transformación que ha causado la entrada masiva de energías renovables no convencionales desde el año 2015. En este sentido, al alero de la teoría de la imprevisión y de las cláusulas de ajuste o revisión de precios, estudiaremos las posibilidades que tienen las partes contratantes de reajustar sus pactos conforme a las nuevas circunstancias sobrevinientes a su celebración.

Palabras claves: mercado eléctrico; contratos de suministro eléctrico; teoría de la imprevisión; cláusulas *hardship*.

ABSTRACT

In this article, we analyze the intrinsically variable and unforeseen behavior of the Chilean electricity market regarding power purchase agree-

[*] Abogado en Ugarte & Correa. Código postal: 7550692. Correo electrónico: kconrads@ugartecorrea.com
[**] Abogado en Vergara, Labarca & Cía. Código postal: 7630000. Correo electrónico: cberner@vl.cl.
Artículo recibido el 16 de septiembre de 2019 y aceptado para su publicación el 10 de noviembre de 2019.

ments, emphasizing the transformation caused by the massive influx of non-conventional renewable energies since 2015. In this vein, on behalf of the unforeseen events theory and price adjustment or revision clauses, we study the parties possibilities to readjust their agreements in light of the new circumstances that arise after its conclusion.

Key words: electricity market; power purchase agreements; unforeseen events theory; hardship clauses.

I. Consideraciones preliminares

En los últimos años, el mercado eléctrico nacional ha experimentado una transformación radical: Chile se ha transformado en un "pulmón verde" debido a la entrada masiva de ERNC de distinto tipo, principalmente plantas eólicas, solares y geotérmicas. Esto ha permitido diversificar la competencia incorporando dentro de la matriz eléctrica una extraordinaria cantidad de energía limpia, al punto que a fines del año 2018 se llegó a suministrar el 20% del consumo eléctrico a través de fuentes ERNC –tal como estaba previsto ser cumplido recién hacia el año 2025 por la Ley n.° 20698– y a fines de 2019 se contaba con una capacidad de generación instalada de aproximadamente 5 300 MW[1]. Este espectacular crecimiento le significó a Chile ser reconocido en el informe "Climatescope 2018", preparado por la prestigiosa consultora Bloomberg NEF, como el país en vías de desarrollo –de una lista de ciento tres países– con mejores alternativas para la realización de proyectos ERNC[2].

Pero el reto es aún mayor. Las políticas del Ministerio de Energía, respaldadas en una enorme cantidad de proyectos "verdes" ya aprobados y en los resultados de las últimas licitaciones de suministro para clientes regulados, buscan seguir consolidando este crecimiento con una meta desafiante: lograr que al año 2050, al menos un 70% del suministro eléctrico

[1] Disponible en www.revistaei.cl/2019/12/23/energias-renovables-cerraran-2019-con-mas-de-5-300-mw-de-proyectos-en-operaciones/ [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].

[2] El estudio ponderó la calificación de cada país en tres áreas: *fundamentals*, *opportunities* y *experience*. Bloomberg Nef (2018).

El correlato en el ámbito de las inversiones es igual de gráfico: de tan solo cien millones de dólares invertidos en ERNC el año 2011, la cifra aumentó a tres coma cinco billones de dólares para el año 2015. Bloomberg Nef (2018), p. 59.

En el informe "Climatescope 2019", Chile volvió a ser destacado ocupando la segunda posición en el ránking. Disponible en http://global-climatescope.org/assets/data/reports/climatescope-2019-report-en.pdf [fecha de consulta: 3 de marzo de 2020].

sea proveído por fuentes ERNC[3]. Recientemente, el Ministerio, incluso, adelantó la meta para el año 2030[4].

Sin perjuicio de que el escenario descrito sea muy auspicioso, la transición de un modelo energético convencional a uno ERNC supone superar desafíos sociales y jurídicos no menores, para cuyo éxito se requiere de una sinergia entre intereses públicos y privados. Entre estos últimos, esta reciente transformación del mercado eléctrico vuelve a recordarnos una característica inherente del mismo: su gran volatilidad frente a usuales cambios coyunturales o estructurales, cuestión que colisiona con la estabilidad que las partes buscan asegurar cuando suscriben contratos de suministro de energía eléctrica, especialmente, de largo plazo, ocasionando desequilibrios contractuales imprevisibles a la época de su celebración.

En este sentido, revisaremos los principales cambios ocurridos en el mercado eléctrico con relación a la entrada masiva de ERNC que se ha propiciado en el último tiempo, dando cuenta de cómo este fenómeno puede abrir una ventana a la inclusión de prácticas más sofisticadas de redacción de cláusulas de *ajuste o revisión de precio*, de modo de anular o morigerar los efectos que circunstancias imprevistas puedan ocasionar en contratos de suministro. Como veremos, la falta de consenso doctrinario y jurisprudencial sobre la teoría de la imprevisión hace aún más deseable el desarrollo e implementación de este tipo de cláusulas.

II. Nociones básicas del funcionamiento del mercado eléctrico

Entender cómo funciona el mercado eléctrico no es una tarea fácil, sobre todo considerando que se compone de un entramado regulatorio que convive con el desarrollo de la libre actividad económica. Sin embargo, es necesario exponer las reglas básicas de su funcionamiento, sobre todo del segmento de generación eléctrica, para comprender las controversias jurídicas que afectan a los contratos de suministro de energía eléctrica PPA –como se conocen en inglés–.

A partir de la década de 1980, con la fijación del texto refundido de la LGSE de 1982, se instauraron los principios rectores del mercado eléctrico chileno. Bajo un esquema descentralizado, se distinguieron, por un lado, las actividades de distribución y transmisión –las que, por verificar carac-

[3] Ministerio de Energía, Política Energética 2050. Disponible en www.energia.gob.cl/sites/default/files/energia_2050_-_politica_energetica_de_chile.pdf [fecha de consulta: 12 de agosto de 2019].

[4] Disponible en www.emol.com/noticias/Tecnologia/2019/12/10/969926/Meta-70-energias-renovables-COP25.html [fecha de consulta: 1 de marzo de 2020].

terísticas de monopolios naturales, se sujetan a un modelo de regulación de precios– y, por otro, la actividad de generación, esta última según un modelo de libre mercado[5].

Como en todo mercado, en la comercialización de la energía participan oferentes y demandantes. Los oferentes están constituidos por empresas de generación eléctrica, mientras que los demandantes se subdividen en dos categorías: clientes libres –usuarios con potencia conectada superior a 5000 KW, grandes clientes industriales compañías mineras–, los cuales negocian y pactan libremente contratos de suministro con empresas generadoras; y clientes regulados –cuya potencia conectada es igual o inferior a 5000 KW, como "pymes" y hogares–, cuyos requerimientos energéticos son abastecidos por empresas distribuidoras, las cuales, a su vez, suscriben contratos de suministro con empresas generadoras bajo procesos licitatorios regulados que se adjudican por precios libre ofertados (entre otros factores). A partir de la dictación de la Ley n.° 20805, clientes cuya potencia conectada sea superior a 500 KW pueden optar a ser calificados como clientes libres[6].

Conforme a esta estructura, la energía puede ser comercializada en dos mercados que funcionan, *a priori*, de forma independiente, con participantes y lógicas diversas: el mercado *spot* y el mercado de contratos. Este último, a su vez, se encuentra conformado por contratos regulados –celebrados entre distribuidoras y generadoras– y por contratos negociados de forma libre –celebrados entre clientes libres y generadoras–.

El mercado *spot* lo integran las empresas eléctricas, clientes –clientes libres y distribuidoras– y el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional ("Coordinador")[7], y consiste en la plataforma en virtud de la cual se regula el funcionamiento económico de la generación eléctrica bajo dos objetivos: lograr el suministro eléctrico permanente demandado y, a su vez, que dicho suministro sea abastecido al menor costo posible. El Coordinador debe velar por el equilibrio de ambos objetivos, ordenando el despacho por "orden de mérito" de las centrales: conforme al nivel de la demanda de energía eléctrica que se observe por parte de los clientes, entrarán en funcionamiento las centrales cuyo costo variable de producción sea menor –operadoras más "eficientes"– y, progresivamente, se irán despachando las siguientes centrales más "caras" hasta la última que sea necesaria para abastecer los consumos de energía.

De esta forma, el funcionamiento del mercado eléctrico chileno se estructura bajo un modelo marginalista, pues el costo de operación real del sistema eléctrico se fija según el costo variable de la unidad generadora más cara que tuvo que ser despachada para abastecer la demanda de energía eléctrica[8]. Precisamente, dicho costo se conoce como *costo marginal*[9] y será el precio al cual se remunerará la inyección de energía de las centrales que sean despachadas por parte del Coordinador. Así, el funcionamiento del mercado *spot* busca simular una especie de mercado "perfecto": mediante la intermediación de un tercero –el Coordinador– se busca coincidir la oferta y demanda de energía y potencia eléctrica de corto plazo, al menor costo operacional posible.

El mercado de contratos tiene una lógica distinta y se desarrolla con independencia de las oscilaciones del mercado *spot*. En aquel mercado, las empresas generadoras suscriben PPA de mediano o largo plazo con empresas distribuidoras o clientes libres, pactándose una serie de cláusulas que regirán los compromisos asumidos en los contratos, principalmente con relación al precio y al volumen de suministro. Mientras los contratos suscritos con empresas distribuidoras se regulan por procesos licitatorios de responsabilidad de la CNE, mediante los cuales se adjudican bloques de suministro acorde a la demanda proyectada y en virtud de los precios ofertados más competitivos[10], los contratos celebrados con clientes libres son producto de negociaciones libremente sostenidas.

A diferencia del precio *spot*, los precios acordados en contratos de suministro reflejan factores asociados a situaciones de largo plazo. Las generadoras, por su parte, tienen la necesidad de percibir un precio que

[5] "Esta distinción resulta de suma importancia, pues de acuerdo a nuestra legislación, el sector generación, por las características propias de su estructura de costos ha sido tradicionalmente considerado como un mercado potencialmente competitivo, y por lo tanto, sujeto a una cierta libertad de precios, y por la otra, los segmentos de la transmisión y distribución han sido considerados como monopolios estructurales o naturales, por lo que se ha establecido que tanto sus tarifas como los más mínimos detalles relativos a la calidad y continuidad de los productos y servicios ofrecidos a público, deberán quedar sujetos a una estricta regulación por parte del Estado", Castillo (2017), p. 71.

[6] Art 147 de la LGSE.

[7] Art. 212 de la LGSE: "Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional, el Coordinador. El Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional es el organismo técnico e independiente encargado de la coordinación de la operación del conjunto de instalaciones del sistema eléctrico nacional que operen interconectadas entre sí".

[8] Asimismo, el sistema se preocupa de remunerar la *potencia de punta* o *cargo por capacidad*, cuyo precio se relaciona con el costo marginal de ampliar la capacidad de producción debido a un aumento de la demanda máxima.

Por su parte, el costo marginal es calculado por el Coordinador de forma horaria y por cada barra que compone el sistema eléctrico.

[9] "Costo en que se incurre para suministrar una unidad adicional de producto para un nivel dado de producción. Alternativamente, dado un nivel de producción, es el costo que se evita al dejar de producir la última unidad", letra f, art. 225 de la LGSE.

[10] Si bien el precio ofertado es el principal componente que se toma en cuenta a la hora de adjudicar bloques de suministro, de conformidad a la Ley n.° 20805 se incorporaron otros factores que deben tomarse en consideración por parte de la CNE. Véase el art. 131 bis de la LGSE.

sea cierto y estable[11], sobre todo cuando los contratos suscritos respaldan el financiamiento para la construcción de centrales eléctricas. Los clientes libres –así como los regulados–, por su lado, también ven como un beneficio relevante el obtener un precio estable para el desarrollo de sus actividades económicas y domésticas. Sea uno u el otro caso, en contratos de suministro eléctrico que se pactan por largos periodos resulta fundamental proyectar cuál será el costo de desarrollo de la matriz eléctrica, es decir, cuál será la tecnología empleada para viabilizar proyectos en el futuro, pues dicha proyección, como explicaremos a continuación, involucra riesgos tanto para las generadoras como para los consumidores.

Si bien el mercado *spot* funciona con independencia del mercado de los contratos, ambos se encuentran estrechamente relacionados. Una vez que, conforme a la demanda de energía y a los costos variables de las centrales disponibles, se ha inyectado al sistema la cantidad de energía que fuera necesaria abastecer, las generadoras que tengan compromisos de suministro deben comprar del sistema la energía al costo marginal horario –lo que se conoce como "retiro"– hasta por las cantidades acordadas en dichos compromisos, para luego vender la energía retirada según los términos acordados en sus contratos (al precio contractual convenido). Sin embargo, como el despacho de las centrales se efectúa por orden de mérito y sin tomar en consideración los contratos suscritos entre consumidores y generadoras, existirán centrales que serán excedentarias y otras que serán deficitarias, es decir, algunas que producirán más y otras menos en comparación a los requerimientos energéticos de sus clientes, dando lugar a transferencias económicas entre ellas: las centrales que retiraron energía por sobre su producción deberán remunerar a las que lo hicieron por debajo.

De esta forma, y como veremos más adelante, el desenvolvimiento del mercado *spot* puede generar dos tipos de efectos en los contratos de suministro: primero, a nivel de volumen de suministro, por cuanto el perfil de producción de las centrales puede ser menor a los requerimientos energéticos de sus clientes y, segundo, en el ámbito de precios, pues los niveles de costos marginales diferirán de los precios acordados en los contratos.

III. Evolución del mercado eléctrico nacional

[11] En este sentido, resulta ilustrativo el caso de la central Campanario, generadora que adoptó la estrategia de abastecer contratos de suministro desde el mercado *spot*. Sin embargo, hacia el año 2011 los costos marginales estaban en altos niveles, muy por encima de los precios pactados en sus contratos de suministro, lo que causó la quiebra de la central.

Nuestro mercado *spot* se ha caracterizado por presentar variaciones relevantes tanto durante el transcurso de los años, al interior de un mismo año o, incluso, mes a mes. Sin embargo, a continuación analizaremos dos marcos temporales que se diferencian en una doble perspectiva, primero, con relación a las estructuras que presentó el mercado eléctrico durante dichos periodos y, segundo, a las causas que explican esas estructuras.

A. Mercado eléctrico chileno al 2014: costo de desarrollo en base a energías convencionales

Desde la dictación de la LGSE en la década de 1980 hasta 2014, el costo de desarrollo de la matriz estuvo gobernado por energías convencionales, distinguiéndose dos etapas a partir de la crisis del gas argentino, cuyo punto cúlmine ocurrió el año 2006. Hasta antes de dicho año, el gas natural era uno de los insumos predominantes para el abastecimiento del sistema eléctrico chileno, llegando, el año 2005, a proveer el 29% de la generación eléctrica bruta, mientras que las hidráulicas de embalse, pasada y las centrales a carbón abastecían un 32%, 18% y 18%, respectivamente[12]. Casi no existían centrales renovables relevantes en funcionamiento debido a sus altos costos de generación.

Luego del corte del suministro de gas desde Argentina, el mercado tuvo un notable giro hacia el carbón: a 2014, la generación eléctrica de centrales sobre la base de dicho combustible aumentó a un 41%[13] del total nacional de generación –más del doble existente el año 2005–, mientras que las generadoras a gas disminuyeron a un 15% –casi la mitad con relación con el periodo anterior–. Las hidráulicas de embalse y pasada disminuyeron también a un 18% y 15% respectivamente, y las centrales renovables comenzaron a aparecer de a poco. Por ejemplo, el año 2014 un 2% de la generación bruta fue suministrada por plantas eólicas[14].

B. Año 2015 hacia el futuro:

[12] CNE (2018), p. 28.

[13] El SING, por su mayor dependencia del gas natural, experimentó cómo el carbón lo reemplazó hasta llegar al 82% de ocupación en su matriz hacia el 2013. Véase "Análisis histórico de los precios de energía eléctrica en minería y su impacto en competitividad", p. 4. Disponible en www.cochilco.cl/Listado%20Temtico/Analisis%20Historico%20de%20Precios%20de%20EE%2024-12-2014%20vf.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].

[14] CNE (2018), p. 28.

costo de desarrollo sobre la base de ERNC

A pesar de que hasta 2014 el desarrollo de la matriz eléctrica chilena había estado marcado por centrales convencionales, desde hace varios años nuestro país venía trabajando en aumentar y facilitar el desarrollo de nuevos proyectos energéticos que fueran amigables con el ambiente. De hecho, la situación energética actual y los cambios de paradigma que ha sufrido el sistema eléctrico nacional en el último tiempo, son el resultado de un largo camino y la dictación de varias leyes, junto con un drástico descenso en los costos de la tecnología de generación eléctrica ERNC.

Como analizaremos, sin la adecuación de nuestro sistema legal no se habría podido aprovechar este avance tecnológico de la industria de la generación, en virtud del cual los costos de construcción y operación de centrales ERNC se redujeron de manera significativa, viabilizando la entrada de estos proyectos a nuestra matriz y disminuyendo los precios de la energía eléctrica.

i. Cambios regulatorios del sistema eléctrico chileno

Desde su promulgación, la LGSE ha experimentado más de treinta modificaciones regulatorias con distintos alcances y propósitos relacionados con las tres grandes áreas del mercado eléctrico: generación, transmisión y distribución.

El camino legislativo para incentivar la participación de ERNC se construyó, en los últimos quince años, principalmente a partir de dos pilares: primero, el perfeccionamiento del sistema de licitaciones de suministro para clientes regulados, de modo de incentivar una desconcentración y mayor competitividad del mercado eléctrico y, segundo, el establecimiento de porcentajes mínimos de retiro o comercialización de energía que debían ser suministrados por fuentes renovables[15].

[15] Sin embargo, a nivel de transmisión también encontramos incentivos a las ERNC. De hecho, la primera señal de apoyo a estas centrales fue la Ley n.° 19940 (Ley "Corta I"), promulgada el 12 de marzo de 2004, que introdujo por primera vez el concepto de generación no convencional: "La ley establece la exención para estas centrales del pago total o parcial de los peajes asociados al sistema troncal por transportar la energía del lugar donde es generada al lugar donde es consumida, en la medida en que su capacidad de generación inyectada al sistema sea menor a 20 MW. Sin embargo, si la cantidad de generadores exceptuados de peaje excede el 5 por ciento de la capacidad instalada del sistema, éstos deberán incurrir en un pago proporcional por la parte que excede el 5 por ciento. Así, esta ley otorgó el primer incentivo a las centrales renovables no convencionales y a la cogeneración eficiente". Clerc *et al.* (2017), p. 30.

Un segundo apoyo a las ERNC, también a nivel de transmisión, fue la Ley n.° 20936, promulgada el 26 de septiembre de 2014 y que, además de viabilizar proyectos verdes al imputar la totalidad de los costos de transmisión a los clientes finales, trató el concepto de Polos de Desarrollo de Generación: "...esta ley crea el concepto de Sistemas de Transmisión para Polos de Desarrollo de Generación, los que estarán destinados a evacuar la producción de la generación de dichas zonas con potencial de generación de ERNC. El Ministerio de Energía debe determinar la existencia de zonas con potencial relevante de generación de ERNC, cuyo aprovechamiento resulte de interés público". Clerc *et al.* (2017), p. 34 y ss.

De forma indirecta, la fijación de un impuesto al carbono establecido por la Ley n.° 20780 también ha contribuido al crecimiento de las ERNC en el país, al incrementar el costo de desarrollo de generadoras convencionales como termoeléctricas o de ciclo combinado que usen gas o petróleo diésel (sin perjuicio de que estos mayores costos son usualmente traspasados al cliente, sea libre o regulado).

[16] La Ley n.° 19940 modificó principalmente la regulación de la transmisión eléctrica.

[17] Con la Ley Corta II se buscaba "despejar la incertidumbre en el mercado eléctrico para el desarrollo de futuras inversiones en generación, restaurando y reforzando, de este modo, la seguridad tradicional de abastecimiento eléctrico para el país", Evans y Yáñez (2017), p. 193.

[18] *Historia de la ley,* n.° 20018. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5572/ [fecha de consulta: 2 de junio de 2019].

[19] En un principio, los contratos de suministro eran libremente negociados entre las generadoras y empresas distribuidoras, salvo los precios que eran fijados por la CNE para cada semestre según el precio del nudo correspondiente.

[20] Evans y Yáñez (2017), p. 193.

[21] Las principales características de las licitaciones de suministro eran las siguientes: (i) el proceso estaría controlado por las distribuidoras, las que debían convocar las licitaciones con una anticipación mínima de tres años a la fecha de inicio del suministro; (ii) adjudicación de

a. Licitaciones de suministro eléctrico para clientes regulados

El año 2005 se promulgó la Ley n.° 20018 ("Ley Corta II")[16] con el objetivo de robustecer la seguridad del suministro frente a incertidumbres externas[17] en el abastecimiento de combustibles de difícil sustitución inmediata y aumentar la competencia en el mercado de la generación eléctrica facilitando el ingreso de nuevos actores[18]. Para ello, la Ley Corta II innovó con un mecanismo de licitaciones de contratos de suministro[19] sustituyendo el inciso segundo del art. 79 de la LGSE, por

> "un proceso de licitación que define contratos con plazos extendidos, durante cuya vigencia el precio de adjudicación no es modificado, sin perjuicio de las indexaciones que deban llevarse a cabo en virtud de cambios en variables asociadas a los costos de proveer el servicio"[20].

Así, esta ley pretendía introducir mejoras relevantes en el mercado eléctrico a través de procesos de licitación transparentes y regulados que dieran certeza a la inversión[21].

Sin perjuicio de esta reforma, los resultados de las licitaciones bajo la vigencia de la Ley Corta II no fueron los esperados: de las diecisiete licitaciones –desde la 2006/1 hasta la 2013/1– que se convocaron al amparo de esta ley[22], siete fueron declaradas totalmente desiertas. En las diez restantes, grandes porcentajes de bloques de energía no fueron adjudicados y otros tantos lo fueron a precios altos debido a una inflexibilidad de los procesos: al ser público el precio máximo de oferta económica que establecía la CNE, no se presentaban ofertas cuando los costos de desarrollo del sistema estaban por sobre dicho máximo; y en las licitaciones en que las generadores sí ofertaron, los precios por lo general bordeaban los máximos publicitados. Por otro lado, tampoco se logró la entrada de nuevas generadoras al mercado eléctrico, pues casi la totalidad de la oferta, hasta el año 2014, se concentraba en las empresas Colbún, Endesa y AES Gener[23], las que tampoco ofrecían nuevos proyectos que ampliaran la matriz eléctrica y disminuyeran los precios de energía.

Estos dos factores repercutían en los niveles de precios del mercado *spot* –que, hacia los años 2012 y 2013, superaban los 250 USD/MWh[24]– y, consecuentemente, afectaban los resultados de las licitaciones de suministro: mientras que en la licitación 2012/03, segundo llamado, los precios llegaron a 139,90 USD/MWh, en la licitación 2013/01 ascendieron a 128,93 USD/MWh. Este alto nivel de precios impactaba tanto el consumo de los hogares –clientes regulados– como el de los clientes libres –principalmente, empresas mineras, que se veían impedidas de acceder a contratos más baratos por escasez de oferta–, las que perdían competitividad en comparación al nivel de precios de la electricidad en el resto de América Latina y el mundo[25].

Frente a este complejo escenario eran urgentes contar con reformas legislativas que destrabaran el mercado eléctrico, pero como se sabía que dichas reformas tomarían tiempo, se comenzaron a introducir nuevas prácticas en el ámbito reglamentario. Una de las más relevantes[26] fue la realizada en la licitación 2013/03, segundo llamado, que permitió la licitación por bloques horarios. Con ello, se viabilizaba la participación de centrales ERNC en estos procesos[27], pues como estas dependen de "combustibles" o insumos primarios que varían significativamente según la hora del día (como la energía solar o eólica), podrían ofertar por los bloques horarios en que dichas centrales funcionan a plenitud (*i.e.* bloques diurnos para las plantas fotovoltaicas)[28]. Como consecuencia, los resultados de la licitación fueron más que positivos: por un lado, se aumentó la competitividad mediante la incorporación de nuevos incumbentes que rompían el tradicional esquema de las generadoras convencionales, llegándose a adjudicar cerca del 90% de los bloques disponibles y, por otro, los precios adjudicados cayeron, en promedio, cerca de un 20% con relación al último proceso, acercándose a la barrera de los USD 100 MWh[29].

bloques de suministro según el libre juego de la oferta y la demanda, de modo de obtener los precios más bajos posibles para los clientes regulados; (iii) plazos de contratos de suministro de hasta 15 años y (iv) se establecía la existencia de un precio público máximo para las ofertas, el cual sería fijado semestralmente por la CNE. Véase CNE (2017), p. 31 y ss.

[22] Compartimos la opinión vertida en CNE (2017) con relación a que las dos licitaciones previas a la Ley n.° 20805 obedecen a un periodo de transición, pues se implementaron prácticas que luego se recogieron normativamente en dicha ley.

[23] Véase tabla 5, CNE (2017).

[24] Systep (2012), p. 6.

[25] Argüello (2012).

[26] Antes, en la licitación 2013/03, primer llamado, se incorporó un cambio relevante: el precio máximo que podía ser ofertado por las generadoras dejó de ser público –como lo era bajo la vigencia de la Ley Corta II– al regularse el "precio de reserva" en la sección 8.2 de las Bases de Licitación, modificada por la resolución exenta n.° 232 de la CNE, lo que trajo como resultado una rebaja en los precios adjudicados de casi 20 USD/MWh. Endesa se adjudicó quince subbloques por un total de 681,810 GWh-año, a 112 USD/MWh. Disponible en https://sic.coordinador.cl/wp-content/uploads/2014/07/2014-08-14-Acta-Adjudicaci%C3%B3n-Primera-Etapa.pdf [fecha de consulta: 17 de junio de 2019].

[27] "Dentro del diseño de las bases para dirigir o guiar las licitaciones hacia el cumplimiento de objetivos como mayor competencia y diversificación, desde la Licitación 2013/03-Segundo Llamado se han introducido los denominados 'Bloques Horarios' a lo largo del día, con el objetivo de adaptarse a tecnologías que solo pueden generar en determinadas horas, como es el caso de las energías obtenidas a través de la radiación solar y energía eólica. Como señala González y Palma: 'La partición de ofertas en bloques horarios debiera facilitar el ingreso de generadores no convencionales, a su vez de fomentar la competencia entre ellas. Previo a esta medida, las ERNC debían ofertar un bloque completo (24 horas), lo que las obligaba a comprar energía spot en los horarios que no podían generar o procurarse de contratos de largo plazo con generadores convencionales'", CNE (2017), p. 65; "Sin perjuicio de ello, pareciera que el papel jugado por la CNE en los últimos procesos de licitación y en el diseño de las bases administrativas, han sido determinantes para el ingreso de generadores de ERNC. Lo afirmado, tras bajar las barreras de entrada existentes en el anterior marco normativo, y en particular en lo que respecta a la definición de diferentes bloques horarios a licitar permitiendo la competencia de tecnologías variables –otrora excluidas– trajo como consecuencia una inmediata disminución en los precios de adjudicación de contratos", Gatica (2017), p. 89.

[28] La sección 3.2 de las Bases de Licitación 2013/03, segundo llamado, bajo el título "Ofertas económicas para bloques de suministro", contempló la licitación de tres bloques de suministro horario: (i) entre las 00:00 hrs. y las 07:59 hrs. y entre las 23:00 hrs. y las 23:59 hrs.; (ii) entre las 08:00 hrs. y las 17:59 hrs. y (iii) entre las 18:00 hrs. y las 22:59 hrs.

[29] Resultados de la licitación disponibles en: https://sic.coordinador.cl/informacion-adicional/licitaciones/items/licitacion-2013-03/ [fecha de consulta: 7 de agosto de 2019]; "El 1 de diciembre de 2014, diecisiete empresas presentaron ofertas en el proceso. Se adjudicaron bloques de demanda equivalente a un consumo de 11.955 GWh/año a un precio medio (ponderado por la energía de los bloques) de US$ 108,150 por MWh. El precio mínimo ofertado y adjudicado fue US$ 79,880 por MWh, correspondientes a 120 MWh/año en el bloque 2-B. Esta oferta estuvo asociada a la empresa Santiago Solar S.A., con un proyecto de energía renovable solar", reporte "Utilización de bloques horarios en

Ante las evidentes mejoras introducidas en el mercado eléctrico a través de la regulación de las licitaciones de suministro, el camino a seguir era claro: se necesitaba una reforma legislativa que, haciendo suyas las prácticas que la CNE había estado implementando, continuara perfeccionando los procesos licitatorios y corrigiendo algunos de los inconvenientes y efectos no deseados que dejó la operación práctica de la Ley Corta II[30]. Fue así como se dictó la Ley n.° 20805, promulgada en enero de 2015 y que "perfecciona el sistema de licitaciones de suministro eléctrico para clientes sujetos a regulaciones de precios". Como se aprecia en su mensaje presidencial[31], esta ley tuvo como propósito central diversificar la oferta eléctrica y, como consecuencia, lograr una disminución de los precios de la energía[32].

licitación de suministro a distribuidoras: caso licitación sic 2013/03 - 2º llamado", preparado por Inodú. Disponible en www.acera.cl/wp-content/uploads/2015/02/Minuta-Acera-20122014b.pdf [fecha de consulta: 12 de agosto de 2019]; Artículo de prensa "Con éxito sin precedentes termina proceso de licitaciones de suministro SIC". Disponible en www.electricas.cl/con-exito-sin-precedentes-termina-proceso-de-licitaciones-de-suministro-sic/ [fecha de consulta: 12 de agosto de 2019].

[30] "El supuesto del legislador de que en tres años máximos se podía restablecer el equilibrio entre oferta y demanda, superando el rezago de inversiones que estaba determinado por una fuerte alza del costo marginal, no fue tal. La falta de competencia en el proceso de licitaciones, con precios cada vez mayores, ausencia de nuevos participantes, energía de base contratada concentrada en las tres principales generadoras del país, y costos marginales esperados del sistema por sobre los precios máximos fijados, en las licitaciones, evidenció un nuevo descalce entre una demanda creciente y una estrechez de la oferta por parte de las empresas generadoras", Evans y Yáñez (2017), p. 197.

[31] "Diversos estudios apuntan que uno de los problemas del mercado eléctrico estaría asociado a la falta de competencia en el mercado de generación. En efecto, en un reciente estudio encargado por la Fiscalía Nacional Económica, se indica que 'la forma de las ofertas en las licitaciones de distribución no son consistentes con competencia perfecta (entendiendo por esta última ofertas cercanas al coste de oportunidad de proveer energía). De la misma forma podemos descartar conductas del tipo colusivas (*i.e.* acciones concertadas para levantar precios). Encontramos en cambio una competencia imperfecta con un ejercicio de poder de mercado de tipo unilateral o no-cooperativo'. Dicho informe advierte que el alza de los precios ya está restando competitividad a la industria chilena y comienza a transmitirse paulatinamente a las familias. En el SIC, las tres empresas más grandes de generación eléctrica y sus relacionadas, poseen más de un 76% de la capacidad instalada, mientras que en el SING alcanza el 98%", *Mensaje presidencial de la Ley n.° 20.805.* Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/3951/HLD_3951_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf [fecha de consulta: 13 de agosto de 2019].

[32] "Teniendo claridad acerca del diagnóstico, hubo también consenso en que el instrumento clave para mejorar el estado del mercado eléctrico eran las licitaciones de suministro para clientes regulados, dado que estos representan cerca del 50% de la demanda de consumo eléctrico del SIC y el SING. En consecuencia, el marco regulatorio de los procesos de licitación resultaba crucial para la consecución de los siguientes cuatro objetivos relacionados entre sí: a) Disminuir los precios de la energía eléctrica; b) Aumentar la competencia en el sector eléctrico; c) Incorporar nuevos actores en el segmento de

Dentro de las grandes reformas introducidas por la Ley n.° 20805 a la LGSE, encontramos que, con el fin de transparentar y hacer más competitivos los procesos, la responsabilidad de las licitaciones de suministro pasó a recaer exclusivamente en la CNE[33] (antes las empresas distribuidoras tenían responsabilidad en el diseño de las bases, coordinación y dirección de los procesos[34]). Así, se lograba evitar cualquier conflicto de interés que pudiera "contaminar" el proceso licitatorio mediante el cual las distribuidoras cumplían su obligación legal[35] de contar con contratos de suministros para abastecer la demanda de los clientes regulados[36]. Otras modificaciones relevantes fueron:

i) la ampliación de ciertos plazos para promover la construcción de nuevas centrales[37],

generación, disminuyendo las barreras de entrada, y d) Diversificar las fuentes de energía", CNE (2017), p. 50.

[33] "La Comisión deberá diseñar, coordinar y dirigir la realización de tales procesos de licitación, cuyo objeto será que las concesionarias de distribución dispongan de contratos de suministro de largo plazo para satisfacer los consumos de sus clientes sometidos a regulación de precios, con una antelación mínima de cinco años a la fecha de inicio del suministro", art. 131, inc. 2 de la LGSE.

[34] La Ley Corta II entregó el proceso de licitación a las distribuidoras, pero debiendo ser aprobada sus bases y modificaciones por la CNE: "Las bases para licitaciones, individuales o conjuntas, serán elaboradas por las concesionarias y deberán ser aprobadas previamente por la Comisión", ex art. 79-2 de la LGSE.

[35] "Las concesionarias de servicio público de distribución deberán disponer permanentemente del suministro de energía que les permita satisfacer el total del consumo de sus clientes sometidos a regulación de precios. Para dichos efectos, aquéllas deberán contar con contratos de suministro, los cuales deberán ser el resultado de procesos de licitación pública. Dichos procesos no podrán incluir consumos de clientes no sometidos a regulación de precios, como tampoco se podrán incluir posteriormente en la ejecución de los contratos resultantes", art. 131, inc. 1 de la LGSE.

[36] "[...] si bien era efectivo que las distribuidoras tenían la obligación de contar con contratos que aseguraran el suministro por la obligación legal que pesa sobre ellas en tanto concesionarias de un servicio público, no existían reales incentivos para contratar tal suministro de manera eficiente, ya que si se considera que cualquiera sea el precio ofertado por los proponentes en una licitación, estos serán en definitiva traspasados y soportados por los clientes regulados *(pass through)*, entonces las distribuidoras, en tanto aseguren el suministro para satisfacer su demanda, debiera serles relativamente indiferente o de menor impacto, en términos económicos, lo que las generadoras les cobren por la energía. Más aún, las empresas distribuidoras tenían incentivos a contar con suministro contratado y carecían de desincentivos para tener más contratación de la necesaria, por lo que se generaban condiciones para una sobrecontratación, lo que conlleva riesgos para las compañías generadoras que encarecen sus precios al quedar expuestas a un menor ingreso por sus contratos", CNE (2017), pp. 51-52.

[37] Se amplió el plazo de anticipación de las licitaciones a cinco años con relación a la época en que se iniciarían los suministros licitados (art. 131, inc. 2 de la LGSE) y se prolongó la duración máxima de los bloques de suministro de quince a veinte años (art.

ii) el precio máximo de las ofertas de energía dejó de ser público[38] y se determinará, en cambio, mediante un acto administrativo de carácter reservado por parte de la CNE, el que solo se publicitaría en las aperturas de las ofertas[39] y

iii) se contempló la posibilidad de que en las bases de licitación se considerara no solo el factor precio a la hora de adjudicar los bloques de suministro, sino que, también, otros factores de evaluación[40], además de fórmulas de indexación de las ofertas acorde a ciertas variables que pudieran afectar el costo del suministro[41].

b. Promoción de centrales ERNC

132, inc. 2 de la LGSE).

[38] Ex art. 101º ter. de la LGSE.

[39] "En cada licitación el valor máximo de las ofertas de energía, para cada bloque de suministro, será fijado por la Comisión, en un acto administrativo separado de carácter reservado, que permanecerá oculto hasta la apertura de las ofertas respectivas, momento en el cual el acto administrativo perderá el carácter de reservado. Con todo, dicho valor máximo deberá ser fundado y definirse en virtud del bloque de suministro de energía licitado, del período de suministro y en consideración a estimaciones de costos eficientes de abastecimiento para cada caso. El reglamento establecerá los procedimientos administrativos que correspondan para asegurar la confidencialidad del valor máximo de las ofertas", art. 135, de la LGSE.

[40] "Corresponderá a la Comisión, anualmente, y en concordancia con los objetivos de eficiencia económica, competencia, seguridad y diversificación que establece la ley para el sistema eléctrico, determinar las licitaciones de suministro necesarias para abastecer, al menor costo de suministro, los consumos de los clientes sometidos a regulación de precios, sobre la base de la información proporcionada por las concesionarias de servicio público de distribución señalada en el artículo anterior. Para los efectos de lo dispuesto en este inciso, se entenderá por diversificación la obligación que establece el inciso primero del artículo 150 bis", art. 131º bis de la LGSE.

[41] "Las empresas concesionarias de distribución deberán adjudicar la licitación a aquellas ofertas más económicas, de acuerdo a las condiciones establecidas en las bases de licitación para su evaluación, debiendo comunicar a la Comisión la evaluación y la adjudicación de las ofertas, para los efectos de su formalización, a través del correspondiente acto administrativo. Los criterios de evaluación económica establecidos en las bases de licitación podrán considerar las fórmulas de indexación de las ofertas a lo largo del período de suministro, así como también criterios que favorezcan la evaluación de aquellas ofertas que aseguren el cumplimiento de los objetivos a que se refiere el artículo 131º bis", art. 134, inc. 1 de la LGSE.

En González y Palma (2017) se afirmaba lo siguiente: "Con el sistema anterior, todo el riesgo del cambio en los valores del indexador –como precio del petróleo– era traspasado al cliente residencial. El precio nivelado tiene incorporado el largo plazo en la evaluación, pues contiene información respecto a los valores futuros esperados de los indexadores de costos propios de la generación de energía. Para ello se emplea la proyección de los índices de combustibles publicada en el *Annual Energy Outlook* publicado por el EIA de Estados Unidos. Se espera que con este cambio, los oferentes internalicen el largo plazo en sus ofertas a través del conjunto de indexadores propuestos, de manera que las ofertas se comparen sobre una base común respecto del valor presente esperado del contrato", p. 15.

Otra técnica legislativa empleada en el país para promover las ERNC, consiste en fijar un porcentaje mínimo de suministro que deba ser abastecido por ellas. Si bien un primer paso lo encontramos en la Ley Corta II[42], la disposición tuvo poca vigencia al ser reemplazada por la Ley n.° 20257, publicada el año 2008 y que modificó la LGSE incorporando un nuevo art. 150 bis:

> "cada empresa eléctrica que efectué retiros de energía desde los sistemas eléctricos con capacidad instalada superior a 200 megawatts para comercializarla con distribuidoras o con clientes finales, estén o no sujetos a regulación de precios, deberá acreditar ante la Dirección de Peajes del CDEC respectivo, que una cantidad de energía equivalente al 10% de sus retiros en cada año calendario haya sido inyectada a cualquiera de dichos sistemas, por medios de generación renovables no convencionales, propios o contratados"[43].

Esta reforma –que tenía una obligatoriedad escalonada hasta el año 2024[44]– convirtió a Chile en uno de los primeros países en fijar porcentajes mínimos de retiros asociados a ERNC.

[42] "Sin perjuicio del derecho a ofertar en las licitaciones reguladas en los artículos 79º-1 y siguientes, en las condiciones que establezcan las respectivas bases, los propietarios de medios de generación a que se refiere el artículo 71º-7 tendrán derecho a suministrar a los concesionarios de distribución, al precio promedio señalado en el inciso primero de este artículo, hasta el 5% del total de demanda destinada a clientes regulados. Los procedimientos para dar cumplimiento a lo establecido en este artículo se contendrán en el reglamento", ex art. 96 ter. de la LGSE, introducido por la Ley Corta II; "Los propietarios de los medios de generación conectados al sistema eléctrico respectivo cuya fuente sea no convencional, tales como geotérmica, eólica, solar, biomasa, mareomotriz, pequeñas centrales hidroeléctricas, cogeneración y otras similares determinadas fundadamente por la Comisión, cuyos excedentes de potencia suministrada al sistema sea inferior a 20.000 kilowatts, estarán exceptuados del pago total o de una porción de los peajes por el uso que las inyecciones de esos medios de generación hacen de los sistemas de transmisión troncal, conforme a los criterios establecidos en los incisos siguientes", ex art. 71-7 de la LGSE.

[43] Esta obligación se aplicaba a todas las generadoras que suscribiesen contratos con distribuidoras o con clientes libres con posterioridad a agosto de 2007, contemplándose una multa en caso de infracción de 0,4 UTM/MWh para los primeros tres años, y de 0,6 UTM/MWh, a partir del cuarto.

[44] "Con todo, la obligación aludida en el inciso primero será de un 5% para los años 2010 a 2014, aumentándose en un 0,5% anual a partir del año 2015. Este aumento progresivo se aplicará de tal manera que los retiros afectos a la obligación el año 2015 deberán cumplir con un 5,5%, los del año 2016 con un 6% y así sucesivamente, hasta alcanzar el año 2024 el 10% previsto en el artículo 150º bis", art. 1 transitorio de la Ley n.° 20257.

Cinco años más tarde, fue materia de arduo debate –y resistencia por parte de ciertas asociaciones gremiales– la posibilidad de incrementar la meta del 10% de retiros a un 20%, y adelantar la obtención de dicha meta para el año 2020 (el proyecto "20/20"). Las principales objeciones a esta propuesta eran dos: la potencial inestabilidad que podría ocasionar un aumento de la participación de ERNC en el sistema eléctrico nacional –pues se trata de centrales que, por lo general, poseen un bajo factor de planta que no permiten asegurar un suministro estable de energía– y el eventual aumento de costos que para los usuarios se desencadenaría[45].

Finalmente, mediante la Ley n.° 20698, de octubre de 2013, se lograba profundizar aún más la penetración de ERNC en el mercado nacional a través de la modificación del mencionado art. 150 bis, aumentando el

[45] Artículo de prensa "Forzar la incorporación de ERNC genera una distorsión y un mayor costo para el país". Disponible en www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=100757 [fecha de consulta: 19 de junio de 2019].

El informe titulado "Matriz energética: la ceguera del proyecto de ley 20/20" (2012), preparado por Libertad y Desarrollo", de fecha 27 de enero de 2012, concluía lo siguiente: "el proyecto 20/20 es ejemplo de una mala política pública, pues podría obligar a incorporar masivamente proyectos de ERNC aún cuando éstos sean ineficientes. Lo anterior abre una serie de interrogantes en cuanto a los sobrecostos comprometido en esta meta, tanto en generación como transmisión; el eventual desplazamiento de proyectos convencionales y el riesgo asociado para la capacidad de generación de base; y el sobrecosto que se estaría pagando para compensar las emisiones de CO2". Disponible en https://lyd.org/wp-content/uploads/2012/02/TP-1050-Matriz-Energetica-La-Ceguera-del-Proyecto-de-Ley-2020-27-01-2012.pdf [fecha de consulta: 19 de junio de 2019].

En Raineri (2018) se retrataba la situación descrita: "La diversidad de posiciones que generaba el grado de desarrollo de las ERNC y la meta de 20% al 2020, se vio reflejada en una variedad de análisis que abordaron el tema. Analista de LyD en IRE Summit 2010 afirma que 'resultaría conveniente retrasar el compromiso de elevar a 20% la participación de las ERNC en la matriz energética en 2020'. Una nota de analistas publicada por el mismo centro de estudios, concluye que: 'Cualquier esfuerzo por aumentar la penetración de las ERNC en la matriz conllevará un aumento de los costos totales de suministro del sistema eléctrico y por consiguiente de los precios a consumidores finales', o los mismos analistas en Costos de integración de ERNC intermitentes y estacionales: convergiendo costos privados con costos sociales. En un estudio para la Cámara Chilena de la Construcción, El costo diferencial de las alternativas de generación en el SIC, sobre el impacto del 20/20, los académicos de la Universidad de los Andes, A. Galetovic y C. Hernández, indican que la implementación de la nueva ley provocaría un impacto en el sistema eléctrico similar al que provocó la falta de gas argentino como insumo para generar energía. Galetovic es partidario de eliminar cualquier meta, incluso el requisito estipulado en la ley que opera desde 2007, que considera llegar a 10% a 2024. En una posición intermedia la Comisión Asesora de Desarrollo Energético (CADE), en noviembre de 2011 entrego su Informe con propuestas de desarrollo del sector donde propuso elevar la meta establecida en la Ley Nº 20.257, sobre penetración de las ERNC en la matriz eléctrica, de 10% para el año 2024 a 15% en el mismo año", p. 53.

porcentaje mínimo al 20%[46], pero de manera escalonada hasta el año 2025[47]. Además, con esta ley se volvía a resguardar normativamente la participación de fuentes renovables en las licitaciones de suministro, incorporando un nuevo art. 150 ter[48].

ii. Política nacional de energía

Complementariamente a los cambios regulatorios recién señalados, Chile ha contado con políticas de energía que han buscado materializar las metas de dichos cambios. Mediante la dictación del decreto supremo n.° 148[49], de fecha 30 de diciembre de 2015, la presidenta Michelle Bachelet aprobaba la política energética nacional de largo plazo –impulsada por el ministro de Energía de la época, Máximo Pacheco–, el cual constaba en el documento titulado *Energía 2050. Política energética de Chile*[50] ("Política energética"). El Decreto tuvo dos objetivos: uno de corto plazo, al año 2025,

> "donde se sometiera a discusión las líneas de acción, en términos de los estándares, políticas y regulaciones que garanticen la factibilidad técnica y sustentabilidad de la matriz energética";

y otro de mediano y largo plazo, al año 2050, "donde se discutieran aquellos aspectos estratégicos y tecnológicos que definen la matriz energética".

A partir de uno de los pilares en que descansaba la Política Energética, "Energía Compatible con el Medio Ambiente"[51], el gobierno proponía una meta doblemente desafiante: por un lado, lograr una entrada masiva

[46] Esta nueva obligación se aplica solo para los contratos de suministro suscritos con posterioridad al 1 de julio del año 2013.

[47] Art. 2, de la Ley n.° 20698.

[48] "Para dar cumplimiento a parte de la obligación establecida en el inciso primero del artículo anterior, el Ministerio de Energía deberá efectuar licitaciones públicas anuales, para la provisión de bloques anuales de energía provenientes de medios de generación de energía renovable no convencional [...]".

[49] Previamente a la dictación de este decreto, la CNE había dictado en el año 2008 la "Política energética: nuevos lineamientos. Transformando la crisis energética en una oportunidad". Como su título lo indica, esta política venía precedida de la crisis del gas argentino, altos precios de los combustibles y una baja participación de ERNC, por lo que las proyecciones futuras y el tipo de políticas que se proponían tenían un alcance diverso. Disponible en www.cne.cl/archivos_bajar/Politica_Energetica_Nuevos_Lineamientos_08.pdf [fecha de consulta: 23 de junio de 2019].

[50] Disponible en www.energia.gob.cl/sites/default/files/energia_2050_-_politica_energetica_de_chile.pdf [fecha de consulta: 6 de julio de 2019].

[51] Los otros tres pilares obedecían a la Seguridad y calidad de suministro, la Energía como motor de desarrollo y la Eficiencia y educación energética, política energética, p. 11.

de ERNC al mercado eléctrico, llegando al año 2035 con una participación de un 60% de ERNC, y al año 2050 con, al menos, un 70%[52] y, por otro lado, promover una generación acorde a las políticas internacionales medioambientales, especialmente en relación con la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero en un 30% al año 2030 –en comparación con el año 2007– y lograr al año 2050 un nivel de gases por debajo de los límites indicados por la ciencia[53], luego de haberse constatado que durante el año 2010 un porcentaje significativo de estos gases provenían de la industria de la energía[54].

Con el fin de fiscalizar el cumplimiento de las metas propuestas en la Política Energética, se implementaron políticas públicas concretas. Por ejemplo, a partir de una directriz del decreto supremo n.° 148[55], se han emitidos informes anuales de seguimiento para los años 2016[56], 2017[57] y 2018[58]. Además, el presidente Sebastián Piñera junto a la entonces ministra de Energía, Susana Jiménez, publicaron el programa "Ruta energética 2018-2022"[59] ("Ruta"), la cual define una serie de ejes para el periodo de su gobierno al alero de la Política Energética[60]. Bajo el eje "energía baja en emisiones: hacia un mundo más limpio", la Ruta contemplaba uno de

[52] Política Energética, p. 71 y ss. Recientemente, el Ministerio de Energía adelantó la meta para el año 2030. Disponible en www.emol.com/noticias/Tecnologia/2019/12/10/969926/Meta-70-energias-renovables-COP25.html [fecha de consulta: 1 de marzo de 2020].

[53] Política Energética, p. 80.

[54] "Considerando que el sector energía contribuyó con el 75% al total de emisiones del país en el año 2010, y que aproximadamente un 28% de ese total proviene del sector de generación eléctrica, un 22,5% de Transporte y un 13,5% de Minería e Industria, los esfuerzos en mitigación de emisiones han de concentrarse en estos sectores. La implementación de un Plan de Mitigación de Emisiones centrado en estos sectores, permitirá reducir significativamente las emisiones de gases de efecto invernadero, y a su vez, complementar las demás acciones definidas para el sector que apuntan a un desarrollo energético sostenible, competitivo y seguro", *op. cit.*, p. 79.

[55] "El Ministerio de Energía será el encargado de liderar la implementación de la Política Nacional de Energía, realizar su seguimiento y realizar un informe anual de sus avances al Consejo de la Sociedad Civil del Ministerio de Energía", art. 2 del decreto supremo n.° 148.

[56] Disponible en www.energia2050.cl/wp-content/uploads/2017/04/Informe-Seguimiento-2016.pdf [fecha de consulta: 6 de julio de 2019].

[57] Disponible en www.energia2050.cl/wp-content/uploads/2018/07/Informe-Seguimiento-2017.pdf [fecha de consulta: 6 de julio de 2019].

[58] Disponible en www.energia2050.cl/wp-content/uploads/2019/05/Informe-Seguimiento-2018-PEN.pdf [fecha de consulta: 6 de julio de 2019].

[59] Disponible en www.energia.gob.cl/rutaenergetica2018-2022.pdf [fecha de consulta: 17 de julio de 2019].

[60] La Ruta proponía siete ejes: modernización energética, energía con sello social, desarrollo energético, energía baja en emisiones, transporte eficiente, eficiencia energética y educación y capacitación energética (p. 12).

los "megacompromisos"[61] más ambiciosos y que más ha dado que hablar en el último tiempo: la descarbonización de la matriz eléctrica chilena[62]. Como veremos más adelante, la factibilidad de esta meta es consecuencia de la transformación del mercado eléctrico nacional que ha ocurrido en los últimos años.

iii. Avances tecnológicos de la industria eléctrica

La adecuación de la normativa eléctrica chilena junto con el impulso de buenas políticas públicas constituía el marco ideal para el desarrollo seguro, eficiente y renovable de nuestra matriz. Sin embargo, era indispensable que ello fuera de la mano con el factor tecnológico: la industria de la generación debía abaratar los elevados costos de inversión que acarreaban los proyectos ERNC, de modo de viabilizar la entrada de estas centrales y lograr así, poco a poco, una menor dependencia del sistema con relación a las generadoras convencionales, cuyo costo de desarrollo está muy ligado al precio y disponibilidad de los *commodities*. Esta circunstancia exponía al país a una constante incertidumbre.

Hacia el año 2010, el costo de desarrollo de centrales ERNC era elevado, por sobre, incluso, las centrales convencionales. Mientras que el prestigioso estudio "Projected Costs of Generating Electricity" de la Agencia Internacional de Energía proyectaba un costo normalizado de generación ("levelized cost of energy") sobre la base de ERNC por sobre los 400 USD/MWh[63], la Irena señalaba que, para el mismo año, las licitaciones ERNC bordeaban los 250 USD/MWh[64]. Este índice de precios era precisamente una de las principales razones por las que las generadoras convencionales se resistían a la entrada masiva de ERNC[65].

[61] Ruta, p. 14.

[62] *Ibid.*

[63] La estimación se refería a la generación solar. Disponible en www.oecd-nea.org/ndd/pubs/2015/7057-proj-costs-electricity-2015.pdf [fecha de consulta: 17 de julio de 2019].

[64] El precio licitado era en relación con la generación solar, Irena (2017).

[65] Por ejemplo, un estudio apuntaba a que el cumplimiento de la meta propuesta por la Ley n.° 20257 significaría para los consumidores del SIC a lo menos un costo de USD 4 000 000 000 –traídos a valor presente en el año 2008–, al ser las centrales ERNC –generación con viento, se estimaba en ese entonces– cinco veces más caras que las convencionales, Galetovic y Muñoz (2008). Años más tarde, con relación al proyecto de ley 20/20 –que buscaba elevar los retiros mínimos sobre la base de ERNC al 20% para el año 2020–, estudios nuevamente apuntaban a los elevados costos que supondría su aprobación: entre USD 443.000.000 y USD 941.000.000 anuales. Véase el informe titulado "Matriz energética: la ceguera del proyecto de ley 20/20", preparado por Libertad y Desarrollo, de fecha 27 de enero de 2012, p. 4. Disponible en https://lyd.org/wp-content/uploads/2012/02/TP-1050-Matriz-Energetica-La-Ceguera-del-Proyecto-de-Ley-2020-27-01-2012.pdf [fecha de consulta: 3 de julio de 2019].

La evolución de la industria hacia 2015 y 2016 da cuenta de un progreso extraordinario. Las mismas consultoras antes citadas lo constataron, destacando, por ejemplo, que las licitaciones de generadoras solares bajaron hasta los 50 USD/MWh[66] y que, de cara al futuro, las proyecciones tendrían una clara tendencia: mientras que el costo de desarrollo de las ERNC iría decayendo de manera permanente –hasta un 40% más baratas al año 2040– las tecnologías convencionales mantendrían o elevarían sus costos[67]. Y los últimos estudios publicados han confirmado la tendencia, reflejando costos normalizados para centrales eólicas de gran escala por 29 USD/MWh, y para solares por 36 USD/MWh[68].

Esta transformación tecnológica ha repercutido claramente en los costos marginales y precios adjudicados en las licitaciones para distribuidoras. Sin embargo, sin las reformas legislativas y políticas públicas que se han introducido en los últimos diez años, no habría sido posible aprovechar estos menores costos de desarrollo[69]. En este sentido, si pretendemos

[66] "In 2010, solar energy was contracted at a global average price of almost USD 250/MWh, compared with the average price of USD 50/ MWh in 2016. Wind prices have also fallen, albeit at a slower pace (since the technology was more mature in 2010). The average price in 2016 was USD 40/MWh, down from USD 80/MWh in 2010", Irena (2017), pp. 16-17. De igual forma, el estudio de la Agencia Internacional de Energía reflejaba esta clara tendencia, señalando que, para 2015, el costo normalizado de generación ERNC había bajado a los 100 USD/MWh. Disponible en www.oecd-nea.org/ndd/pubs/2015/7057-proj-costs-electricity-2015.pdf [fecha de consulta: 18 de julio de 2019].

[67] "Policy preferences for lower carbon energy options are reinforced by trends in costs, as oil and gas gradually become more expensive to extract while the costs of renewables and of more efficient end-use technologies continue to fall", IEA (2015), p. 26.

[68] Lazard (2018). Los resultados del informe Irena (2018) son igual de auspiciosos: "New solar PV and onshore wind are expected to increasingly cost less than the marginal operating cost of existing coal fired power plants. In 2020, the weighted average PPA or auction price for solar PV from projects in the IRENA database –USD 0.048 per kilowatt-hour (kWh)– is expected to be less than the marginal operating costs for around 700 gigawatts (GW) of operational coal-fired capacity at the same time. Onshore wind –at USD 0.045/kWh– should fall below the marginal operating costs of almost 900 GW of coal capacity potentially online in 2020", p. 9. Autores han señalado que, además de los costos propios de las ERNC, se deben sumar otros "costos de integración" de estas centrales a la matriz eléctrica derivados de su carácter intermitente: costos de balance, de perfil y de transmisión, Clerc *et al.* (2017), p. 131 y ss.

[69] Véase, por ejemplo, Rudnick (2011), donde a pesar del avance tecnológico de las ERNC, se advertía la existencia de barreras de entrada en el mercado chileno, como en el ámbito del financiamiento, transmisión y licitación. Además, en Raineri (2018) se sostenía lo siguiente: "Los antecedentes aportados en este trabajo permiten concluir que el profundo proceso de transformación que ha venido experimentando la matriz energética en Chile se inicia, con fuerza, en el período 3/2010 -3/2014. Donde, las acciones de política y de perfeccionamiento del sector, más las señales emanadas desde el ejecutivo y de la ciudadanía, complementadas por las favorables condiciones de financiamiento y una fuerte reducción internacional en los costos de las energías renovables, como eólica y solar, llevaron a un drástico giro en el foco de desarrollo de proyectos de inversión, mudando a un fuerte crecimiento de las inversiones en proyectos de ERNC", pp. 1-2.

continuar profundizando la participación de ERNC en la matriz eléctrica –conforme se planifica en el Política Energética–, deberemos contar con una adecuada regulación sectorial que permita maximizar los beneficios y minimizar los costos que necesariamente conlleva su transformación[70].

iv. Nuevo mercado eléctrico: costo de desarrollo sobre la base de energías renovables

Como hemos visto, cuando una robusta regulación normativa y sólidas políticas públicas se conjugan con un desarrollo industrial que permite reducir de forma drástica los costos de inversión y operación asociados a centrales ERNC, el costo de desarrollo del sistema muta desde su esquema tradicional, desplazando la construcción de nuevos proyectos sobre la base de energías convencionales. Es más, la interacción entre los participantes del mercado eléctrico también cambia sustancialmente, según explicaremos más adelante.

Así, podemos resumir la transformación del mercado eléctrico chileno a partir del año 2015, en virtud de dos factores empíricamente constatables:

(a) la explosión de la competencia con el ingreso de nuevos actores ERNC y
(b) la reducción sostenida de los precios en que se comercializa la

[70] "La importancia de la robustez de la política es clave para no amenazar los objetivos de bienestar, crecimiento y productividad, por lo que cualquier iniciativa de fomento tecnológico debe realizarse con plazos prudentes de forma decidida, pero cuidadosa y gradualmente. Esto implica contar con tiempos adecuados que permitan que los agentes del sistema tengan holguras suficientes para hacer adecuaciones con anticipación y flexibilidad. Los ajustes inesperados o acelerados resultan costosos y afectan negativamente a la calidad y seguridad del servicio... Es de vital importancia que el principio de neutralidad tecnológica prime en el cumplimiento de metas ambientales y de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero. En ese sentido, los instrumentos que defina la política pública para reducir emisiones de carbono deben permitir que efectivamente el sistema se vaya adaptando a una configuración de mínimo costo que cambia con el progreso tecnológico, y sin presionar al alza los precios de la energía. Para ello, y antes de pensar en otras regulaciones que impongan nuevos costos al sistema de generación, es fundamental trasparentar los costos existentes y que se desprenden de la incorporación de generación intermitente", Clerc *et al.* (2017), pp. 213-214. "En el sector eléctrico, la inserción de energías renovables y nuevas tecnologías bajas en emisiones es la vía para reducir las emisiones de carbono, pero dicha inserción implicará múltiples cambios en el ámbito regulatorio para cumplir los objetivos de eficiencia y tarifas eléctricas competitivas a nivel global. Por lo señalado, resulta muy relevante la implementación de políticas públicas que generen incentivos a los agentes privados para converger al óptimo social, aquel que permita disponer de tarifas eléctricas competitivas para la industria local y consumidores finales", *op. cit.*, p. 223.

energía.

a. Diversificación de la oferta eléctrica

La expansión de la oferta se puede analizar en distintos niveles. Con relación a la capacidad instalada, si en el año 2012 las ERNC contaban con una capacidad de tan solo 952 MW, a fines del año 2019 ascendía a 5 322 MW[71], siendo que la mayor parte de dicha capacidad se logró a partir del año 2015 en adelante[72]. En el ámbito de las licitaciones también se puede comprobar fácilmente la entrada de nuevos operadores: en los llamados 2015/01 y 2015/02 han resultado adjudicatarias más de diez nuevas generadoras, todas asociadas a energías renovables, mientras que la única central convencional adjudicataria fue Endesa[73]. A partir del proceso 2017/01, los cambios fueron aún más drásticos: el 100% de la energía licitada (2 200 GWh anuales) correspondía a proyectos renovables[74].

[71] Disponible en www.revistaei.cl/2019/12/23/energias-renovables-cerraran-2019-con-mas-de-5-300-mw-de-proyectos-en-operaciones/ [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019]. "El porcentaje de las energías renovables en la matriz energética chilena se ha multiplicado por 5 desde 2012, y se espera que siga creciendo. Ya el pasado mes de octubre se celebró que las ERNC fueran responsables del 20,2 % de la generación de los SING y SIC, pues fue la primera vez que se superó el 20 % en un mes.

En total, a lo largo del año alcanzaron una capacidad instalada de 4.895 MW, y el porcentaje total que representaron en la generación eléctrica fue del 20,3 %. De ese modo, la meta impuesta por ley de que en 2025 al menos el 20 % de la generación del país proviniera de fuentes limpias se alcanzó con ocho años de antelación", artículo de prensa "El 83% de la nueva energía en operación en 2018 chile será renovable". Disponible en www.pv-magazine-latam.com/2018/02/06/el-83-de-la-nueva-energia-en-operacion-en-2018-chile-sera-renovable/ [fecha de consulta: 19 de agosto de 2019].

[72] En la industria solar, por ejemplo, a 2013 existía apenas una capacidad de 12 MW, para crecer aceleradamente a una tasa de 255% anual hasta llegar a los 1914 MW a fines de 2017. Fuente: "Futuro Renovable: estudio escenarios de inserción de energías renovables", de Generadoras de Chile, p. 16. Disponible en http://generadoras.cl/media/pagefiles/447/180515%20Presentaci%C3%B3n%20Generadoras%20Proyecta%20Solar%20Chile%20Latam%202018.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].

[73] Así, el 52% de la energía licitada en dichos procesos fue adjudicada a centrales ERNC, lo que corresponde a casi 8.000 GWh anuales. CNE (2017), pp. 80-82.

[74] Artículo de prensa "Licitación eléctrica: las claves del proceso que marcó un 'nuevo hito' en el sector". Disponible en www.emol.com/noticias/Economia/2017/11/03/881762/Nuevo-hito-en-el-sector-marcan-adjudicaciones-electricas-2017-con-un-precio-promedio-de-325-usdmwh-y-100-de-renovables.html [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019]; Artículo de prensa "Los planes de los ganadores de la licitación suministro 2017". Disponible en www.revistaei.cl/reportajes/los-planes-los-ganadores-la-licitacion-suministro-2017/# [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019]; Acta de adjudicación licitación 2017-1. Disponible en www.licitacioneselectricas.cl/wp-content/uploads/download-manager-files/Acta-Adjudicacion-Oferta-Economica.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].

Finalmente, con relación con los proyectos de generación que están en construcción, se puede apreciar el reinado de centrales renovables: casi todas las unidades en construcción son plantas solares, eólicas y minihidráulicas[75], llegando hacia 2019 a más de un 90% de los proyectos existentes[76]. Esta realidad llevó a las principales empresas generadoras –Engie, Enel, AES Gener y Colbún– a acordar un programa de cierre de todas las plantas a carbón existentes en el país, en etapas escalonadas hasta 2040[77].

b. Hundimiento de los precios de energía

Históricamente, podemos apreciar una gran volatilidad de los precios de la energía en nuestro mercado eléctrico, con crecidas y bajadas constantes a lo largo del tiempo. Y, si bien han existido épocas donde los precios han alcanzado cierta estabilidad y han presentado niveles accesibles a los consumidores –como durante el periodo 2002-2005, donde se veían precios estables promediando los 30 USD/MWh en el SIC y SING[78]–, ello se ha explicado por situaciones más coyunturales que estructurales, como los bajos precios de ciertos *commodities*[79]. La poca diversidad de oferentes durante estos periodos son una muestra de ello.

[75] Resolución exenta n.° 58 de la CNE, de fecha 31 de enero de 2018. Disponible en www.cne.cl/archivos_bajar/RES_EX_CNE_58_2018.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].

[76] Artículo de prensa "Los proyectos que debutan este 2019". Disponible en http://generadoras.cl/prensa/los-proyectos-que-debutan-este-2019 [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019]; véase resolución exenta n.° 187 de la CNE. Disponible en www.cne.cl/wp-content/uploads/2015/05/Resolución-Exenta-N°187_20-02-2019.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019]; véase resolución exenta n.° 323 de la CNE. Disponible en www.cne.cl/wp-content/uploads/2019/06/Res.-Ext.-N%C2%B0323_23-05-2019.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].

[77] Artículo de prensa "Presidente Piñera presenta plan para cerrar todas las centrales energéticas a carbón y que Chile sea carbono neutral". Disponible en www.msgg.gob.cl/wp/index.php/2019/06/04/presidente-pinera-presenta-plan-para-cerrar-todas-las-centrales-energeticas-a-carbon-y-que-chile-sea-carbono-neutral/ [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].

[78] Ministerio de Minería, Comisión Chilena del Cobre, "Análisis histórico de los precios de energía eléctrica en minería y su impacto en competitividad", p. 8. Disponible en www.cochilco.cl/Listado%20Temtico/Analisis%20Historico%20de%20Precios%20de%20EE%2024-12-2014%20vf.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].

[79] Véanse los bajos precios del gas en el periodo entre los años 2000 a 2006, previo al recorte de las importaciones desde Argentina, en la figura 18 de Ministerio de Minería, Comisión Chilena del Cobre, "Análisis histórico de los precios de energía eléctrica en minería y su impacto en competitividad", p. 18. Disponible en www.cochilco.cl/Listado%20Temtico/Analisis%20Historico%20de%20Precios%20de%20EE%2024-12-2014%20vf.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].

En cambio, la situación actual da cuenta de un verdadero cambio estructural a partir de la diversificación de la oferta eléctrica propiciada por cambios regulatorios y menores costos asociados a las tecnologías empleadas en la construcción y operación de centrales, lo que ocasionó, a su vez, un progresivo decaimiento de los precios de la energía. Con relación al precio *spot*, si en los años 2011-2012 los costos marginales superaban los 250 USD/MWh para el nudo Alto Jahuel (nudo central del sistema), hacia los años 2016-2017 se hundían por debajo de los 50 USD/MWh[80], con un leve repunte el año 2018[81]. Misma tendencia podemos observar en los precios adjudicados en licitaciones de suministro eléctrico, donde en el año 2012 las ofertas adjudicadas superaban los 130 USD/MWh[82], pero en el año 2017 bordeaban los 30 USD/ MWh[83].

Proyectar cuál será el nivel de costos marginales que existirá en el futuro es una tarea difícil. A partir de la propia volatilidad del mercado *spot*, la experiencia indica que, en nuestro país, dichas proyecciones pocas veces se han cumplido en la realidad. Sin embargo, como adelantábamos, la transformación del mercado chileno que ha venido gestándose en los últimos años obedece a cambios estructurales que permiten proyectar, posiblemente con cierto grado mayor de certeza, cuál será el comportamiento futuro de los costos marginales. En este sentido, conforme al último Informe técnico definitivo de la CNE para la fijación de precios de nudo de corto plazo, la autoridad proyectó que hacia el año 2024, los precios de la energía promediarían los 33 USD/MWh aproximados[84].

IV. Ajuste y revisión de contratos en el nuevo escenario eléctrico

Debido a la transformación estructural del mercado eléctrico que hemos

[80] Systep (2016a), p. 26.

[81] Systep (2018), p. 21.

[82] Véase tabla 10, CNE (2017), p. 85.

[83] Véase Acta de adjudicación oferta económica. Primera etapa, licitación de suministro 2017/01. Disponible en www.cne.cl/wp-content/uploads/2016/12/Acta-Adjudicaci%C3%B3n-Oferta-Econ%C3%B3mica.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019]; Artículo de prensa "Valor de la energía más bajo en la historia de las licitaciones en Chile". Disponible en www.cne.cl/prensa/prensa-2017/11-noviembre-2017/valor-de-la-energia-mas-bajo-en-la-historia-de-las-licitaciones-en-chile/ [fecha de consulta: 17 de agosto de 2019].

[84] Precio proyectado para la barra Quillota en la Fijación de precios de nudo de corto plazo, informe técnico definitivo de la CNE, enero de 2020, p. 45. Disponible en www.cne.cl/wp-content/uploads/2020/01/ITD-PNCP-Ene20.pdf [fecha de consulta: 3 de marzo de 2020].

señalado y a su funcionamiento por orden de mérito, el sistema se ha ido ajustando a las tecnologías más eficientes –como plantas solares y eólicas–, desplazando a las centrales convencionales que, años atrás, reinaban la capacidad instalada de nuestra matriz. Este efecto se ha producido con particular intensidad en la zona norte de nuestro país, donde abunda energía renovable, causando que centrales convencionales –como termoeléctricas– que antes se encontraban despachadas, han debido restringir bastante su funcionamiento a mínimos técnicos, esto es, al mínimo nivel de despacho en que una central puede funcionar de manera estable y segura[85].

Sin embargo, debido a la intermitencia de las ERNC –*e.g.* los parques solares funcionan en las horas diurnas y la generación eólica experimenta grandes oscilaciones durante diferentes horas del día y del año–, el Coordinador debe reordenar constantemente el despacho de las centrales a lo largo del día y en periodos muy cortos, despachando a las centrales convencionales disponibles, produciéndose el fenómeno conocido como *cycling*: operación de centrales con constantes encendidos y apagados[86]. Así, las centrales convencionales han dejado de ser centrales de base para convertirse en unidades de respaldo de las ERNC. Si bien el *cycling* es una característica que se daba en las centrales desde antes de la entrada de generadoras renovables, su presencia era mucho menor y estaba asociada a variaciones en el perfil de carga de los consumidores finales[87]. Luego

[85] "El mínimo técnico que es declarado para una central generadora se basa en una serie de aspectos técnicos de distinta naturaleza. Así, la definición debe asegurar a la central operar en el menor nivel de despacho posible de manera segura, estable y, eventualmente, en forma permanente, cumpliendo siempre todas las restricciones que imponen las distintas regulaciones aplicables a estas instalaciones", artículo de prensa "Los mínimos técnicos de las centrales generadoras". Disponible en www.revistaei.cl/columnas/los-minimos-tecnicos-de-las-centrales-generadoras/ [fecha de consulta: 2 de julio de 2019].

[86] "Un aspecto inherente en las inyecciones de energía de las fuentes ERNC, en especial las solares y eólicas, es la variabilidad e incertidumbre de sus recursos energéticos primarios que impactan directamente en la operación del sistema, en especial en las unidades termoeléctricas convencionales. Esto implica un mayor requerimiento ciclos de encendido/apagado durante las noches y detenciones durante el día (*cycling*), lo que podría traducirse en un aumento de los costos variables no combustibles (CVNC) para estas plantas", Systep (2016b), p. 2.

[87] Artículo de prensa "La implicancia del cycling en centrales termoeléctricas". Disponible en http://generadoras.cl/prensa/la-implicancia-del-cycling-en-centrales-termoelectricas [fecha de consulta: 6 de agosto de 2019]; "Si bien, es esperable que la incorporación de un bloque de energía de bajo costo permita disminuir el costo global de operación resultante del pre-despacho, esta integración modifica el régimen operativo de las unidades convencionales, aumentando el movimiento de unidades y principalmente el número de partidas/detenciones, pudiendo algunas unidades de ciclo de combinado a gas natural tener una partida y detención diaria en los meses de verano para los escenarios de mayor integración. El régimen de partidas/detenciones de los generados a gas natural,

de la entrada masiva de ERNC, el *cycling* se ha convertido en un componente estructural en el funcionamiento de muchas termoeléctricas[88], lo que ha despertado la preocupación de las generadoras convencionales que han visto reducidos sus ingresos como consecuencia de una menor remuneración del mercado *spot*[89].

Este nuevo esquema de funcionamiento no le trae problemas exclusivamente a las generadoras, sino que, además, a los clientes que suscribieron años atrás contratos de suministro eléctrico de largo plazo bajo una estructura de funcionamiento diferente a la que ocurre hoy, la que recogía los términos y obligaciones pactados en los PPA. Esta situación se produce debido a que, como explicábamos, las generadoras deben salir a comprar en el mercado *spot* la energía que venderán a sus clientes al precio pactado en sus respectivos contratos. Luego, como consecuencia de la entrada masiva de centrales eficientes y que los costos marginales han caído fuertemente, se produce una gran diferencia entre el precio *spot,* que es soportado por la generadora y el precio de la energía pactada en los contratos de suministro, que es soportado por el cliente.

Si a esta circunstancia le sumamos el fenómeno del *cycling*[90], en virtud

fenómeno denominado en la literatura como '*Cycling*', aumenta como resultado de la interacción de los perfiles ERNC estudiados con el parque generador convencional, lo que se traduce en encendidos de estas unidades durante la noche y detenciones durante el día", CDEC-SING (2015), p. 7.

[88] Por ejemplo, la central termoeléctrica Guacolda tiene, en promedio, nueve horas a mínimo técnico en cada ciclo, Systep (2017), p. 17. Centrales térmicas operadas por Engie y por Enel también evidencian *cycling* continuo. Véase artículo de prensa "Industria advierte trabas para operar centrales térmicas". Disponible en www.revistaei.cl/2016/11/22/industria-advierte-trabas-para-operar-centrales-termicas/ [fecha de consulta: 9 de agosto de 2019].

[89] "Al respecto, en el sector ha aumentado la preocupación por el *cycling* –constante encender y apagar de las unidades térmicas para cubrir los períodos en que las ERNC no están aportando– al que se está exponiendo a este parque, sobre todo en zonas como el Sistema Interconectado del Norte Grande (SING) y en el norte del Sistema Interconectado Central (SIC), que es donde más participación tienen las ERNC. Este fenómeno no sólo trae problemas técnicos al acelerar el fin de la vida útil de las turbinas, sino que también reduce los ingresos que generan las centrales al bajar su participación en la producción eléctrica", artículo de prensa "Industria advierte trabas para operar centrales térmicas". Disponible en www.revistaei.cl/2016/11/22/industria-advierte-trabas-para-operar-centrales-termicas/ [fecha de consulta: 9 de agosto de 2019]. Como consecuencia de la entrada permanente de energía ERNC al sistema, el Coordinador ha debido ir reduciendo los mínimos técnicos de las centrales. Véase artículo de prensa "Mínimos técnicos de termoeléctricas se redujeron en 1.411 MW". Disponible en www.revistaei.cl/informes-tecnicos/minimos-tecnicos-termoelectricas-se-redujeron-1-411-mw/# [fecha de consulta: 9 de agosto de 2019].

[90] Usualmente, se pacta en los contratos de suministro que el costo asociado a la operación a mínimo técnico lo soporta el cliente.

del cual las generadoras convencionales ven restringida de manera constante su inyección y funcionamiento, el desequilibrio que se produce en los contratos de suministro puede ser aún más perjudicial para los clientes, pues las centrales, en definitiva, se limitarán en muchas horas del día a comprar energía barata y renovable sin tener que asumir los costos variables que significaría producir la energía (pues su operación es desplazada en orden de mérito por centrales ERNC). Así, el desajuste económico se agrava por el hecho de que la generadora recibe un precio contractual que incorporaba, entre otros componentes, los costos variables que significaría producir la energía vendida, pues estos contratos se celebraban bajo un esquema eléctrico en que las centrales convencionales estarían permanentemente despachadas. Sin embargo, hoy muchas generadoras no se encuentran en la necesidad de incurrir en dichos costos variables en la medida que "retiran" energía producida por generadoras renovables.

En definitiva, el desequilibrio contractual comentado se produce por la disociación entre

(i) las condiciones esperadas en el mercado de contratos antes de la entrada masiva de ERNC (*i.e.* situación previa al 2015), y en virtud de las cuales se suscribieron contratos de suministros que recogían dichas expectativas, con

(ii) los cambios que ocurrieron y llevaron a que el mercado *spot* presentara condiciones imprevistas.

Frente a esta realidad, se ha observado en la industria que muchos contratos de suministro han sido modificados luego de un proceso de negociación, de modo de ajustar los precios de energía hacia niveles más cercanos a los que presenta el mercado *spot* hoy[91].

En el ámbito de contratos regulados, el conflicto más conocido se relaciona con la situación de la central El Campesino, proyecto con el cual Generadora Metropolitana se adjudicó bloques de suministro en la licitación del año 2014 a un precio que se ajustaba a las condiciones de mercado de esa época: 110 USD/MWh. Sin embargo, la central nunca se construyó, aun cuando el contrato licitado entró en vigencia a comienzos del año 2019, limitándose Generadora Metropolitana a participar de los balances del Coordinador con costos marginales mucho más atractivos para abastecer los

[91] En este sentido, María Isabel González, exsecretaria ejecutiva de la CNE, señaló lo siguiente: "Muchos clientes que ya tienen la condición de clientes libres, pero tienen contratos a precios muy altos por la realidad del mercado, y como en general son contratos de largo plazo -8 o 10 años-, muchos se están acercando a sus proveedores, algunos de los cuales ha estado abierto a reconocer que las condiciones del mercado han cambiado, por lo que les ofrecen descuentos en el precio a cambio de alargar un poco el contrato", artículo de prensa "Sector minero aplica ampliación de contratos eléctricos para negociar precios". Disponible en www.revistaenergia.com/?p=9489 [fecha de consulta: 9 de agosto de 2019].

bloques adjudicados[92].

Así como ha ocurrido en el último tiempo con la entrada agresiva de ERNC, la historia del mercado eléctrico chileno ha evidenciado otros procesos o coyunturas que han impactado su funcionamiento y los contratos de suministro. Basta con remitirse a la crisis ocasionada por el corte del suministro del gas desde Argentina, ocurrida en el año 2006, en la cual se dio una situación inversa a la actual: los costos variables de la energía incrementaron notablemente, de modo que muchos PPA que habían sido suscritos con anterioridad vieron afectado su equilibrio en desmedro de las centrales[93].

Sin perjuicio de que, de cara al futuro y por las razones que hemos explicado más atrás, se espera un mercado eléctrico estructurado a partir de energías renovables, nada asegura que ello ocurra. Como hemos visto, nuestro sistema presenta una volatilidad continua y, en ciertas ocasiones, imprevista. Y, si bien las ERNC nos permiten lograr una generación eléctrica eficiente, sustentable y a bajo costo, presentan una serie de desafíos en el ámbito operacional que ya han sido advertidos en la industria y que podrían ocasionar nuevas alteraciones al mercado *spot* o al mercado de contratos[94].

Con relación al mercado de contratos de suministro, frente al desequilibrio económico de los derechos y obligaciones contenidos en ellos como consecuencia del acaecimiento de eventos imprevistos, se ha planteado en Chile la posibilidad de revisar el contrato aplicando la teoría de la imprevisión. Sin embargo, debido a la falta de respaldo legal expreso que consagre dicha teoría y frente a la ocurrencia cada vez más usual de conflictos contractuales derivados de situaciones imprevistas, se han ido incorporando cláusulas de ajuste o revisión de contrato, conocidas estas últimas como cláusulas *hardship*. A continuación, analizaremos por separado cada una de estas vías de modificación contractual, al alero del estado actual

[92] Artículo de prensa "Ministerio de Energía estudia invalidar contrato de suministro eléctrico con El Campesino". Disponible en www.revistaei.cl/2019/03/13/ministerio-energia-estudia-invalidar-contrato-suministro-electrico-campesino/ [fecha de consulta: 12 de agosto de 2019]. Finalmente, la controversia fue solucionada a partir de un acuerdo celebrado entre Generadora Metropolitana y la CNE. Artículo de prensa "El Campesino y gobierno logran acuerdo: firma instalará 600 MW renovables". Disponible en http://generadoras.cl/prensa/el-campesino-y-gobierno-logran-acuerdo-firma-instalara-600-mw-renovables [fecha de consulta: 12 de agosto de 2019].

[93] En este contexto, GasAtacama estuvo al borde de la quiebra entre los años 2007 y 2008 a partir del aumento de sus costos frente al término del suministro de gas argentino, debiendo reemplazarlo por diésel. Véase artículo de prensa "GasAtacama. El renacer de uno de los pilares del SING". Disponible en https://issuu.com/electricidad/docs/electricidad_116 [fecha de consulta: 12 de agosto de 2019].

[94] Clerc *et al.* (2017), capítulo 7.

del mercado eléctrico, de la doctrina y la jurisprudencia.

A. Teoría de la imprevisión

Ante la alteración de las circunstancias vigentes al momento de celebrar un contrato, de modo completamente imprevisible para las partes, la teoría de la imprevisión se presenta como la clásica excepción al principio de la fuerza obligatoria de los contratos –recogido en la locución *pacta sunt servanda*–, que habilita a las partes a revisar e, incluso, a terminar sus acuerdos[95].

Para su aplicación, esta teoría requiere que el cumplimiento de la obligación por parte del deudor se vuelva excesivamente onerosa a causa de circunstancias imprevistas[96]. El fundamento de ello se ha encontrado, por lo general, en la cláusula *rebuc sic stantibus*[97], que se entiende incorporada en todo contrato conmutativo y de tracto sucesivo, y en virtud de la cual la obligatoriedad del vínculo contractual pende de la invariabilidad de las circunstancias que las partes tuvieron en consideración al momento de contratar[98].

La procedencia de esta teoría en el contexto de imprevistos ocurridos en el mercado eléctrico tiene un triple desafío. Primero, cabe preguntarse si la variación del mercado *spot* puede considerarse como un supuesto de *excesiva onerosidad sobrevenida*, en clave de teoría de la imprevisión. Básicamente, corresponde determinar si existe un perjuicio de competitividad o costo de oportunidad para el adquiriente, cuando el costo *marginal* decrece y pierde la oportunidad de ser suministrado a un precio muy inferior por un "hecho sobreviniente" (*i.e.* la reestructuración del mercado eléctrico). En este caso, si bien estrictamente al comprador no le es más "oneroso" cumplir con su obligación con relación a los términos pactados, el avalúo de la prestación del vendedor se ha visto afectado por circunstancias sobrevinientes y, en consecuencia, el contrato ha perdido su equilibro.

Segundo, nuestro derecho no contempla una regla expresa que habilite al juez a revisar los términos de los contratos con el propósito de adecuarlo a las nuevas circunstancias, a diferencia de la legislación comparada[99]. Por

[95] Corral (2010), p. 241.

[96] Peñailillo (2000), p. 221.

[97] El origen de dicha cláusula la encontramos en los posglosadores, quienes la perfilaron del siguiente modo: "contractus qui habent tractus sucessivus vel dependencia de futuro rebus sic stantibus intelliguntur", específicamente, Baldo de Ubaldis al comentar el *Digesto* (12.4.8). Véase Gordley y Von Mehren (2006); Zimmermann (1990), pp. 581-582.

[98] Momberg (2010a), p. 45; Puig (1976), p. 392 y ss.

[99] Por ejemplo, los arts. 6:258 del *Código Civil* holandés y 313 del *Código Civil* alemán la recogen expresamente. También se encuentra regulada en los códigos civiles italiano

este motivo, existe una división actual en la doctrina nacional: parte de ella ha sido reticente a adoptar la teoría en la medida en que no se regule su aplicación[100]. Pero, por otro lado, existen autores que entienden que nuestra legislación, implícitamente, recoge esta doctrina[101], por lo que se abren a su aplicación en Chile.

Por último, tampoco existe uniformidad en el ámbito jurisprudencial. Nuestros tribunales civiles han tendido a rechazar el reconocimiento explícito de esta teoría[102]. Sin embargo, en materia arbitral la situación es más incierta, pues existen fallos que se pronuncian a favor[103] y otros en

y argentino con relación a contratos unilaterales onerosos, en los arts. 1468 y 1198, respectivamente. A su vez, los Principios Lando de derecho contractual europeo y los Principios Unidroit de Contractos Comerciales Internacionales la contemplan en sus arts. 2.117 (2) y 6.2.2 y 6.2.3, respectivamente.

Cabe señalar que en Chile han existido iniciativas que no han tenido o, bien, aún no tienen éxito, para incorporar normativamente la teoría de la imprevisión. En efecto, con fecha 6 de diciembre de 2017, el senador Carlos Bianchi Chelech presentó la moción denominada "Para introducir un artículo nuevo en el Código Civil para regular la imprevisión contractual" (*Boletín,* n.° 11 532-07), la cual se encuentra desde el 12 de diciembre del 2017 en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Dicha moción buscó introducir en el *Código Civil* el art. 1545 (bis), en los siguientes términos: "No obstante lo establecido en el artículo anterior, si la ejecución de las prestaciones emanadas de la obligación estipulada en los contratos onerosos, conmutativos y de tracto sucesivo o a plazo, se torne exorbitantemente más onerosa, cualquiera de los contratantes podrá ocurrir ante el tribunal competente, para que efectúe un llamado a conciliación, a fin de que las partes adecuen de común acuerdo las cláusulas contractuales a las nuevas circunstancias imperantes, o en su defecto, convengan la terminación o resciliación del contrato.

Se entenderá que la ejecución de las prestaciones emanadas de la obligación se ha tornado exorbitantemente más onerosa, cuando aquélla importe un cumplimiento en más del doble del valor de la obligación pactada.

En caso de que no se produjere acuerdo, en los términos del inciso primero, el tribunal adoptará las medidas que estime convenientes para restablecer la equidad de las prestaciones, en procedimiento breve y sumario".

[100] De la Maza (2009); Abeliuk (2003), p. 763; Peñailillo (2000), p. 209 y ss.; Caprile, (2007), p. 141 y ss. Para ver una visión sobre la conveniencia en términos de seguridad jurídica, véase Momberg (2010b), p. 29 y ss.

[101] Dörr (1988), pp. 253-270; Illanes (2000), pp. 221-225.

[102] Corral (2010), p. 245; Corte Suprema, sentencia de fecha 9 de septiembre de 2009, rol n.° 2651-2008. Sin embargo, han existido pronunciamientos implícitos en favor de ella: Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 20 de diciembre de 1984, Repertorio, T. 81, sección 2ª, p. 147. Un reconocimiento explícito lo encontramos en Corte de Apelaciones de Santiago, "Guillermo Larraín Vial con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana" (2006), comentada por Alcalde (2007), pp. 361-372. Una visión contraria en Momberg (2008).

[103] Sentencia del árbitro arbitrador Carlos Urenda Zegers, "Sociedad Inversiones Mónaco Limitada c/ el Consejo de Administración de la misma", en Alcalde (2018), pp. 152-153; sentencia del árbitro mixto Claudio Illanes Ríos, "EMOS c/ Sociedad Constructora La Aguada Limitada", en Alcalde (2018), pp. 153–154 y sentencia del mismo

contra. Esta contradicción se da con mayor preocupación en el ámbito del mercado eléctrico, pues existen dos decisiones opuestas en sede arbitral cuya situación fáctica era idéntica: la crisis del gas con Argentina. En ambos casos, las empresas generadoras buscaron terminar o modificar sus respectivos PPA alegando que el corte del suministro constituía un hecho inesperado e imprevisible que tornó sumamente oneroso el cumplimiento de sus acuerdos comerciales[104]. Ello dio paso para que los actores encuadraran sus pretensiones bajo el alero de la teoría de la imprevisión.

En el primero de estos juicios, caratulado Gas Atacama Generación S.A. c/ Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., el árbitro Ricardo Peralta Valenzuela determinó que el incumplimiento por parte de Argentina al Protocolo de integración gasífera entre Chile y Argentina, del año 1995, no importaba un cambio imprevisto que convirtiera excesivamente onerosa la obligación de la generadora, ya que equivaldría a señalar que su obligación sería suministrar energía y potencia utilizando el gas como combustible, cuestión que no se adecúa a lo pactado y obvia la sofisticación de las partes involucradas y la magnitud de la inversión encuadrada bajo el PPA[105]. Sin embargo, en el segundo caso caratulado Empresa Eléctrica Guacolda S.A. con Empresa Minera Mantos Blancos S.A., el juez árbitro Claudio Illanes Ríos entendió que la "crisis del gas" era un cambio imprevisto de circunstancias que afectó la estructura del mercado eléctrico, procediendo a revisar el precio del PPA respectivo con el propósito de morigerar el desequilibrio contractual que dicho evento gatilló[106].

Esta evidente contradicción en la resolución de casos similares ocasiona una falta de predictibilidad de las decisiones judiciales, poniendo en tela de juicio las aspiraciones sistémicas de *seguridad jurídica.* Sin embargo, es un síntoma, a su vez, del estado actual de la discusión que se ha dado tanto en doctrina como jurisprudencia: la falta de consenso.

árbitro, en proceso caratulado "Empresa Eléctrica Guacolda S.A. c/ Empresa Minera Mantos Blancos S.A.", de fecha 25 de abril de 2007. Dicha sentencia es comentada por el mismo árbitro en Illanes (2000), p. 202 y ss.; sentencia del árbitro en derecho Juan Carlos Dörr Zegers, "E.M. DE M.B. S.A. (XXX) c/ E.E. DEL N.G. S.A. (ZZZ)", de fecha 25 de septiembre de 2000, disponible en www.camsantiago.cl/sentencias/indice_materias.html [fecha de consulta: 17 de agosto de 2019]. En contra, encontramos las sentencias del árbitro arbitrador Luis Simón Figueroa del Río, "XX c/ ZZ S.A.", de fecha 4 de diciembre de 2003 y "XX con ZZ", de fecha 11 de noviembre de 2009, disponible en www.camsantiago.cl/sentencias/indice_materias.html [fecha de consulta: 17 de agosto de 2019]. Una visión de la forma en que ha fallado la Contraloría General de la República la encontramos en Alcalde (2018), pp. 161-163.

[104] Momberg (2011), p. 4 y ss.

[105] Bahamondez (2008), p. 387.

[106] Sentencia del árbitro Claudio Illanes Ríos, "Empresa Eléctrica Guacolda S.A. con Empresa Minera Mantos Blancos S.A.", de fecha 25 de abril de 2007.

Ahora bien, aun considerando la incertidumbre que existe en Chile respecto de la teoría de la imprevisión, ella se presenta como una posibilidad para ajustar los PPA suscritos en ausencia de cláusulas de ajuste de precio o *hardship*. De hecho, ninguno de los contratos de suministro, objeto de los dos arbitrajes mencionados, contenía cláusula de revisión de precios. Sin embargo, la transformación del mercado eléctrico ocurrida a partir de la entrada masiva de ERNC, ha cambiado la lógica negocial de los PPA, lo que ofrece una oportunidad para la incorporación de nuevas técnicas de redacción de cláusulas que busquen mantener la conmutatividad del contrato, evitando incertidumbres asociadas a una falta de consenso en la aceptación de la teoría de la imprevisión. Como veremos, este nuevo camino debe aspirar a ser armónico con un interés primordial que las partes buscan al suscribir contratos de suministro eléctrico: sustraerse de la incertidumbre del mercado *spot*.

B. Técnicas empleadas en contratos de suministro eléctrico regulados

En el ámbito de los contratos de suministro celebrados entre distribuidoras y generadoras, nuestra regulación ha ido reaccionando frente a las coyunturas imprevistas que han impactado al sistema eléctrico, incorporando disposiciones en aras de velar por la conmutatividad pactada en dichos contratos. En este sentido, nos referiremos a dos situaciones que involucraron cambios diametralmente opuestos en las estructuras de los contratos regulados.

La primera regulación nació como consecuencia de la crisis del gas argentino, la que provocó dos tipos de reacciones en nuestro país: una inmediata, en que las centrales existentes que se vieron desprovistas de suministro comenzaron a reemplazarlo por diésel; y otra mediata, relacionada con la realización de proyectos de construcción de centrales a carbón. Sin embargo, el gran obstáculo para estos proyectos se producía por la incertidumbre de las generadoras en torno a la evolución de los precios y la tecnología que se emplearía en el futuro. En estas circunstancias, no existían condiciones idóneas para promover exitosamente procesos de licitación de distribuidoras, pues los precios que se establecían hasta ese entonces en los contratos regulados estaban basados en los Precios Nudos de Corto Plazo calculados para cada semestre por la CNE, los cuales:

> "buscaban reflejar un promedio en el tiempo de los costos marginales de suministro a nivel generación-transporte para usuarios de muy bajo riesgo"[107].

[107] Rozas (2016), p. 19.

La historia de la Ley Corta II, refleja esta incertidumbre que existía en el mercado eléctrico[108] y que, a través de su promulgación, pretendía eliminarse mediante la existencia de un proceso de licitación que se guiara por la oferta y demanda de energía, de modo que los precios de los contratos regulados fueron un producto de dicha interacción y se mantuvieran inalterables durante toda la vigencia de los contratos adjudicados[109], con independencia de lo que ocurriese con los costos marginales.

Si bien mediante la Ley Corta II las generadoras ganaron en seguridad jurídica, pues sabían con anterioridad a la suscripción del contrato o antes de la construcción de una central, cuál sería el precio que recibirían por la venta de energía, existían otras circunstancias externas que podían aún mermar la conmutatividad del contrato y que fueron ocurriendo con posterioridad a la dictación de dicha ley: la existencia de cambios regulatorios. Por ejemplo, la Ley n.° 20780 del año 2014, que impactó los costos de las generadoras mediante un tributo que gravaba la emisión de gases nocivos[110].

La Ley n.° 20805 buscó proteger a las generadoras frente a la ocurrencia de estas circunstancias imprevistas, consagrando un mecanismo de revisión de precios en los contratos de suministro licitados que puede activarse si se cumplen los siguientes requisitos[111]:

a. Circunstancia imprevista: existencia de cambios sustanciales y permanentes en la regulación eléctrica o tributaria.
b. Onerosidad y causalidad: los costos de capital o de operación para la ejecución del contrato deben haber variado como consecuencia

[108] "En lo que respecta al desarrollo de inversiones eléctricas, la situación actual muestra un mercado altamente interesado en ampliar la oferta por las buenas perspectivas de la demanda, pero con fuertes dudas de tipo económico y tecnológico frente a la incertidumbre externa que enfrenta nuestro mercado de gas natural. Esta incertidumbre se manifiesta en la imposibilidad de predecir la evolución de los precios, tanto libres como regulados, para el largo plazo, dado que se desconoce si la realidad del mercado del gas natural volverá a ser lo que fue hasta hace un año atrás". *Historia de la ley,* n.° 20018.

[109] "Ante esta realidad, la modificación legal propuesta responde a la necesidad de estabilizar los flujos de ingreso de los contratos de suministro a las compañías distribuidoras, de manera que, ocurra lo que ocurra con el actual mercado del gas suministrador, el suministro de electricidad esté disponible para el cliente regulado chileno. Es así como el objetivo primordial del proyecto es despejar la incertidumbre en el mercado eléctrico para el desarrollo de futuras inversiones en generación, restaurando y reforzando, de este modo, la seguridad tradicional de abastecimiento eléctrico para el país. Para ello es menester establecer estabilidad en el mecanismo de precios de abastecimiento del sector de clientes regulados, a objeto de garantizar que el proceso de inversiones se desarrolle con normalidad, como ocurría hasta antes de la actual situación del mercado del gas natural". *Historia de la ley,* n.° 20018.

[110] CNE (2017), p. 62.

[111] Art. 134, introducido por la Ley n.° 20805.

de dichos cambios, en términos de producir un excesivo desequilibrio económico[112] en las prestaciones mutuas del contrato respecto de las condiciones existentes al momento de la presentación de la oferta.

c. Inimputabilidad: la mayor onerosidad no puede resultar imputable al suministrador.

De esta forma, la Ley n.° 20805 consagra expresamente el derecho de las generadoras de revisar los precios adjudicados y acordados con las distribuidoras, precisando los requisitos necesarios para que el contrato pueda ser modificado[113]. Como puede observarse, se trata de requisitos similares a los desarrollados por la teoría de la imprevisión.

C. Técnicas empleadas en contratos de suministro eléctrico no regulados

Debido a la volatilidad inherente del mercado eléctrico, usualmente se establecen cláusulas en los contratos de suministro negociados de manera libre –entre generadoras y clientes libres– en virtud de las cuales se pueden reajustar sus términos de conformidad a las nuevas condiciones que lo afecten. En este sentido, y con relación al precio[114], distinguiremos dos tipos de cláusulas que velan por mantener un equilibrio en las prestaciones del contrato: por un lado, las *cláusulas de ajuste de precio*, que se caracterizan por incorporar factores objetivos y calculables para modificar el precio bajo ciertas circunstancias que se contemplan expresamente y, por otro,

[112] Conforme al inciso 4 del art. 134 de la Ley n.° 20805, se establecerán en las bases de licitación el porcentaje o variación mínima para determinar la magnitud que produzca el desequilibrio económico. En este sentido, en las bases de licitación de 2019 se señaló lo siguiente: "el precio de la energía podrá ser revisado únicamente en los casos que, por causas no imputables al Suministrador, los costos de capital o de operación para la ejecución del Contrato hayan variado en una magnitud tal que produzca un excesivo desequilibrio económico en las prestaciones mutuas del Contrato, respecto de las condiciones existentes en el momento de la presentación de la oferta, debido a cambios sustanciales y no transitorios en la normativa sectorial o tributaria, que tengan por efecto directo y demostrable una variación de más del 2% en los costos de capital o de operación para la ejecución del Contrato". Disponible en www.cne.cl/wp-content/uploads/2019/04/Rex-Ex-CNE-273-2019-Bases-Licitaci%C3%B3n-Publica-2019-01.pdf [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].

[113] Conforme a la ley, tanto la generadora como la distribuidora pueden activar el procedimiento para la revisión del precio por medio de una solicitud a la CNE. En caso de que no se llegue a un acuerdo en la audiencia citada al efecto, cualquiera de las partes del contrato en revisión podrá presentar su discrepancia ante el Panel de Expertos.

[114] También suelen pactarse cláusulas que ajustan o modifican otro tipo de condiciones diferentes al precio en el caso de ocurrir ciertos eventos, como cláusulas que permiten modificar los bloques (volúmenes) de suministro.

las *cláusulas de revisión de precio o cláusulas hardship*, que facultan a cualquiera de las partes a instar por una renegociación del contrato en el caso que se produzcan circunstancias imprevistas que afecten su economía.

Si bien estas dos categorías de cláusulas las podemos encontrar en muchos contratos de suministro, la lógica negocial que las subyace ha cambiado a partir de la entrada masiva de ERNC.

En efecto, como hemos visto más atrás, hasta antes del año 2015 la oferta de energía eléctrica era limitada, pues el mercado era controlado por pocas generadoras. En este contexto, el poder de negociación que tenían los clientes estaba reducido principalmente al volumen y plazo del suministro. No existía un gran margen para negociar los precios ofrecidos por las centrales[115], y la posibilidad de ajustarlo o revisarlo durante la vigencia del contrato se establecía normalmente en favor de ellas. Así, a modo de ejemplo, las generadoras buscaban traspasarles a sus clientes (*pass through*) cualquier mayor costo de operación que se gatillase durante la ejecución del contrato de suministro, como podría ocurrir, por ejemplo, mediante la imposición de impuestos que graven la operación de centrales convencionales.

Sin embargo, a partir de la diversificación de la oferta de energía eléctrica y el aumento de la competencia entre las generadoras, los clientes libres han podido ir accediendo a condiciones cada vez más favorables en los contratos de suministro que suscriben, en concreto, han tenido mayor injerencia en la determinación del precio[116]. Su poder de negociación ha aumentado y un claro ejemplo de esta nueva dinámica se evidencia desde la gran migración de clientes regulados a libres (innovación introducida por la Ley n.° 20805). Solo en el año 2018 se experimentó un aumento del

[115] "Por otra parte, el resultado de menor competencia en el mercado de los clientes libres es consistente con una conducta no-cooperativa, esto es, de competencia oligopolística o imperfecta. A diferencia de las licitaciones, mercado que se despejan vía negociaciones bilaterales sufren de fricciones y costes de búsquedas y de negociación que se debieran reflejar en mayores precios, en promedio", Fabra, Monterio y Reguant (2013), p. 64.

[116] "En un mercado de alta competencia, como es actualmente el de la generación eléctrica, la oportunidad es clara. Los clientes libres pueden beneficiarse de obtener, simultáneamente, condiciones de precios competitivos y de energía limpia. Hace tan solo unos años, esos objetivos parecían opuestos y resultaba prácticamente imposible conciliarlos en un contrato de suministro de energía eléctrica. Hoy en cambio, esos objetivos son coincidentes gracias al gran desarrollo del sector de las energías renovables y, en particular, de las denominadas Energías Renovables No Convencionales (ERNC), es decir, viento, sol, agua, biomasa, y geotermia", columna de opinión de Carlos Finat, director ejecutivo de Acera. Disponible en www.emb.cl/electroindustria/articulo.mvc?xid=3226&xit=clientes-libres-y-energias-renovables [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].

163% en la cantidad de usuarios que migraron[117] en búsqueda de precios más bajos en contratos negociados de forma directa con las generadoras[118].

Esta nueva dinámica contractual ofrece una gran oportunidad a los clientes libres de incorporar cláusulas de ajuste o revisión de precios que, años atrás, se pactaban usualmente en beneficio exclusivo de las generadoras. Se trata de una posibilidad deseable desde una perspectiva de *justicia conmutativa*, sobre todo teniendo en consideración que la volatilidad del mercado eléctrico puede tanto beneficiar como perjudicar a todos sus participantes indistintamente.

i. Cláusulas de ajuste de precio

Las *cláusulas de ajuste de precio* permiten modificar el precio de la energía acordado al momento de la suscripción del PPA, a partir de la aplicación de ciertas reglas o parámetros que se acuerdan.

La cláusula de reajustabilidad o indexación es la más típica, en virtud de la cual "los montos del contrato se adecuan automáticamente a las circunstancias que lo rodean en su desarrollo"[119], acordándose, además, la periodicidad del ajuste (*e.g.* trimestral, semestral, etc.). Por lo general, buscan modificar el precio de la energía conforme a la variación que experimenten los costos de los combustibles, del capital u otros costos relevantes para la operación de la central. Dentro de estas cláusulas, las más recurrentes son las de indexación al IPC o al CPI (informado por el United States Bureau of Labour Statistics), o al precio del combustible empleado por la generadora con la que se suscribe el contrato (*e.g.* precio del petróleo diésel, crudo, carbón o del gas[120]).

[117] Artículo de prensa "Migración de clientes regulados a libres aumentó 163% en 2018 y Enel lidera los traspasos". Disponible en www.revistaei.cl/2019/01/21/migracion-clientes-regulados-libres-aumento-163-2018-enel-lidera-los-traspasos/ [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2019].

[118] "El éxodo en el último tiempo de estos clientes (principalmente de aquellos abastecidos por una empresa distribuidora), de un régimen de tarifa regulada a precio libre, ha obedecido a las mejores condiciones comerciales de suministro al que pueden optar hoy bajo la modalidad de cliente libre. Esto gracias al desafío competitivo que ha originado la masificación y creciente incorporación en nuestra matriz de fuentes de energía renovable, principalmente por la madurez tecnológica, de costos, y condiciones de contratación que han experimentado tecnologías como la solar fotovoltaica y la eólica", columna de opinión de Rodrigo Solís, director de estudios de generadoras de Chile. Disponible en www.emb.cl/electroindustria/articulo.mvc?xid=3227 [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].

[119] Gutiérrez (2002), p. 137.

[120] Véase, como referencia, las posibilidades de indexación que la CNE aprobó en las bases para la licitación del 2017, resolución exenta n.° 42, p. 98. Disponible en www.cne.cl/wp-content/uploads/2016/12/Res-Ex-CNE-42-Aprueba-Bases-Licitaci%C3%B3n-2017-01.pdf [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].

Otro tipo de cláusulas[121] permiten ajustar el precio conforme a la fluctuación que experimente el costo marginal durante la vigencia del contrato, pues, como explicábamos más atrás, las generadoras deberán en primer término "retirar" la energía requerida por su cliente y pagar el costo marginal por ella, para solo después "venderla" al cliente al precio del contrato. Es por ello que, al momento de la celebración del PPA, por lo general se fija el precio en función de los costos marginales que se proyectan hacia el futuro.

Sin embargo, si los costos marginales varían en perjuicio de la generadora luego de la suscripción del contrato (*i.e.* cuando el precio *spot* sube y termina superando el precio contractual), se crea un evidente desequilibrio al ser más oneroso para la central suministrar la energía comprometida. Precisamente eso fue lo que ocurrió con la crisis del gas argentino, experiencia que incentivó la inclusión de cláusulas de ajuste de precio en caso de que los costos marginales excedieran ciertos límites[122]. De la misma forma, no deberían existir inconvenientes para que se acuerden cláusulas en el sentido opuesto, es decir, que autoricen reducir el precio de la energía en el evento que los costos marginales estén por debajo de ciertos niveles, pues, en tal caso, la generadora estaría enriqueciéndose por sobre lo que contemplaron las partes al fijar un precio en un contexto diverso.

Atendida la volatilidad del mercado eléctrico, es aconsejable que se pacten este tipo de cláusulas de modo de velar por un equilibrio en las prestaciones contractuales[123]. En definitiva, las partes querían obtener ese equilibrio mediante la celebración del contrato.

ii. Cláusulas de revisión de precio

De la misma forma, la diversificación de la oferta eléctrica viabiliza la estipulación de otro tipo de cláusulas que también apuntan a distribuir eficaz y equitativamente los riesgos del contrato[124] frente a eventos que los puedan alterar: las cláusulas *hardship*. En este contexto, las partes al

[121] También son usuales las cláusulas de fuerza mayor que habilitan, por ejemplo, a suspender o modificar los efectos del contrato (*i.e.* reemplazar el precio del contrato por el costo marginal) si la central no se encuentra operando por eventos imprevistos e irresistibles.

[122] "Las diferencias entre el precio spot y el precio de los contratos de suministro impactan directamente en la viabilidad financiera de las empresas de generación. El riesgo del precio spot, particularmente después de la volatilidad que se creó producto de la crisis del gas argentino a mediados de la década pasada, llevó a que se extendiera la práctica de la indexación de precios de contratos a costo marginal". Sikora *et al.* (2017), p. 4.

[123] Fueyo (1954), p. 121.

[124] Alguna parte de la doctrina lo ha llamado *método analítico* de redacción. Recart (2013), pp. 43-44.

negociar sus PPA estarán en una posición más horizontal para resguardar sus intereses ante cambios en las circunstancias existentes al momento de contratar (como mandata la máxima del *caveat emptor*)[125].

Si bien en un sentido amplio del término se puede afirmar que las *cláusulas de ajuste de precio* también caben dentro de esta categoría contractual –pues permiten modificar el contrato para mantener su conmutatividad frente a ciertas "dificultades"–, en un sentido más restringido las cláusulas *hardship* se diferencian en que

i) se asocian a circunstancias imprevistas, de modo que usualmente solo se contempla en el contrato el "tipo de evento" que pueda ocurrir (*e.g.* "cambios regulatorios") y
ii) genera efectos en el contrato que, por su relevancia (*e.g.* modificación, terminación, suspensión, negociación), requiere de un proceso más discernido para su determinación.

En este sentido, suele contemplarse un proceso de negociación previa en que las partes deben analizar si se han cumplido los requisitos para aplicar la cláusula[126] (a diferencia de lo que ocurriría con aplicar simplemente la variación del CPI, si estuviéramos frente a una *cláusula de ajuste de precio*).

De esta forma, diremos que las cláusulas *hardship* son estipulaciones en virtud de las cuales las partes, frente a eventos imprevistos e inimputables que alteren el equilibrio económico del contrato sin hacer imposible su cumplimiento[127], se obligan a modificarlo, terminarlo o suspenderlo, de conformidad a los términos que se acuerden.

Por lo general se ha entendido, por el resabio de la teoría de la imprevisión, que las cláusulas *hardship* buscan anticipar el escenario donde una de las prestaciones se vuelve excesivamente onerosa de cumplir[128]. Por ejemplo, sumado a las nociones del art. 1467 del *Código Civil* italiano, la Cámara Internacional de Comercio presentó un modelo de cláusula *hardship* en el año 2003[129] que permite a las partes negociar la adaptación

[125] Por este motivo, se ha señalado que las Cortes no deberían intervenir cuando las partes pudieron protegerse mediante una cláusula *hardship* o de ajuste de precio. Simone (2006), p. 77 y ss.

[126] Bascuñán (2011).

[127] Guía Jurídica de CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de instalaciones Industriales, 1988, p. 225; Sánchez (2005), p. 1273.

[128] Böckstiegel (1985); Alterini (2002), p. 1 y ss.

[129] "A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:

(a) the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that.

del contrato a las nuevas circunstancias más onerosas y, en caso de no prosperar, las habilita a solicitar la terminación del acuerdo[130].

Sin embargo, a partir del ejercicio de la autonomía de la voluntad, la doctrina ha reconocido un concepto más amplio de cláusulas *hardship* cuando, no obstante la prestación no se ha vuelto estrictamente más onerosa para ninguna de las partes, la prestación que una de ellas debe cumplir se ha devaluado económicamente[131]. En este sentido, vemos que los Principios Unidroit sobre Contratación Comercial Internacional habilitan a las partes a renegociar el contrato frente a circunstancias que aumenten o disminuyen el costo de la prestación[132].

Esta amplitud de las cláusulas de revisión permite recoger cualquier tipo de desequilibrio económico que sufra el contrato, extendiendo el

(b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.

Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract". Disponible en https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-Force-Majeure-Hardship-Clause.pdf [fecha de consulta: 17 de agosto de 2019].

[130] Una visión sobre las nuevas regulaciones que busca emitir la Cámara de Comercio Internacional a este respecto la encontramos en Erdem (2018), p. 123 y ss.

[131] En definitiva, se busca restaurar el equilibrio económico del contrato, buscando que la correlación entre las prestaciones de las partes se resguarde a lo largo de su ejecución. Véase Castro y Zapata (2005), p. 4; Alterini (2002), p. 1; Simone (2006), p. 84. El propósito es entender, en palabras de Jorge López Santa María, "que las partes no son antagonistas sino que colaboradores asociados". Santa María (2017), p. 325. "No toda dificultad hace procedente su aplicación, sino que una circunstancia sobreviniente que altera de manera efectiva el equilibrio de las prestaciones, ya porque el costo de una de ellas aumenta considerablemente de valor, ya porque el valor de la prestación que una de las partes recibe ha disminuido sustancialmente". Cárdenas y Reveco (2018), p. 176. Además, la doctrina ha señalado que se produce un desequilibrio contractual "en aquellos casos en que el cumplimiento de la contraprestación ya no satisface el propósito previsto por las partes al momento de contratar". López (2015), p. 143.

[132] El art. 6.2.1. dispone: "cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre "excesiva onerosidad"". Luego, el art. 6.2.2 define *hardship* cuando "el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que un parte recibe ha disminuido, y; (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja". Véase también Simone (2006), p. 77 y ss.

significado tradicional de lo que se entendía como *más oneroso* ya no solo circunscrito a la hipótesis en que se incrementan los costos de cumplir una obligación, sino, también, cuando dichos costos disminuyen (oscilación que, como hemos visto, es inherente al funcionamiento del mercado eléctrico). Esta visión se ajusta a la concepción conmutativa desde una doble perspectiva: jurídica, pues lo que "una de las partes se obliga a dar o hacer" puede dejar de ser equivalente a lo que "la otra parte debe dar o hacer a su vez"[133] tanto si el valor de una de las prestaciones sube o baja; y económica, por cuanto permite distribuir eficazmente los riesgos entre las partes atendido los bajos costos de transacción existente en este mercado de contratos[134].

Las hipótesis que se regulan en las cláusulas *hardship* como "causas" de la excesiva onerosidad suelen ser diversas (*e.g.* políticas, económicas)[135]. En contratos de suministro eléctrico se suelen incorporar, por su habitualidad y especial afectación a dichos contratos, cambios regulatorios que afecten la operación de las centrales.

En cuanto a sus efectos, se pueden regular distintas posibilidades, como la revisión del precio (o de otras cláusulas, como de volumen de suministro), suspensión[136] y hasta la terminación del contrato. Normalmente, se contempla una etapa de "trato directo" o de negociaciones, y en caso de fracaso, un mecanismo de resolución de disputas (arbitraje, por lo general). Sin embargo, como veremos a continuación, las partes deberían prestar especial atención a los requisitos que se exigirán para la procedencia de uno u otro efecto, atendidos los intereses jurídicos subyacentes en los PPA.

iii. Límites aconsejables a las cláusulas de ajuste o revisión de precios

Si bien las cláusulas de ajuste de precio y *hardship* permiten mantener la conmutatividad de los contratos de suministro eléctrico, durante su negociación las partes no deben olvidar otros intereses recíprocos que las motiva a suscribirlos, en especial cuando estamos frente a contratos de largo plazo.

[133] Art. 1441 del *Código Civil*.

[134] "El análisis económico del derecho (AED de ahora en adelante) aporta una herramienta importante en las relaciones obligatorias cuando el tema es la eficiente asignación de riesgos y distribución de riquezas. Se parte, por ejemplo, del principio donde toda negociación tiene un costo de transacción, y cuando estos costos son bajos y pueden ser negociados, las partes lo harán libremente. Sin embargo, cuando los costos de transacción son muy altos, esto no será posible, y cabrá a la ley definir la asignación de los costos y riesgos para que se pueda establecer un sistema de compensación por los daños", Monteiro (2013), pp. 89-90.

[135] Cardona (2011).

[136] Van Houtte (1993), pp. 10-11; Alcalde (2018), pp. 125-127.

Por ejemplo, con relación a la negociación de cláusulas que habiliten el ajuste o revisión en favor de los clientes, se presenta un obstáculo no menor: chocan con el interés primordial que tienen las centrales a la hora de decidir comercializar su energía mediante contratos de largo plazo –en vez de hacerlo derechamente en el mercado *spot*–, este es, la certeza de que percibirán flujos estables durante cierto periodo. Si a este elemento añadimos el hecho de que muchos contratos de suministro se negocian en respaldo del financiamiento para la construcción de parques (*project finance*)[137], la posibilidad de incluir este tipo de cláusulas se pone aún más cuesta arriba. En este sentido, la redacción genérica de una cláusula, tanto con relación a las causas que pueden gatillar la excesiva onerosidad o en cuanto a los efectos que el cliente pueda reclamar como consecuencia, puede derivar en una continua revisión del contrato en perjuicio de las generadoras, comprometiendo la estabilidad del suministro eléctrico.

En definitiva, los PPA son instrumentos que dan certidumbre jurídica y financiera a sus otorgantes. Tanto para las generadoras como para los clientes es un atractivo el desprenderse de la oscilación del mercado *spot* mediante la fijación de un precio de energía fijo y estable. Por ello, y para resguardar armónicamente este interés con la conmutatividad del contrato, se debería regular con especial detención

i) los niveles de variación que deben experimentar los costos marginales y
ii) el transcurso de un tiempo mínimo en que dichos niveles se deben mantener para ajustar el precio.

Como hemos señalado, la variabilidad del mercado eléctrico constituye una característica inherente y, por tanto, conocida por las partes al momento de contratar, por lo que cierta magnitud de oscilación –*i.e. de desequilibrio en las prestaciones*– es esperable que sea tolerada y asumida por ellas como un riesgo bajo el contrato.

En la misma línea, los efectos que se derivan de la procedencia de las cláusulas de ajuste, y, especialmente, de las cláusulas *hardship*, deberían acordarse en función de la lógica que subyace a los PPA. Así, corresponde que la posibilidad de terminar el contrato como consecuencia de circunstancias imprevistas esté relacionada con hipótesis extremas que supongan el quebrantamiento definitivo de la economía del contrato, *i.e.* durante toda su vigencia.

[137] "Contratos buscan asegurar que el proyecto reciba ingresos suficientes para cubrir un porcentaje de los costos de operación y de las obligaciones de deuda. Para desarrollos basados en Project Finance la firma de un contrato de suministro es esencial", Systep (2013), p. 28.

V. Conclusiones

El dinamismo y la variabilidad del mercado eléctrico chileno constituyen características propias y estructurales bajo las cuales los operadores del sistema desarrollan sus actividades de generación y comercialización. La evolución histórica del mercado *spot* y del mercado de contratos –regulados y libres– son la evidencia empírica de ello. Ahora bien, cuando estas oscilaciones se asocian a eventos impensados y disruptivos nace un campo amplio para la aplicación de la teoría de la imprevisión, cuya falta de reconocimiento legal expreso ha dado lugar a decisiones contradictorias por parte de nuestros tribunales, generando *incertidumbre jurídica.*

Frente a este contexto, la inclusión de cláusulas de ajuste y de revisión de precios –cláusulas *hardship*– en contratos de suministro eléctrico puede ser la solución, sobre todo considerando que las últimas transformaciones ocurridas en el mercado eléctrico propician una sofisticación en la redacción de este tipo de cláusulas, atendido el mayor poder de negociación de los clientes ante una diversificación de la oferta de energía.

Sin embargo, debido a los intereses que subyacen la suscripción de contratos de suministro eléctrico, las cláusulas de revisión deberían estar sujetas a una detallada redacción con relación a sus requisitos, especialmente

i) los eventos que la pueden gatillar,
ii) la magnitud del desequilibrio económico que se genera como consecuencia y
iii) los efectos que las partes pueden solicitar.

Bibliografía citada

Abeliuk, René (2003). *Las obligaciones.* 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo 2.

Alcalde, Enrique (2007). "Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria". *Revista Chilena de Derecho*, n.° 34. Santiago.

Alcalde, Enrique (2018). *La responsabilidad contractual. Causa y efectos de los contratos y sus obligaciones.* Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Alterini, Atilio (2002). "Teoría de la imprevisión y la cláusula de Hardship". *Rivista di Diritto dell' integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina*, vol. 13. Roma.

Arguello, Samuel (2012). "Comparación de Precios de Electricidad en Chile y países de la OCDE y América Latina". Disponible en www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/16020/1/Informe_Comision%20Final_v4.doc [fecha de consulta: 3 de agosto de 2019].

Bahamondez, Felipe (2008). *Fallo Gasatacama: El cambio de circunstancias en los contratos. Quo vadis?. Sentencias Destacadas 2008.* Libertad y Desarrollo. Disponible en https://lyd.org/wp-content/uploads/2011/05/Libro-Sentencias-Destacadas-2008-Digital.pdf [fecha de consulta: 10 de agosto de 2019].

Bascuñán, Felipe (2011). *Los Contratos de Suministro Entre Generadoras y Clientes Libres. Adaptación de las condiciones comerciales, revisión de precios y terminación anticipada del contrato a la luz de la Ley Nº 20.018.* VI Jornadas de Derecho Eléctrico, Actas de Derecho de Energía, n.º 1-2011, Santiago: Thomson Reuters.

Bloomberg Nef (2018). "Climatescope 2018". Disponible en http://global-climatescope.org/assets/data/reports/climatescope-2018-report-en.pdf [fecha de consulta: 12 de agosto de 2019].

Böckstiegel, Karl-Heinz (1985). "Hardship, force majeure and special risks clauses in international contracts", in Norbert Horn (ed.). *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance.* Holland: Kluwer.

Caprile, Bruno (2007). "La imprevisión". *Actualidad Jurídica,* n.° 15. Santiago.

Cárdenas, Hugo y Ricardo Reveco (2018). *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito.* Santiago: Thomson Reuters.

Cardona, John (2011). "Interpretación al interior de los Principios de Unidroit frente al Hardship". Disponible en http://unidroitprinciples.blogspot.com/2011/04/clausulas-hardship-antecedentes.html [fecha de consulta: 7 de julio de 2019].

Castillo, Rodrigo (2017). "Los contratos de suministro de energía eléctrica; naturaleza y problemas en cláusulas arbitrales". *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.° 24. Santiago.

Castro, Ana María, Ana Cecilia Zapata (2005). "La cláusula de hardship en los contratos internacionales". *Revist@ e-mercatoria.* Vol. 4, n.° 2. Bogotá.

CDEC-SING (2015). *Efectos Técnico-Económicos de la Integración de Energía Eólica y Solar en el SING: Escenario año 2017.* Disponible en http://cdec2.cdec-sing.cl/pls/portal/cdec.pck_pag_web_pub.get_file?p_file=Estudio_ERNC_2015.pdf [fecha de consulta: 1 de junio de 2019].

Clerc, Jacques, Juan Carlos Olmedo, Jaime Peralta, María Luisa Saavedra, Enzo Sauma, Ignacio Urzúa, Andrés Hernando (2017). *Energías renovables en Chile. Hacia una inserción eficiente en la matriz eléctrica.* Disponible en www.cepchile.cl/cep/site/docs/20180124/20180124191509/libro_energia_cep.pdf [fecha de consulta: 2 de julio de 2019].

CNE (2017). Nueva Ley Chilena de Licitaciones de Suministro Eléctrico para Clientes Regulados: un caso de Éxito. Disponible en www.cne.cl/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Licitaciones-de-Suministro-Eléctrico.pdf [fecha de consulta: 2 de junio de 2019].

CNE (2018). *Anuario Estadístico de Energía.* Disponible en www.cne.cl/wp-content/uploads/2019/04/Anuario-CNE-2018.pdf [fecha de consulta: 6 de agosto de 2019].

Corral, Hernán (2010). *Contratos y daños por incumplimiento*. Santiago: Abeledo Perrot-Legal Publishing.

De la Maza, Lorenzo (2009). "La teoría de la imprevisión", en Raúl Tavolari (coord.). *Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.

Dörr Zegers, Juan Carlos (1988). "Notas acerca de la teoría de la imprevisión". *Revista Chilena de Derecho,* vol. 12. Santiago.

Erdem, Ercüment (2018). "Revision of the ICC Force Majeure and Hardship Clause. Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World". *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol. 17. Kluwer Law International.

Evans, Eugenio, Eduardo Yañez (2017). *Derecho y regulación económica de la energía eléctrica*. Santiago: Thomson Reuters.

Fabra, Natalia, Juan-Pablo Montero, Mar Reguant (2013). *La competencia en el mercado eléctrico mayorista en Chile*. Disponible en www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2013/11/Montero_fabra.pdf [fecha de consulta: 7 de agosto de 2019].

Fueyo, Fernando (1954). "Algo sobre la teoría de la imprevisión". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, n.º 1, tomo 51. Santiago.

Galetovic, Alexander, Cristián Muñoz (2008). "Energías Renovables No Convencionales: ¿Cuánto nos van a costar?". Disponible en www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304094738/r112_agaletovic_EnergiaRenovables.pdf [fecha de consulta: 7 de julio de 2019].

Gatica, Diego (2017). *Mercado eléctrico y generadores de ERNC: análisis de las leyes n° 20.805 y n° 20.936*, tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146823/Mercado el%C3%A9ctrico-y-generadores-de-ERNC-an%C3%A1lisis-de-las Leyes-No-20.805-y-No 20.936.PDF?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: 7 de julio de 2019].

González, Aldo e Isidora Palma (2017). "Impacto de la reforma del 2014 en las subastas de electricidad en Chile". Texto inédito elaborado para la CNE.

Gordley, James, Arthur von Mehren (2006). *An Introduction to the Study of Comparative Law, Reading, Cases and Materials*. Cambrigde: Cambridge University Press.

Gutiérrez, Paulina (2002). *El contrato de suministro de energía eléctrica a clientes libres*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107348/de gutierrez_p.pdf?sequence=3 [fecha de consulta: 12 de julio de 2019].

IEA (2015). *World Energy Outlook 2015*. Disponible en www.iea.org/publications/freepublications/publication/WEO2015.pdf [fecha de consulta: 9 de julio de 2019].

Illanes, Claudio (2000). *Posición personal sobre la teoría de la imprevisión en la legislación chilena. Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio.*

Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Irena (2017). *Renewable Energy Auctions*. Disponible en www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2017/Jun/IRENA_Renewable_Energy_Auctions_2017.pdf [fecha de consulta: 7 de julio de 2019].

Irena (2018). *Renewable Power Generation Costs in 2018*. Disponible en www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2019/May/IRENA_Renewable-Power-Generations-Costs-in-2018.pdf [fecha de consulta: 7 de julio de 2019].

Lazard (2018). "Lazard's Levelized Cost of Energy Analysis – Version 12.0". Disponible en www.lazard.com/media/450784/lazards-levelized-cost-of-energy-version-120-vfinal.pdf [fecha de consulta: 9 de julio de 2019].

López, Patricia (2015). "El principio de equilibrio contractual en el código civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 25. Santiago.

Momberg, Rodrigo (2008). *Análisis crítico desde el derecho alemán y nacional de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que acoge la teoría de la imprevisión. Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Legal Publishing.

Momberg, Rodrigo (2010a). "La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, n.° 1. Santiago.

Momberg, Rodrigo (2010b). "Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 15. Santiago.

Momberg, Rodrigo (2011). *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives*. Utrecht: University of Utrecht.

Monteiro, Rodrigo (2013). "El interés económico de las partes y el incumplimiento contractual". *Revista de Derechos Fundamentales de laUniversidad de Viña del Mar,* n.º 10. Viña del Mar.

Peñailillo, Daniel (2000). "La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (La lesión y la imprevisión)". *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n.° 208. Concepción.

Puig, Federico (1976). *Compendio de Derecho Civil Español*. 3ª ed. Madrid: Ediciones Pirámide S.A., vol. 3.

Raineri, Ricardo (2018). *Transición energética en Chile: una verdad incómoda*, documento de trabajo n.° 39. Santiago: Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales de la Universidad Católica. Disponible en www.clapesuc.cl/assets/uploads/2018/01/05-01-18-doc-trab-39-r-raineri-transicin-energtica-en-chile-una-verdad-incmoda-dec-9-2017.pdf [fecha de consulta: 18 de junio de 2019].

Recart, Joaquín (2013). *Incumplimiento de declaraciones y garantías contractuales*. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho. Santiago: Universidad de Chile.

Rozas, Rodrigo (2016). *Análisis expost del efecto de la ley corta II n° 20.018 en los precios de los contratos de suministro de largo plazo de las distribuidoras*. Tesis para

optar al grado de Magister en Economía Energética, Universidad Técnica Federico Santa María. Disponible en https://repositorio.usm.cl/bitstream/handle/11673/23301/3560900232297UTFSM.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: 7 de julio de 2019].

Rudnick, Hugh (2011). "Las tecnologías de energías renovables y su impacto en el marco regulatorio". V Foro Latinoamericano sobre Seguridad Energética, Crecimiento Sostenible e Integración Regional, Santiago. Disponible en www.systep.cl/documents/CIER%20Noviembre2011%20Rudnick.pdf [fecha de consulta: 2 de agosto de 2019].

Santa María, Jorge (2017). *Los contratos. Parte general.* 6ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Sikora, Iryna, Juan Campos, Javier Bustos (2017). "Determinantes del precio spot eléctrico en el sistema interconectado central de Chile". *Revista de Análisis Económico*, vol. 32, n.º 2. Santiago.

Simone, Amalia (2006). "El hardship en la contratación comercial internacional". *Revista de Derecho*, n.° 5. Quito.

Sánchez, Sixto (2005). "Hardship en la contratación internacional: Principios comunes para una unificación desde el Derecho comparado", en Marina Vargas Gómez-Urrutia, Ana Salinas de Frías; Juan Antonio Carrillo Salcedo (coords.). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional (homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo).* Sevilla: Servicios de Publicaciones de las Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga. 2005. Vol. 2.

Systep (2012). ¿Estamos hipotecando nuestro futuro? Efectos de la incertidumbre en el mercado eléctrico. Disponible en www.systep.cl/documents/Mocarquer%20XII%20Jornadas%20de%20Derecho%202012.pdf [fecha de consulta: 2 de agosto de 2019].

Systep (2013). "Contrato de generación de electricidad: motor de expansión de capacidad". Disponible en www.systep.cl/documents/S.%20Mocarquer-Contratos%20de%20energia-30102013.pdf [fecha de consulta: 18 de julio de 2019].

Systep (2016a). "Proyección del costo marginal y comercialización de la energía: desafíos para la minihidro". Disponible en www.systep.cl/documents/Rudnick_APEMEC_290616.pdf [fecha de consulta: 18 de julio de 2019].

Systep (2016b). "Reporte mensual del sector eléctrico". Disponible en www.systep.cl/documents/reportes/112016_Systep_Reporte_Sector_Electrico.pdf [fecha de consulta: 2 de agosto de 2019].

Systep (2017). "Impacto de energías variables en el sistema eléctrico chileno". Disponible en www.systep.cl/documents/ClusterEnergiaBiobio101017f [fecha de consulta: 26 de julio de 2019].

Systep (2018). "Los precios de nudo en el mercado eléctrico chileno". Disponible en www.systep.cl/documents/SenalesEspaciales%20HRudnick [fecha de consulta: 2 de agosto de 2019].

Van Houtte, Hans (1993). "Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda", in Emmanuel Gaillard (ed.). *Transnational Rules in International Commerce and Arbitration.* Paris: ICC Publishing.

Zimmermann, Reinhard (1990). *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition.* Cape Town: Oxford University Press.

Siglas y abreviaturas

al.	*alii* (otros)
art.	artículo
arts.	artículos
c/ *a veces* c.	con
CDEC	Centro de Despacho Económico de Carga
CNE	Comisión Nacional de Energía
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
CPI o IPC	Consumer Price Index
coord.	coordinador
CVNC	Costo Variable No Combustibleee-
ed.	edición *a veces* editor
eds.	editores
e.g.	*exempli gratia*
EIA	Energy Information Administration
EMOS	Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias
Endesa	Empresa Nacional de Electricidad
Enel	Ente nazionale per l'energia elettrica
ERNC	energías renovables no convencionales
GWh	Gigawatt hora
hrs.	horas
html	HyperText Markup Language
http	Hypertext Transfer Protocol
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
Ibid.	*Ibidem*
i.e.	*id est*
IEA	International Energy Agency
inc.	inciso
Irena	International Renewable Energy Agency
KW	Kilowatt
LGSE	Ley General de Servicios Eléctricos
MW	Megawatt

MWh	Megawatt hora
n.º	número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
op. cit.	*opere citato* (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
PPA	power purchase agreement
S.A.	sociedad anónima
SIC	Sistema Interconectado Central de Chile
SING	Sistema Interconectado del Norte Grande
ss.	siguientes
ter.	tres veces
Unidroit	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
USD *a veces* US$	Dólares estadounidenses
UTM	Unidad Tributaria Mensual
vol.	volumen
www	World Wide Web

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 57-92 [julio 2020]

SOBRE LA ARBITRABILIDAD DEL CONFLICTO DE CONSUMO EN CHILE: INSUMO BÁSICO PARA UN REPLANTEAMIENTO ESTRUCTURAL

ABOUT THE ARBITRABILITY OF THE CONSUMER CONFLICT IN CHILE: BASIC SUPPLY FOR A STRUCTURAL REPLANTING

Eduardo Jequier Lehuedé*

Resumen

En este trabajo se aborda la arbitrabilidad del conflicto de consumo en el derecho chileno, como punto de partida para el replanteamiento de todo el sistema de arbitraje de consumo en Chile. Trata la arbitrabilidad en sus manifestaciones subjetiva y material, y revisa los efectos que genera en este ámbito la irrenunciabilidad de los derechos del consumidor, el carácter imperativo de las normas de la Ley n.°19496, sobre protección de los derechos de los consumidores, y el alcance del art. 230 del *Código Orgánico de Tribunales*, sobre arbitraje prohibido.

Palabras clave: arbitraje de consumo; arbitrabilidad; conflicto de consumo.

Abstract

This work addresses the arbitrability of the consumer conflict in chilean law, as a starting point for the rethinking of the entire arbitration system

* Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España. Profesor titular del Departamento de Derecho Comercial y de la Empresa, Universidad de Los Andes, Chile. Dirección postal: Avenida Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Las Condes. Correo electrónico: ejequier@uandes.cl. Artículo recibido el 2 de octubre de 2019 y aceptado para su publicación el 3 de marzo de 2020.

El presente trabajo forma parte del proyecto Fondecyt regular n.° 1190099, titulado "El arbitraje de consumo en Chile: Análisis críticos y planteamientos para una indispensable revisión de lege ferenda", del cual el autor es investigador responsable.

on consumer issues in Chile. It deals with arbitrability in its subjective and material manifestations, and reviews the effects generated in this area by the inalienability of consumer rights, the imperative nature of the norms of Law Nº 19.496, about protection of consumer rights, and the scope of art. 230 of the Organic Code of Courts, about prohibited arbitration.

Keywords: consumer arbitration; arbitrability; consumer conflict.

Introducción

Como nunca, durante los últimos años las relaciones de consumo masivo han experimentado un crecimiento exponencial en el ámbito mundial, incentivado en buena medida por el mejoramiento generalizado de las condiciones socioeconómicas y de acceso al crédito de las personas y facilitado, día a día, por el desarrollo vertiginoso de las nuevas tecnologías.

Junto a los canales tradicionales de encuentro entre proveedores y consumidores, una multitud de individuos y empresas interactúa cada vez más a través de canales informáticos y telemáticos de contratación masiva donde se ofrecen y adquieren, en forma rápida y sencilla, bienes y servicios de la más variada gama, incrementándose con ello no solo la cantidad de relaciones contractuales de consumo, sino, también –y consecuencialmente–, el número de conflictos entre las partes contratantes, proveedores y consumidores.

Este fenómeno, que en la actualidad ocupa la atención no solo de los Estados, sino, también, de organismos supranacionales e internacionales, ha sido, a su vez, el elemento modelador de una tendencia transversal a escala global, inspirada en el convencimiento –también generalizado– de que el perfeccionamiento y el incremento de los mecanismos de protección de los derechos de los consumidores no es ya un simple deber programático o aspiracional del legislador, sino una necesidad ineludible; y no solo en una vertiente sustantiva, a través del mejoramiento del estatuto tutelar del interés de la parte "más débil" de la relación de consumo interna o transfronteriza[1], sino que, también, y en especial, en lo concerniente al acceso efectivo del consumidor a la justicia, por la vía de crear, ofrecer y

[1] En Chile, muestra clara de este proceso son las doce modificaciones que a partir del año 1999 se le han introducido a la Ley n.° 19496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (*D.O.* de 7 de marzo de 1997). Se trata de la Ley n.° 19659, de 1999; Ley n.° 19761, de 2001; Ley n.° 19955, de 2004; Ley n.° 20416, de 2010; Leyes n.° 20543 y n.° 20555, de 2011; Ley n° 20715, de 2013; Ley n° 20756, de 2014; Ley n.° 20855, de 2015; Ley n.° 20967 de 2016; Ley n.° 21062, de 2018 y la Ley n.° 21081, de 2018. Adicionalmente está la Ley n.° 20720, de 2014, aunque solo con fines de adecuación terminológica.

mantener cauces procesales que aseguren una solución expedita y eficiente de los conflictos que lo puedan afectar en su condición de tal.

En este último sentido, y en lo que aquí interesa destacar, notorio ha sido el impulso que se le ha dado a los mecanismos alternativos de solución de conflictos y, en lo que aquí concierne, al arbitraje de consumo, cuya particularidad radica en saber reconocer y en hacerse cargo de las especiales características de la relación proveedor-consumidor y en las asimetrías de diversa índole que en ella se generan, de cara a la solución equitativa de tales conflictos. La consolidación de la gran empresa, el fenómeno de integración en estructuras societarias y empresariales integradas de manera vertical y horizontal, la limitación de responsabilidad del comerciante a través de dichas figuras, el carácter masivo de los actos de consumo y, en fin, la disparidad jurídico-económica de quienes intervienen en ellos, constituyen –entre otros– factores que, en términos cualitativos y cuantitativos, se comunican necesariamente a los conflictos que surgen en este concreto ámbito negocial, ante los cuales el arbitraje debe adecuarse desde los mismos principios que lo rigen, partiendo por la arbitrabilidad de los conflictos que lo nutren.

Por su relevancia, entonces, y como se dirá infra, los modelos comparados que se han ocupado especialmente de esta materia han puesto el énfasis en el diseño de unos mecanismos alternativos de solución de conflictos que se adapten, con más o menos matices, a la particular naturaleza subjetiva y material de la relación de consumo, distinta, por cierto, de la que presentan –por regla general– las controversias que traen causa de relaciones de derecho privado, reguladas por el derecho común[2].

Por contraste, y como ocurre con todo el sistema de arbitraje interno en Chile, anclado en concepciones y estructuras jurídico-políticas de origen castellano-medieval[3], la situación del arbitraje de consumo es radicalmente

[2] El arbitraje de consumo muestra un importante desarrollo en el orden internacional, fenómeno que en Europa se refleja en una diversidad de regulaciones legales internas que comparten, a modo de hilo conductor común, la institucionalización del sistema de arbitraje de consumo. Todavía más, en el orden europeo el arbitraje ha sido promovido incluso desde los fueros del derecho comunitario, de lo que es claro ejemplo la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y el Reglamento n.° 524/2013, de igual fecha, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. En Latinoamérica, por su parte, la institucionalización del arbitraje de consumo constituye también un fenómeno generalizado, objetivado en regulaciones legales de larga data, como la argentina (decreto n.° 276/98, de 11 de marzo de 1998, que regula el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo), y en otras más recientes y novedosas, como la normativa peruana de 2011 (decreto supremo n.° 046-2011, de 23 de mayo de 2011, que aprobó el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo).

[3] En este sentido Jequier (2015), pp. 199-224; el mismo autor (2012), pp. 497-528. En igual sentido Romero y Díaz (2016), p. 7 y ss.

distinta. Desde luego, la única referencia general al arbitraje, como mecanismo alternativo de solución heterocompositiva de los conflictos de consumo, se contiene en el art. 16 de la LPDC, incisos penúltimo y final, referida de forma concreta a los contratos de adhesión. La norma legal, además, es especialmente parca, pues se limita a establecer un derecho de recusación sin expresión de causa en favor del consumidor y a reconocer, en todo caso, que este tendrá siempre la posibilidad de acudir ante el tribunal estatal competente, para la solución del conflicto[4].

Adicionalmente, la LPDC regula en la actualidad la figura del *árbitro financiero*, incorporada a la LPDC por la Ley n.° 20555 (*D.O.* de 5 de diciembre de 2011), art. 55 y ss. Sin embargo, y más allá de la doble especialidad a la que se circunscribe esta figura (contrato de adhesión, celebrado además por el consumidor financiero con ciertas y determinadas entidades proveedoras de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero), el sistema de arbitraje financiero se aplica solo a aquellos contratos celebrados por proveedores que cuenten con el denominado Sello Sernac, que, amén de voluntario, no ha tenido mayor acogida hasta aquí en el sector financiero.

En suma, el sistema chileno de arbitraje de consumo, al igual que el arbitraje interno en general, presenta un notorio abandono por parte del legislador, panorama que contrasta con el estímulo y desarrollo que ha tenido el mismo instituto en el derecho comparado. Podrá decirse, acaso, que la excepción a este escenario de desamparo normativo se encuentra en materia de seguros, ya que el art. 543 del *Código de Comercio*[5] sí regula

[4] Nótese que la referencia que se hace aquí al arbitraje y, con ella, al derecho a recusar sin expresión de causa, aplica de manera única y exclusiva a los predichos contratos "de adhesión", definidos en el art. 1°, n.° 6, de la misma ley. En los demás contratos de consumo, por ende, las referidas facultades del consumidor simplemente no existen, circunstancia que ha sido destacada por la jurisprudencia más reciente: "Séptimo: Que, en todo caso, para que sea aplicable la norma que permite al consumidor recurrir siempre a la justicia ordinaria, debe tratarse de un contrato de adhesión. En efecto, el artículo 16, que contiene la norma debatida, se ubica en el párrafo 4° del Título II, titulado 'Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión'. Por lo demás, el inciso que inicia el artículo 16, que determina el ámbito de las reglas, se refiere expresamente a los contratos de adhesión. En todo caso, el propio inciso 3° comienza disponiendo que: (...). Así pues, esta facultad de recurrir siempre a los tribunales ordinarios aun cuando exista una cláusula arbitral constituye una prerrogativa excepcional para el consumidor en los contratos de adhesión lo que, por cierto, supone que en el proceso se encuentre establecido que el contrato sobre el que versa el conflicto tenga dicha naturaleza jurídica" (Corte Suprema, 2 de marzo de 2017, "Nicolás Uribe Kunz con CE Inmobiliaria S.A." (casación en el fondo), rol n.° 46551-2016.)

[5] Según esta norma, "Cualquier dificultad que se suscite entre el asegurado, el contratante o el beneficiario, según corresponda, y el asegurador, sea en relación con la validez o ineficacia del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación

un mecanismo arbitral de espectro subjetivo amplio y que incorpora, por tanto, al "consumidor" de tales productos y servicios. Sin embargo, lo concreto es que entre este sistema de arbitraje *sui generis* y el de consumo no existe parentesco ni relación alguna, de manera que aquel no puede –ni debe– ser tomado como un referente para la implementación de un sistema de arbitraje de consumo en Chile. Muy por el contrario, en dicha norma se establece un arbitraje forzoso incluso para el asegurado, contratante o beneficiario (salvo las disputas entre el asegurado y el asegurador que surjan con motivo de un siniestro cuyo monto sea inferior a 10000 UF, en cuyo caso aquel podrá optar por ejercer su acción ante la justicia ordinaria), lo que constituye una *contradictio in terminis* de cara a la plena voluntariedad que debe tener el arbitraje para el consumidor[6], y una infracción a la garantía fundamental de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

Son muchos –acaso todos– los elementos que deben abordarse y aclararse en este sentido, tarea sumamente extensa que, por lo mismo, no puede agotarse en un único trabajo, como el que iniciamos. Por ello, y como punto de partida de esta extensa labor (que a estas alturas resulta ineludible e impostergable), parece necesario recorrer y despejar, en primer lugar, el terreno teniendo a la vista uno de los aspectos esenciales del arbitraje, que no por básico deja de ser uno de los más controversiales: la arbitrabilidad subjetiva y material del conflicto, surgido en este caso en el contexto de la relación de consumo.

La arbitrabilidad del conflicto sobre asuntos de consumo, en fin, y su precisa determinación en el ámbito del derecho nacional, constituye uno de los aspectos más relevantes a tener en cuenta en todo y cualquier proceso de revisión del actual modelo de arbitraje de consumo en Chile que junto con la mediación, recoja las muy particulares características de las disputas C2B *(consumer to businnes)* y las desventajas que en ese contexto presentan los procedimientos judiciales: el alto volumen y bajo valor de la mayoría de las reclamaciones, lo que requiere un foro accesible, simplificado y de bajo costo para resolver las disputas, y las asimetrías de poder e información entre los consumidores y las grandes empresas o proveedores experimentados[7]. La definición de la arbitrabilidad, por tanto, constituye un insumo básico e indispensable en el replanteamiento estructural del sistema chileno de arbitraje de consumo, según se dirá en

de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento, o sobre la procedencia o el monto de una indemnización reclamada al amparo del mismo, será resuelta por un árbitro arbitrador, nombrado de común acuerdo por las partes cuando surja la disputa (...)".

[6] Vásquez (2015), p. 476 y ss.; Jequier (2011), p. 453 y ss.

[7] Gill *et al.* (2015).

trabajos posteriores, lo que ha motivado a iniciar este recorrido desde la base misma del instituto arbitral, en este concreto ámbito del conflicto de consumo.

I. Arbitrabilidad subjetiva del conflicto de consumo

Uno de los factores que justifican el tratamiento diferenciado del derecho del consumo consiste, como se dijo supra, en las asimetrías que presenta la relación de consumo y en la necesidad de tutelar el interés del consumidor, como parte jurídica y económicamente más débil e inexperta[8]. Este mismo componente, a su vez, trasladado al ámbito del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de los conflictos de consumo, es el que justifica también la construcción de sistemas diferenciados y especiales de arbitraje, capaces de reconocer esas diferencias y de plasmarlas en regulaciones que permitan un acceso real y efectivo del consumidor a la justicia.

Por lo anterior, y considerando que son esas asimetrías las que explican precisamente la aplicación de estos regímenes jurídicos especiales[9], la determinación de quien es en concreto un "consumidor", quién es "el proveedor" y en qué consiste una "relación de consumo", resulta indispensable a la hora de tratar sobre el arbitraje de consumo.

1. Consumidor jurídico, consumidor material y situación de los terceros no usuarios afectados por el bien o producto defectuoso como sujetos del proceso arbitral

En lo que concierne al consumidor, la LPDC, tomando como base el modelo español[10], lo define en su art. 1, n.° 1, como

> "las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores".

De manera adicional, debe tenerse en cuenta lo que dispone el art. noveno de la Ley n.° 20416, que contempla una particular "protección a las micro y pequeñas empresas en rol de consumidoras"[11] por la vía de hacerles aplicables las normas de la LPDC y, concretamente, "a los actos y contratos celebrados entre micro o pequeñas empresas y sus proveedores", aun cuando estas, en estricto rigor, debiesen considerarse como proveedoras al tenor del art. 1° n.° 2 de la misma ley[12].

[8] Sobre el denominado "principio pro-consumidor" puede consultarse a Isler (2019), p. 112 y ss.

[9] Así lo sostiene la doctrina mayoritaria en Chile. Por todos: Barrientos (2010), pp. 109-158; Momberg (2004), pp. 41-62; Pinochet (2011), pp. 343-367.

[10] La ley siguió en esto lo dispuesto por el art. 1.2. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su texto del año 1984 y que rigió hasta el año 2007 (véase el art. 3 del RDL 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), que señalaba: "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden". En su texto actual, la ley española señala en su art. 3°: "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", de manera que, según esta ley y como destaca Belén Iboleón, "no se consideran consumidores aquellos que adquieren bienes y servicios para incorporarlos a un proceso productivo o a una actividad comercial". Iboleón (2012), p. 24. El preámbulo de la ley de 2007 es todavía más enfático en este punto: "El consumidor y usuario definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional... interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros" (un completo análisis de la noción de consumidor en el derecho español y comunitario actual puede encontrarse en Reyes [2019], p. 69 y ss.) La figura introducida en Chile por la Ley n.° 20416, sin embargo, se aparta de este criterio, cuando se trata de micro y pequeñas empresas que adquieren bienes o contratan servicios.

[11] El art. segundo de la Ley n.° 20416, inc. 2°, tiene la virtud de ser la única norma legal que conceptualiza a las empresas de menor tamaño, al señalar: "Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario".

[12] Esta norma puso término a una larga discusión, aunque del punto de vista doctrinal y jurisprudencial poco tratada, en cuanto a si aplicar o no el estatuto de la LPDC a las personas jurídicas que adquirían bienes o contrataban servicios más allá de la definición legal de consumidor-persona jurídica-destinatario final. Mayoritariamente, además, se entendía que las personas con fines de lucro no encajaban en la señalada definición, así, por ejemplo, Jara (1999), p. 64, aun cuando la LPDC no distinguía en tal sentido, de manera que bien podía sostenerse que la finalidad lucrativa –o no– de la persona jurídica no era un elemento a considerar al momento de asignarle el carácter de consumidor. Con la dictación de la Ley n.° 20416 y particularmente a partir de lo dispuesto en su art. noveno, n.° 6, resulta claro que las empresas de menor tamaño serán consideradas siempre como consumidoras en los contratos que celebren con sus proveedores, incluso si los bienes adquiridos o los servicios contratados "se relacionan directamente con el giro principal de la micro o pequeña empresa" y, en este entendido, por tanto, les serán aplicables las normas contempladas en la LPDC, párrafos 1°, 3°, 4° y 5° del título II, y en los párrafos 1°, 2°, 3° y 4° del título III.

Según esto, entonces, el criterio base que adopta el legislador chileno, al momento de identificar a la persona del consumidor, radica en la posición terminal que este ocupa en la cadena productiva o de prestación de servicios; o como dice Rodrigo Momberg:

> "el legislador chileno ha acogido el denominado *criterio positivo* para la determinación del concepto de consumidor, esto es, que la persona *sea* el destinatario final del bien o servicio"[13].

El mismo autor aclara, además, que el carácter *oneroso* del acto de consumo, que predica la norma legal, admite ciertos matices:

a) dentro de aquel caen también aquellos actos gratuitos accesorios a uno oneroso y
b) la onerosidad no supone necesariamente la existencia de una relación contractual entre consumidor y proveedor[14].

El concepto apuntado no presenta gran dificultad, si el consumidor afectado es precisamente quien adquiere el bien o servicio al proveedor (consumidor "jurídico"[15]). En cambio, distinta es la situación en aquellos casos de responsabilidad extracontractual en que personas que no han adquirido el bien o el servicio, resultan afectados de igual forma como usuarios del mismo (consumidor "material"[16]), como ocurriría si un consumidor "jurídico" adquiere alimentos que luego intoxican a los miembros de su familia que los ingieren; y la de aquellos terceros que no habiendo adquirido ni usado el bien materialmente, resultan afectados también por aquel, como sería el caso de un vehículo defectuoso que, por causa de dicho defecto, atropella a un transeúnte, o el de una lámpara en exhibición en un establecimiento comercial, que al ser accionada por un potencial adquirente le causa una electrocución. ¿Cuál de todos estos "consumidores" queda sometido al régimen especial de responsabilidad de la LPDC y podría activar, un proceso arbitral de consumo?

Por una parte, y como apunta Francisca Barrientos, en Chile

> "la mayoría de la doctrina considera que la ley regula exclusivamente las relaciones que rigen al vendedor y al consumidor adquirente",

[13] Momberg (2013), pp. 4-5.
[14] *Op. cit.*, p. 6.
[15] José Fernández lo define como aquel que realiza el acto o negocio jurídico de adquisición del bien, producto o servicio. Fernández (1999), p. 97.
[16] Aquel que realice la utilización, uso, disfrute o consumo del bien, producto o servicio, *op. cit.*, p. 97.

lo que se explica –agrega– a partir de:

> "las mismas definiciones dadas por la ley respecto del proveedor y de consumidor, que exige, por una parte, el cobro de un precio o tarifa a los consumidores (art. 1 n.º 2 de la LPDC) y, por la otra, la celebración de cualquier acto jurídico oneroso (art. 1 n.º 1 de la LPDC)"[17].

Hernán Corral, en cambio, refiriéndose a la legitimación activa y pasiva en las acciones de responsabilidad por productos defectuosos, distingue entre aquellos casos de responsabilidad contractual, donde el consumidor es quien adquiere el bien (consumidor jurídico), y los de responsabilidad extracontractual, donde el afectado es un consumidor material o, incluso, un tercero no usuario[18]. En el primer caso, de responsabilidad contractual, el consumidor legitimado será quien adquirió el producto defectuoso (consumidor jurídico), mientras que, en los demás casos, de responsabilidad extracontractual,

> "toda persona que haya sufrido daño tiene derecho a ser indemnizada, con independencia de que se trate del consumidor-adquirente o de un usuario no contratante (...) Igualmente podría demandar un tercero que no ha utilizado o consumido el bien o servicio, y sin embargo ha sido dañado por su mal funcionamiento (...)",

con la sola excepción, dice, de la infracción tipificada en el art. 23 de la LPDC[19].

Junto con Rodrigo Momberg[20] se postula un concepto amplio de consumidor, comprensivo de tanto del denominado "consumidor jurídico" como del "consumidor material". Este criterio, además, ha sido respaldado por la jurisprudencia en más de una ocasión, al considerar como "consumidor" al usuario no adquirente[21] e, incluso, al tercero-potencial adquirente de un bien defectuoso, y es refrendado también por la doctrina comparada[22].

[17] Barrientos (2010), p. 25.
[18] Corral (1999), p. 163 y ss.
[19] *Op. cit.*, p. 199, nota 53.
[20] Momberg (2013), p. 7 y ss.
[21] En este sentido una sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta condenó a un supermercado a indemnizar los daños sufridos con ocasión de la ingesta e intoxicación por acelgas en mal estado, tanto a la consumidora-adquirente como a terceros no adquirentes que también las consumieron (SCA, Antofagasta, 24 de julio de 2007, Vargas con Hipermercado Calama, rol n.° 51-2007).
[22] Por todos, Iboleón (2012), p. 27; Lasarte (2010), p. 64. Este último autor sostiene que, a partir del texto refundido del art. 135 de la LCU española ("Los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente,

Con todo, debe observarse que en el derecho chileno no todo y cualquier tercero afectado por un bien defectuoso puede ser considerado como parte de un proceso arbitral de consumo. Para ello, y como lo ha señalado la jurisprudencia en los casos en que se ha ocupado de esta materia, para que en estos acontecimientos exista responsabilidad del fabricante o proveedor debe tratarse a lo menos de un consumidor "potencial", en alusión a aquel tercero que, aunque ajeno a la relación contractual de consumo, tiene al menos una disposición psicológica a adquirir un bien o a recibir un servicio, atendidas las circunstancias del caso en particular. Es, por ejemplo, el suceso de la silla defectuosa puesta en exhibición por el vendedor, que al ser probada por un eventual comprador le causa lesiones[23] o el de la lámpara también defectuosa que al ser accionada por un interesado le ocasiona una electrocución.

Se hace este alcance por cuanto, en la actualidad, la posición jurídica en que se encuentran esos terceros afectados por un producto defectuoso no resulta en absoluto clara en el derecho comparado, de cara a un eventual proceso arbitral de consumo. Así, en Europa, y concretamente con ocasión de la transposición de la directiva n.° 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por productos defectuosos, diversos países optaron por incorporar esa normativa a sus legislaciones internas sobre protección al consumidor, lo que genera no pocas dudas en cuanto a si esos terceros perjudicados son considerados actualmente como tales consumidores. Es el caso de España, que modificó su LGDCU n.° 26/1984, de 19 de julio (texto refundido por el RDL 1/2007, de 16 de noviembre), incorporando esta materia en su libro III, sobre "Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos"[24]; el caso de la Consumer Protection Act de Gran Bretaña, de

fabriquen o importen"), tanto el consumidor jurídico como el material son sujetos de protección. "En ambos casos se es consumidor, si bien la protección y el ejercicio de los derechos y garantías variarán, según se trate de un consumidor material o jurídico".

[23] SCA de Santiago, 2 de octubre de 2008, Diéguez con Falabella S.A.C.I. (casación en la forma y apelación), rol n.º 10.769-2004. En el mismo sentido: SCA de Concepción, 24 de diciembre de 2007, Arias con Sodimac S.A., rol n.º 174-2005, sección criminal; SCA de Concepción, 8 de noviembre de 2007, Sepúlveda Bouniard con Fuchs y Cía., rol n.° 2763-2004; SCA de Concepción, 17 de mayo de 2007, González Concha y otra con Supermercado Santa Isabel, rol n.° 31-2007; SCA San Miguel, 17 de mayo de 2010, Sernac y otros con B. Braun Medical S.A., rol n.° 187-2010.

Existen fallos en contra: Por todos, SCA de Chillán, 31 de julio de 2006, Acuña Sepúlveda y otros con Salazar Barra, rol n.° 175-2006, que consideró que el "consumidor material", que no es adquirente, no goza de protección de la LPDC.

[24] El art. 128 inc. 1° de la LGDCU señala: "Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios", sin hacer distingo alguno ni precisar si tales perjudicados deben ser consumidores jurídicos o materiales.

15 de mayo de 1987, que agregó toda una parte primera, sobre responsabilidad por productos defectuosos (Part I. Product Liability); o el de Italia, que modificó su *Codice del Consumo* para regular esta materia en los arts. 114 a 127.

En Chile, sin embargo, la situación es distinta por cuanto, si bien la LPDC recoge también esta figura de responsabilidad por productos defectuosos, el ámbito de aplicación de sus normas se restringe solo a aquellos casos en que el sujeto perjudicado sea un "consumidor". Así se desprende del art. 23 de la ley, cuando señala que comete infracción a las disposiciones de la referida ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, "causa menoscabo al consumidor" debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio. Por tanto, y en lo que aquí concierne, aquel tercero perjudicado por un producto o servicio defectuoso podrá ser parte de un arbitraje de consumo solo si, en lo concreto, puede ser considerado como un consumidor, en cualquiera de las vertientes material o jurídica ya dichas.

Finalmente, hasta aquí no queda claro aún en qué pie regulatorio quedan aquellos contratos cuyo objeto principal, si bien comprende la adquisición de bienes o servicios que serán destinados a un uso o disfrute terminal, se relacionan igualmente –aunque en menor medida– con el oficio o actividad comercial de quien los adquiere. En tales casos, la cualidad de "consumidor" del adquirente o usuario directo quedaría extramuros de la definición legal; fenómeno que, además, parece contradecir lo dispuesto en el art. noveno de la Ley n.° 20416, n.° 6, que considera consumidoras a aquellas empresas de menor tamaño que adquieren o contratan bienes o servicios en aquellos casos en que éstos "se relacionan directamente con el giro principal de la micro o pequeña empresa".

Lo anterior, en fin, plantea un panorama en especial confuso a la hora de definir el concreto ámbito subjetivo de aplicación de las ya insuficientes –y muy parcas– disposiciones legales sobre arbitraje de consumo en Chile. Para evitar lo anterior, y consciente –precisamente– de la relevancia de este punto de cara al diseño y funcionamiento estructural de cualquier sistema de arbitraje (más allá de las diferencias y matices que puedan presentar las distintas regulaciones internas), la directiva comunitaria ya citada (supra, nota 2), pone especial énfasis en el concepto de 'consumidor', al señalar en su considerando 18°:

> "La definición de 'consumidor' debe incluir a las personas físicas que actúan con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión",

advirtiendo luego:

> "si el contrato se celebra con un propósito en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona (contratos de doble finalidad) y el propósito comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del suministro, dicha persona debe ser considerada un consumidor".

Así lo ha dicho también el TJCE[25].

[25] Debe destacarse que ya en la directiva 93/13/CEE se consideraba como consumidor solo a la persona física, lo que fue ratificado por la directiva 2011/83/EU, de 25 de octubre. No obstante, buena parte de las regulaciones europeas internas sí incorporan a la persona jurídica en el concepto de consumidor; Francia, la ya citada ley española, la ley portuguesa de 1996, Austria, Bélgica y Dinamarca.

Siguiendo entonces el criterio restrictivo de las directivas mencionadas, y en lo que aquí interesa destacar, el TJCE ha señalado que el concepto de consumidor final-persona natural supone que este no participe en actividades profesionales o comerciales: "20. A este respecto, debe señalarse, por una parte, que el párrafo primero del artículo 13 del Convenio define al consumidor como una persona que actúa 'para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional' y prevé que los diferentes tipos de contratos que enumera, y a los que se aplican las disposiciones de la Sección 4 del Título II del Convenio, deben haber sido celebrados por el consumidor.

21. Por otra parte, el párrafo primero del artículo 14 del Convenio prevé la competencia de los Tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor para conocer de la 'acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante'.

22. De la redacción y de la función de estas disposiciones resulta que éstas sólo se refieren al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales (véase, en este sentido, asimismo, la sentencia Bertrand, antes citada, apartado 21, y el Informe de expertos elaborado con motivo de la adhesión al Convenio del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, *DO* 1979, C 59, p. 71; texto en español en *DO* 1990, C 189, p. 184, apartado 153), que esté vinculado por uno de los contratos enumerados en el artículo 13 y que sea parte en una acción entablada ante los Tribunales, conforme al artículo 14" (STJCE de 19 de enero de 1993, Shearson Lehmann Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH. En igual sentido: Cape c. Idealservice c. Omai, caso C-541/99).

Mucho antes, ante la consulta de la Cour de Cassation de Francia en el caso Bertrand contra Paul Ott KG" el mismo tribunal de justicia había dicho, en su sentencia de 21 de junio de 1978: "21. Que una interpretación restrictiva del párrafo segundo del artículo 14, de acuerdo con los objetivos perseguidos por la Sección 4, induce a reservar el citado privilegio jurisdiccional tan sólo a los compradores que necesiten protección ya que su posición económica se caracteriza por su debilidad frente a los vendedores, por ser aquéllos consumidores finales de carácter privado que no están implicados, por la compra del producto adquirido a plazos, en actividades mercantiles o profesionales" (sentencia disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61977CJ0150&from=ES) [fecha de consulta: 21 de agosto de 2019].

2. El concepto de proveedor, como sujeto del proceso arbitral

Así como no puede ser sometido a arbitraje un conflicto en el que no intervenga un consumidor o usuario, así tampoco lo será aquella controversia en que no participe a su vez un proveedor. Esta constatación, que parece simple y hasta evidente, ofrece, no obstante, una serie de matices y puede generar algunas dudas que es necesario despejar.

La LPDC, en su art. 1°, n.° 2, define al proveedor como aquellas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas,

> "que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa".

Por contrapartida, aclara la misma norma que no se considerarán proveedores "las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente". Por su parte, y tratándose de las micro y pequeñas empresas reguladas en la Ley n.° 20416, el art. noveno de la misma ley aclara:

> "se entenderá por proveedores las personas naturales o jurídicas que, definidas de acuerdo con el artículo 1° de la ley N° 19.496, desarrollen las actividades allí señaladas respecto de micro y pequeñas empresas".

Para la ley resulta en cierto modo indiferente quien haya producido o fabricado el bien o prestado el servicio que el consumidor ha adquirido o usado, respectivamente, salvo que se trate de relaciones donde el servicio contratado corresponde al ejercicio de una actividad profesional independiente. La definición, además, es en particular amplia, pues comprende en ella al productor, fabricante, importador, constructor, distribuidor y, en general, al intermediador o comercializador de bienes y servicios en el mercado (agente de negocios, comisionista, distribuidor, concesionario, franquisiado, etcétera).

Lo que caracteriza en lo principal al proveedor, entonces, es la actividad económica habitual[26] que realiza, sea o no mercantil y persiga o no

[26] Algunos autores, como Rodrigo Momberg, confunden la "habitualidad" con la "profesionalidad", sosteniendo que la LPDC no exige la concurrencia de "actos similares y repetidos a través del tiempo, sino vinculados a la profesionalidad del proveedor en el ejercicio de las actividades mencionadas en la norma... una actividad esporádica, pero profesional, debería incluirse como regida por la LPC", Momberg (2013), p. 20. No se

fines de lucro[27]. El acto o contrato, por tanto, puede ser mercantil para ambas partes, de carácter mixto o puramente civil, pues para la ley chilena la noción de proveedor supera la noción de comerciante y de acto de comercio, propios de la legislación comercial.

En ocasiones, sin embargo, la determinación de la calidad de proveedor de una de las partes puede resultar dificultosa, si la habitualidad a que se refiere la definición legal aparece diluida entre –o se confunde con– el actuar de aquel en su esfera privada o personal. Sería el caso, por ejemplo, en que el propietario de una empresa de venta de vehículos motorizados vende su propio vehículo a un tercero, utilizando el nombre, la imagen institucional y las facilidades de financiamiento que ofrece dicha empresa. Como apunta Rodrigo Momberg[28], solo en los casos en que el papel profesional del proveedor sea insignificante o no exista, deberá excluirse la aplicación de la LPC y, en lo que aquí interesa, el arbitraje de consumo. En el ejemplo dado, el vendedor no podría eximirse de su responsabilidad como proveedor frente al consumidor, quien, por lo demás, puede creer

comparte este criterio, pues "profesionalidad" y "habitualidad" son dos conceptos distintos, que en el caso del art. 7° del *Código de Comercio* deben incluso concurrir copulativamente, para considerar a una persona como comerciante, en circunstancias de que se trata de dos aspectos distintos. Como señala Georges Ripert, "Ejercer una profesión es consagrar la propia actividad de una manera principal y habitual al cumplimiento de una determinada labor, con la finalidad de obtener un provecho", Ripert (1954), p. 108; o como lo dijo el propio codificador comercial José Gabriel Ocampo, en su primer borrador de *Código*, "La habitualidad de los actos de comercio no basta para adquirir la calidad de comerciante, si esos actos no constituyen una profesión, porque la profesión sólo trae consigo la idea de especulación sin la cual no se concibe negocio alguno, al paso que la habitualidad de los actos de comercio tiene comúnmente una causa extraña a la especulación". Nota puesta al margen del artículo 8º del primer borrador, en Brahm (2000), p. 55. Sobre esta materia véase a Jequier (2011), p. 204 y ss.

Más que asimilar entonces los conceptos de habitualidad y profesionalidad, la legislación chilena en materia de consumo parece distinguirlos de manera explícita, al menos a partir de la Ley n.° 20416. El art. noveno n.° 1 de esta ley, en efecto, señala que serán proveedores "las personas naturales o jurídicas que, definidas de acuerdo con el artículo 1° de la Ley N° 19.496...", norma esta última que contempla el factor de "habitualidad". El mismo art. noveno, sin embargo, en su numeral 6°, se refiere expresamente a la "profesionalidad" del proveedor, alusión que no tendría ningún sentido si dicho concepto se asimila al de "habitualidad".

[27] Debe recordarse que, antes de la modificación introducida al art. 2 de la LPDC, por la Ley n.° 19955, el carácter mercantil que debía tener el acto o contrato para el proveedor era un requisito indispensable. En su texto anterior, el art. 2, letra a.), señalaba: "Solo quedan sujetos a las disposiciones de esta ley los actos jurídicos que... tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor", lo que fue modificado luego eliminándose la expresión 'solo', de manera que el acto mixto o de doble carácter pasó de ser la regla a una simple situación especial. Así lo señala también Momberg (2004), pp. 41-62.

[28] Momberg (2013), p. 19.

razonablemente que el negocio se ha realizado con la empresa, tal como habría ocurrido con cualquier otro vehículo ofrecido por esta[29].

II. Arbitrabilidad material del conflicto de consumo

El arbitraje, y la posibilidad de recurrir a él, formó parte del esquema de protección de los derechos del consumidor desde un comienzo, al punto de ser mencionado expresamente en el art. 10 del proyecto original que culminó con la dictación de la actual Ley n.° 19496. En ese texto primigenio, se reconocía de manera implícita –aunque de manera muy escueta– la posibilidad de que un contrato de adhesión incluyera válidamente un pacto arbitral (en concreto un compromiso) para la solución de los futuros conflictos que pudiesen surgir en el contexto de esa relación de consumo, aclarándose solo que, en tales casos, el consumidor podría siempre recurrir a la justicia ordinaria para que esta, con el mérito de esa sola solicitud, procediera a designar a un árbitro distinto[30].

Luego, durante el trámite legislativo, el senador Miguel Otero propuso reemplazar el texto referido (que a esas alturas formaba parte del art. 11), relativo a la designación de árbitros,

> "con el objeto de disponer que, en caso de que se designe árbitro en este tipo de contratos, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se designe otro por el juez letrado competente, y, si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, estará facultado para ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos; todo ello, de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales. Hizo notar que, de esta manera, la disposición mantendría la finalidad que la inspira, con la ventaja de que guardaría concordancia con el criterio que recientemente adoptó el Senado en materia de arbitraje, y que se encontrará contenido en el nuevo artículo 226 del Código Orgánico de Tribunales, cuyo texto se fija en el Proyecto sobre jueces árbitros y procedimiento arbitral (Boletín Nº 857-07[31]), que cumple actual-

[29] Así lo resolvió la Corte Suprema de Suecia, en una sentencia citada por Hondius (2008), p. 146.

[30] Decía el inc. final del art. 10 del proyecto: "No obstante la designación de árbitro que se contenga en la convención respectiva, el consumidor podrá siempre recurrir a la justicia ordinaria para la designación de un árbitro distinto".

[31] Este proyecto, que ampliaba radicalmente el ámbito de materias de arbitraje forzoso, fue archivado por fortuna en el mes de septiembre de 2002.

mente su Segundo trámite constitucional en la H. Cámara de Diputados".

Ninguna duda tuvo el legislador, entonces, en cuanto a la perfecta incardinación del arbitraje en un esquema modelado por las particulares características del conflicto de consumo. Tanto más evidente se hace lo anterior si se considera que la Ley n.° 20555 (*D.O.* de 5 de diciembre de 2011), que creó la figura del "árbitro financiero", se ocupó de regular especialmente algunos aspectos del arbitraje respecto de conflictos que traen causa en relaciones de consumo de productos y servicios financieros, reforzando así la perfecta pertinencia del instituto arbitral y, más aún, la conveniencia de favorecerlo como mecanismo alternativo de solución de los conflictos en este ámbito"[32].

De esta forma, y como se desprende del art. 56 D de la LPDC, el consumidor cuenta hoy con distintas alternativas para la solución de un conflicto, partiendo

(a) por la autocomposición directa con el proveedor financiero, canalizada través del respectivo Servicio de Atención al Cliente,
(b) la mediación y, finalmente,
(c) la vía heterocompositiva, que podrá seguir a su vez dos cauces distintos, dependiendo de cuál sea la determinación –también libre– del consumidor: el arbitraje financiero o el proceso ante el tribunal estatal competente.

Esta última opción supone, como es evidente, una expresa atribución competencial al árbitro para conocer, por voluntad de las partes, las mismas materias y las mismas eventuales infracciones normativas de las que puede conocer el juez de policía local, con la sola diferencia de que no podrá imponer sanciones o multas, como se dirá más adelante. Todavía más, la norma legal muestra aquí un mérito adicional, al distinguir entre el "juez competente" como órgano jurisdiccional estatal y el "árbitro", que no es ni un órgano y ni siquiera un juez propiamente tal, como pareciera desprenderse del art. 222 del *COT*. La misma correcta distinción hace también el art. 2°, letras b) y c), de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, n.° 19971[33].

[32] Se dijo en este sentido, durante el trámite parlamentario: "Chile no ha avanzado en mediación y arbitraje de consumo, cuestión inexplicable dada la experiencia nacional y mundial al respecto. Basta ver el exitoso ejemplo de los tribunales arbitrales de consumo españoles. Menos han avanzado las iniciativas para establecer una ley de insolvencia de hogares, familiar o de quiebra individual". *Historia de la Ley,* n.° 20555, Biblioteca del Congreso Nacional, Informe de Comisión de Economía, p. 22.

[33] En la doctrina nacional, véase por todos a Jequier (2011), p. 460. En igual sentido el mismo autor (2014), p. 196 y ss.

1. La "relación de consumo" como base material del proceso arbitral de consumo

Como apunta Newton de Luca, la conceptualización de las relaciones de consumo no es unívoca entre unos modelos y otros, ya que varía de acuerdo con la posición que se asuma en cada ordenamiento jurídico respecto del fenómeno de consumo[34]. Todavía más, esa concepción vendrá permeada en cada caso por particulares objetivos de política pública de protección al consumidor, cuya dinámica va de la mano con el cambio de circunstancias de variada índole (económicas, sociales, políticas, etc.) que modelan, en último término, la posición jurídica que ocupa el consumidor en la economía de mercado. Cualesquiera que sean esos objetivos, concepciones y políticas, lo concreto es que la congruencia instrumental y funcional entre todos ellos (congruencia intrínseca) debe convivir, a su vez, con un modelo de arbitraje que reclama la misma coherencia (congruencia extrínseca) a la hora de definir los elementos configuradores del conflicto de consumo: consumidor, proveedor y relación de consumo.

En la legislación chilena, existirá relación de consumo cuando, junto con el factor subjetivo ya analizado, concurra copulativamente el componente material que tipifica dicha relación en su esfera sustantiva y, en concreto, alguno de los actos y contratos contemplados en el art. 2 de la LPDC, según el texto fijado por la Ley n.° 19955 (*D.O.* de 14 de julio de 2004). Se trata de un elenco particular de actos y contratos muy disímiles entre sí, que evidencian una técnica legislativa esencialmente casuística orientada a abarcar el mayor número posible de situaciones en que el consumidor pueda verse enfrentado a una situación de desmedro frente al proveedor. Tal objetivo, sin embargo, parecer diluirse en una maraña de excepciones y contraexcepciones, que dificultan en buena medida la función del intérprete.

No es la intención adentrarse en el análisis de esta casuística, pues ello escapa al propósito de este trabajo. Se trata, además, de una materia que ha sido debidamente manejada por la doctrina especializada en Chile[35]. Por ello, en lo que sigue se verán aquellos aspectos de carácter general que inciden o pueden incidir, de forma directa o indirecta, en la arbitrabilidad material de todo y cualquier conflicto surgido de una relación de consumo:

a) la irrenunciabilidad anticipada de los derechos de los consumidores,

[34] De Luca (2008), p. 80.

[35] No obstante, sobre esta materia puede consultarse entre otros a Vidal (2000), p. 235 y ss.; Barrientos (2010), p. 109 y ss.; Pinochet (2011), p. 343 y ss.; Momberg (2013), p. 66 y ss.

b) la prohibición de someter a arbitraje "las causas de Policía Local" (art. 230 del *COT*) y
c) la exclusividad competencial que la LPDC les asigna a los jueces de policía local, para conocer de los conflictos individuales de consumo.

2. Imperatividad de las normas de protección al consumidor, arbitrabilidad material y arbitraje de equidad

Una de las características del derecho del consumidor radica en la imperatividad de las disposiciones que lo regulan, integrantes –entre muchas otras– del entramado normativo del denominado orden público económico y, concretamente, de su vertiente tutelar, denominada orden público económico de protección[36].

Sin embargo, y en lo que concierne a la arbitrabilidad de los conflictos surgidos en este contexto de imperatividad normativa, una cosa es que en la regulación del asunto controvertido se encuentren involucradas normas imperativas o de derecho necesario, y otra muy distinta es que el laudo arbitral, al resolverlo, las vulnere efectivamente. Por ello, no resulta acertado rechazar la vía arbitral por la sola circunstancia de encontrarse involucradas, en la regulación material de la controversia respectiva, normas imperativas o de derecho necesario, pues las partes, cuando optan por el arbitraje, no disponen de ninguna de ellas, sino solo del vehículo

[36] Para el orden público de protección, la norma restaura el desequilibrio económico que existe en aquellos sectores de actividad en que una de las partes contratantes se encuentra en una situación de poder o ventaja frente a la otra, que se presenta como la parte más débil, lo que hace necesario modificar las relaciones contractuales con medidas de protección que involucran el otorgamiento de un derecho a una de ellas. Así ocurre, por ejemplo, con la reglamentación de las remuneraciones laborales o la figura del contrato de adhesión en el derecho del consumo, entre varios otros casos. Como explica Gérard Farjat, el aspecto individual de ciertas medidas económicas no deja duda alguna en cuanto a su pertenencia al orden público económico de protección, pues lo que allí está en juego es la economía interna del contrato, el perjuicio individual. De esta forma, entonces, en el espíritu del neoliberalismo pertenecerán a esta clasificación del orden público económico todas las medidas orientadas a dejar a un contratante en situación de defenderse frente al que detenta una posición privilegiada, ya sea por la vía de entregarle la información suficiente o prohibiendo derechamente las cláusulas peligrosas. Se trata, además, de medidas de naturaleza económica por cuanto, desde la perspectiva del poder público, ellas tienen la misma connotación que reciben, por ejemplo, las regulaciones de política monetaria o de crédito en su perspectiva económica. En otros términos, dependen o son el resultado de una planificación de la organización económica considerada como un solo todo, donde todas ellas, en cuanto tales medidas económicas, constituyen un elemento importante. Farjat (1971), pp. 42-43. El mismo autor (1963), p. 118 y ss.

procesal para resolver una controversia[37]. Dicho de otra forma, la sola circunstancia de que la controversia respectiva esté sometida a normas imperativas en su regulación material, no excluye *per se* su arbitrabilidad si los derechos comprometidos en aquella son disponibles en derecho[38]. El convenio de arbitraje involucra, en efecto, la exclusión voluntaria que hacen las partes en el orden procesal y no de la normativa material o sustantiva que regula la materia que da causa a la controversia respectiva, que bien puede incluir normas imperativas o de orden público que deben ser aplicadas y observadas por los árbitros, incluso arbitradores o de equidad. Entenderlo de otro modo, además, implicaría limitar el ámbito de aplicación del arbitraje a parcelas ínfimas del espectro jurídico interno e, incluso, internacional, si se considera que las normas imperativas y de orden público se encuentran diseminadas prácticamente por todas las materias de derecho privado.

El arbitraje, por tanto, no está circunscrito a –ni limitado por– aquellas materias no alcanzadas por normas imperativas, pues por esa vía su aplicación se reduciría a un punto cercano a la extinción[39]. La propia LPDC contempló en su origen el arbitraje como cauce heterocompositivo del conflicto de consumo, lo que se ha venido potenciando con las últimas reformas según lo dicho supra.

No es este, sin embargo, el camino que ha seguido siempre la jurisprudencia en Chile, la que en más de alguna ocasión se ha pronunciado de forma explícita sobre la incompatibilidad absoluta que existiría entre el arbitraje de equidad y aquellas materias reguladas por normas de orden público o imperativas, asimilando por esa vía los conceptos de indisponibilidad y norma imperativa como argumento excluyente. Así, por ejemplo, y fundándose precisamente en el carácter imperativo de las normas del DL n.° 964 de 1975, sobre arrendamiento de predios urbanos (derogado por la Ley n.° 18101), la Corte Suprema señaló:

> "3. Que, en todo caso, cabe referir que, de acuerdo con la cláusula octava del contrato [de arrendamiento] invocado por la recurrente, el árbitro ahí designado debía resolver el asunto sin forma de juicio y conocer del mismo como arbitrador y amigable componedor, esto es, de un modo que se opone a las normas de competencia y de procedimiento aplicables a la materia y a la circunstancia de que

[37] Así también Fernández del Pozo (1995), p. 6928 y ss.

[38] Tal postulado tiene, incluso, un reconocimiento expreso en la actual Ley General de Arbitraje de Perú, n.° 26572, que contempla en general la posibilidad de someter a arbitraje la cuantía de la responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos, en cuanto esta no hubiere sido fijada ya por resolución judicial firme (art. 1.3).

[39] López (1999), p. 165.

> los derechos conferidos en la ley son irrenunciables por el arrendatario. En efecto, como se sabe, tal clase de jueces fallan obedeciendo sólo a su prudencia y a la equidad y no están obligados a guardar en sus procedimientos más reglas que las señaladas por las partes en el compromiso o las que, con el carácter de mínimas, prevén en su defecto los artículos 636 a 644 del Código de Procedimiento Civil, todo lo cual resulta incompatible con las normas y trámites obligatorios que prevé la respectiva ley sobre arrendamiento de predios urbanos, en este caso, el D.L. 964 de 1975, vigente a la fecha de la celebración del contrato de arrendamiento invocado (artículo 1° transitorio de la Ley 18.101)"[40].

En el sentido recién apuntado, ya antes la Corte de Apelaciones de Concepción había sentado la misma tesis al rechazar la posibilidad de someter a árbitros arbitradores el conocimiento de las controversias surgidas en el marco de un contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos, regulados por la Ley n.° 18101, fundándose para ello en la irrenunciabilidad que contempla el art. 19 de dicha ley y, por ende, en el carácter de orden público de sus normas. Dijo al respecto la Corte:

> "8°. Que no se concilia con la facultad de un árbitro arbitrador, que por su esencia no está obligado a fallar conforme a la ley vigente, sino a lo que su prudencia y equidad le dictaren, con los rígidos términos del artículo 19 de la ley [18.101] ya citada que impone la irrenunciabilidad de ciertos derechos. En cambio, podrían conciliarse la disposición del artículo 19 con los árbitros de derecho y los mixtos, pero no con los arbitradores, situación que no es la de autos;
>
> 9°.- Que, la disposición del referido artículo 19 de la ley recién citada al hacer irrenunciables los derechos que confiere a los arrendatarios, implícitamente está prohibiendo la celebración de pactos que vulneren esa disposición, como lo sería, por ejemplo, el que las partes acordaren someterse a la decisión de un juez al que confieren facultades para prescindir; para no aplicar disposiciones como las mencionadas, que establecen la irrenunciabilidad de ciertos derechos, porque en el fondo de esta manera se estarían vulnerando esas disposiciones protectoras del arrendatario"[41].

Sin embargo, y como se dijo antes, se confunden nuevamente aquí

[40] Corte Suprema, 29 de agosto de 2002, p. 224.
[41] Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de diciembre de 1983.

conceptos que no son asimilables en modo alguno. Una cosa es que la controversia respectiva surja de o se encuadre en materias reguladas por normas imperativas, y otra bien distinta es que el árbitro de equidad las infrinja, conociendo de esa controversia concreta. Así lo ha dicho la propia jurisprudencia por lo demás, al precisar:

> "Los árbitros deben fallar conforme a la equidad y siendo éste un concepto objetivo, en su virtud deben los jueces árbitros respetar las normas del Derecho Positivo que tienen el carácter de orden público (...)"[42].

Todavía más, la doctrina que surge de la jurisprudencia que aquí se comenta incurre en una suerte de contradicción sistémica o estructural, si se considera la imposibilidad de extrapolar sus conclusiones a los distintos espectros del derecho chileno vigente. En efecto, una tesis como la aquí comentada, donde la sola existencia de normas imperativas o de orden público excluye de plano la competencia de árbitros arbitradores o de equidad, no se concilia en modo alguno con un sistema como el chileno donde la solución de las controversias surgidas en el marco de materias reguladas típicamente por normas imperativas (como ocurre, por ejemplo, con la legislación sobre sociedades anónimas) son encomendadas por el legislador a árbitros de equidad, con carácter forzoso incluso. Dicho de otra forma, la incompatibilidad que predican los fallos citados, entre el arbitraje de equidad y la regulación por normas imperativas de la materia que da causa a la controversia, no parece sustentable y ni siquiera lógico en un ordenamiento jurídico como el chileno, que en ciertos extremos (como el apuntado) fuerza, incluso, a las partes a recurrir a árbitros arbitradores en ámbitos normativos que precisamente se estructuran con base en disposiciones imperativas o de derecho necesario.

Asimismo, ni el peligro de la eventual inadecuación del árbitro de equidad a las normas de orden público –que, como se dijo antes, ha llevado a algunos autores a rechazarlo *a priori*– ni la supuesta mayor dificultad que existiría para revisar jurisdiccionalmente sus laudos, constituyen fundamentos suficientes como para discriminar entre unos y otros árbitros en situaciones como la descrita (cosa que ni la ley chilena ni la LA española hacen, por cierto). Todos se encuentran constreñidos en su actuar por el orden público definido en cada caso por unos principios y valores que la sociedad se ha dado en un momento determinado, de manera que su infracción dará origen, necesariamente, a la nulidad del laudo en el sistema

[42] Corte Suprema, 16 de septiembre de 1993.

español y en el ordenamiento jurídico chileno sobre arbitraje comercial internacional, o a su invalidación –en el caso del arbitraje chileno interno– por la vía del recurso de queja o del recurso de casación en la forma por incompetencia (pues el árbitro no la tiene para vulnerar el orden público vigente, ni las partes han podido dársela).

3. Irrenunciabilidad anticipada de los derechos del consumidor y sus efectos en la arbitrabilidad del conflicto de consumo

Uno de los principios rectores del estatuto jurídico de protección del consumidor es el de la irrenunciabilidad anticipada de los derechos por parte de los consumidores, consagrado en el art. 4° de la LPDC. La norma, tributaria de un contexto jurídico muy distinto del que se observa en el ámbito de las relaciones contractuales conmutativas y estructuralmente simétricas del derecho común, limita el ámbito de la autonomía de la voluntad en el derecho del consumo, como forma de cautelar el interés del consumidor medianamente experimentado e informado de cara a sus reales capacidades de negociación con el proveedor[43].

En el derecho comparado, el debate sobre la no arbitrabilidad de determinados conflictos, surgidos en el marco de unas relaciones de consumo, se ha mantenido vigente por décadas a raíz, precisamente, de la irrenunciabilidad recién apuntada y de la naturaleza imperativa o de *ius cogens* de la normativa aplicable a aquellos sectores regulados que operan como proveedores (*v. gr.* los de telefonía y telecomunicaciones, energía, transporte público y correos, por nombrar los principales[44]).

Por otro lado, y dada la nutrida casuística que puede darse en estos conflictos, las legislaciones más modernas que se ocupan de esta materia han optado por fórmulas genéricas que favorecen la arbitrabilidad del conflicto de consumo: es, por ejemplo, el caso español[45] y, más recientemente, el de la ley peruana sobre arbitraje de consumo, que recoge un criterio todavía más amplio de arbitrabilidad[46].

En Chile, la irrenunciabilidad *ex lege* de los derechos del consumidor no constituye un obstáculo real de cara a la arbitrabilidad material de los conflictos que comprometen, de una u otra forma, esos derechos irrenunciables u indisponibles en su origen.

En términos generales, y en concreto en el caso que se analiza, el presupuesto base de la norma protectora radica en la conceptualización del consumidor como la parte económica y jurídicamente más débil del contrato de consumo, que requiere –por ende– de la intervención del legislador en un ámbito en el que por lo común no lo hace: la manifestación de la voluntad y la libre formación del consentimiento en la celebración de los contratos. A partir de una multiplicidad de factores (culturales, educacionales, económicos, psicológicos, físicos, de edad, etc.), para la ley el consumidor medio se encuentra en una posición desventajosa frente al proveedor, que asume así la calidad de parte dominante de la relación jurídica; y dicho criterio la lleva a presumir, por tanto, *in abstracto* y de manera excepcional[47], que aquel no está en condiciones reales de protegerse a sí mismo al celebrar un contrato de adquisición de bienes o de prestación de servicios[48].

Este criterio, conocido en general como principio proconsumidor *(pro consumatore)* en cuanto variante del principio *favor debilis*[49], se encuentra claramente reflejado en el art. 4° de la LPDC, al establecer que "Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores", norma imperativa que, como tal, podría interpretarse como un obstáculo para la arbitrabilidad de los conflictos de consumo,

[43] Así lo ha dicho en más de una ocasión el TJCE. Por todas, Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, sentencia de 19 de enero de 1993.

[44] Así, por ejemplo, en el sistema nacional de arbitraje español, la jurisprudencia sobre anulación de laudos en materia de consumo ha sido variada y cambiante. En términos generales, sin embargo, la inclinación ha sido entender que la naturaleza imperativa de estas regulaciones sectoriales no descarta, en principio, el sometimiento de estas materias a arbitraje de consumo, Marcos (2010), p. 106 y ss.

[45] El RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, reitera en este punto lo que ya señalaba el art. 2° de la Ley de Arbitraje n.° 60/2003, supletoria del RD recién citado:

"Artículo 2° Materias objeto de arbitraje de consumo.

1. Únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos a que se refiere el artículo 1.2 que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos (...)".

[46] La legislación peruana no contempla, como en el caso español, una norma que defina las materias que son arbitrables, optando en su reemplazo por la siguiente fórmula genérica:

"Artículo 9.- Órganos arbitrales.

Los órganos arbitrales son competentes para resolver los conflictos entre consumidores y proveedores en relación con los derechos reconocidos a los consumidores.

Los órganos arbitrales pueden ser unipersonales o colegiados y se encuentran adscritos a una Junta Arbitral de Consumo, cuya Secretaría Técnica brinda el apoyo administrativo necesario para el debido cumplimiento de su función arbitral" (DS Nº 046-2011-PCM, que aprueba el reglamento del sistema de arbitraje de consumo).

[47] No obstante, y como apunta Erika Isler, en la actualidad las relaciones de consumo constituyen la gran mayoría, de manera que la regla protectora de excepción ha pasado a ser la regla general. Isler (2019), p. 103.

[48] Ossola e Hiruela (2007), p. 417 y ss. En el mismo sentido Schötz (2013), p. 120.

[49] Isler (2019), p. 102 y ss.

atendida la aparente indisponibilidad de los derechos subjetivos involucrados. Sin embargo, la propia norma legal se encarga de precisar que la indisponibilidad que predica es solo originaria o "anticipada", entendida en todo caso como "una prohibición de exclusión de la aplicabilidad de las normas de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores"[50].

Pues bien, al celebrar un pacto arbitral, como alternativa de solución de los conflictos futuros que pudieren surgir entre las partes, el consumidor no renuncia a ninguno de los derechos establecidos en la LPDC, ya que solo opta por el cauce procesal en el cual esos derechos deberán ser invocados y puestos en acción. Lo irrenunciable son solo los derechos subjetivos que establece la LPDC en favor del consumidor en su calidad de tal[51], entre los que no figura, obviamente, el de optar libremente por un cauce procesal alternativo de solución de conflictos. Dicho de otra forma, la opción que hace el consumidor al celebrar el pacto arbitral, en cuanto a someter el conocimiento de un conflicto al conocimiento y resolución del árbitro, si bien involucra una renuncia voluntaria al derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales estatales (efecto negativo del pacto arbitral), no compromete ninguno de los derechos que la LPDC le confiere al consumidor[52], de manera que, en principio, no se observa impedimento alguno para que este pueda celebrar el pacto de arbitraje –incluso de equidad[53]– bajo la modalidad de una cláusula compromisoria; y se dice en principio, ya que, como ya se señaló, la opción por el arbitraje debe ser en todo caso la fiel expresión de la autonomía de la voluntad del consumidor, lo que justifica, por tanto, el tratamiento especial que se da a la cláusula arbitral incluida en los contratos de adhesión (art. 16 de la LPDC).

Por lo demás, lo que prohíbe la ley es la renuncia anticipada de derechos y no la que se hace una vez que esos derechos se han adquirido en efecto, en virtud de un contrato al que se incorpora o con el cual se vincula un pacto arbitral. Así quedó establecido durante el trámite legislativo, con

[50] Espada (2013), p. 195. Señala esta autora que para poder renunciar a un derecho es necesario que tal derecho exista en realidad en el patrimonio del titular. Por tanto, la renuncia anticipada de que habla el art. 4, en realidad, no es una renuncia propiamente tal.

[51] *Ibid.*

[52] La doctrina distingue entre derechos básicos, que son aquellos que la ley confiere al consumidor "abstracto" (esto es, cualquier ciudadano que, como potencial consumidor, tiene derecho al consumo seguro, a la protección de la salud y el ambiente, a la educación para el consumo, etc.), y los derechos no básicos que se le reconocen al consumidor en concreto (esto es, al que ha participado efectivamente en una relación de consumo, como el derecho de retracto, de garantía, etc.). Sobre estas categorías puede consultarse a Jara (1999), pp. 62-63; Isler (2019), pp. 196-198, con referencia a categorizaciones de la doctrina extranjera.

[53] No se tiene coincidencia, por tanto, con el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, que rechazó la posibilidad de someter a arbitraje de equidad un conflicto regido por la Ley n.° 18101, sobre arrendamiento de predios urbanos (véase supra, nota 38).

ocasión de la discusión del art. 10° primitivo del proyecto (que luego fue 12°, 11° y en la actualidad 16°), sobre cláusulas de renuncia anticipada de derechos en los contratos de adhesión:

> "Cabe precisar que lo que se sanciona negándole todo efecto es la renuncia anticipada de derechos, a fin de evitar su inclusión como cláusula de estilo en los contratos de adhesión. Ello toda vez que la renuncia de derechos posterior será de común ocurrencia por la vía de la transacción".

Así se desprende, además, del art. 53 B de la LPDC, que permite terminar un procedimiento judicial de consumo por avenimiento, conciliación o transacción, todas vías extraordinarias que involucran, precisamente, la plena disponibilidad de los respectivos derechos puestos en juicio.

Debe advertirse, por último, que la situación es distinta cuando el conflicto tiene su origen en un contrato de adhesión. Allí, y siempre como medida tutelar, el consumidor conserva en todo caso el derecho de optar de forma voluntaria por los órganos jurisdiccionales estatales (art. 16 inc. final de la LPDC), prescindiendo, por tanto, del pacto arbitral contemplado en el contrato de manera directa o por referencia. La regla es excepcional, pues, como señala la propia norma y como lo reitera la Corte Suprema, ella se aplica solo a los contratos de adhesión y no al resto de los contratos de consumo:

> "Séptimo: Que, en todo caso, para que sea aplicable la norma que permite al consumidor recurrir siempre a la justicia ordinaria, debe tratarse de un contrato de adhesión. En efecto, el artículo 16, que contiene la norma debatida, se ubica en el párrafo 4° del Título ii, titulado 'Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión' (...). Así pues, esta facultad de recurrir siempre a los tribunales ordinarios aun cuando exista una cláusula arbitral constituye una prerrogativa excepcional para el consumidor en los contratos de adhesión lo que, por cierto, supone que en el proceso se encuentre establecido que el contrato sobre el que versa el conflicto tenga dicha naturaleza jurídica"[54].

III. Arbitraje prohibido y "causas de policía local": el art. 230 del *COT* y sus alcances en el arbitraje de consumo

La ley chilena no contempla reglas especiales sobre arbitrabilidad del

[54] Corte Suprema, 2 de marzo de 2017.

conflicto de consumo, lo que lleva a aplicar las normas comunes sobre arbitraje prohibido contempladas en el *COT*, concebidas para una tipología de conflictos radicalmente distinta a los que generan las relaciones de consumo, que ni siquiera existían en aquel tiempo. Por contrapartida, y para evitar así las dificultades que genera este arbitrio del "traslape normativo" a contextos jurídicos que son disímiles entre sí, las legislaciones que se ocupan de regular el arbitraje de consumo han fijado en cada caso, con mayor o menor precisión, el concreto ámbito de la arbitrabilidad material[55].

Tratándose de la arbitrabilidad material del conflicto de consumo, y considerando que la LPDC encomienda su conocimiento y resolución a los jueces de policía local (art. 50 A), resulta necesario despejar en primer término la aparente limitación que establece en este punto el art. 230 del *COT*, al señalar que no podrán someterse a la decisión de árbitro, entre otras, las "causas de policía local".

[55] Así, por ejemplo, en España las cuestiones que pueden ser sometidas al arbitraje de consumo, están determinadas por el artículo 2 del RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Se establece allí que solo podrán ser objeto de arbitraje los conflictos entre consumidores o usuarios y empresas o profesionales, que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho. Por contrapartida, excluye del arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en los que existan indicios racionales de delito, además de la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivados de ellos, en conformidad con lo previsto por el art. 57.1 del RDL 1/2007, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias.

En Portugal, son arbitrables los conflictos derivados de las relaciones jurídicas de consumo, es decir, aquellos que surjan de la prestación de bienes o servicios de los profesionales a los consumidores (art. 2 de la Ley n.° 24/96, de 31 de julio, de *Defensa do Consumidor*). Se excluyen, como en España, los litigios en caso de intoxicación, lesión, muerte o cuando existan indicios de delito, a lo que se suma la responsabilidad del productor derivada de productos defectuosos.

En Argentina, el art. 1° del decreto n.° 276/1998, que regula el SNAC –considera como arbitrables "las reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a los derechos y obligaciones emergentes de la ley 24240 y sus modificatorias, y de toda ley, decreto y cualquier otra reglamentación que consagre derechos y obligaciones para los consumidores o usuarios en las relaciones de consumo que definen la ley citada". En su art. 2 establece las cuestiones que no podrán ser objeto de arbitraje de consumo: las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, y las que puedan dar origen a juicios ejecutivos; las cuestiones que con arreglo a las leyes no puedan ser sometidas a juicio arbitral; las cuestiones de las que deriven daños físicos, psíquicos o muerte del consumidor, y en las que exista presunción de la comisión de delito. Por último, considera inarbitrables "las cuestiones que por el monto reclamado queden exceptuadas por la reglamentación", aunque, en realidad, ni el decreto 276 ni las resoluciones que implementaron el funcionamiento del SNAC establecen un monto fijo mínimo o máximo para reclamar, de manera que en Argentina el consumidor puede reclamar por cualquier suma dinero, sin límites.

1. Breve reseña del art. 230 del COT

En materia de arbitraje prohibido (arbitraje interno), el *COT*, en su texto original del año 1943, no hizo más que reiterar lo dispuesto por el art. 178 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, del año 1875, al considerar como inarbitrables, únicamente, los conflictos que versan sobre alimentos o sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer.

Luego, la Ley n.° 18969 (*D.O.* de 10 de marzo de 1990), le introdujo una serie de modificaciones, y agregó dos nuevas materias de arbitraje prohibido, modificando para ello su art. 230: las causas criminales y las de policía local. Básicamente, y como se señaló durante el trámite parlamentario, con esta reforma se quiso aclarar, solo, "que las causas criminales y las de policía local no pueden ser sometidas a arbitraje", pues, aunque "se entendía así ..., la disposición no estaba muy clara".

Como fundamento único de la reforma, se sostuvo:

> "en materia de procesos de causas de acción privada, por ejemplo, de calumnias e injurias, existían dudas si acaso podían someterse estas causas a arbitraje, lo que evidentemente iba en contra del sistema, por cuanto, por muy de acción privada que sea un proceso, se trata de imponer una pena. El Código no lo decía claramente y hubo que precisarlo"[56].

Este ejemplo, entonces, aunque simple, deja en evidencia que la predicha modificación legal no pretendió, en ningún caso, establecer una suerte de incompatibilidad absoluta e indiscriminada entre las materias propias de las "causas de policía local", por un lado, y la arbitrabilidad de esas mismas materias, por el otro. Simplemente, y como se acaba de señalar, el propósito fue aclarar un aspecto que, aunque obvio y consabido, generaba aun alguna confusión: el árbitro –se dijo– no está facultado para imponer multas ni, en general, para ejercer el *ius puniendi* reservado a la potestad pública, pues las partes no han podido disponer de un imperio del que carecen. En lo demás, y por tratarse de materias de índole patrimonial perfectamente disponibles en derecho, las partes son libres para someter sus conflictos de consumo a arbitraje.

De esta manera, queda en evidencia que lo prohibido por el art. 230 del *COT* no es el arbitraje de los asuntos sobre consumo en manifestación patrimonial y disponible, sino únicamente aquello que comporta la aplicación de sanciones infraccionales o multas por parte del árbitro.

[56] *Historia de la Ley* n°. 18969, Biblioteca del Congreso Nacional, Acta Junta de Gobierno, p. 142.

No se coincide, por tanto, con lo señalado por Patricio Aylwin[57], para quien las acciones civiles incluidas en la expresión "causas de policía local" no pueden ser sometidas a compromiso. Según este autor, el art. 230 del *COT* no distingue sobre la naturaleza de la acción, a lo que se suma que el art. 9 de la Ley n.° 18287, en relación con el art. 14 de la Ley n.° 15231, señala: "las acciones civiles que deriven del incumplimiento de una norma de policía local sólo pueden ejercerse dentro del procedimiento contravencional establecido por la ley":

a) Primero, y como ya se dijo, la historia del establecimiento del art. 230 deja en claro que el propósito de dicha norma no fue prohibir el arbitraje de tales materias, sino solo las de carácter infraccional que deriven en la aplicación de multas.
b) Luego, tampoco se entiende la referencia que se hace a "una norma de policía local", pues lo cierto es que tales normas no existen más allá de las materias que son de competencia de esos tribunales especiales, contempladas en leyes y cuerpos normativos particulares (y el derecho del consumo no es una "norma de policía local").
c) Y, por último, lo señalado por los arts. 9° de la Ley n.° 18287 y 14 de la Ley n.° 15231 no tiene ninguna relación con la arbitrabilidad de las materias de índole patrimonial de que conocen los referidos tribunales, pues aquellas normas se limitan solo a ordenar el procedimiento seguido ante dichos tribunales.

El art. 9° recién mencionado, por lo demás, señala que el juez de policía local será competente para conocer de la acción civil "siempre que se interponga, oportunamente, dentro del procedimiento contravencional", disposición que solo demarca la competencia de esos tribunales sin excluir, en ningún modo, la posibilidad de que dichas acciones sean ejercidas en sede arbitral. Dicho de otra forma, que la acción civil no se ejerza "oportunamente" ante el juez de policía local dentro del procedimiento contravencional, no quiere decir que ella no pueda plantearse ante árbitros, si las partes así lo acuerdan.

De forma adicional, no parece acertado justificar la inarbitrabilidad de la materia tomando como base o único criterio, la exclusividad o especialidad del órgano jurisdiccional llamado por la ley a resolver los conflictos que en cada suceso se generen. En otros términos, no es esa exclusividad competencial lo que habilita para concluir en la inarbitrabilidad de las controversias que surgen en un determinado entorno normativo, aun cuando la ley le preasigne un determinado órgano jurisdiccional especial para resolverlas en cada caso. Sí lo será, en cambio, el contenido material concreto de la misma controversia y la naturaleza de los derechos e

[57] Aylwin (2005), p. 139.

intereses involucrados en cada acontecimiento, de manera que solo se podrá hablar de inarbitrabilidad cuando esos intereses y aquel contenido concreto excedan de la pura esfera particular o individual de las partes involucradas, comprometiendo el interés colectivo y, en último término, el bien común que modela a cada momento y en cada sociedad el concepto de orden público. Es lo que ocurre precisamente en el conflicto laboral, en el concesional minero o en los atentados a la libre competencia, por poner algunos ejemplos tratados por la jurisprudencia en Chile[58].

2. La innecesaria referencia que hace el art. 56 C de la LPDC

Como se acaba de señalar, el art. 230 del *COT* no establece ninguna incompatibilidad entre las materias propias de las "causas de policía local" y la arbitrabilidad de los conflictos de consumo; y tanto es así que es la propia LPDC la que reconoce (y lo hizo ya en su texto original, art. 16) la perfecta viabilidad del arbitraje en esta materia, en cuanto cauce procesal idóneo para la solución de dichas controversias.

La duda, paradojalmente, la generó, sin embargo, el propio legislador cuando, en la Ley n.° 20555 y con ocasión de la regulación del denominado "arbitraje financiero", se remitió –de manera innecesaria– al art. 230 del *COT*, en los términos siguientes:

> "Artículo 56 C.- (...) En todo caso, no será aplicable al árbitro financiero la prohibición del artículo 230 del Código Orgánico de Tribunales de someter a conocimiento de un árbitro las causas de policía local, siempre que se funden en una controversia, queja o reclamación de las señaladas en el número 3 del inciso primero del artículo 55, pero el Servicio Nacional del Consumidor deberá denunciar la infracción ante el juez de policía local competente, quien podrá aplicarle al proveedor la multa que correspondiere según la naturaleza de la infracción".

Según esto, entonces, pareciera que el legislador, al remitirse aquí al art. 230 del *COT*, entendió que dicha disposición sí tenía aplicación respecto del arbitraje de los conflictos de consumo en general y que para regular el arbitraje financiero era necesario hacer expresa excepción de aquella. Tal criterio, sin embargo, es erróneo según se dirá infra; máxime

[58] En materia laboral: Corte Suprema, 18 de octubre de 1993, p. 90; Corte Suprema, 20 de diciembre de 2006. En el ámbito del derecho minero: Corte Suprema, 21 de junio de 1990, p. 136. Y en materia de derecho de la competencia: Comisión Preventiva Central dictamen n.° 895/131, p. 229.

si el arbitraje de que trata el art. 16 de la misma ley no sufrió alteración alguna tras la dictación de la Ley n.° 20555.

Todavía más, la confusión del legislador queda de manifiesto en el propio texto legal, cuando señala que, en todo caso,

> "el Servicio Nacional del Consumidor deberá denunciar la infracción ante el juez de policía local competente, quien podrá aplicarle al proveedor la multa que correspondiere según la naturaleza de la infracción".

Con esta advertencia, pues, se hace notorio que la norma legal entremezcla dos tipos de materia y, por tanto, dos esferas competenciales, la infraccional y la civil/patrimonial, que, sin embargo, son por completo distintas entre sí; o dicho de otra forma, la circunstancia casi obvia (como señaló el legislador de la Ley n.° 18969) de que el árbitro no tenga competencia para imponer multas a un proveedor (ámbito infraccional), no transforma en inarbitrable el conflicto de consumo en su vertiente civil-patrimonial.

En estricto rigor al señalar el art. 56 C que el art. 230 del *COT* no se aplica al arbitraje financiero, y considerando que este último solo abarca la señalada esfera infraccional, podría entenderse que con dicha norma el legislador estaría permitiendo que el árbitro aplique las multas mencionadas, cuando se trata de un arbitraje financiero. Se dice lo anterior, entiéndase bien, no para sostener esta conclusión, inaceptable por donde se la mire, sino solo para evidenciar los efectos que genera la errónea interpretación que ha hecho el propio legislador respecto del art. 230 del *COT*. Dicha norma, se reitera, jamás excluyó la arbitrabilidad del conflicto de consumo, pues solo se limitó a prohibir el arbitraje en lo que concierne a la aplicación de las multas que establecen las leyes, en un ámbito puramente infraccional; y mal podría haberlo hecho, por lo demás, considerando que la LPDC es muy posterior a la Ley n.° 18969, que incorporó a aquella norma la referencia a las "causas de policía local".

Por lo dicho, en suma, la remisión que hace aquel texto del art. 56 C de la LPDC al art. 230 citado, carece de sentido y es del todo innecesaria, por lo que fue eliminado en la reforma del año 2018, Ley n.º 21081.

IV. Conclusiones

1. En el derecho chileno, el conflicto de consumo, entendido como aquel que surge en el contexto de una relación de consumo y en el que intervienen como partes un consumidor o usuario y un proveedor, es perfectamente arbitrable.

   En un plano material, la arbitrabilidad del conflicto de consumo se limita a las manifestaciones patrimoniales de la relación de consumo, quedando extramuros, por tanto, la vertiente infraccional-sancionatoria que surge de la infracción de los derechos del consumidor.

   En su expresión subjetiva, la arbitrabilidad abarca a todo aquel individuo o persona jurídica que, según la LPDC y la Ley n.° 20416, deben considerarse como "consumidores" y "proveedores", incluyéndose, por tanto, los denominados "consumidores jurídicos" y los "consumidores materiales".

2. Ni la prohibición de renuncia anticipada de los derechos del consumidor ni la imperatividad de las normas de la LPDC, son obstáculos que impidan someter a arbitraje los conflictos de consumo.

   El art. 230 del *COT*, cuando prohíbe el arbitraje de "causas de policía local", no descarta tampoco la arbitrabilidad del conflicto de consumo en su expresión patrimonial (acción civil), pues solo se refiere a lo infraccional y al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. La referencia que se hace a dicha norma en el art. 56 C de la LPDC, es innecesaria y se origina en una errada interpretación del art. 230, recién citado.

3. La determinación del ámbito de arbitrabilidad del conflicto de consumo constituye un factor inicial determinante para la reformulación del sistema de arbitraje de consumo en Chile, actualmente en desuso dada su muy deficiente regulación legal.

Bibliografía citada

Aylwin Azócar, Patricio (2005). *El juicio arbitral.* 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Barrientos Camus, Francisca (2010). "La responsabilidad civil del fabricante bajo el artículo 23 de la ley de protección de los derechos de los consumidores y su relación con la responsabilidad civil del vendedor". *Revista Chilena de Derecho Privado,* n.° 14. Santiago.

Brahm García, Enrique (2000). *José Gabriel Ocampo y la codificación comercial chilena.* Santiago: Colección Jurídica Universidad de los Andes. Tomo I.

Corral Talciani, Hernán (1999). "Ley de Protección al Consumidor y Responsabilidad Civil por Productos y Servicios Defectuosos". *Cuadernos de Extensión,* n.° 3, Santiago.

Corral Talciani, Hernán (2011). *Responsabilidad por productos defectuosos.* Santiago: AbeledoPerrot.

De Luca, Newton (2008). *Direito do Consumidor.* 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin.

Espada Mallorquín, Susana (2013). "Artículo 4", en Íñigo De la Maza Gazmuri y Carlos Pizarro Wilson (dirs.). *La protección de los derechos de los consumidores.* Santiago: Thomson Reuters.

Farjat, Gérard (1971). *Droit Economique.* Paris: Themis-Presses Universitaires de France.

Farjat, Gérard (1963). *L'ordre public* économique. Paris: Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et. R. Durand-Auzias.

Fernández del Pozo, Luis (1995). "Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales". *Revista General de Derecho*, año li, n.° 609. Valencia.

Fernández Gimeno, José Pascual (1999). *Derecho de consumo.* Valencia: Tirant Lo Blanch.

Gill, Chris, Jane Williams & Carol Brennan (2015). *A Dispute System Design for Consumer Alternative Dispute Resolution.* Trabajo presentando en el taller de diseño de sistemas de reparación del consumidor (Edimburgo, 11-12 de junio de 2015). Disponible en www.academia.edu/19031728/A_Dispute_System_Design_for_Consumer_Alternative_Dispute_Resolution?auto=abstract [fecha de consulta: 1 de octubre de 2019].

Hondius, Ewoud *et al.* (2008). *Principles of European Law.* Munich: Sellier European Law Pub.

Iboleón, Belén (2012). *El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo*. Madrid: Dykinson.

Infante Angarita, Christiam Ubeymar (2015). "Arbitraje de consumo: aspectos generales e integración del contradictorio". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n. °42. Bogotá, julio - diciembre.

Isler Soto, Erika (2019). *Derecho del consumo.* Valencia: Tirant Lo Blanch.

Jara Amigo, Rony (1999). "Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones". *Cuadernos de Extensión Jurídica.* n.° 3. Santiago.

Jequier Lehuedé, Eduardo (2011). "El arbitraje forzoso en Chile". *Estudios Constitucionales,* año 9, n.° 2. Talca.

Jequier Lehuedé, Eduardo (2012). "El sistema chileno de arbitraje en el siglo xxi. Una paradoja entre el derecho medieval y las tendencias actuales del derecho comercial internacional", en María Fernanda Vásquez Palma y José Carlos Fernández Rozas (dirs.). *Derecho mercantil internacional.* Santiago: Thomson Reuters.

Jequier Lehuedé, Eduardo (2014). "Arbitraje societario y arbitraje forzoso en el anteproyecto de ley de arbitraje interno. Algunas propuestas", en Eduardo Picand Albónico (coord.). *Estudios de arbitraje. Libro homenaje a Patricio Aylwin Azócar*. 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters.

Jequier Lehuedé, Eduardo (2017). *Curso de derecho comercial.* 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters. Tomo i.

Jequier Lehuedé, Eduardo (2015). "Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable". *Ius et Praxis*, vol. 21, n.° 2, Talca.

Lasarte Álvarez, Carlos (2010). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios.* 4ª ed. Madrid: Dykinson.

López Sánchez, Javier (1999). "Posibilidad de someter estatutariamente a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales (TS 1ª S 355/1998, de 18 de abril)". *Tribunales de justicia: Revista Española de Derecho Procesal,* n.° 2. Madrid.

Marcos Francisco, Diana (2010). *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos.* Valencia: Tirant Lo Blanch.

Momberg Uribe, Rodrigo (2004). "Extensión del ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. Cuestiones generales". *Revista de Derecho,* vol. 17. Valdivia.

Momberg Uribe, Rodrigo (2013). "Artículo 1° N° 1°", en Íñigo De la Maza Gazmuri y Carlos Pizarro Wilson (dirs.). *La protección de los derechos de los consumidores.* Santiago: Thomson Reuters.

Ossola, Federico A., María del Pilar Hiruela (2007). "El contratante débil (determinación de la categoría jurídica)". *Revista Oficial del Poder Judicial,* n.° 1/1. Lima.

Pinochet, Ruperto (2011). "Delimitación material del Derecho de consumo: Evolución de la noción de consumidor en la doctrina nacional", en María Fernanda Vásquez Palma (coord.), *Primeras jornadas de derecho comercial.* Santiago: Abeledo Perrot.

Reyes López, María José (2019). "Noción de consumidor y usuario", en Pablo Pajín Echevarría (coord.), *GPS Consumo.* 3ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Ripert, Georges (1954). *Tratado elemental de derecho comercial,* traducción de Felipe de Solá Cañizares con la colaboración de Pedro G. San Martín. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. París: Librairie Générale de Jurisprudence.

Romero Seguel, Alejandro y José Ignacio Díaz V. (2016). *El arbitraje interno y comercial internacional.* 2ª ed. actualizada. Santiago: Ediciones UC.

Shötz, Guztavo (2013). "El *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas". *Ars Iuris Salmanticensis,* vol. 1. Salamanca.

Vásquez Palma, María Fernanda (2015), "Artículo 543", en Roberto Ríos Ossa (dir.), *El contrato de seguro. Comentarios al título viii, libro ii, del Código de Comercio.* Santiago: Thomson Reuters,

Vidal, Álvaro (2000). "Contratación y consumo. El contrato de consumo en la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los Consumidores". *Revista de Derecho*, n.° 21. Valparaíso.

Jurisprudencia citada

Comisión Preventiva Central, dictamen n.° 895/131, 20 de enero de 1994, citado en *El arbitraje en la jurisprudencia*, Santiago: Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, 2005, p. 229.

Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de diciembre de 1983, citada en "El arbitraje en los contratos de arrendamiento de predios urbanos", Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago. Disponible en www.camsantiago.com/articulos_online/36_ARBITRAJEURBANO.pdf [fecha de consulta: [fecha de consulta: 23 de junio de 2020].

Corte Suprema, 21 de junio de 1990, recurso de queja, citado en *El arbitraje en la jurisprudencia*, Santiago: Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, 2005., p. 136.

Corte Suprema, 16 de septiembre de 1993, en *Revista Fallos del Mes*, n.° 418. Santiago. En el mismo sentido *RDJ*. Tomo LXXXVI, 2ª parte, sección 1ª, p. 85; *RDJ*. Tomo LXIX, 2ª parte, sección 1ª, p. 131.

Corte Suprema, 18 de octubre de 1993, recurso de queja, citado en *El arbitraje en la jurisprudencia* , Santiago: Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, 2005, p. 90.

Corte Suprema, 29 de agosto de 2002, causa rol n.° 3833-01. Readi Aguad, José con Elizabeth Adauy y Cía. Ltda., en , Santiago: Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, 2005.

Corte Suprema, 20 de diciembre de 2006 (casación en el fondo) rol n.° 2450-2005. Isella Ferlini, Néstor con Canal 13.

Corte Suprema, 2 de marzo de 2017 (casación en el fondo), rol n.° 46551-2016). Nicolás Uribe Kunz con CE Inmobiliaria S.A.

Cour de Cassation de Francia, 21 juin de 1978,"Bertrand contra Paul Ott KG".

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, 19 de enero de 1993, asunto C-89/91. Shearson Lehman Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH. Disponible en http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=4DB897A7031F46257494389D102B798A?text=&docid=97826&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1465733 [fecha de consulta: 23 de junio de 2020].

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, asunto C-541/99. Cape c. Idealservice c. Omai Disponible en http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=46434&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1172263 [fecha de consulta: 23 de junio de 2020].

Siglas y abreviaturas

al.	*alii* (otros)
art.	artículo
arts.	artículos
c.	con
CEE	Comunidad Económica Europea
Cía.	Compañía
coord.	coordinador

COT	*Código Orgánico de Tribunales*
dir.	director
dirs.	directores
DL	decreto ley
D.O.	*Diario Oficial de la República de Chile*
DO	*Diario Oficial de la Unión Europea*
DS	decreto supremo
ed.	edición
etc.	etcétera
Fondecyt	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
H.	honorable
http	Hypertext Transfer Protocol
Ibid.	*Ibidem*
inc.	inciso
Inc.	Incorporation
LA	Ley de Arbitraje Española
LCU	Ley de Consumidores y Usuarios
LGDCU	Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios
LPDC *a veces* LPC	Ley n.º 19496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores
Ltda.	limitada
n.º *a veces* Nº	número
op. cit.	*opere citato* (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
RD	Real decreto
RDJ	*Revista de Derecho y Jurisprudencia*
RDL	Real Decreto Legislativo
S.A.	sociedad anónima
S.A.C.I.	Sociedad Anónima Industrial Comercial
SCA	Sentencia de la Corte de Apelaciones
Sernac	Servicio Nacional del Consumidor
SNAC	Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo
Sodimac	Sociedad Distribuidora de Materiales de Construcción
ss.	siguientes
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
UC	Universidad Católica
UE *a veces* EU	Unión Europea
UF	Unidad de Fomento
v. gr.	*verbi gratia*
vol.	volumen
www	World Wide Web

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 93-121 [julio 2020]

¿DOS DIFERENCIAS ENTRE LAS APROXIMACIONES DEL DERECHO CHILENO Y FRANCÉS AL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO?

TWO DIFFERENCES BETWEEN THE CHILEAN AND FRENCH APPROACHES TO UNJUSTIFIED ENRICHMENT?

Pablo Letelier Cibié*

Resumen

En este trabajo se revisa la forma en que la doctrina y jurisprudencia nacionales han entendido la idea de enriquecimiento injustificado en los últimos años. Luego de identificar dos aspectos en que cierta doctrina y jurisprudencia recientes se alejan de la posición más tradicional inspirada en el derecho francés, el trabajo explora algunos de los problemas que este alejamiento podría traer aparejado. El trabajo plantea que las disposiciones sobre enriquecimiento injustificado introducidas al *Código Civil* francés ofrecen un punto de partida útil para abordar los desafíos impuestos por una institución que ha recibido poca atención en el derecho chileno.

Palabras clave: enriquecimiento injustificado; acción de *in rem verso*; reforma del derecho de obligaciones.

Abstract

This paper reviews the position of Chilean case law and legal scholarship regarding unjustified enrichment. It identifies two ways in which recent case law and legal scholarship depart from their traditional position based on French law and explores some of the issues these developments could

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Master en Derecho (LLM) de la Universidad de Columbia. Dirección postal: Avenida Santa María 076, tercer piso, Providencia, Santiago 7520405, Chile. Correo electrónico: pletelier@derecho.uchile.cl. Artículo recibido el 5 de enero de 2020 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2020.

raise. It argues that the provisions on unjustified enrichment recently introduced to the French Civil Code may help dealing with the challenges imposed by an institution which has traditionally received little attention in Chilean law.

Keywords: unjustified enrichment; action de in rem verso; reform of the law of obligations.

I. Introducción

La idea de que el enriquecimiento injustificado podría cumplir un papel como fuente de obligaciones en el derecho chileno no es nueva[1]. Aunque con algunas vacilaciones, la doctrina por lo general ha aceptado que en ciertos casos la obtención de beneficios desprovistos de causa o base jurídica que los justifique bastaría para dar lugar a una acción restitutoria no contemplada en forma expresa en el *Código Civil*[2]. La jurisprudencia también se ha mostrado favorable a esta postura, reconociendo frecuentemente como parte del derecho chileno una acción conocida como de *in rem verso*[3]. En marcado contraste con los importantes desacuerdos que la noción de enriquecimiento injustificado ha suscitado en otros ordenamientos jurídicos, en Chile estas ideas parecen haberse instalado sin demasiada polémica.

Al menos en parte, esta situación puede explicarse en la significativa influencia que el derecho francés ha ejercido en la doctrina y jurisprudencia nacionales[4]. En Francia, desde al menos la última década del siglo XIX la

[1] En derecho chileno es con frecuencia utilizada la expresión "enriquecimiento sin causa". Para simplificar la exposición, este trabajo asumirá que esta expresión se refiere a una institución análoga a aquella que el derecho francés tradicionalmente ha identificado como "enriquecimiento sin causa" (*enrichissement sans cause*) y que hoy es reconocida en el *Código Civil* francés como "enriquecimiento injustificado" (*enrichissement injustifié*).

[2] Fueyo (1990), p. 433; Figueroa (1991), p. 292; Alessandri *et al.* (2001), p. 30; Peñailillo (2003), p. 123; Abeliuk (2008), p. 192; Meza (2010), pp. 320-323; Ducci (2010), p. 32; Figueroa (2012), p. 16. En contra, Barcia (2010), pp. 15-16.

[3] Véase, por ejemplo, Serviu Región de Coquimbo con Constructora Taquicura S.A. (2012); Continental Inmobiliaria y Servicios con Dattas (2012); Pontificia Universidad Católica de Chile Corporación de Televisión con Alcayaga e Inmobiliaria Piru Ltda. (2012); Huneeus con García y otros (2015); Reyes con Villegas (2016); Sierra con Ávila (2016). Sin perjuicio de esta tendencia, en ocasiones la Corte Suprema se ha manifestado en contra del reconocimiento de esta acción. Véase, por ejemplo, Sociedad Corral y Alcaino Ltda. con Codelco Chile (2015).

[4] Sobre la influencia del derecho francés en Chile, véase Guzmán (2005) y Domínguez (2005).

jurisprudencia ha admitido la existencia de obligaciones fundadas en la ausencia de una base jurídica que justifique los beneficios obtenidos por una persona a expensas de otra[5]. Estas obligaciones no fueron reconocidas expresamente en el texto original del *Código Civil* francés, pero las reglas que regulan su creación y efectos han alcanzado cierta estabilidad, y tras la reciente reforma del derecho francés de obligaciones se encuentran consagradas en los nuevos arts. 1303 a 1303-4[6]. Pese a ser el fruto de una tradición dogmática característica del derecho francés, las ideas que subyacen a estas reglas por lo general han sido aceptadas como apropiadas para explicar la posición del derecho chileno[7]. Sin embargo, el contraste de las disposiciones introducidas por la Reforma con la posición de cierta doctrina y jurisprudencia nacionales de los últimos años refleja desacuerdos que podrían conducir a consecuencias importantes.

Los nuevos artículos del *Código Civil* francés descansan sobre la premisa de que el enriquecimiento injustificado corresponde a una máxima de equidad que solo en circunstancias muy especiales bastaría para operar como una fuente independiente de obligaciones. Estas circunstancias estarían señaladas por los estrictos requisitos de un cuasicontrato excepcional que, junto a los demás cuasicontratos reconocidos tradicionalmente por el derecho francés, formaría parte de una categoría de obligaciones residual y miscelánea[8]. Aunque esta es también la posición más aceptada en Chile, cierta doctrina y jurisprudencia recientes parecen adoptar una aproximación al enriquecimiento injustificado que se aleja del modelo francés en dos importantes sentidos.

En primer lugar, sentencias recientes han admitido acciones por enriquecimiento injustificado en circunstancias que en general excluirían la procedencia de esta acción bajo las normas del *Código Civil* francés. A pesar de razonar en términos que hacen eco de la posición más tradicional de la doctrina y jurisprudencia francesas, estas sentencias tienden a centrar su atención en la valoración de la situación de las partes en desmedro de las consideraciones técnicas que controlan la disponibilidad de la acción en

[5] Terré *et al.* (2018), pp. 1361-1364; Bénabent (2018), nº. 475; Chantepie et Latina (2018), p. 684.

[6] Estas disposiciones fueron introducidas al *Código Civil* francés mediante la ordenanza número 2016-131 del 10 de febrero de 2016, que reforma el derecho de los contratos, el régimen general y la prueba de las obligaciones (en adelante, la "Reforma").

[7] Barrientos (2017), pp. 93-94. Según el autor, a partir de los últimos años del siglo XIX es posible constatar cómo la doctrina y jurisprudencia chilenas se ligaron "servilmente" a las ideas de los autores franceses, rompiendo con la opción de Andrés Bello de restringir las obligaciones vinculadas al enriquecimiento del deudor en el *Código Civil* a ciertos supuestos típicos inspirados en el derecho romano.

[8] Chantepie et Latina (2018), pp. 682-683.

el derecho francés. En segundo lugar, en los últimos años cierta doctrina parece apartarse de la concepción del enriquecimiento injustificado como un cuasicontrato excepcional, acercándose a la posición de ordenamientos jurídicos en que la idea de enriquecimiento injustificado identifica una categoría de obligaciones funcionalmente análoga a la de contratos o delitos. Esta posición podría encontrar sustento en una decisión reciente de la Corte Suprema, en que el enriquecimiento injustificado es invocado como el fundamento de acciones que podrían agruparse e interpretarse como parte de una categoría relativamente coherente.

Estos desacuerdos son importantes. De consolidarse, ellos podrían conducir a una revisión de aspectos como el papel de la equidad en el derecho privado y la forma en que se clasifican las obligaciones. El propósito de este trabajo es explicitar las ideas que subyacen a estos desacuerdos e identificar algunos de los desafíos que podrían seguirse para el derecho chileno en caso de que optara por reconsiderar su posición más tradicional. Con este objetivo, a continuación se presenta una breve síntesis de la aproximación francesa al enriquecimiento injustificado, destacando dos ideas centrales por lo general aceptadas en Chile (sección II). Estas ideas son contrastadas con la posición exhibida por parte de la doctrina y jurisprudencia chilenas de los últimos años (sección III), para luego examinar algunas de las dificultades que un alejamiento de la posición más tradicional inspirada en el derecho francés podría traer aparejadas (sección IV). Por último, se ofrecen algunas conclusiones (sección V).

II. Dos ideas centrales en la aproximación francesa al enriquecimiento injustificado

Los nuevos arts. 1303 a 1303-4 del *Código Civil* francés establecen las reglas que gobiernan el enriquecimiento injustificado como una fuente de obligaciones[9]. Estas normas descansan sobre una aproximación particular a la idea de enriquecimiento injustificado que caracteriza al derecho francés[10].

[9] Estos artículos denominan "enriquecimiento injustificado" (*enrichissement injustifié*) a la institución que la doctrina y jurisprudencia con anterioridad denominaban "enriquecimiento sin causa" (*enrichissement sans cause*). El cambio no pretende reflejar una modificación en las normas que gobiernan la institución, sino que fue adoptado para reflejar la decisión del derecho francés de abandonar el concepto de causa. Al respecto, véase Descheemaeker (2017), p. 79.

[10] Una revisión general de las particularidades del derecho francés en materia de enriquecimiento injustificado puede encontrarse en Descheemaeker (2017). Para una caracterización general de la posición adoptada por otros ordenamientos jurídicos europeos, véase Dickson (1995), pp. 100-126; Schrage & Nicholas (1995), pp. 9-30; Zweigert & Kötz (1998), pp. 537-565.

Sin pretender explicar en detalle los alcances de esta aproximación, en esta sección se destacan dos aspectos centrales:

1) la excepcionalidad de las circunstancias en que el enriquecimiento injustificado opera como fuente de obligaciones y
2) la clasificación del enriquecimiento injustificado dentro de una categoría residual y miscelánea de fuentes de obligaciones.

1. Una fuente de obligaciones excepcional

Una primera característica distintiva de la posición del derecho francés tiene que ver con la excepcionalidad de las circunstancias bajo las cuales el enriquecimiento injustificado podría dar lugar a obligaciones. Tal como ocurre en otros sistemas jurídicos, el enriquecimiento injustificado es desde antiguo invocado en Francia como el principio de equidad en que encontrarían fundamento una variedad de hipótesis restitutorias[11]. En los años que siguieron a la entrada en vigencia del *Código Civil* francés, la doctrina y la jurisprudencia reconocieron que esta idea no solo describía un principio de equidad[12], sino que, además, en algunas circunstancias podía servir como fundamento inmediato de una acción general y no codificada, conocida como acción de *in rem verso*[13]. Originalmente, esta acción solo exigía a la demandante alegar y ofrecer probar la existencia de un beneficio conferido a la demandada a través de un sacrificio u otro acto que implicara un empobrecimiento correlativo[14]. Pero la doctrina y jurisprudencia no tardaron en darse cuenta que una acción concebida en términos tan amplios ponía en riesgo la estabilidad de las relaciones jurídicas[15]. Por esta razón, la acción de *in rem verso* fue enmarcada en requisitos destinados a limitar su disponibilidad, los que fueron adoptados

[11] Ripert (1949), p. 246; Von Caemmerer (1966), pp. 573-574; Flour *et al.* (2011), p. 40; Malaurie *et al.* (2018), p. 614; Bénabent (2018), nº. 476.

[12] La noción de enriquecimiento injustificado es invocada con frecuencia como un "principio general del derecho", en el sentido de enunciado general que vincula reglas formalmente vigentes con su fundamento normativo. Véase, por ejemplo, Filios (1999), p. 69 y Lévy et Castaldo (2010), pp. 839-840.

[13] Carbonnier (2004), p. 2441; Augustin (2007), pp. 37-42; Terré *et al.* (2018), nº. 1301; Bénabent (2018), nº. 476. Aunque la expresión "acción *de in rem verso*" ha sido criticada, por ejemplo, en Filios (1999), p. 149, en este trabajo se utilizará para evitar confusiones con el enriquecimiento injustificado como máxima de equidad.

[14] En el conocido caso Patureau-Miran con Boudier, la Cour de Cassation concluyó que, no estando reglamentada por ningún texto legal, la acción *de in rem verso* era procedente cada vez que la demandante alegara u ofreciera establecer la existencia de una ventaja que hubiera procurado a la demandada a través de un sacrificio o hecho personal. Al respecto, véase Malaurie *et al.* (2018), p. 614.

[15] Flour *et al.* (2011), pp. 41-42.

por la Reforma a través de los nuevos arts. 1303 a 1303-4 del *Código Civil* francés[16].

Bajo estos artículos, las hipótesis en que podría proceder la acción de *in rem verso* son doblemente excepcionales. Ante todo, son excepcionales por cuanto se refieren a supuestos que no encuentran una solución en las demás disposiciones del *Código Civil* francés que cubren la mayoría de los casos que otros ordenamientos jurídicos ordenan como parte del "derecho de enriquecimiento injustificado". Tres artículos se encargan de garantizar que así sea: el art. 1303, que restringe la procedencia de la acción de enriquecimiento injustificado a hipótesis "fuera de los casos de gestión de negocios y pago de lo indebido"[17]; el art. 1303-1, según el cual no se considerará injustificado el enriquecimiento que proceda del cumplimiento de una obligación o de la intención liberal del empobrecido[18]; y el art. 1303-3, que descarta la procedencia de la acción cuando cualquier otra acción reconocida por el ordenamiento jurídico asista al empobrecido[19]. En conformidad con estas disposiciones, la acción francesa de enriquecimiento injustificado no parece ser aplicable a casos de pagos indebidos, beneficios conferidos en cumplimiento de contratos defectuosos, y mejoras realizadas en propiedad ajena, todos los cuales con frecuencia son explicados en otros ordenamientos jurídicos como casos centrales de enriquecimiento injustificado[20].

Pero además, estas hipótesis son excepcionales, ya que aun en estos supuestos la procedencia de la acción de *in rem verso* está sujeta al cumplimiento de requisitos deliberadamente diseñados para restringir su ámbito de aplicación. Así, por ejemplo, el art. 1303-2 descarta la procedencia de esta acción en casos en que el empobrecimiento proceda de un acto ejecutado por el empobrecido con miras a obtener un provecho

[16] Chénedé (2016), p. 229; Deshayes *et al.* (2018), p. 634; Chantepie et Latina (2018), p. 684.

[17] El art. 1303 dispone: "Fuera de los casos de gestión de negocios y pago de lo indebido, quien se beneficie de un enriquecimiento injustificado en detrimento de otro, adeudará, a quien ello haya empobrecido, una indemnización igual al menor de los dos valores del enriquecimiento y del empobrecimiento". Esta y todas las transcripciones de normas introducidas por las Reforma que son citadas en este trabajo corresponden a la versión disponible en línea en www.justice.gouv.fr/art_pix/Projet_reforme_contrats_2015_ESPAGNOL.pdf [fecha de consulta: 5 de enero de 2020], la que ha sido enmendada para reflejar la redacción definitiva adoptada por la Reforma que se encuentra vigente.

[18] El art. 1303-1 dispone: "El enriquecimiento será injustificado cuando no proceda ni del cumplimiento por el empobrecido de una obligación ni de su intención liberal".

[19] El art. 1303-3 dispone: "El empobrecido no tendrá acción sobre el fundamento del enriquecimiento injustificado cuando otra acción le asista, o cuando dicha acción se tope con un obstáculo de derecho, tal como la prescripción".

[20] Zimmermann & du Plessis (1994), pp. 14, 24-30; Virgo (2015), pp. 58-60.

personal, y faculta al juez para moderar el monto que el enriquecido se encuentra obligado a restituir cuando el empobrecimiento proceda de una falta del empobrecido[21]. No es extraño, entonces, que, a la luz de la posición adoptada por otros ordenamientos jurídicos, los casos en que la jurisprudencia francesa ha acogido obligaciones originadas exclusivamente en el enriquecimiento injustificado aparezcan como muy infrecuentes[22].

2. Uno más de los cuasicontratos

Una segunda característica distintiva de la posición del derecho francés se refiere al lugar que ocupa el enriquecimiento injustificado en la división de las fuentes de obligaciones. En otros sistemas jurídicos, la noción de enriquecimiento injustificado es utilizada para identificar una categoría de evento generador de obligaciones análoga a las de contrato y delito[23]. Los criterios para definir los límites de esta categoría son objeto de importantes desacuerdos, pero es usualmente aceptado que en ella se ordenan hipótesis en que, en ausencia de un contrato o un delito, la demandada recibe un beneficio que por distintas razones debería haber permanecido o haber sido percibido por la demandante[24].

Esta no es la posición adoptada por el derecho francés. En la tradición francesa, la idea de enriquecimiento injustificado es por lo general reservada para identificar la máxima de equidad que sirve de fundamento directo a la acción de *in rem verso,* y de fundamento indirecto a varias otras disposiciones dispersas a lo largo del *Código Civil* francés[25]. Aunque algunos autores han sugerido que esta idea podría proveer de cierta unidad conceptual a la parte más importante de las obligaciones no contractuales o delictuales[26], tal como

[21] El art. 1303-2 dispone: "No habrá lugar a indemnización si el empobrecimiento procede de un acto hecho por el empobrecido con vistas a un provecho personal. La indemnización podrá moderarla el juez si el empobrecimiento procede de una falta del empobrecido".

[22] Malaurie *et al.* (2018), pp. 614-615.

[23] Zimmermann (1995), pp. 403-404; Virgo (2015), p. 51. Nótese, sin embargo, que esto no requiere aceptar que la noción de enriquecimiento injustificado identifica una categoría de obligaciones tan coherente o de aplicación tan frecuente como aquellas ordenadas en torno a las nociones de contrato y delito. Al respecto, véase Atiyah (1979), p. 768; Smits (2008), pp. 179, 182-183.

[24] Dannemann (2009), pp. 6-7. Es importante tener presente que aquellos ordenamientos jurídicos que admiten una categoría de obligaciones definida sobre la base de la noción de enriquecimiento injustificado usualmente distinguen tipos de casos que obedecen a lógicas diferenciadas. Zimmermann & Du Plessis (1994), pp. 24-30; Krebs (2006), pp. 382-383.

[25] Mazeaud *et al.* (1998), pp. 823-824; Filios (1999), p. 69; Flour *et al.* (2011), pp. 40-41; Terré *et al.* (2018), pp. 1362-1363; Malaurie *et al.* (2018), p. 613.

z

es entendida usualmente en derecho francés, ella parece ser insuficiente tanto para señalar los límites de una categoría coherente de obligaciones como para explicar su contenido.

En efecto, la idea de enriquecimiento injustificado es invocada indistintamente como el fundamento de obligaciones emanadas no solo de cuasicontratos, sino, también, de contratos y delitos. La doctrina francesa recurre a ella para explicar obligaciones tan distintas como la del vendedor de sanear la evicción[27] y la del autor de un ilícito de compensar los daños ocasionados[28]. Por otra parte, esta idea carece de la precisión necesaria para dar cuenta de aquello que haría especiales a las obligaciones cuasicontractuales. Las obligaciones emanadas del cuasicontrato de agencia oficiosa ofrecen un ejemplo conocido: aunque la obligación del interesado de reembolsar al gerente los gastos incurridos podría encontrar una explicación plausible en el rechazo de su enriquecimiento injustificado, esta noción es manifiestamente inadecuada para explicar el deber de cuidado que recae sobre el gerente en relación con la ejecución del negocio del interesado[29].

Por lo anterior, aunque en cierto nivel de abstracción el rechazo del enriquecimiento injustificado ofrece una explicación razonable para algunas obligaciones no contractuales o delictuales, la posición dominante en Francia parece ser que esta noción no opera como el eje de una categoría coherente junto a las de contratos y delitos[30]. La Reforma confirma esta posición al ubicar las nuevas disposiciones sobre enriquecimiento injustificado luego de aquellas sobre los otros cuasicontratos, conformándose con identificar el conjunto mediante el rótulo "otras fuentes de obligaciones"[31].

III. Dos aspectos en que cierta doctrina y jurisprudencia recientes parecen apartarse de la aproximación francesa

[27] Filios (1999), p. 53.

[28] Mazeaud *et al.* (1965), p. 17. Es conocida la idea de que el conjunto de las disposiciones del *Código Civil* podría reemplazarse por dos principios: responsabilidad y prohibición del enriquecimiento injustificado. Mazeaud *et al.* (1998), p. 824.

[29] Rémy (2013), p. 34. Algo similar puede decirse de las obligaciones originadas en el cuasicontrato de pago de lo no debido. Al respecto, véase Descheemaeker (2013), pp. 15-21.

[30] Descheemaeker (2013), p. 12; Chantepie et Latina (2018), pp. 652-653; Bénabent (2018), nº. 440.

[31] El art. 1300 dispone: "Los cuasicontratos son hechos puramente voluntarios de los que resulta un compromiso de aquel a quien aprovechan sin tener derecho a ello, y a veces un compromiso de su autor para con terceros. Los cuasicontratos regulados por el presente Subtítulo son la gestión de negocios, el pago de lo indebido y el enriquecimiento injustificado". La idea de que el mecanismo que en derecho francés ha evolucionado como la acción de *in rem verso* constituye un cuasicontrato es ampliamente aceptada por la doctrina francesa. Al respecto, Chénedé (2016), p. 212. En opinión de Daniel Peñailillo, sin embargo, esta idea implicaría una "alteración de la sistemática": el enriquecimiento injustificado sería, a la vez, el fundamento general de los cuasicontratos y un cuasicontrato específico. Peñailillo (2007), p. 239, nota 14.

Como ha sido adelantado, pese a la falta de reconocimiento expreso por el *Código Civil*[32], la doctrina y jurisprudencia nacionales por lo general aceptan que el rechazo del enriquecimiento injustificado podría constituir una fuente de obligaciones en el derecho chileno[33]. En ausencia de disposiciones expresas en el *Código Civil*, la posición del derecho francés ha sido adoptada con frecuencia como modelo por los autores y sentencias que se han referido a la materia. Sin embargo, cierta doctrina y jurisprudencia chilenas de los últimos años parece apartarse de la aproximación francesa, especialmente en relación con las características discutidas en la sección anterior. En esta sección se exploran dos indicios:

1) la flexibilización en algunos casos de los requisitos de la acción de *in rem verso* y
2) la caracterización del enriquecimiento injustificado como una categoría de obligaciones.

1. ¿*Flexibilización de los requisitos de la acción de* in rem verso?

La acción de enriquecimiento injustificado es descrita con frecuencia por la doctrina nacional en términos que siguen de cerca la posición adoptada por el derecho francés[34]. Uno de los aspectos en que esta influencia es aparente se refiere al ámbito de aplicación de la acción de *in rem verso*, la que tanto en Francia como en Chile es tradicionalmente reservada para hipótesis en que el enriquecimiento de la demandada no puede explicarse en un contrato, una convención o cualquier norma jurídica que le sirva de base[35], y para las cuales no exista una solución especial en las demás

[32] Todas las alusiones al *Código Civil*, sin distinguir, deben entenderse referidas al *Código Civil* chileno.

[33] Sobre la definición y la funciones que en derecho chileno ha adoptado la idea de enriquecimiento injustificado, véase Peñailillo (1996), pp. 94-95 y Letelier (2018), pp. 651-656.

[34] Véanse referencias indicadas en la nota 2 supra.

[35] Peñailillo (2003), p. 110; Abeliuk (2008), pp. 196-197; Meza (2010), p. 323. En Francia, autores y jurisprudencia insisten en que esta base jurídica puede encontrarse en cualquier norma del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la jurisprudencia francesa ha resuelto que no procede la acción de *in rem verso* en el caso de un genealogista que descubre una relación de familia que le permite a la demandada reclamar una herencia, porque el enriquecimiento de la demandada se justifica en las disposiciones legales sobre la sucesión intestada. Bénabent (2018), nº. 485.

disposiciones del *Código Civil*[36]. Aunque no siempre en términos demasiado explícitos, la jurisprudencia de nuestros tribunales por lo general ha confirmado esta posición. Dos ejemplos permiten ilustrar lo anterior.

En Díaz con Rojas el arrendatario de un terreno construyó una casa a sabiendas del arrendador, la que en conformidad con los términos del contrato de arrendamiento fue ocupada por la heredera del arrendatario, la demandante. Antes del término del contrato, el terreno fue adquirido por la demandada, quien lo compró por un precio que incluía el valor de todas las construcciones. La heredera del arrendatario invocó lo dispuesto en el art. 669 inc. 2º del *Código Civil* para exigir a la demandada una indemnización por el valor de lo edificado[37]. La Corte Suprema reconoció que, pese a no ajustarse a la hipótesis contemplada en la disposición referida, los hechos presentados daban lugar a otra acción encaminada a evitar "la obtención de una ganancia por una persona en detrimento de otra sin una causa jurídica que así lo legitime"[38]. En el razonamiento de la Corte, la clave para el reconocimiento de esta acción está en que el contrato de compraventa celebrado por la demandada no habría bastado para transferir el dominio sobre la construcción y, en consecuencia, para servir de base jurídica que justificara el beneficio obtenido a expensas de la demandante[39].

En Huneeus con García el demandante construyó una casa en un predio que con posterioridad fue adquirido por su cónyuge y aportado a una sociedad, la que eventualmente vendió el inmueble por un precio que incluía el valor de la construcción. El demandante se dirigió en contra de su cónyuge y la sociedad vendedora argumentando que al percibir un precio de venta que incluía el valor de la construcción ambas se habrían enriquecido de manera injustificada a sus expensas. Luego de analizar los requisitos de la acción de *in rem verso*, la Corte Suprema desestimó la acción observando que el demandante contaba con otras vías para satisfacer su pretensión. En palabras de la Corte:

> "la acción que se otorga a quien sufre un empobrecimiento incausado, es un instrumento excepcional y subsidiario, que sólo tiene aplicación cuando no queda ninguna otra vía para el reclamo, requisito éste que, tal como sostienen los sentenciadores del fondo, en la especie no concurre, por existir otras vías procesales para reclamar de ello, como es el caso de la acción prevista en el artículo 669 del Código Civil"[40].

[36] Ducci (2010), p. 32; Peñailillo (2003), pp. 116-117; Abeliuk (2008), p. 197.

[37] El art. 669 inc. 2 del *Código Civil* dispone: "Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

[38] Díaz con Rojas (2016), cons. undécimo.

[39] *Op. cit.,* cons. sexto y noveno.

La importancia que estas sentencias asignan al cumplimiento de los requisitos tradicionales de ausencia de causa o base jurídica que justifique el enriquecimiento y subsidiariedad de la acción de *in rem verso* contrasta notoriamente con la posición adoptada en otras sentencias recientes. El caso Muñoz con Serviu Región de los Lagos ofrece un ejemplo interesante[41]. En este caso, el fisco expropió un terreno del Serviu de la Región de Los Lagos en el que la demandante había efectuado construcciones. En conformidad con la legislación aplicable, el fisco consignó en la cuenta bancaria de un tribunal el monto correspondiente a una indemnización por expropiación que cubría tanto el valor del terreno expropiado como el valor de las construcciones. Luego del periodo en que la ley permite a cualquier interesado reclamar eventuales derechos sobre el monto de la indemnización, el Serviu cobró la totalidad de la suma depositada. La demandante intentó una acción de enriquecimiento injustificado en contra del Serviu por el valor de las construcciones, invocando entre otras razones que estas construcciones habrían sido efectuadas y mantenidas con la aquiescencia de la demandada.

La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia que acogió la demanda. En su decisión, la acción de la demandante fue descrita en términos que parecen reflejar la posición más tradicional en relación con la naturaleza y requisitos de la acción de *in rem verso.* Así, por ejemplo, la Corte notó que el ejercicio de esta acción requería probar la existencia de un enriquecimiento de la demandada ocasionado por un empobrecimiento correlativo de la demandante, así como la inexistencia de cualquier otra acción a disposición de la demandante[42]. Sin embargo, el aspecto decisivo para la Corte parece haber sido el que las construcciones fueran efectuadas con conocimiento de la demandada, quien sabiendo de su existencia omitió tomar medidas para compensar a la demandante por el mayor valor de la indemnización percibida. La Corte razonó en los siguientes términos:

> "La demandada no ha desconocido la existencia de las construcciones y plantaciones efectuadas por los demandantes en terreno de su propiedad, conocimiento cierto que se encuentra refrendado con la prueba testimonial rendida en autos (...) de este modo, se

[40] Huneeus con Díaz (2015), cons. octavo.

[41] Muñoz con Serviu Región de los Lagos (2017).

[42] *Op. cit.,* cons. octavo.

> ha establecido el empobrecimiento de los actores y el correlativo enriquecimiento de la demandada a expensas de los primeros, *enriquecimiento injusto de la demandada que subsiste aún por la actitud desprejuiciada que en su momento ostentó esta última*"[43].

A la luz de los hechos acreditados durante el juicio, resulta difícil distinguir este caso de otros como Díaz con Rojas y Huneeus con García, en que el análisis de las razones que podrían haber justificado el enriquecimiento de la demandada y la disponibilidad de otras acciones para la demandante constituyen el centro del razonamiento que conduce a acoger o rechazar la acción. En Muñoz con Serviu Región de los Lagos, sin embargo, estas consideraciones no parecen ser determinantes en la decisión de la Corte. La sentencia omite explicar por qué las disposiciones sobre la accesión como un modo de adquirir el dominio de lo que se junta a la cosa de la que se es dueño[44] y aquellas que establecen el derecho a obtener una indemnización por un bien expropiado[45] resultaban insuficientes para justificar el enriquecimiento de la demandada[46]. Asimismo, la sentencia omite explicar por qué el derecho reconocido en el art. 669 inc. 2 del *Código Civil* no resultó fatal para la pretensión de la demandante[47]. En lugar de hacerse cargo de estos problemas, la sentencia centra su análisis en las consideraciones éticas a la luz de las cuales el enriquecimiento de la demandada resultaría "injusto" e "intolerable para el Derecho"[48].

Esta particularidad de Muñoz con Serviu Región de los Lagos podría atribuirse a una desprolijidad de la Corte de Apelaciones en su análisis de los requisitos de la acción de *in rem verso*. Sin embargo, los términos en

[43] Muñoz con Serviu Región de los Lagos (2017), cons. undécimo y décimo quinto. Énfasis agregado.

[44] El art. 643 del *Código Civil* dispone: "La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella".

[45] DL n.º 2186 de 1978, art. 10 y ss.

[46] Como sugiere el razonamiento presentado en Díaz con Rojas (2016), una explicación posible es que, para operar como modo de adquirir el dominio en las hipótesis del art. 669, la accesión requiere el pago de las indemnizaciones establecidas. Al respecto, véase Ramos (1985), pp. 145-147.

[47] El hecho de que al momento de presentar la demanda el ejercicio de este derecho ya no se encontrara disponible no debería haber alterado esta conclusión. Tal como el requisito de subsidiariedad es tradicionalmente entendido, la extinción del plazo dispuesto en la ley para hacer valer un derecho contra la demandada opera como un obstáculo excluyente de la acción *de in rem verso*. Peñailillo (2003), p. 116; Abeliuk (2008), p. 192; Meza (2010), pp. 320-323; Ducci (2010), p. 32; Figueroa (2012), p. 16. En derecho francés, la acción probablemente habría fracasado además porque al construir la demandante actuó en su propio interés, lo que según lo dispuesto en el art. 1303-2 del *Código Civil* francés excluye la procedencia de la acción. Al respecto, véase Descheemaeker (2017), p. 98.

[48] Muñoz con Serviu Región de los Lagos (2017), cons. octavo.

que la sentencia es confirmada por la Corte Suprema demuestran que no estamos solo frente a un descuido. Conociendo el recurso de casación de la demandada, la Corte Suprema analizó en detalle uno a uno los requisitos de la acción de *in rem verso* apoyándose en la opinión de autores nacionales que siguen de cerca la aproximación francesa[49]. Pero en lugar de razonar sobre base de estos requisitos, la Corte optó por centrar su atención en la reprochabilidad de la conducta que da lugar al enriquecimiento de la demandada. La sentencia es inequívoca en este sentido:

> "en este aspecto se debe ser claro en señalar que no se reprocha acá ilegalidad al proceso expropiatorio, *sino que la conducta indebida, que da origen al enriquecimiento sin causa*, que se materializa al retirar el monto consignado no sólo respecto del terreno, sino que también el correspondiente a las tres edificaciones realizadas por los actores"[50].

Aunque es muy pronto para concluir que se trata de una tendencia jurisprudencial consolidada, un análisis similar de la acción de *in rem verso* es exhibido por varias otras sentencias recientes de nuestros tribunales superiores[51]. Estas exhiben un marcado contraste con la posición del derecho francés, en que la acción de *in rem verso* es consistentemente rechazada cuando el beneficio de la demandada encuentra una justificación en una norma legal o existe otra vía abierta a la demandante para ejercer sus derechos. Por otra parte, el énfasis de estas sentencias en la reprochabilidad de la conducta de la demandada parece incompatible con el limitado alcance que el derecho francés asigna a la acción de *in rem verso* como mecanismo de restitución de beneficios sin base jurídica[52]. Estos contrastes sugieren un rechazo a la interpretación estricta de los requisitos de la acción de *in rem verso* en favor de una interpretación más sensible a las consideraciones de equidad que subyacen a las posiciones de las partes en juicio.

[49] Muñoz con Serviu Región de los Lagos (2018), cons. noveno.

[50] *Op. cit.* (2018), cons. decimosexto. Énfasis agregado.

[51] El razonamiento de la Corte es reproducido en forma prácticamente literal en Guerrero con Serviu Región de los Lagos (2018). El énfasis en la utilidad de la acción de *in rem verso* para "corregir y rectificar situaciones injustas" puede constatarse también, por ejemplo, en Serviu Región de Coquimbo con Constructora Taquicura S.A. (2012) y Reyes con Villegas (2016).

[52] Tal como ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en Francia enriquecimiento injustificado no equivale necesariamente a "enriquecimiento injusto". Pese a fundarse en la equidad, la acción de *in rem verso* no es un mecanismo para corregir conductas inequitativas, sino beneficios recibidos sin justificación jurídica. Deshayes *et al.* (2018), p. 629.

2. ¿Una categoría de obligaciones?

La postura más tradicional de la doctrina y jurisprudencia chilenas en relación con el lugar del enriquecimiento injustificado en la clasificación de las obligaciones también presenta importantes alcances con la posición del derecho francés. Según una opinión que desde ya hace algún tiempo parece haberse impuesto en nuestro medio, en el derecho chileno la noción de enriquecimiento injustificado describiría un principio de equidad y una fuente excepcional de obligaciones[53]. Aunque esta posición ha sido aceptada por la jurisprudencia con alguna frecuencia[54], ciertos trabajos recientes han descrito la posición del derecho chileno en términos que la asemejan a la aproximación adoptada por ordenamientos jurídicos como el alemán o el inglés, en que la idea de enriquecimiento injustificado sirve para designar una categoría de obligaciones análoga a la de contratos o delitos. Este indicio es más sutil que aquel examinado en el apartado anterior y hasta la fecha parece estar limitado al trabajo de la doctrina, pero es importante porque refleja un desacuerdo más profundo con la aproximación francesa.

Una de las discusiones suscitadas por el llamado caso Inverlink ofrece un punto de partida útil para poner de relieve este desacuerdo. Este caso y las acciones a que dio lugar han sido comentados en reiteradas oportunidades, por lo que resulta innecesario entrar en detalles[55]. En lo que aquí importa, basta con tener presente que empresas del *holding* Inverlink se apropiaron mediante sobornos de instrumentos financieros pertenecientes a la Corfo, los que fueron liquidados para financiar operaciones con inversionistas que no participaron en el fraude. Una vez descubierta la operación, y ante la insolvencia de Inverlink, Corfo se fundó en lo dispuesto en el art. 2316 del *Código Civil* para demandar a estos inversionistas inocentes por el valor total del provecho obtenido como resultado de estas operaciones.

Para entender la relevancia de este caso, conviene recordar que el art. 2316 del *Código Civil* se encuentra contenido en el título XXXV sobre delitos y cuasidelitos, y ha sido interpretado como estableciendo una acción derivada de la responsabilidad extracontractual del autor de un

[53] Peñailillo (2003), pp. 102-129. La misma posición es defendida en Peñailillo (1996). Véase también Fueyo (1990) y Figueroa (1991).

[54] Véase, por ejemplo, Serviu Región de Coquimbo con Constructora Taquicura S.A. (2012), cons. tercero y quinto; Continental Inmobiliaria y Servicios con Dattas (2012), cons. noveno; Huneeus con García y otros (2015), cons. octavo; Reyes con Villegas (2016), cons. quinto.

[55] Véase especialmente Pizarro (2009); Momberg (2015); Pino (2016).

daño[56]. Tal como ocurre en Francia, en Chile es por lo común aceptado que las acciones en responsabilidad extracontractual obedecen una función eminentemente compensatoria, lo que implica que el objeto de la acción se define por el monto de los perjuicios sufridos por la víctima[57]. En el contexto del caso Inverlink, sin embargo, la demandante invocó la acción del art. 2316 para obtener no la indemnización de los perjuicios sufridos, sino la restitución del provecho obtenido por la demandada.

Varias de las sentencias de la Corte Suprema a que dio lugar este caso acogieron esta acción. En ellas, admitió que la referida acción no tendría una naturaleza indemnizatoria, por cuanto la obligación en que encontraría su fundamento sería distinta de la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados por un hecho ilícito. En una de estas sentencias concluyó que esta obligación sería:

> "Una obligación que nace en virtud de la ley, que es su fuente jurídica, *sin perjuicio de que el fundamento último de ella reside en el enriquecimiento injusto*, el cual no es admitido por el legislador (...). Esta obligación se genera sólo por percibirse un beneficio producto del dolo que ha sido cometido por otra persona"[58].

Desafortunadamente, omitió profundizar en la vinculación que existiría entre la acción del art. 2316, la obligación de restituir y su origen en el "enriquecimiento injusto" de la demandada. En un trabajo reciente, sin embargo, estos elementos son articulados por Alberto Pino, quien sugiere que el énfasis del art. 2316 en los beneficios obtenidos por la demandada no sería una anomalía en la lógica de las reglas sobre responsabilidad extracontractual, sino la prueba de que esta acción es la contrapartida de una obligación perteneciente a una categoría distinta de obligaciones. En opinión del autor, al

[56] El art. 2316 inc. 2º del *Código Civil* dispone: "El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho". La doctrina discute si esta acción se encamina a la indemnización de los perjuicios sufridos por la víctima o a la restitución de las ganancias derivadas del ilícito. Sin embargo, usualmente es aceptado que el fundamento de esta acción es el delito en que se originan los provechos. Al respecto, contrastar Domínguez (2009), p. 223 y Pizarro (2009), p. 682.

[57] En el derecho francés, sin embargo, desde hace algún tiempo la jurisprudencia ha aceptado en algunos casos, especialmente de propiedad intelectual, acciones de responsabilidad civil en que el monto de la indemnización se determina con relativa independencia del daño sufrido por la demandante. Descheemaeker (2017), p. 97. Un resumen de la posición del derecho francés en Séjean (2015), pp. 121-137. Soluciones similares parecen admitir en Chile los arts. 108 letra b) de la Ley de Propiedad Industrial y 85 E inc. 2º de la Ley de Propiedad Intelectual.

[58] Corporación Nacional de Fomento de la Producción con Energas S.A. (2013), cons. vigésimo segundo, énfasis agregado.

calificar la referida acción como restitutoria la Corte la estaría asimilando con otros mecanismos de restitución de ganancias, los que encontrarían un fundamento común en el enriquecimiento injustificado de la demandada[59].

Esta interpretación parece descansar sobre dos supuestos que no son necesariamente consistentes con la posición del derecho francés ni con la posición tradicional más aceptada en Chile. Primero, esta interpretación entiende la noción de enriquecimiento injustificado no solo como una máxima de equidad que de manera excepcional puede servir de fundamento directo a la acción de *in rem verso*, sino, además, como el eje de una categoría de mecanismos restitutorios reconocidos por el derecho chileno al margen de las obligaciones emanadas de contratos o ilícitos civiles[60]. Segundo, y en línea con lo anterior, esta interpretación parece asumir que el derecho chileno reconocería no una acción, sino varias acciones de enriquecimiento injustificado. Una de estas sería aquella contemplada por el art. 2316 del *Código Civil*, que a diferencia de la acción de *in rem verso* no tendría el carácter de subsidiaria, y no exigiría la concurrencia de una pérdida correlativa de la demandante[61]. Ideas similares han sido expuestas desde hace algún tiempo por Enrique Barros, quien ha descrito el enriquecimiento injustificado como una categoría de obligaciones funcionalmente equivalente a las de contrato e ilícito civil[62].

Si esta lectura es correcta, la conclusión de la Corte en el caso Inverlink podría dar sustento a una nueva interpretación del sistema de fuentes de las obligaciones en el derecho chileno. En la posición más tradicional aceptada por la doctrina y jurisprudencia, la idea de enriquecimiento injustificado describe un principio de equidad que, pese a inspirar distintas disposiciones del *Código Civil*, solo operaría de modo excepcional como

[59] El razonamiento del autor supone que la idea de enriquecimiento injustificado permitiría agrupar distintas hipótesis restitutorias que no "configuran necesariamente hipótesis de responsabilidad extracontractual", ni se encuentran "cubiertas por el estatuto de responsabilidad contractual". Pino (2016), pp. 240-246.

[60] Entre estos mecanismos se contarían, por una parte, la acción restitutoria emanada del pago de lo no debido y aquellas otras acciones disponibles en situaciones en que la demandada obtiene un beneficio a expensas de la demandante sin que haya un elemento de ilicitud involucrado y por otra, aquellas acciones disponibles en hipótesis en que, sin existir una transferencia de valor entre demandante y demandada, la demandada obtiene una ganancia como consecuencia de la comisión de un ilícito o el incumplimiento de un contrato. Pino (2016), pp. 241-242, 254-255.

[61] Pino (2016), p. 156, especialmente nota 82.

[62] Barros (2006), pp. 18 y 23. Esta idea es desarrollada con mayor profundidad en Barros (2009), donde el autor nota que pese a la relativa indefinición normativa de la idea de enriquecimiento injustificado, ella permitiría agrupar hipótesis restitutorias que obedecen a una lógica común y expresan valores y bienes jurídicos susceptibles de cierta delimitación dogmática.

el fundamento directo de una acción: la acción de *in rem verso*[63]. En la posición presentada por autores como Enrique Barros y Alberto Pino, la idea de enriquecimiento injustificado parece describir una categoría de acciones originadas en hipótesis que no se limitan a aquellas señaladas por los requisitos de la acción de *in rem verso*, y que no se encuentran sujetas a sus requisitos[64]. Nuevamente, es importante notar que no estamos frente a una tendencia consolidada. De afianzarse en la doctrina nacional, sin embargo, estas ideas podrían apartar al derecho chileno de la aproximación francesa y acercarlo a la aproximación adoptada por otros sistemas jurídicos en que la noción de enriquecimiento injustificado cumple un papel central en la división de las obligaciones[65].

IV. Algunos desafíos que podría plantear el abandono de la aproximación francesa

Los indicios explorados en la sección anterior sugieren que el derecho chileno eventualmente podría evolucionar apartándose de su posición más tradicional en materia de enriquecimiento injustificado. Atendida la significativa influencia que el derecho francés ha tenido en la adopción de esta posición, los artículos recién introducidos al *Código Civil* francés ofrecen un punto de referencia útil para evaluar las dificultades que podrían seguirse de su abandono. Dos de estas dificultades aparecen como particularmente relevantes:

[63] Abeliuk (2008), pp. 192, 195-196; Meza (2010), pp. 320-321; Domínguez (2009) pp. 217-218.

[64] Es interesante notar que varios trabajos recientes describen como "acciones de enriquecimiento injustificado" distintas acciones restitutorias distintas a la acción de *in rem verso* reconocidas por el derecho chileno dentro y fuera del *Código Civil*. Véase, por ejemplo, Barros (2006), p. 23 (obligaciones restitutorias provenientes del pago de lo no debido, de la nulidad y la resolución del contrato, de las recompensas de la sociedad conyugal, de los cuasicontratos de agencia oficiosa y comunidad); Corral (2003), pp. 62, 327 (obligación de restitutoria del provecho del dolo ajeno); Mejías (2016), pp. 307-308 (obligaciones restitutorias que se siguen de la resolución del contrato); Rodríguez (2007), pp. 30, 34, 37-40 (obligaciones restitutorias que se siguen de la resolución de un contrato de promesa por incumplimientos recíprocos); Pizarro (2004), p. 83 (compensación económica luego de la terminación del matrimonio); Barrientos (2008), pp. 128, 135-137 (obligaciones restitutorias por infracciones a la ley de propiedad industrial).

[65] A diferencia de los trabajos más tradicionales en esta materia, influidos de forma predominante por el derecho francés, la doctrina reciente demuestra una inclinación a centrar su atención en la posición de ordenamientos jurídicos como el alemán (directamente o a través de su influencia en el derecho español) o aquellos de la tradición del *Common Law*. Véase, por ejemplo, Barrientos (2008), pp. 134-136; Barros (2009), pp. 18-21; Mejías (2016), pp. 307-309; Pino (2016), pp. 234-255.

1) la definición de límites al ejercicio de una acción basada directamente en la equidad de la posición de las partes y
2) la diversidad de las hipótesis restitutorias que podrían ser agrupadas en torno a la idea de enriquecimiento injustificado.

1. Límites al ejercicio de la acción de in rem verso

Tal como en Francia, en Chile el reconocimiento de la acción de *in rem verso* ha sido por lo general justificado en el respeto a una máxima de equidad[66]. Pero lo cierto es que el respeto de la máxima no necesariamente conduce al reconocimiento de la acción. Los ordenamientos jurídicos occidentales por lo general aceptan la máxima según la cual el derecho repudia el enriquecimiento injustificado[67], pero el reconocimiento de la acción de *in rem verso* constituye una opción del derecho francés que ha sido rechazada de forma deliberada en otras jurisdicciones[68]. Esta opción trae aparejadas importantes complicaciones, entre las que destaca la de definir límites que impidan que su ejercicio afecte el funcionamiento de otras instituciones.

La doctrina francesa ha notado, con razón, que el reconocimiento de una acción general fundada en una noción indeterminada de equidad y destinada a revertir beneficios podría socavar la estabilidad de las reglas sobre la adquisición y transferencia de derechos[69]. Al permitir al juez revisar la posición de las partes con respecto a beneficios obtenidos sin infracción de estas reglas, el reconocimiento de una acción semejante se encuentra en tensión con el principio de seguridad jurídica[70]. Es por esta razón que en el contexto francés con frecuencia se ha concluido que el reconocimiento de la acción de *in rem verso* envuelve el riego de desestabilizar el sistema de derecho privado[71].

Para solucionar esta tensión, el derecho francés ha desarrollado requisitos destinados a reducir el riesgo de contradicción entre el ejercicio de la

[66] Caffarena (1926), p. 63; García (1948), p. 320; Peñailillo (2003), pp. 121-123; Abeliuk (2008), p. 195; Ducci (2010), p. 32.

[67] Smits (2008), p. 181.

[68] Por ejemplo, pese a que el *Código Civil* alemán reconoce una serie de disposiciones estableciendo las normas sobre el "derecho del enriquecimiento injustificado" (*ungerechtfertigte Bereicherung*), sus redactores rechazaron la acción de *in rem verso* para evitar sus efectos disruptivos de la estabilidad de las relaciones contractuales. Al respecto, véase Von Caemmerer (1966), p. 588; Zimmermann & du Plessis (1994), p. 31. El desarrollo y adopción de la acción de *in rem verso* han sido caracterizados como uno de los episodios más extravagantes de la historia del derecho europeo. Zimmermann (1996), pp. 878-879.

[69] Flour *et al.* (2011), p. 41; Terré *et al.* (2018), n.º 1303; Malaurie *et al.* (2018), pp. 613-615.

[70] Este problema es explicado con detalles en Smith (2002), pp. 611-613.

[71] Ripert (1949), p. 246; Mazeaud *et al.* (1998), pp. 823-824.

acción de *in rem verso* y otras reglas de derecho. Como ha sido adelantado, entre estos requisitos los más importantes son la inexistencia de una causa o base jurídica que justifique el beneficio obtenido por la demandada, y la ausencia de otra acción disponible para la demandante. Por la vía de exigir que el enriquecimiento de la demandada carezca de causa, el derecho francés permite que los beneficios justificados en un contrato, una sentencia o, en general, cualquier regla de derecho se mantengan a salvo del ámbito de aplicación de esta acción. Por otra parte, al exigir que el ejercicio de la acción sea subsidiario, el derecho francés impide que con ella la demandante defraude el sentido de normas que limitan sus posibilidades de cuestionar la estabilidad de las relaciones jurídicas[72]. La manera en que estos requisitos deben ser definidos es objeto de debate y la formulación adoptada por la Reforma no está a salvo de críticas[73]. Sin embargo, la doctrina coincide en que es el respeto de estos requisitos lo que permite al derecho francés conciliar el reconocimiento de una acción fundada de forma directa en la equidad con el respeto de otras reglas de derecho privado[74].

Lo anterior no quiere decir que las sentencias recientes que admiten la procedencia de la acción de *in rem verso* al margen de estos requisitos sean incorrectas desde el punto de vista del derecho chileno. El *Código Civil* no reconoce expresamente la referida acción o sus requisitos y la jurisprudencia no parece tener una posición demasiado consistente al respecto. Al menos en principio, no resultaría inconcebible aceptar que en Chile esta acción otorgaría al juez un ámbito de discrecionalidad para corregir los resultados inequitativos de la aplicación de otras reglas de derecho. Sin embargo, la experiencia de otros ordenamientos jurídicos sugiere que una opción semejante trae aparejadas preguntas difíciles que nuestros tribunales no parecen estar formulándose. El derecho chileno ciertamente es libre de apartarse de las respuestas planteadas por el derecho francés. Pero ignorar las preguntas podría conducir a los inconvenientes que justifican la desconfianza inspirada por la acción de *in rem verso* en otros ordenamientos jurídicos.

2. Diversidad de las hipótesis restitutorias reconocidas por el derecho chileno

No es difícil entender el atractivo de recurrir a la noción de enriquecimiento injustificado para agrupar las diversas obligaciones restitutorias. En

[72] Chantepie et Latina (2018), pp. 690-691.

[73] Descheemaeker (2017), pp. 90-93.

[74] Chénedé (2016), pp. 230-232; Deshayes *et al.* (2018), pp. 627-628; Chantepie et Latina (2018), pp. 682-683.

contraste con la tradicional clasificación de las fuentes de las obligaciones en contratos, delitos, cuasicontratos y cuasidelitos –clasificación incapaz de explicar satisfactoriamente el origen de obligaciones no contractuales ni delictuales– la distinción entre contratos, ilícitos y enriquecimientos injustificados ofrece una división que promueve una organización racional del derecho de obligaciones y está en línea con la posición adoptada por los sistemas de derecho civil contemporáneos[75]. Reorganizar las obligaciones restitutorias como parte de una categoría coherente, sin embargo, no es una tarea fácil. Tal como en Francia, en Chile las reglas que gobiernan muchas de estas obligaciones han evolucionado como parte de instituciones complejas cuyos efectos no siempre son reducibles a una misma lógica. Las nuevas disposiciones del *Código Civil* francés presentan un ejemplo que ayuda a ilustrar este punto.

Junto a la adopción de nuevas disposiciones sobre enriquecimiento injustificado, una de las innovaciones más evidentes de la Reforma es la introducción de reglas comunes aplicables a las principales hipótesis de restitución del derecho francés[76]. Esta innovación fue acogida como una solución a la incertidumbre existente con anterioridad en relación con las restituciones que se siguen de pagos indebidos y de los distintos casos de ineficacia de los contratos, incluyendo la nulidad, la resolución, la caducidad y la frustración. Para evitar inconsistencias, la Reforma optó por uniformar las reglas aplicables a todas estas hipótesis, asumiendo que todas ellas obedecían a una misma lógica[77]. Esta no es explicitada en las nuevas disposiciones, pero varios autores han concluido que se trataría de la necesidad de evitar la retención de beneficios injustificados[78].

Aunque las hipótesis que este nuevo capítulo pretende agrupar presentan innegables similitudes, en el derecho francés ellas han sido tradicionalmente entendidas como parte de instituciones independientes cuyas reglas no necesariamente son compatibles. Este fenómeno es evidente al contrastar las obligaciones restitutorias que se siguen de la nulidad y la resolución de un contrato. En su afán por unificar las reglas aplicables a todos los casos de restituciones de beneficios injustificados, los nuevos

[75] En conformidad con esta clasificación, el contrato origina obligaciones encaminadas a procurar la prestación prometida; el delito origina obligaciones encaminadas a reparar el daño ilícitamente ocasionado a otro; y el enriquecimiento injustificado origina obligaciones encaminadas a restituir las ventajas indebidamente recibidas a expensas de otro. Rémy (2013), pp. 30-32; Descheemaeker (2013), pp. 24-25.

[76] Se trata del capítulo v del título iv, arts. 1352-1352-9.

[77] Ministère de la Justice de la République Française (2016), p. 30. Curiosamente, sin embargo, la Reforma optó por someter la acción de enriquecimiento injustificado a reglas distintas.

[78] Catala (2005), pp. 63-64; Chantepie et Latina (2018), p. 945.

artículos disponen que en ambos casos el alcance de la obligación de restituir se determina sobre la base de la buena o mala fe de la demandada al momento de recibir el beneficio[79]. Sin embargo, como ha sido notado por los comentaristas de la Reforma, la evaluación de la buena o mala fe de la demandada requiere un tratamiento diferenciado en cada una de estas situaciones. A diferencia de lo que ocurre en la nulidad, en que la demandada podría haber conocido de antemano los vicios del contrato, es difícil entender en qué consistiría la mala fe de quien recibe un beneficio en cumplimiento de un contrato que en la mayoría de los casos solo con posterioridad reunirá las condiciones para ser resuelto[80]. Este tratamiento diferenciado tendrá que desarrollarse por la jurisprudencia al margen de lo dispuesto en el *Código Civil* francés, lo que en la práctica lo más probable generará importantes confusiones[81].

Este ejemplo es útil para poner de manifiesto las dificultades que supone reorganizar bajo una misma categoría las distintas hipótesis restitutorias reconocidas por el derecho chileno. Aunque esta reorganización es posible y quizá también conveniente, ella requiere un trabajo cuidadoso que va mucho más allá de reconocer su vinculación con el principio que prohíbe el enriquecimiento injustificado. Como mínimo, esta revisión debería distinguir cuáles de las reglas que han evolucionado como parte de instituciones más generales podrían ser agrupadas en forma coherente, y cuáles deberían mantenerse separadas[82]. Lo anterior requiere un análisis detallado de las obligaciones restitutorias que surgen de los diferentes cuasicontratos, pero también de aquellas originadas en la nulidad y resolución de los contratos, de las mejoras realizadas en la propiedad de otro y de la infracción de deberes de cuidado, entre otras. Atendida la diversidad de las situaciones en que estas obligaciones son relevantes, es improbable que su agrupación resulte en una categoría de contornos nítidos[83]. Si el derecho chileno opta por seguir el camino de

[79] Véase en especial los nuevos arts. 1352-1, 1352-2, 1352-7 del *Código Civil* francés.

[80] Estas diferencias no son nuevas para la doctrina francesa. Philippe Malaurie caracteriza las restituciones como una técnica al servicio de otras instituciones, que no puede ser entendida en términos abstractos. Malaurie (1991), pp. 101-102.

[81] Deshayes *et al.* (2018), pp. 918-920. El derecho alemán distingue claramente entre las reglas aplicables a las restituciones que se siguen de la resolución y aquellas se siguen de la nulidad del contrato. Las primeras son consideradas como parte del derecho de contratos, las segundas como parte del derecho de enriquecimiento injustificado. Meier (2017), p. 11. Un panorama de las particularidades de estas reglas en Zimmermann (2006), pp. 323-341.

[82] Un ejercicio similar es llevado a cabo para el derecho francés en Descheemaeker (2013), pp. 15-16, 19-21.

[83] Muchas de las reglas que gobiernan las principales hipótesis restitutorias reconocidas en el *Código Civil* tienen raíces profundas en la tradición del *ius commune*. Una perspectiva histórica y comparada en Hallebeek (1995), pp. 59-120.

reconocer el enriquecimiento injustificado como una categoría de obligaciones, es preciso que evite la tentación de incurrir en simplificaciones que empeoren la falta de claridad existente en relación con obligaciones no contractuales ni delictuales[84].

V. Conclusión

La posición adoptada por cierta doctrina y jurisprudencia nacionales de los últimos años difiere de la aproximación francesa en materia de enriquecimiento injustificado en dos sentidos. Primero, en algunos casos recientes nuestros tribunales superiores han flexibilizado los requisitos de la acción de *in rem verso* para ampliar su ámbito de aplicación y centrar el análisis en la equidad de la posición de las partes. Segundo, algunos trabajos publicados en los últimos años parecen entender la idea de enriquecimiento injustificado como una categoría que agrupa distintas acciones restitutorias reconocidas por el derecho chileno, asignando a esta noción una importancia que generalmente no se le reconoce en el contexto francés.

Es muy pronto para evaluar el impacto de estos desacuerdos en la posición del derecho chileno en materia de enriquecimiento injustificado. De consolidarse, sin embargo, ellos podrían traer aparejados importantes desafíos. Por una parte, la flexibilización de los requisitos de la acción de *in rem verso* podría conducir a admitir una revisión en equidad de las transferencias patrimoniales potencialmente disruptiva del funcionamiento de otras instituciones de derecho privado. Por otra parte, admitir que el enriquecimiento injustificado opera como eje de una categoría de obligaciones podría conducir a desdibujar las diferencias que existen entre las distintas obligaciones restitutorias reconocidas por el derecho chileno. Aunque ninguna de estas dificultades es motivo suficiente para concluir que el derecho chileno debería mantenerse fiel a su posición más tradicional, ellas demuestran la importancia de discutir en profundidad un tema que en nuestro país no ha recibido la atención que merece.

Las nuevas disposiciones sobre enriquecimiento injustificado incorporadas al *Código Civil* francés ofrecen una oportunidad importante para remediar esta situación. Estas disposiciones son el producto de una experiencia valiosa y reflejan soluciones desarrolladas para hacer frente a los

[84] Como ha notado la doctrina extranjera, en materia de enriquecimiento injustificado es especialmente patente la tensión entre la conveniencia de formular categorías jurídicas que permitan una exposición racional del derecho y la necesidad de distinguir caso a caso los intereses en juego en hipótesis específicas. Birks (1997), p. 6; Visser (2012), p. 951; Jansen (2016), p. 124.

desafíos que se siguen del reconocimiento del enriquecimiento injustificado como una fuente de obligaciones en el contexto de nuestra tradición jurídica[85]. No considerar con cuidado estas soluciones podría conducir a aceptar demasiado rápido conclusiones potencialmente disruptivas de otras instituciones del derecho chileno inspiradas en el derecho francés.

Bibliografía citada

Abeliuk, René (2008). *Las obligaciones.* 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic (2001). *Tratado de las obligaciones: de las obligaciones en general y sus diversas clases.* 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Atiyah, Patrick (1979). *The Rise and Fall of Freedom of Contract.* Oxford: Clarendon.

Augustin, Jean-Marie (2007). "Introduction historique à l'enrichissement sans cause en droit français", in Vicenzo Mannino et Claude Ophèle (eds.), *L'enrichissement sans cause - la classification des sources des obligations.* Paris: LGDJ.

Barcia, Rodrigo (2010). *Lecciones de derecho civil chileno.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo ii.

Barrientos, Javier (2017). "Enriquecimiento injustificado y codificación: modelos y decisiones dogmáticas (siglo xix)", en Pedro del Olmo, Xavier Basozabal (dirs.) y Ángel Juárez (coord.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización.* Pamplona: Aranzadi.

Barrientos, Marcelo (2008). "El sistema indemnizatorio del triple cómputo en la ley de propiedad industrial". *Ius et Praxis,* vol. 14. Talca.

Barros, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Barros, Enrique (2009). "Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual", en Enrique Barros, María Paz García y Antonio Morales. *Derecho de daños.* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Bénabent, Alain (2018). *Droit des obligations.* 17e éd. Paris: LGDJ.

Birks, Peter (1997). "Definition and division: a meditation on Institutes 3.13", in Peter Birks (ed.). *The Classification of Obligations.* Oxford: Oxford University Press.

Caffarena, Elena (1926). *El enriquecimiento sin causa a expensas de otro en el derecho civil chileno.* Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Universidad de Chile.

[85] Los comentaristas de la Reforma coinciden en que las disposiciones adoptadas por el *Código Civil* francés reflejan adecuadamente las soluciones desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia francesa desde al menos fines del siglo xix. Al respecto, véase Chénedé (2016), p. 229; Deshayes *et al.* (2018), p. 627; Chantepie et Latina (2018), p. 683.

Carbonnier, Jean (2004). *Droit civil.* Paris: PUF. Tome II.

Catala, Pierre (2005). *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription.* Paris: Documentation Française.

Chantepie, Gaël et Mathias Latina (2018). *La réforme du droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil.* 2e éd. Paris: Dalloz.

Chénedé, François (2016). *Le nouveau droit des obligations et des contrats.* Paris: Dalloz.

Corral, Hernán (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Dannemann, Gerhard (2009). *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: A Comparative Introduction.* Oxford: Oxford University Press.

Descheemaeker, Eric (2013). "Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français". *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.° 1. Paris.

Descheemaeker, Eric (2017). "The French Law of Unjustified Enrichment". *Restitution Law Review,* vol. 25. London.

Deshayes, Olivier, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (2018). *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article.* 2e éd. Paris: Lexis Nexis.

Dickson, Brice (1995). "Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview". *Cambridge Law Journal*, vol. 54. Cambrigde.

Domínguez, Ramón (2005). "La influencia de la doctrina francesa en el derecho chileno". *Cuadernos de Análisis Jurídico,* vol. 2. Santiago.

Domínguez, Ramón (2009). "Sobre el artículo 2316 inciso segundo del Código Civil y la acción contra el que recibe provecho del dolo ajeno". *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n.° 225-226. Concepción.

Douchy-Oudot, Mélina (1997). *La notion de quasi-contrat en droit positif français.* Paris: Economica.

Ducci, Carlos (2010). *Derecho civil. Parte general.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Figueroa, Gonzalo (1991). *El patrimonio.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Figueroa, Gonzalo (2012). *Curso de derecho civil.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Filios, Christian (1999). *L'enrichissement sans cause en droit privé français: analyse interne et vues comparatives.* Bruxelles: Bruylant.

Flour, Jacques, Jean-Luc Aubert et Eric Savaux (2011). *Les obligations. Le fait juridique.* Paris: Sirey.

Fueyo, Fernando (1990). *Instituciones del derecho civil moderno.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

García, Guillermo (1948). "El enriquecimiento sin causa, según la doctrina". *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción,* n.° 66. Concepción.

Guzmán, Alejandro (2005). "La influencia del código civil francés en las codificaciones americanas". *Cuadernos de Análisis Jurídico,* vol. II. Santiago.

Hallebeek, Jan (1995). "Developments in mediaeval Roman law", in Eltjo Schrage (ed.), *Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution.* Berlin: Duncker & Humblot.

Jansen, Nils (2016). "Farewell to Unjustified Enrichment?". *Edinburgh Law Review.* Vol. 20. Edinburgh.

Krebs, Thomas (2006). "The Fallacy of Restitution for Wrongs", in Andrew Burrows & Alan Rodger (eds.), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks.* Oxford: Oxford University Press.

Letelier, Pablo (2018). "Enriquecimiento injustificado y equidad. Los problemas que plantea la aplicación de un principio general". *Ius et Praxis,* vol. 24. Talca.

Lévy, Jean-Philippe et André Castaldo (2010). *Histoire du droit civil.* Paris: Dalloz.

Malaurie, Philippe (1991). *Les restitutions en droit civil.* Paris: Cujas.

Malaurie, Philippe, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck (2018). *Droit des obligations.* 10e éd. Paris: LGDJ.

Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud et André Tunc (1965). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle.* Paris: Montchrestien.

Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas (1998). *Leçons de droit civil. Obligations: théorie générale.* Paris: Montchrestien.

Meier, Sonja (2017). "Unwinding Failed Contracts: New European Developments". *Edinburgh Law Review,* vol. 21. Edinburgh.

Mejías, Claudia (2016). "Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución". *Ius et Praxis,* vol. 22. Talca.

Meza Barros, Ramón (2010). *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Ministère de la justice de la République Française (2016). "Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance nº. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations", JORF n°. 0035, texte nº. 25 (11 février 2016).

Momberg, Rodrigo (2015). "Disgorgement of Profits in Chilean Private Law", in Ewoud Hondius & Andre Janssen (eds.). *Disgorgement of Profits-Gain Based Remedies Throughout the World.* Basilea: Springer.

Peñailillo, Daniel (1996). "El enriquecimiento sin causa. Principio y fuente de obligaciones". *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* vol. 93. Santiago.

Peñailillo, Daniel (2003). *Obligaciones.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Peñailillo, Daniel (2004). *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales.* 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Peñailillo, Daniel (2007). "La reforma del Código Civil francés en derecho de obligaciones y el Código Civil chileno". *Revista Chilena de Derecho Privado,* vol. 8. Santiago.

Pino, Alberto (2016). "La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho por dolo ajeno". *Ius et Praxis,* vol. 22. Talca.

Pizarro, Carlos (2004). "La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena". *Revista Chilena de Derecho Privado,* vol. 3. Santiago.

Pizarro, Carlos (2009). "La acción de restitución por provecho de dolo ajeno", en Carlos Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: Lexis Nexis.

Ramos Pazos, René (1985). "Edificación en sitio ajeno sin previo contrato. En torno al artículo 669 del Código Civil". *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción,* n.° 178, Concepción.

Rémy, Philippe (2013). "Des autres sources d'obligations", in François Terré (coord.), *Pour une réforme du régime général des obligations*. Paris: Dalloz.

Ripert, Georges (1949). *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: LGDJ.

Rodríguez, María Sara (2007). "El principio 'Nadie debe hacerse más rico en detrimento de otro' (*D.*12,6,14) en la resolución de un contrato de promesa por incumplimientos recíprocos: una tendencia jurisprudencial chilena", en Hernán Corral y María Sara Rodríguez (coords.). *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago: Lexis Nexis.

Schrage, Eltjo & Barry Nicholas (1995). "Unjust enrichment and the law of restitution: a comparison", in Eltjo Schrage (ed.). *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*. Berlin: Duncker & Humblot.

Séjean, Michel (2015). "The Disgorgement of Illicit Profits in French Law", in Ewoud Hondius & Andre Janssen (eds.), *Disgorgement of Profits-Gain Based Remedies Throughout the World*. Basilea: Springer.

Smith, Lionel (2002). "Property, subsidiarity and unjust enrichment", in David Johnston & Reinhard Zimmermann (eds.). *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.

Smith, Lionel (2018). "Pierre-Basile Mignault, 'L'enrichissement sans cause', in Brigitte Lefebvre et Benoît Moore (eds.). *Les grandes textes*. Montréal: Thémis.

Smits, Jan (2008). "A European Law on Unjustified Enrichment: A Critical View of the Law of Restitution in the Draft Common Frame of Reference". *Stellenbosch Law Review*, vol. 19. Ciudad del Cabo.

Terré, François, Philippe Simler, Yves Lequette et François Chénedé (2018). *Droit civil: Les obligations*. 12e éd. Paris: Dalloz.

Virgo, Graham (2015). *The principles of the law of restitution*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press.

Visser, Daniel (2012). "Unjustified enrichment", in Jan Smits (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar.

Von Caemmerer, Ernst (1966). "Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause". *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 18. Paris.

Zimmermann, Reinhard (1995). "Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15. Oxford.

Zimmermann, Reinhard (1996). *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Oxford University Press.

Zimmermann, Reinhard (2006). "Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform of 2002", in Andrew Burrows & Alan Rodger (eds.). *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks*. Oxford: Oxford University Press.

Zimmermann, Reinhard & Jacques du Plessis (1994). "Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment". *Restitution Law Review*, vol. 2. London.

Zweigert, Konrad & Heinz Kötz (1998). *Introduction to comparative law*. (trad.) Tony Weir. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press.

Normas citadas

Código Civil chileno.

DL n.° 2186, 12 de abril de 1978, ley orgánica del procedimiento de expropiaciones.

Decreto con fuerza de ley n.° 3, 20 de junio de 2006, texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Propiedad Industrial.

Ley n.° 17336, 2 de octubre de 1970, ley de Propiedad Intelectual.

Código Civil francés.

Jurisprudencia citada

Continental Inmobiliaria y Servicios con Dattas (2012): Corte Suprema, 30 de enero de 2012, acción de resolución de contrato, en WestLaw Chile, código de búsqueda CL/JUR/229/2012 [fecha de consulta: 5 de enero de 2020].

Pontificia Universidad Católica de Chile Corporación de Televisión con Alcayaga e Inmobiliaria Piru Ltda. (2012): Corte Suprema, 27 de marzo de 2012, acción de enriquecimiento injustificado, en WestLaw Chile, código de búsqueda CL/JUR/744/2012 [fecha de consulta: 5 de enero de 2020].

Serviu Región de Coquimbo con Constructora Taquicura S.A. (2012): Corte de Apelaciones de La Serena, 13 de enero de 2012, acción de enriquecimiento injustificado, en WestLaw Chile, código de búsqueda CL/JUR/104/2012 [fecha de consulta: 5 de enero de 2020].

Corporación Nacional de Fomento de la Producción con Energas S.A. (2013): Corte Suprema, 30 de septiembre de 2013, acción de restitución de lo obtenido en provecho del dolo ajeno, en WestLaw Chile, código de búsqueda CL/JUR/2146/2013 [fecha de consulta: 5 de enero de 2020].

Huneeus con García y otros (2015): Corte Suprema, 20 de abril de 2015, acción de enriquecimiento injustificado, en VLex, código de búsqueda 566390086 [fecha de consulta: 5 de enero de 2020].

Sociedad Corral y Alcaino Ltda. con Codelco Chile (2015): Corte Suprema, 18 de agosto de 2015, acción de enriquecimiento injustificado, en WestLaw Chile, código de búsqueda CL/JUR/4701/2015 [fecha de consulta: 5 de enero de 2020].

Díaz con Rojas (2016): Corte Suprema, 2 de junio de 2016, acción de indemnización por valor de construcciones en terreno ajeno en WestLaw Chile, código de búsqueda CL/JUR/3594/2016 [fecha de consulta: 5 de enero de 2020].

Reyes con Villegas (2016): Corte Suprema, 7 de marzo de 2016, acción de enriquecimiento injustificado, en WestLaw Chile, código de búsqueda CL/JUR/1517/2016 [fecha de consulta: 5 de enero de 2020].

Sierra con Ávila (2016): Corte Suprema, 21 de marzo de 2016, acción de enriquecimiento injustificado, en WestLaw Chile, código de búsqueda CL/JUR/1773/2016 [fecha de consulta: 5 de enero de 2020].

Muñoz con Serviu Región de los Lagos. (2017): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 2 de julio de 2017, acción de indemnización por valor de construcciones en terreno ajeno. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/, causa rol 934-2016 [fecha de consulta 5 de enero de 2020].

Guerrero con Serviu Región de los Lagos (2018): Corte Suprema, 3 de septiembre de 2018, acción de indemnización por valor de construcciones en terreno ajeno. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/, causa rol 44.324-2017 [fecha de consulta: 5 de enero de 2020].

Muñoz con Serviu Región de los Lagos (2018): Corte Suprema, 17 de diciembre de 2018, acción de indemnización por valor de construcciones en terreno ajeno. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/, causa rol 38.887-2017 [fecha de consulta: 5 de enero de 2020].

Siglas y abreviaturas

al.	*alii* (otros)
art.	artículo
arts.	artículos
Codelco	Corporación Nacional del Cobre
cons.	considerando *a veces* considerandos
coord.	coordinador
coords.	coordinadores
Corfo	Corporación de Fomento de la Producción
D.	*Digesto*
dirs.	directores
DL	decreto ley
ed.	edición
eds.	editores
inc.	inciso
http	Hypertext Transfer Protocol
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Ltda.	limitada
n.º *a veces* Nº.	número
op. cit.	*opere citato* (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
PUF	Presses Universitaires de France
S.A.	sociedad anónima
Serviu	Servicio de Vivienda y Urbanización
ss.	siguientes
trad.	traducción
vol.	volumen

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 123-162 [julio 2020]

EL DERECHO DE REEMBOLSO EN LA FASE EXTRAJUDICIAL EN EL MARCO DE LA GARANTÍA LEGAL

THE RIGHT OF REFUND IN THE EXTRAJUDICIAL PHASE WITHIN THE FRAMEWORK OF THE LEGAL GUARANTEE

Marcos Manque Jaramillo*

Resumen

En este artículo se analiza cómo opera el derecho de reembolso en la fase extrajudicial, en caso de disconformidad material del bien, en la compraventa de consumo. Mediante un estudio endémico realizado por una entrevista-cuestionario en tiendas de venta masiva de productos de la comuna de Santiago se comprueba la reticencia a otorgarlo ante el requerimiento de este derecho por parte del comprador, haciendo prevalecer en su lugar otros mecanismos más convenientes para el vendedor.

Palabras clave: derecho de reembolso; consumidor; garantía legal; compraventa.

Abstract

This article analyzes how the right of reimbursement operates in the extrajudicial phase, in the case of non-conformity of the goods in the consumer sales. Through an endemic study carried out by an interview-questionnaire in some stores in Santiago, the reluctance to grant it to the requirement of this right by the buyer is verified, making other mechanisms prevail instead more convenient for the seller.

Keywords: right of reimbursement; consumer; legal guarantee; trading.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Alberto Hurtado. Dirección postal: Almirante Barroso 10, Santiago. Correo electrónico: manquefj@gmail.com. Artículo recibido el 5 de agosto de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de abril de 2020.

La presente publicación corresponde, con alguna modificación, a la tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, y se enmarca en el proyecto Fondecyt 1171251, cuyo investigador responsable es el profesor Alfredo Ferrante.

I. Introducción

En el contexto de las relaciones existentes entre consumidores y proveedores de bienes de consumo, surgen conflictos muy relevantes para el derecho, ya que un rasgo esencial de dichas relaciones es la desigualdad de posiciones en que se encuentran los distintos actores participantes[1]. Tan central es, que a raíz de ella el Ejecutivo en 1991 comienza una serie de debates legislativos, que culminan[2] en 1997 con la promulgación de la Ley n.° 19496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. La premisa de dicha normativa resulta de la necesidad de protección que requieren los consumidores en el marco de sus relaciones de consumo[3].

Pues bien, en la LPC destaca el sistema de protección civil denominado como garantía legal[4], dentro de la cual se encuentra el art. 20, que consagra la denominada triple opción[5], esto es una protección jurídica que tiene el consumidor frente a los vicios de las cosas[6], que le permite optar por la reposición, reparación o devolución de la cantidad pagada[7], en adelante reembolso.

La especial atención en el reembolso en este trabajo, deriva de que de las tres opciones que otorga la garantía legal, la devolución de la cantidad pagada, consiste en la facultad que tiene el consumidor de resolver el contrato, pues este no quiere seguir vinculado con el proveedor y prefiere optar por la resolución, para buscar otras alternativas volviendo a acudir al mercado a adquirir el bien fabricado en masa[8]. Así, el bloqueo o vulneración del reembolso obliga a la mantención de una relación entre consumidor y proveedor que el primero no desea, cuestión que podría sostenerse como una práctica abusiva[9]. Lo anterior al menos estaría en contradicción con el carácter obligatorio de la garantía legal, en el sentido de ser un derecho irrenunciable[10] por el consumidor, establecido como tal en la LPC[11].

[1] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (1998). En dicha ocasión el Presidente expresó: "...es responsabilidad del Estado cautelar en forma especial los intereses de los grupos o sectores no organizados, entre los que se cuentan los consumidores. A estos se les debe proporcionar un marco legal que consagre expresamente sus derechos y la forma de ejercerlos con eficacia, así como mecanismos que faciliten su rol activo en una economía de mercado, de modo de impedir eventuales abusos que se deriven de la carencia de un ordenamiento jurídico adecuado", p. 5.

[2] Si bien fue un intento por regular de "forma sistemática los aspectos más relevantes de la protección de los consumidores", esta debió ser profundamente reformada. Sandoval (2009), p. 128.

[3] Rodríguez (2015), p. 6.

[4] Barrientos (2014), p. 58. Cuya principal función es la de regular la responsabilidad civil del vendedor Barrientos (2016), p. 7.

[5] Cabe la aclaración de que la garantía legal no se agota en esta triple opción, sino que la ley distingue distintos tipos de disposiciones: a) normas que tipifican y sancionan infracciones, como las descritas en los artículos 18, 23, 24 inc. 2° y 25; b) las que establecen sanciones civiles, a las que pertenece la triple opción de la LPC de los arts. 19 y 20 y C) algunas de carácter mixto. Corral (1999), pp. 169-170.

[6] Barrientos (2011), p. 359.

[7] Término que ha sido criticado, pues confundiría los efectos propios de la resolución con la institución que regula. En ese sentido véase Peñaillillo (2003), pp. 395 y 431. Véase también, Barrientos (2016), p. 200.

II. Problematización

El presente trabajo tiene por finalidad la observación de las circunstancias y características que el reembolso, en cuanto garantía legal, presenta en la fase extrajudicial, pues estudios realizados por el Sernac, muestran un panorama de poca eficiencia de la regulación, evidenciado en que una gran cantidad de las reclamaciones realizadas surgen a raíz de la imposibilidad para ejercer la garantía legal, y dentro de ella el reembolso.

Los datos aportan que es en la venta al detalle (*retail)* donde este problema cobra mayor relevancia. El año 2018 el total de reclamaciones ante el Sernac fue de 330 000, siendo el 33% de estas en el ámbito del *retail* [12]. En años anteriores, por ejemplo, el año 2016 el Sernac recibió 27 803 reclamos relacionados con la garantía legal, siendo un 32,58% de estos motivados por la no devolución del dinero producto del reembolso. Para diciembre de 2017 el Sernac había recibido 23 007 reclamos relacionados con problemas para ejercer el derecho a la garantía legal, y de ellos, un 38,56% por no devolver el dinero[13].

A lo largo de la investigación, se sostiene que, en las relaciones de consumo, junto con la garantía legal, están operando otros remedios tutelares o, bien, se realizan prácticas que la vulneran o resultan abusivas, y serían

[8] Barrientos (2014), p. 72. Reiterado en Barrientos (2016), p. 210.

[9] Esto entendiendo la naturaleza de los contratos de comercio en general como contratos de adhesión. Véase Baraona (2014), p. 389 y ss.

[10] Cabe apreciar la mirada contraria y crítica de la naturaleza del derecho de opción, que ha planteado que la irrenunciabilidad debe, al menos, ser matizada, a fin de desenmascarar el sistema remedial como puramente garantista. Lo relevante es que abandonar el carácter de obligación de esto podría excluir su tutela remedial. Ferrante (2018c), pp. 190-193.

[11] Fuentes (2012), p. 17.

[12] Información disponible en www.sernac.cl/portal/604/articles-55432_archivo_01.pdf [fecha de consulta: 11 de abril de 2018].

[13] Según datos de www.sernac.cl/regalo-viejito-pascuero-presenta-fallas-consumidores-derecho-garantia-legal-navidad/ [fecha de consulta: 27 de julio de 2018].

estos remedios y prácticas las que dificultan, por parte del vendedor, la elección y ejecución del reembolso.

Estos remedios tienen características muy diversas[14] y, en ocasiones, no están regulados de forma expresa[15]. Generalmente se agrupan bajo la denominación de garantías convencionales o voluntarias[16].

El Sernac reconoce entre ellas a la garantía de satisfacción[17] y la garantía extendida[18], a pesar de que corresponden a estándares comerciales o pólizas de seguros, y que en muchas ocasiones confundan a los consumidores en el ejercicio de sus derechos[19]. Lo relevante será que estas garantías, muchas veces pueden encontrarse vigentes junto con la garantía legal, de tal manera que, al concurrir con ella se hace necesario determinar su coordinación[20].

En ese sentido el art. 21 inc. 9 de la LPC, que obliga al consumidor a agotar las posibilidades que le son ofrecidas por este tipo de garantías antes de proceder a ejercer la garantía legal[21]. Así esta se configura como

[14] Algunas de estas se encuentran la distinción entre "a) garantías del fabricante y b) las garantías convencionales o extendidas" por Barrientos (2016), p. 360 y ss. Por otra parte, la distinción entre "a) La garantía que compromete el mismo vendedor o prestador del servicio al consumidor o usuario; b) Una garantía que viene otorgada por el fabricante, importador o distribuidor, y que es conferida al consumidor por intermedio del vendedor directo; c) Una garantía llamada extendida, que ofrece el vendedor previo pago de una suma adicional por parte del consumidor". Corral (2011a), pp. 411-412.

[15] Marinakis (2015), pp. 54-55.

[16] Entendidas como "aquellas ofrecidas voluntariamente a consumidores por los productores de los bienes durables, o por los vendedores de estos, y que se refieren al amparo sobre cualquier defecto que se manifieste en un plazo determinado". Sernac (2012), p. 10. Además, en Fuentes (2012), p. 12.

[17] Se entiende como "un ofrecimiento adicional ofertado por el proveedor, generalmente una multitienda, y que cubre la posibilidad de cambio o devolución de lo pagado por el producto, incluso en casos no contemplados para la garantía legal". Sernac (2012), p. 12.

[18] "Aquella que cubre un periodo de tiempo por sobre la garantía convencional o voluntaria y una vez que esta ha expirado. Este tipo de mecanismo es de costo del consumidor y corresponde a una póliza de seguro". Sernac (2012), p. 12. Además, en Fuentes (2012), p. 13.

[19] Sernac (2012), pp. 8-9.

[20] Barrientos (2016), p. 236.

[21] Esta es una primera postura con base en el tenor literal de la disposición, según la cual la garantía legal solo podría hacerse valer cuando se agoten las herramientas que la garantía voluntaria otorga, explica en atención a la tesis defendida por la denunciada, en la causa Briones Moreno con Automotores Gildemeister S.A., según la cual no corresponde la acción indemnizatoria, si esta no se considera en la garantía voluntaria. Isler (2014), p. 584.

> "una garantía mínima, obligatoria y de alcance general, por lo cual, si el proveedor ha ofrecido una garantía por mayor plazo o de más amplio espectro de cobertura, prevalecerán los términos de esta"[22].

En contraposición a lo anterior, aquellos que consideran que el derecho de opción tiene un carácter público[23], y que, por tanto,

> "no podría ocurrir que las garantías convencionales o del fabricante restringieran los derechos reconocidos en la ley, que son irrenunciables anticipadamente para el consumidor. Dicho de otro modo, las garantías voluntarias o las garantías del fabricante no podrían limitar ni restringir los remedios de la garantía legal"[24].

Se sostiene que, al operar del modo descrito por la primera postura, se vulnera la garantía legal en general, y en particular se bloquea la posibilidad de optar por el reembolso.

1. Objetivo general o principal

Ante lo descrito, y bajo la hipótesis de que en las relaciones de consumo la existencia de otros remedios, garantías o prácticas empresariales podría estar afectando la facultad de requerir el reembolso por parte del consumidor, es que el trabajo busca identificar circunstancias y características que el reembolso, en cuanto garantía legal, presenta en la fase extrajudicial en tiendas de *retail*.

2. Objetivos específicos

A partir del desarrollo del objetivo general será posible, además, reunir información de otras temáticas, que permiten establecer los siguientes objetivos específicos.

a) Constatar el cumplimiento de las normas establecidas en la Ley n.° 19496.
b) Identificar diferentes formas en que el reembolso se incorpora en la fase extrajudicial de las tiendas de *retail*.
c) Verificar la concurrencia de otros remedios o prácticas en conjunto con la garantía legal.

[22] Fernández (1998), p. 119.

[23] En ese sentido Barrientos (2016), p. 236.

[24] Barrientos (2011), p. 361.

d) Dar cuenta de la posible interferencia entre dichos remedios o prácticas con la ejecución del reembolso.

III. El método

Para ello se realiza una revisión del tratamiento del reembolso en el marco de la garantía legal, por instituciones que se dediquen a la venta del *retail*, que según el Sernac abarca:

> "farmacias, tiendas por departamento, tiendas de mejoramiento del hogar, supermercados (hipermercados, supermercados, tiendas de conveniencia y tiendas de descuento) y tiendas especialistas"[25].

Bajo esta definición, el estudio se enfocó en centros comerciales, pues es en ellos donde el *retail* tiene su mayor expresión al ser posible encontrar los diversos tipos de tiendas de *retail*. Así fueron tres los centros comerciales en los que se aplicó la entrevista: *Mall* Plaza Vespucio, *Mall* Florida *Center* y Costanera *Center*, debido a su ubicación en las comunas con mayor flujo de visitas a centros comerciales[26].

La participación de cada tienda debía ser voluntaria y por tal motivo se elaboraron distintos documentos, entre ellos, una carta de presentación, un consentimiento informado y un cuestionario base de la entrevista[27], los que fueron entregados desde un principio presencialmente en las tiendas, a fin de informar los objetivos e implicancias de la participación para los entrevistados y obtener su colaboración.

Cuarenta[28] tiendas/empresas accedieron a participar sometiéndose a la entrevista, entre ellas dos supermercados y dos grandes tiendas, diversas tiendas especializadas ya sea de ropa, tiendas de accesorios deportivos, tiendas de calzado y librerías[29]. En cada tienda se realizó una entrevista, consultando al encargado o jefe de tienda, o a la persona que él designó, en atención a sus conocimientos acerca de cómo operan las garantías en su empresa, y en específico cómo se configura la práctica del reembolso.

[25] Sernac (2017), p. 10.

[26] De acuerdo con un estudio realizado por la empresa de geointeligencia GeoResearch (2014), los centros comerciales que cuentan con mayor flujo de visitas son Plaza Vespucio y Costanera *Center*.

[27] Véanse en anexos n.° 1 y n.° 2.

[28] En concreto, cuarenta tiendas accedieron a participar y otras diecinueve tiendas y supermercados rechazaron la invitación, argumentando mayormente políticas internas.

[29] La individualización se omite, pero se encuentran disponible, habiendo las tiendas otorgado el consentimiento a someterse a la entrevista gestionada. Véase anexo n.° 3.

De ese modo, los sujetos entrevistados fueron jefes de tienda, vendedores en sala y encargados de atención al cliente.

El instrumento de recolección de información se compuso de treinta y siete preguntas que abordaron temáticas de garantías en general, pero con especial énfasis con el reembolso. Las entrevistas fueron realizadas en los meses de junio y julio de 2018, y la información obtenida fue transcrita, ordenada y categorizada a fin de presentarla de una manera clara.

IV. Análisis de información

Con el objetivo de realizar un análisis dinámico se agrupó la información obtenida en una serie de categorías que servirán de guía en la lectura de los datos. La intención es que estas permitan una comprensión sistemática de la práctica del reembolso, en virtud del modelo establecido en el art. 20 "a falta de conformidad en las faltas de especificaciones, la calidad de las cosas y la vinculación publicitaria"[30].

1. Derecho a la información y especificaciones legales

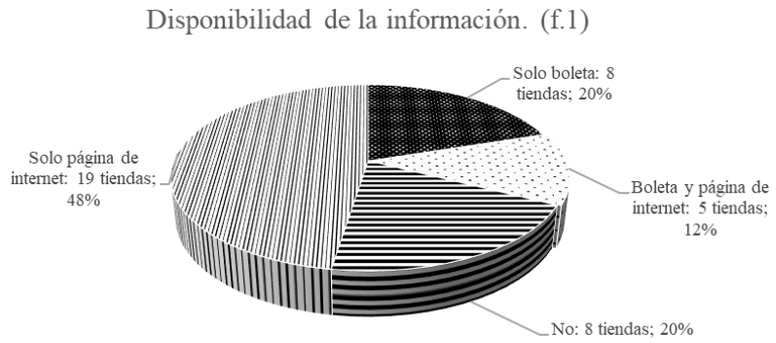
Mencionado de forma expresa en la LPC en su art. 3° letra b), se manifiesta en la entrega de información oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, el precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y como contraparte el deber de informarse responsablemente de ellos[31].

Cualquier contravención o falta en la información especificada en la ley, configurará una falta de especificación legal o convencional según sea el caso[32].

[30] Barrientos (2016), p. 170. Donde se explica que en dichas circunstancias tiene lugar la garantía legal.

[31] La guía de alcances jurídicos elaborada por Sernac señala: "los proveedores no deben incurrir en imprecisiones que generen confusión en los consumidores a partir de información parcial o incompleta, como por ejemplo, 'cambios sólo los diez primeros días', cuando lo que en realidad lo que se quiere decir es que la empresa posee una política comercial de satisfacción a todo evento, pero que ello no excluye bajo ningún circunstancia, los derechos de opción que tienen los consumidores los tres primeros meses de recepción de un bien nuevo, de acuerdo a la garantía legal". Sernac (2012), p. 4.

[32] Francisca Barrientos incorpora esta sistematización en el marco del análisis de la conformación del incumplimiento en la entrega conforme. En su monografía la autora sintetiza la configuración del incumplimiento en relación con tres faltas de conformidad estas son: A. Faltas de conformidad y anomalías de cantidad; B. Faltas de conformidad y falta de especificaciones y C. Falta de conformidad y anomalías de Calidad. Para más información, véase Barrientos (2016), pp. 137-168.



Los datos obtenidos dan cuenta de que las tiendas suelen desplegar sus políticas de cambios y devoluciones de manera visible en el local al momento de la venta o por medio de plataformas virtuales. En ellas se establecen los supuestos en que es posible pedir el reembolso, los plazos para ejercerlo, condiciones en que debe encontrarse el bien que se devuelve, etcétera.

Ahora bien, de lo observado en las boletas e informativos exhibidos en las tiendas, en al menos veinte de ellas se advierte que las garantías son presentadas bajo la denominación "garantías de cambio". Por su parte, la información relativa al reembolso se encuentra relegada a espacios mínimos dentro del documento[33]. Además, es posible encontrar *slogans* como "Elige fácil, elige cambio", un detalle que manifiesta ya en lo formal un posicionamiento tendencioso que busca incentivar la elección por el cambio del producto en desmedro de la reparación o el reembolso.

Ocho tiendas no expresan la información respecto de las garantías físicamente al momento de la compra, y tampoco señalan los medios para obtenerla, cuestión que vulnera el derecho a la información, señalado en la ley, y que en nada resguarda la posición del consumidor al momento de la compra.

Las empresas que realizan ventas mediante internet entregan dicha información al momento de realizar las compras en sus plataformas, y afirman la existencia de protocolos distintos para esas compras, por ejemplo, con la incorporación del retracto en las ventas realizadas mediante internet.

2. Convivencia de la garantía legal y otras garantías

En ocasiones concurren, junto con la garantía legal, garantías extendidas o de satisfacción[34].

[33] Es decir, todo lo relativo a las devoluciones de dinero aparece con letras pequeñas en comparación con las grandes afirmaciones referidas a la opción "cambio" y su regulación.

[34] Doctrinariamente se ha entendido la concurrencia de garantías, bajo la denominación: compatibilidad externa. En su monografía Francisca Barrientos analiza en forma detallada las compatibilidades con garantías del fabricante, la garantía del vendedor, y la compatibilidad con servicios de posventa. Barrientos (2016), pp. 241-252.

A partir de esto se asienta el debate doctrinal agrupado en dos posiciones[35]:

La primera en torno al tenor literal del art. 21 inc. 9° de la LPC, que obliga a agotar las posibilidades ofrecidas por las garantías del proveedor antes de poder ejercer los derechos otorgados por el art. 20, en definitiva, antes del reembolso[36]. De ahí que existan fallos que consideran legítima la práctica del proveedor que, en virtud de una garantía convencional, se reserva el derecho de reemplazar el producto defectuoso por uno de semejante funcionalidad[37].

Por otra parte, una segunda posición sostiene que, a pesar de existir una garantía convencional, el consumidor puede optar por ejercer las opciones que presenta la garantía legal, dado su carácter de derecho irrenunciable[38]. Solo así se configuraría un entendimiento armónico del art. 21 de la LPC, y en caso de ser más gravosa la garantía convencional debe primar la garantía legal[39].

La jurisprudencia de la Corte Suprema apoya esta segunda postura, en fallos que otorgan al consumidor la posibilidad de ejercer la garantía legal sin agotar antes las garantías convencionales existentes[40].

La adopción de una u otra postura resulta central a la hora de establecer el alcance de la protección de la LPC por medio de la garantía legal y, aunque se argumenta por medio de consideraciones jurisprudenciales, esa definición puede incidir en cómo se configura la fase extrajudicial del reembolso, ya que la norma actual es interpretada por los proveedores[41] como un impedimento a la libre elección al concurrir una garantía conven-

[35] Véase Marinakis (2015), p. 69 y ss.

[36] En este sentido Francisco Fernández señala como requisito para ejercer la garantía legal el "haber agotado previamente las opciones que ofrezca la póliza de garantía cuando se trate de productos vendidos con garantía voluntaria". Fernández (2003), p. 38. En el mismo sentido trabajos iniciales de Hernán Corral en los que señalaba "la triple alternativa no se abre si hay una garantía ofrecida por el proveedor". Corral (2006), p. 118. Opinión modificada entendiendo que para la eficacia práctica de la ley se requiere de una "primacía de la garantía legal por sobre la voluntaria, y no *viceversa*". Corral (2011a), p. 421.

[37] Irarrázaval con Antofagasta Store Co. S.A. (2008), en la que se acoge la postura de la parte demandada en el sentido de ser suficiente la garantía otorgada por la tienda, que ofrecía el cambio del producto por uno nuevo de similar característica. Mismo criterio expuesto en Scheihing con París (2010).

[38] Barrientos (2016), p. 236.

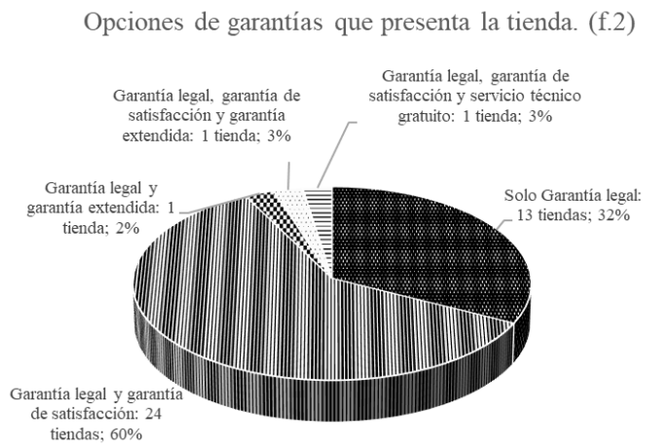
[39] Marinakis (2015), p. 77.

[40] Scheihing con París (2011).

[41] Entiéndase aquí por proveedores a vendedores, importadores y fabricantes, en conformidad al inciso segundo del art. 21 de la LPC.

cional y la garantía legal[42], y por medio de esa interpretación justifican las limitaciones de la garantía legal e, incluso, la prohibición del reembolso.

Los resultados obtenidos de la aplicación del instrumento de recolección de información permiten graficar la convivencia de la garantía legal con otras instituciones, de la siguiente forma:



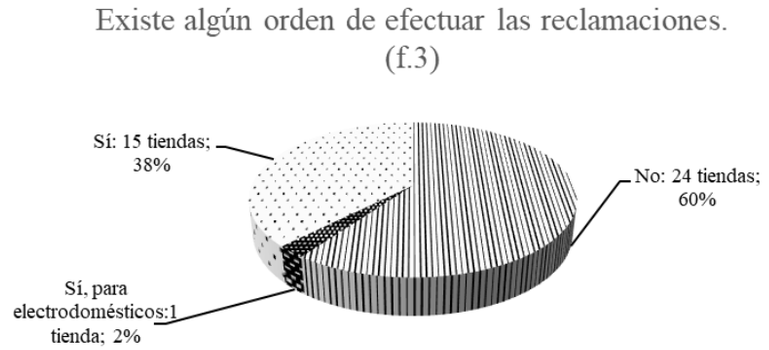
Principalmente la garantía legal se ve acompañada por garantías que las tiendas señalan como de satisfacción, esto es así en veinticuatro de ellas. En dos ocasiones, además, se añaden otras opciones como el servicio técnico y una garantía extendida.

Las garantías de satisfacción identificadas incluyen por lo general el cambio o devolución de dinero sin requerir la inaptitud del bien para el fin al que está destinado, remedio al que denominan retracto. Lo característico de estas opciones son periodos cortos, que en caso de cambio alcanza solo los treinta días, y de reembolso como máximo los diez días.

Acerca de la interacción entre remedios, se preguntó por la existencia de un orden en que estos han de ser pedidos. En quince ocasiones el ejercicio de la garantía legal, en específico de la devolución de dinero por falla, queda bloqueada, ya que el cliente tiene obligaciones previas, ya sea de concurrir a la reparación del producto o pasar por la revisión del servicio técnico, para que aquel determine el remedio aplicable.

En tres tiendas se afirma que "sólo procede la devolución de dinero por defectos de fabricación y hasta un plazo máximo de diez días desde realizada la compra". Cuestión contraria a la legislación vigente sobre la garantía legal.

[42] Wilkins (2019), p. 6.



Aquellas tiendas sostienen que esto es así, pues mediante sus propias garantías entregan una cobertura más amplia que la garantía legal, y el menor plazo para la realización de reembolso se compensaría con el hecho de que este se podrá pedir ante todo evento, sin limitaciones en lo relacionado a la calificación del motivo. Además, luego de los diez o siete días para retractarse, el cliente podría optar por un cambio, lo cual sería suficiente para satisfacer las necesidades de los consumidores.

La situación descrita resulta patológica[43], y la jurisprudencia ha apoyado dicha valoración, expresándose que

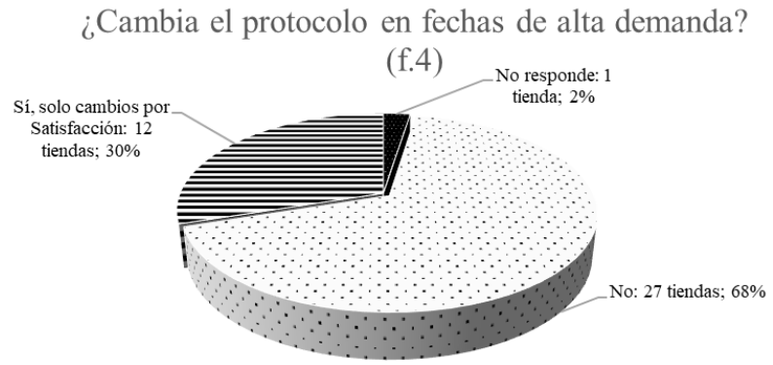
> "hacer primar a todo evento la garantía convencional por sobre la legal, importaría autorizar al proveedor para que por la vía del establecimiento de regímenes convencionales –incluso a título gratuito– pudiera limitar el ejercicio de los derechos que la ley confiere"[44].

En cuanto a las variaciones en las garantías que puedan incorporarse con motivos de fechas especiales como Navidad o día de la madre, que son justamente los periodos que conllevan más peticiones de garantías (y más reclamos en el Sernac), no se corroboran mayores cambios, aunque sí un grupo de doce tiendas manifiestan extender la posibilidad de realizar

[43] La doctrina ha identificado que cláusulas por adhesión de este tipo "anterior o posterior a la celebración del contrato, impuesta por aquel vendedor que quiso hacer contratar al comprador la garantía convencional, en desmedro de la legal", resulta patológica y contraria a los principios de buena fe y configura una práctica irregular y sancionable. Ferrante (2018c), p. 191.

[44] Briones Moreno con Automotores Gildemeister S.A. (2013). En ella se señala con relación a la problemática de concurrencia de garantías que "las disposiciones de los arts. 20 y 21 de la LPC, autorizan al consumidor, en situaciones como la que sirve de fundamento al presente proceso, para requerir, entre otras posibilidades, a su elección, al vendedor, la devolución de la cantidad pagada (cons. octavo)".

cambios en términos ajenos a las fallas de los productos, ya no solo por treinta días, sino que se llega a los sesenta o noventa días.



3. Compatibilidad interna

De la lectura de la LPC la elección del reembolso, el cambio o la reparación no está sometida a jerarquías de ningún tipo[45]. Es decir, la posibilidad del consumidor de optar sin condiciones por el remedio que más le convenga, es en sí mismo un derecho[46] que no puede ser limitado en forma alguna por el proveedor[47]. Sin embargo, se ha constatado que, a pesar de esta supuesta opción, en determinados casos existiría una verdadera jerarquía, sobre todo en las ventas a distancia[48].

Aun así, la tendencia jurisprudencial ha impuesto como doctrina mayoritaria una suerte de primacía de la reparación en sede judicial en lo que se ha denominado, jerarquía legal de la reparación[49].

[45] Barrientos (2016), p. 222.

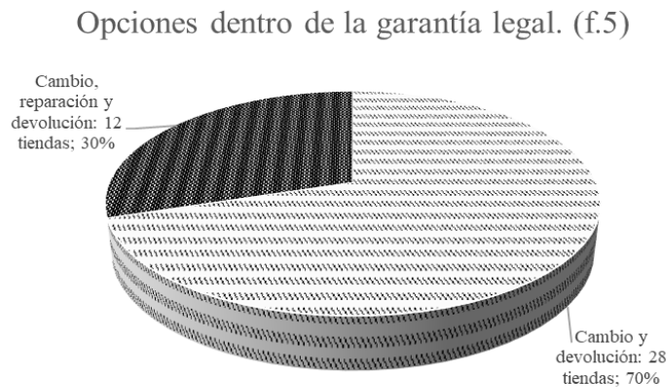
[46] Fuentes (2012), p. 17.

[47] Franzani con Giuseppe Ltda. (2008). En dicho fallo se señala que cada alternativa de la garantía legal "es privativa del consumidor, sin que el proveedor pueda exigir el cumplimiento de una determinada de ellas"; Vera con Forus S.A. (2010). En la que se señala que en la práctica ante la elección por parte del consumidor de uno de los remedios posibles en la garantía legal, que al caso en concreto correspondia la cambio del producto, el proveedor no puede negarse. Muñoz con Óptica Máster (2008). En ese sentido véase Walker con supermercado de muebles y colchones Speisky y Compañía Ltda. (2007); Roth con Sociedad Rip Chile S.A. (2010); Sernac con Todo Piel S.A. (2011).

[48] Esta problemática ha sido analizada recientemente por Ferrante (2019b), pp. 893-921. En dicho artículo se identifican tres modelos remediales en virtud del momento en que se emite la boleta y se realiza la entrega del bien, cuestión que, en definitiva, configura el momento en que comienza a regir el plazo para solicitar alguna de las opciones que la garantía legal concede, y que, por tanto, resulta distinta en ventas presenciales y no presenciales.

[49] Francisca Barrientos se hace cargo de esta situación explicando que la tendencia judicial mayoritaria ha impuesto una especie de jerarquía pretoriana o judicial de la

Recientemente en una sentencia de la Corte Suprema[50], se encuentra una relevante consideración en relación con la libre elección de los derechos contenidos en el art. 20 de la LPC y la prescripción[51]. Cuestión que pudiera traducirse en el futuro en la aplicación de este criterio por la jurisprudencia nacional.



Todas las tiendas manifiestan la existencia de la triple opción y además que la facultad de exigir el cambio, la reparación o devolución, es exclusiva del cliente.

Aun así, de los resultados se desprende una primera restricción a la garantía legal, ya que solo doce tiendas presentan la posibilidad real de efectuar la reparación de un producto, siendo lo común la posibilidad de efectuar cambios y devoluciones. Los entrevistados señalan que en atención a la naturaleza de los bienes que ofrecen, la elección de la reparación sería inverosímil y contraproducente, pues resultaría ser una operación más cara y engorrosa. La reparación solo es ofrecida en tiendas que ofrecen productos de alta gama, como zapatos de alto valor y trajes de vestir, o aquellas que venden electrodomésticos y máquinas de ejercicios.

Entonces, ya sea que se verifiquen las tres opciones, o que solo sea posible optar por el cambio y el reembolso, casi la totalidad de los sujetos entrevistados dan cuenta de la preferencia por la realización de cambios. Las razones esgrimidas son: en primer lugar, la dificultad de ejercer una devolución versus la facilidad que otorga el cambio, de tal forma los entrevistados declaran que: "el trámite es más sencillo para ambos (cliente y tienda)", o

reparación, que explica en función de dos situaciones. Por un lado, la confusión entre la denuncia de la anomalía y la elección del remedio de reparación y, por otro, la interpretación del art. 20 letra e). Barrientos (2016), pp. 225-232.

[50] Sernac con La Polar S.A. (2017). En ella se reconoce como infracción la negativa del vendedor a otorgar los remedios requeridos por el comprador de una lavadora defectuosa, en el caso se pedía la sustitución del bien o la devolución de dinero, ofreciendo solo la reparación.

[51] Ferrante (2018b), p. 248.

> "primero le ofrecemos la opción de cambiarlo. Porque es lo más fácil de hacer, y luego si no hay otra cosa que le guste esta la opción de devolverle el dinero".

Esta justificación en principio razonable en términos de conveniencia para ambos actores, en realidad traspasa una dificultad propia del sistema de la tienda al cliente, siendo que el consumidor no tiene incidencia en las dificultades técnicas que pueda implicar la operación. Es más, no es posible olvidar que es un deber del vendedor, a la hora de la reclamación de garantía legal, propiciar condiciones similares, esto es, no más gravosas que las existentes al momento de la compra[52].

Una segunda justificación se elabora en atención con la variedad de productos que la tienda ofrecería, ya que con ellos se superaría la necesidad de realizar reembolsos por medio del cambio por otro producto de la tienda. En ese sentido y ante la pregunta respecto de un orden de prelación entre las opciones de la garantía legal:

> "No un orden, pero si se muestran otros productos al cliente pues existe gran variedad al tener cuatro marcas en las que puede elegir un producto".

Esta práctica de someter la procedencia del reembolso a la condición de que no exista otro producto de similares características en la tienda agrega un requisito ajeno a lo establecido en la ley, entendiendo que ante la disconformidad material del bien de consumo ya nace la opción, que es solo del consumidor, de optar por una de las opciones que entrega la garantía legal.

En tercer lugar, los entrevistados manifiestan que el sustento de las justificaciones emana de las instrucciones dadas por la empresa: "al cliente se le va a ofrecer el cambio, aunque él pida la devolución, pero es una cuestión propia de la estrategia de venta", incluso se declara que:

> "no es rentable estar llenándose de notas de crédito, así que a ti te entrenan un poquito para no llenarte de notas de crédito y que ésas sean más bien cambios".

Esto último no puede tener justificación dentro de la lógica del derecho de consumo, que justamente busca resguardar la desigual posición en que se encuentra el consumidor y el vendedor, toda vez que lo que se hace es traspasar la responsabilidad del costo operacional del reembolso.

[52] Así lo expresa el art. 21 de la LPC, en su inc. 6°.

Una justificación en tal sentido atenta contra la esencia de la legislación de consumo, y no debe ser aceptada.

En al menos tres de las tiendas la orden es no realizar notas de crédito, salvo casos muy específicos, esto es, cuando el cliente ya se muestra enfadado y reticente a las demás opciones. Al respecto entrevistados señalan:

> "ya si uno se da cuenta que la persona esta ofuscada entonces ahí uno, para evitar problemas, hace la devolución y después avisa al supervisor, porque hay gente que se enoja demasiado".

Este es uno de los escenarios más extremos que se han identificado, ya que salvaguardando los intereses de la tienda se somete al consumidor a situaciones de estrés injustificados, cuestión que no solo lo vulnera en sus derechos de consumo, sino que en cierto sentido podría afectar su dignidad, al propiciar condiciones de incomodidad degradantes, y que, en ocasiones, dan como resultado situaciones de agresividad. En ese sentido una asistente señaló que no se hacían devoluciones de dinero, salvo

> "cuando es mucho el problema, por ejemplo, cuando nos insultan, porque viene mucha gente agresiva, llamamos a la supervisora y hacemos la devolución. Un hombre me tiró la bolsa en la cara a mí porque quería el dinero. Mucho insulto y ropa sucia".

Resulta interesante la dinámica que se da en tiendas que venden ropa interior, puesto que una de las entrevistadas sostiene que ellas no tendrían la obligación de aceptar devoluciones de ropa por cuestiones de higiene, y que si ellos lo realizan es por "mera cuestión de servicio". Esto no se condice con lo dispuesto por el Sernac, que no considera este supuesto como eximente de responsabilidad[53].

Las prácticas de relegar la devolución o posponerla a una última instancia, someten al consumidor a un régimen abusivo, pues, aunque no exista agresividad o tensión se ve forzado a pasar por una serie de etapas, como la atención del cajero, la revisión del encargado, la autorización de la devolución, además del discurso acerca de la facilidad de realizar un cambio por sobre la devolución, cuestión que tiene como objetivo desincentivar al cliente en su decisión.

[53] "El que una tienda advierta que no se admite devolución para la ropa interior aludiendo razones de higiene, no la exime de responder a la garantía que establece la ley si el producto tiene fallas de calidad". Por tanto, que el consumidor tenga la opción de requerir la reparación del producto, el cambio o la devolución de lo pagado por reembolso. Información disponible en diversas plataformas del Sernac, entre otras www.sernac.cl/194204/ y www.sernac.cl/165704/ [fechas de consulta: 11 de abril de 2018 y 15 de junio de 2018].

Todo parece originarse en la manera en que las tiendas se disponen ante la devolución del dinero. En gran parte de las entrevistas la devolución que conlleva el reembolso es valorada como una cuestión perjudicial, ya que se entiende como una pérdida. Se menciona, por ejemplo, que por medio de ella la tienda pierde una venta, pierde el monto que significa la operación, pierde tiempo en la atención del cliente, en la realización de las notas de crédito y en la posterior realización de cuadraturas. Desde esa visión elaboran sus estrategias y políticas comerciales, y que se ve reflejada en las infografías y las normativas particulares.

Solo seis tiendas entrevistadas, sostienen abiertamente un discurso distinto, no enfocado en lo perjudicial del reembolso, sino en la satisfacción del cliente. En esa línea se señala que "la estrategia de venta del local es la que se enfoca hacia la mantención del cliente, y una buena atención" o

> "todo se relaciona a la idea de mantención del cliente en cuanto estos, por ejemplo, han comprado durante treinta años y no puedes perderlos por no cambiarle o devolverle lo pagado por una sábana".

4. Tipo de responsabilidad y calificación del incumplimiento

Si bien la LPC no señala si la responsabilidad a que da lugar la garantía legal es de carácter subjetiva u objetiva[54], en la jurisprudencia se ha recogido la objetividad[55], ya que permite establecer que el proveedor deba reparar todo el daño causado sufrido[56].

Luego, al momento de optar por la devolución de dinero, se produce

[54] Isler (2014), p. 579. Cuestión que tiene relevancia en concreto, pues "importaría la eventual condena o absolución del proveedor". En ese sentido también Barros (2008a), p. 309. La opción por una u otra de las responsabilidades favorecerá al proveedor o al consumidor, puesto que la subjetiva importa una responsabilidad por culpa, es decir, solo será responsable de los daños ocasionados aquel sujeto a quien pudiera atribuírsele la falta de cuidado o diligencia. En cambio, la responsabilidad objetiva permite establecer que el proveedor debe reparar todo el daño causado sufrido, pudiendo alegarse como causas de exoneración solo las señaladas en la ley de forma expresa.

[55] Por parte de la doctrina se ha señalado: "el hecho de que el comprador deba responder incluso ante defectos de fábrica demuestra que la garantía legal [...] prescinde de la evaluación de la conducta del vendedor, por lo que no se trata de una obligación civil, sino de una responsabilidad tendencialmente objetiva". Ferrante (2018b), p. 247. Véase también, Briones Moreno con Automotores Gildemeister S.A. (2013). No obstante, fallos que han considerado lo contrario, véase Sernac con Almacenes París Comercial S.A. (2006). Aunque finalmente se falló en relación con una cuestión más concreta, ya que la controversia se definió en torno a si esta se hizo valer o no dentro del plazo establecido.

[56] Ya que solo en las obligaciones de medios se exige una conducta diligente al deudor para que logre la satisfacción de la prestación comprometida. Pizarro (2008), pp. 257-258.

una nueva discusión en torno a si procede o no la calificación del incumplimiento para determinar la aplicación de uno u otro remedio[57]. Discusión que es superada[58] considerando que tal calificación no rompería la horizontalidad de las opciones, debido a que es natural que cada remedio en particular presente sus propios límites y requisitos[59].

En lo que respecta al reembolso, la calificación se justifica en la medida que implica la resolución del contrato por parte del consumidor, esto es, la opción por un quiebre del vínculo contractual que dejará sin efecto lo pactado[60]. De ahí se plantea la idea de que, para la procedencia de la resolución, el incumplimiento deba clasificarse como resolutorio o esencial[61].

El producto que da lugar al reembolso será aquel que no es idóneo, es decir, no cumple con el fin que se propone, pues no reúne las cualidades sobre las cuales recayó el consentimiento contractual o adolece de un vicio[62], y aún más,

> "no sólo las fallas del producto que hacen imposible su uso natural, sino también aquellas que tuvieron lugar antes o durante la compra, como las propiedades señaladas por el anunciante, la apariencia o presentación del producto y los términos y condiciones establecidos en el contrato"[63].

Esta parece una forma armónica de entender la calificación del incumplimiento, toda vez que el espíritu de la ley es precisamente la protección del consumidor en la relación de consumo debido a su posición

[57] Sobre todo, porque la LPC no menciona tal calificación, como tampoco la legislación que regula las ventas en el *CC.* Barrientos (2016), pp. 201-202.

[58] La única excepción que ha sostenido la no calificación del incumplimiento en la resolución de los contratos se ha dado en materia civil, no acerca de la legislación de consumo, y se atribuye a Arturo Alessandri, como señala la misma autora, *op. cit.,* p. 203.

[59] *Ibid.* Siguiendo a Fenoy (2006), p. 69.

[60] Peñailillo (2003), p. 431. "...el consumidor no quiere seguir vinculado con el proveedor y prefiere optar por la resolución para buscar otras alternativas para adquirir el bien fabricado en masa". Barrientos (2014), p. 72. La misma autora agrega que el hecho de calificar el incumplimiento no importa una limitación a la libre opción del consumidor, sino, más bien, es una medida de equilibrio de las relaciones contractuales. Barrientos (2016), p. 202.

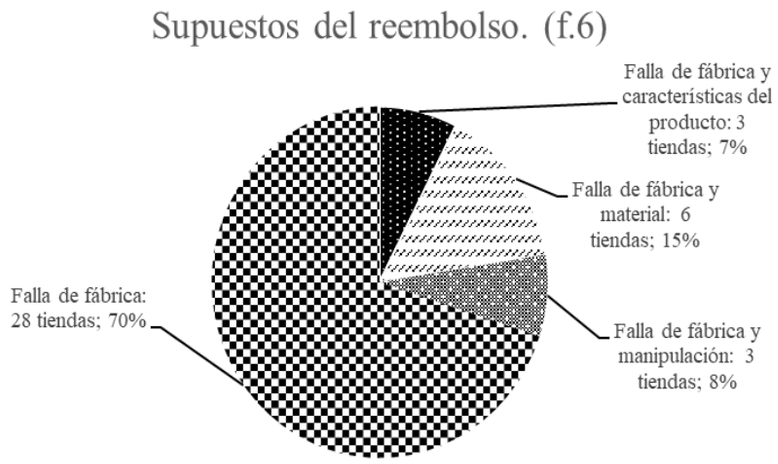
[61] Vidal (2009), pp. 221-258. Poniendo énfasis en la legislación de consumo, los insumos para la calificación se extraen de que "el precio pagado por el consumidor en una compra de un bien durable, le concede el derecho a que por ese dinero pagado se le entregue un bien de la calidad adecuada, apto para cumplir el propósito natural al cual se destine ese bien, y sin que se produzca una desvalorización de su inversión". Sernac (2012), p. 2.

[62] Corral (1999), p. 166. Independiente si esto es así por deterioro, adulteración o imperfección.

[63] Manque (2006), pp. 72-73.

desmejorada. Siendo así, la protección no debe agotarse a determinados instantes dentro de la relación contractual, sino que debe extenderse a cualquier situación que vulnere sus derechos.

Los datos obtenidos dan testimonio de que, en la fase extrajudicial



del reembolso, todas las tiendas llevan a cabo una calificación de las circunstancias que conforman el incumplimiento.

Esta calificación, se basa en la idea de la no idoneidad del bien para la realización del uso al que está destinado. Pero en desmedro de la protección amplia señalada, los datos obtenidos dan cuenta de que la mayoría de las tiendas realizan una reducción de los alcances de la idoneidad a lo que denominan *falla de fábrica*. Con ello las posibilidades de solicitar el reembolso se ven limitadas, y los supuestos de hecho son los menos.

Por falla de fábrica, las tiendas entienden aquella que se presenta en el producto en su proceso de creación o fabricación, y no considera situaciones que se dan en la conformación de la relación contractual, ni posteriores a la venta. Dependiendo de los productos que cada tienda ofrece, se manifiesta de diferentes formas: las librerías entrevistadas consideran en ella los productos mal compaginados, mal impresos o con pá_ginas en blanco; en tiendas dedicadas a la venta de ropa se considera las costuras descosidas, fatiga de material, accesorios despegados, error en estampados, falla en los cierres; en tiendas dedicadas a la venta de zapatos o zapatillas se incluyen despegue de plantas, rebanamiento de plantas, mal funcionamiento de sistemas de aire en calzados especializados.

Únicamente al concurrir este tipo de fallas es posible acceder a la garantía legal, quedando fuera la falta de idoneidad derivada, por ejemplo, de la falta de información o falsedad de la información otorgada al momento de la compra, falta de especificaciones de uso, falta de algún

elemento del producto por la manipulación de este.

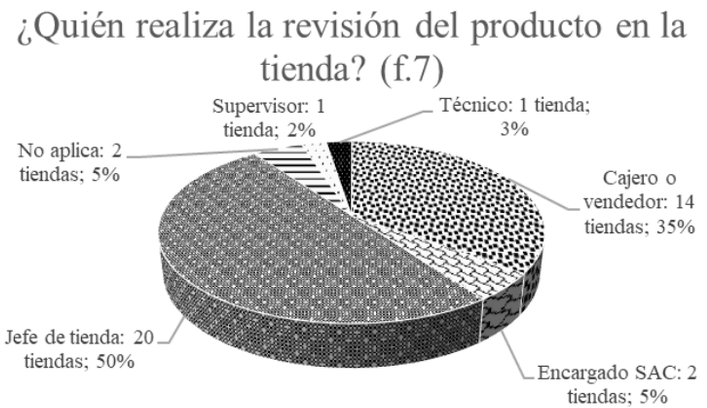
Seis tiendas, agregan el supuesto *falla de material*, que no tendría que ver con el proceso de elaboración del producto, sino que se relaciona con las características propias de la mercadería. En ella se entienden incorporados casos de descoloramiento de productos textiles, accesorios despegados o falta de algún accesorio del producto.

Tan solo tres tiendas incluyen la posibilidad de devolución por "error de manipulación", que viene a ser el error que se comete en el momento de la compra por parte del vendedor, por ejemplo, al entregar dos zapatillas de distinta talla o del mismo pie, o la entrega de un producto distinto al comprado.

Un reducido grupo de tres tiendas, en particular aquellas que venden productos de alta gama o con tecnologías especializadas, como artefactos de alta montaña o de *outdoor*, añaden el *error en las características,* esto es, que las prendas no resistan las especificaciones ofrecidas en las etiquetas de los productos y también aquellas que fueron ofrecidas por el vendedor al momento de la compra, por ejemplo, si se aseguró la impermeabilidad o la resistencia al frío, y la prenda no cumplió dichas características.

En suma, son pocas las tiendas entrevistadas que se hacen cargo de la visión amplia de la garantía legal, es decir, que permiten optar por el reembolso fuera de las situaciones generadas en la fabricación del producto. Así, la denominación falla de fabrica no hace más que limitar la posibilidad efectiva de solicitar el reembolso por parte de las tiendas.

Respecto del protocolo de la revisión, el 85% de las tiendas realiza

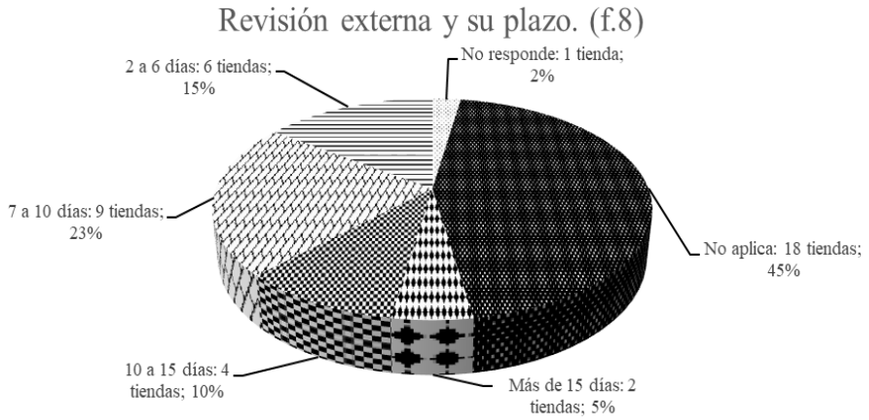


una revisión primaria del producto en el mismo local, ya sea por jefes de tienda, cajeros o vendedores. Pero en todas ellas debe, además, ser autorizado por el encargado, jefe o subjefe de la tienda. Si bien el hecho de que la revisión se realice en la tienda agiliza el proceso, toda la celeridad se diluye cuando el encargado que debe otorgar la autorización no está

disponible en el local, que suele ser de común ocurrencia.

Además, la revisión en tienda solo es definitiva en el caso de una falla evidente, fácilmente apreciable. En cambio, cuando la falla corresponde a cuestiones técnicas y no distinguibles a simple vista, se debe someter el producto a la evaluación del servicio técnico, por lo general, exterior al local.

En el segundo escenario lo normal es que en el local se efectúe una ficha



de ingreso, y que junto con ella se envíe el producto a la revisión externa. Teniendo la tienda el deber de informar cuando la revisión concluya.

Los plazos de revisión fluctúan entre los dos a los veintiún días hábiles, dependiendo tanto de la distancia al lugar de revisión como del tamaño del producto, cuestiones que se informan en los protocolos internos. Los bienes con mayor plazo de revisión fueron los de productos electrodomésticos, y aquellos comprados en regiones cuya revisión se efectúa en Santiago.

La existencia de este intervalo de tiempo en que transcurrirá la revisión no contraviene la normativa de consumo, pero sí es discutible la razonabilidad de la duración de dicha revisión, ya que en ocasiones transcurrirán semanas sin que el consumidor pueda obtener su dinero para volver a concurrir al mercado a obtener el bien de consumo, cuestión que tiene una influencia directa en su decisión, y que, por lo tanto, no debiera ser establecida arbitrariamente por el vendedor.

Lo que sí contraviene la normativa de consumo en forma directa es lo observado en cuatro de las tiendas, en las cuales los productos son enviados a revisión un día determinado de la semana. Por tanto, si un cliente llega el día siguiente a aquel, deberá esperar la semana siguiente para que el producto sea recién enviado a la revisión. Esto dificulta el proceso y, en ocasiones, también ocurre con relación a los cambios. En ese sentido declaraciones como: "aquí los cambios sólo se hacen los jueves y viernes".

Esta práctica es contraria a la legislación en materia de consumo, y es

entendida así por el Sernac[64].

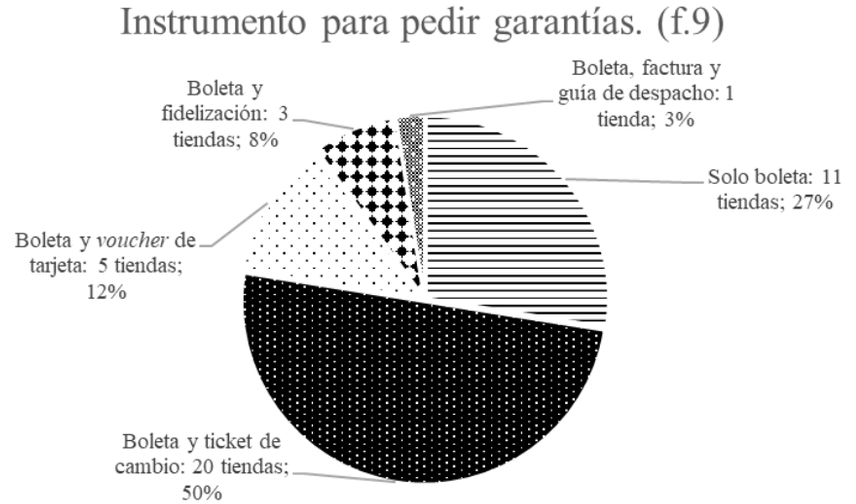
5. Formas de ejecución

a) Ejercicio extrajudicial de esta acción

En virtud del art. 1489 del *CC*, la resolución del contrato producirá sus efectos una vez declarada ejecutoria la sentencia, dictada en juicio ordinario. En cambio, el reembolso en la relación de consumo, opera como un derecho potestativo del consumidor, que solo necesitará su declaración de voluntad para poner término a la relación[65].

Como contraparte este tiene el deber de acreditar el acto o contrato que ha dado origen a la relación. Así lo requieren todas las tiendas, ya sea en ejercicio de garantía legal, como para acreditar cualquier otra garantía, ya sea de satisfacción o extendida.

Como se aprecia en la f. 9, la documentación exigida para hacer valer

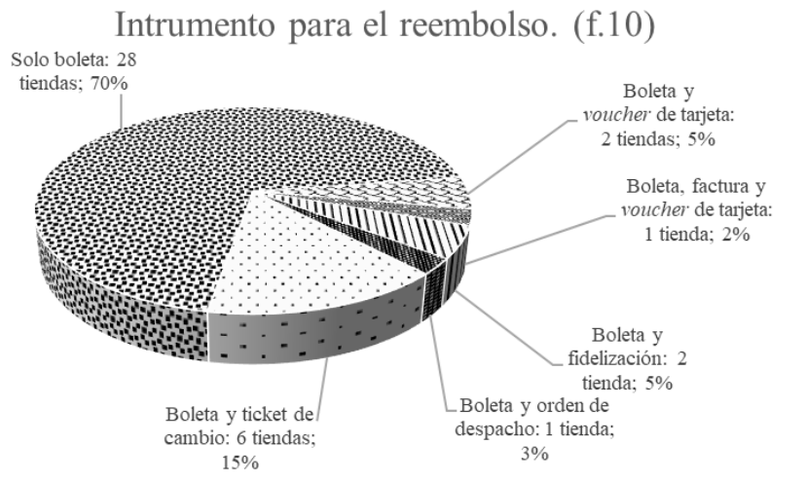


las distintas garantías es en general, y principalmente la boleta, y luego el ticket de cambio.

En lo referido a garantías en general, veinte tiendas cuentan con el

[64] Sernac (2012), p. 10. "El hecho de condicionar el ejercicio del derecho de opción a través de prácticas comerciales como son la fijación de días u horarios, para proceder al cambio o devolución de dinero, son contrarios a lo establecido en la LPC".

[65] Se ha afirmado que esto es así, en el entendido de que la ley no ha dispuesto una defensa judicial al caso, a diferencia de lo sucedido con la garantía por servicios, por ejemplo, en que de forma expresa se exige la determinación por un juez. Barrientos (2016), p. 209.



documento ticket de cambio, pero estas mismas tiendas señalan que en cuanto al reembolso el ticket no reemplaza a la boleta, solo seis tiendas permiten solicitarlo por medio del ticket de cambio.

En casos aislados, las tiendas cuentan con otros medios para pedir la devolución, como la fidelización del cliente, es decir, la realización y revisión de un archivo de la compra junto con los datos de cada cliente. Otra opción surge en caso de que la compra fuere efectuada mediante tarjeta de crédito, en cuyo caso, es posible hacer la petición presentando el *voucher* que se genera al momento de la compra.

La importancia de que se exija la boleta original por parte de la tienda radica en la delimitación de quien se pretenda sea el sujeto activo, ya que, en un primer acercamiento, la experiencia común da cuenta de que la boleta suele quedar en manos de quien ha realizado la compra, a diferencia el ticket que queda en manos del sujeto que recibe el producto para su uso.

Desde la doctrina se distingue entre el legitimado activo de la garantía legal y el consumidor, sobre todo en cuanto a la dificultad de la definición de este último[66]. Para ello resulta útil la distinción entre consumidor jurídico, quien adquiere el bien o servicio, y el consumidor material, que es, en definitiva, el sujeto que lo utiliza o disfruta[67].

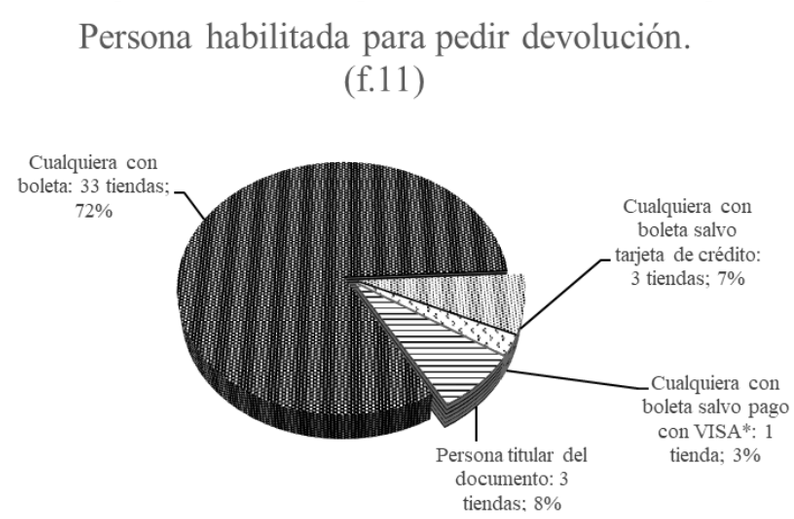
Una parte de la doctrina ha entendido que el reembolso puede ser

[66] Para una revisión pormenorizada de la complejidad de la definición de consumidor en el ordenamiento chileno es pertinente el análisis expuesto respecto del contratante a tiempo compartido. Por lo pronto, se valora lo expuesto respecto de que la definición inicialmente positiva de consumidor, como destinatario final del bien, debe ser complementada, pues ahora incorpora patrones negativos, pasando a ser una definición híbrida. Ferrante (2018a), p. 448.

[67] Barrientos (2011), p. 363.

alegado por quien adquiere, esto es, quien se hace dueño de un producto por medio de la compraventa, resultando excluido quien lo disfruta[68]. Con ello, la exigencia de la boleta original y la concurrencia de otra documentación, como el documento de identidad correspondiente, resultan justificados y, en ocasiones, necesarios.

Por otra parte, se considera que existen variadas razones para incorporar a los consumidores materiales dentro de la protección efectuada por la LPC[69], con ello sería posible requerir el reembolso por medios distintos a la boleta.



Treinta y siete de las empresas manifiestan que no solo el sujeto que adquirió el bien puede hacer la reclamación, sino que, también, un tercero no presente en el momento de la compra. Eso sí, siempre que presente la boleta de la compra.

Situación distinta en caso de pago mediante tarjeta de crédito, en la que sí se requiere que al menos esté presente el comprador. Según las palabras de los entrevistados, esto es así debido al carácter personal de la tarjeta a la que se realizará la operación de reversa. Más extrema es la posición de tres tiendas que exigen, independiente del medio de pago, que quien realice la reclamación de reembolso sea el mismo sujeto que

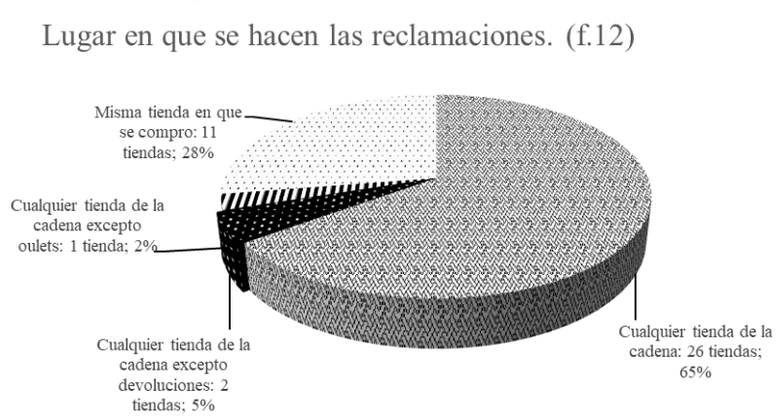
[68] En ese sentido Hernán Corral ha señalado: "parece claro que la ley sólo otorga derecho al consumidor adquiriente del bien, es decir, a quien ha celebrado el contrato con el vendedor", refiriéndose al derecho de opción consagrado en la garantía legal. Corral (2011b), p. 110.

[69] En tal sentido se ha expresado que "de la definición de consumidor resulta evidente que se ha incluido tanto al que se ha denominado consumidor jurídico -quien adquiere- como al consumidor material-quien utiliza o disfruta". Jara (1999), p. 61.

compró el producto.

En este punto se valora que por medio de la boleta sea posible que el consumidor material acceda a la garantía legal, pues al menos en ese sentido se amplía el campo acción de dicha garantía.

En cuanto al lugar en que deben hacerse las peticiones de garantía



legal, en general las respuestas apuntan a la misma tienda, o en cualquier otro local perteneciente a la cadena.

En concreto once tiendas[70] exigen que las peticiones sean en el mismo local donde se compró el producto, arguyendo, por ejemplo, razones de inventario.

La revisión de los resultados permite apreciar que la práctica de situar las peticiones de garantía en el mismo lugar en que se compró el bien va en sintonía con los requerido por la ley en el art. 21 de la LPC[71].

b) La gratuidad de las restituciones

Ya sea que se opte por el cambio, la reparación o el reembolso, el carácter gratuito de las restituciones resulta un elemento de la esencia[72] de la garantía legal. Respecto del último, esto se traduce en que no se puede cobrar al

[70] Una de las tiendas declara que, aun cuando la reclamación de la garantía puede hacerse en cualquier tienda de la cadena, las devoluciones sí deben ser requeridas en la misma tienda en que el producto se compró.

[71] Dicho artículo señala: "el vendedor, fabricante o importador, en su caso, deben responder de los derechos que surgen de la garantía legal en el mismo local donde se efectuó la venta o en las oficinas o locales en que habitualmente atiende a sus clientes, no pudiendo condicionar el ejercicio de dichos derechos a efectuarse en condiciones menos cómodas para el consumidor que las que se le ofreció para efectuar la venta, salvo que éste consienta en ello". Sernac (2012), p. 10.

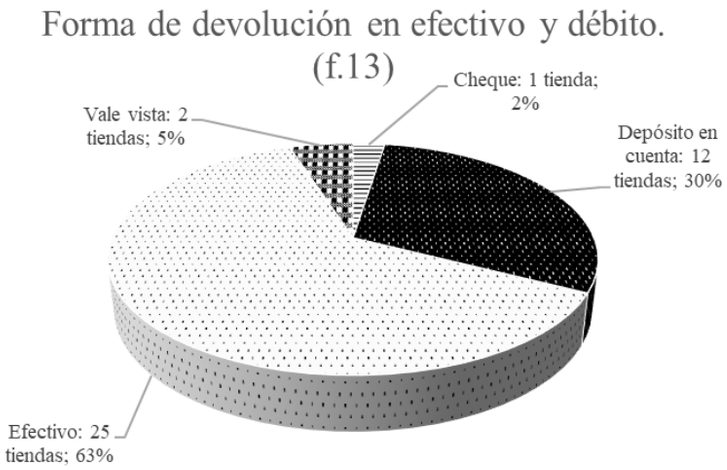
[72] Esta resulta del carácter gratuito de las prestaciones. Además, se añade que las restituciones deben ser completas, esto es, sin retención de gastos. Barrientos (2016), p. 208.

cliente por los gastos operacionales que implique la devolución del dinero, como tampoco es posible realizar descuentos en el valor devuelto[73].

Todas las tiendas manifiestan que, de acceder al reembolso, el monto entregado no sufre variaciones en relación con el valor que el producto tenía al momento de la compra[74].

Las respuestas de las tiendas se presentan casi uniformes, en que la devolución se lleva a cabo en dinero, y no en otros productos u opciones. Sólo cinco tiendas la efectúan por otros medios distintos de la devolución en dinero.

Entre las últimas se identificó la entrega de bonificaciones o tarjetas



como las denominadas *giftcards*; o la existencia, en una empresa, de una opción denominada *store credit*, que es una tarjeta con un saldo para utilizar, en el plazo de un año, en la cadena de la tienda[75]. Estas modalidades, al igual que el forzamiento por el cambio, impiden recibir la devolución efectiva de su dinero, que es lo que busca el consumidor al optar por el reembolso, y sobre todo impiden el efecto resolutivo que se le ha atribuido

[73] La única excepción al pago total del importe se da una vez transcurridos los tres meses, situación en la cual solo podrá obtener el precio neto del bien excluyéndose los impuestos correspondientes. En virtud de lo estipulado en el art. 70 del DL n.° 825.

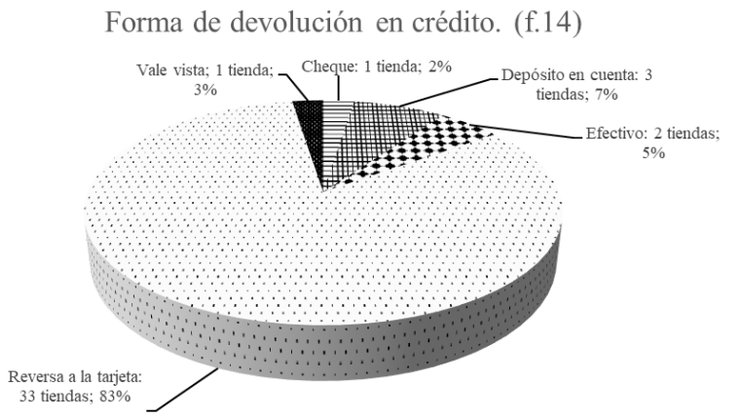
[74] Esta afirmación por parte de las tiendas es valorable, pues la utilización del bien durante la fase judicial de la solicitud "puede ser tenido como una medida para compensar el daño y mitigarlo; si así fuera, no debería reducirse la devolución de la cantidad pagada, pero sí interpretarse de manera más restrictiva el importe a conceder en la eventual solicitud –acumulativa– de daños y perjuicios, allí donde se den sus presupuestos". Ferrante (2019a), pp. 767-768.

[75] Cabe la precisión de que dicha opción que es obligatoria en la devolución por concepto de garantía de satisfacción, y opcional cuando lo que se está reclamando es el reembolso en términos de garantía legal.

a este último, manteniendo unilateralmente la relación contractual.

En general, cuando el medio de pago de la compra es efectivo o débito, las devoluciones son realizadas en efectivo o depósito en cuenta. Salvo en contadas ocasiones en que se hace entrega de un cheque o un vale vista, los cuales de todos modos importan la devolución íntegra del dinero pagado al momento de la compra.

Distinto es cuando se paga por medio de tarjetas de crédito, pues



en tal caso el reembolso se realiza a través de una reversa en el sistema Transbank[76], lo que añadirá a la operación un nuevo tiempo de espera, ahora dependiente de un sujeto externo al vendedor, y claro está, al consumidor. Este periodo de espera funciona como un desincentivo a optar por el reembolso en las compras mediante tarjeta de crédito.

Ante la pregunta por la incidencia de la variación del valor del producto considerando los momentos de compra y petición, se obtuvo que, de haber variación, no altera el cálculo del monto de la devolución. Con ello, se sigue el principio de restitución integral, que se valora en doctrina, y que es consagrado en la indemnidad patrimonial[77]. Pero en todo caso el monto de lo devuelto se agota en la devolución nominal de la cifra pagada, sin producirse reajustes a dicho monto[78].

[76] Sistema de pago y soluciones en operaciones mediante tarjetas electrónicas. Transbank (2018).

[77] Criterio extraído de los arts. 3 letra e) y 27 de la LPC, que la establecen como un principio que informa las normas de protección de los consumidores. Valorado por el Sernac a fin de "liberar oportunamente al consumidor de toda carga, con la finalidad de proteger la facultad de disposición de los bienes de su propiedad". Sernac (2019), p. 9.

[78] Pese a ello existe jurisprudencia que valora la posibilidad de incluir reajustabilidad en la devolución del dinero producto del reembolso, según la cual este "no puede alcanzar solamente a la suma numérica del precio pagado, sino a esta debidamente reajustada de

Interesante es lo aportado en dos tiendas que realizan el servicio de despacho de los productos. En esas entrevistas se advierte que el despacho es un elemento externo al valor del producto y, por tanto, la devolución de dinero que deviene del reembolso no incorpora el valor de dicho transporte.

c) Forma de devolución de los productos

Una cuestión constante en las tiendas es la exigencia de la devolución del producto para poder solicitar el reembolso, pese a que dicha exigencia pudiera ser discutida[79].

Con motivo de establecer el modo en que el bien debe ser devuelto para que opere, se destaca que el producto es uno, aun cuando esté conformado por diversas piezas[80]. La relevancia de lo mencionado radica en que, debido a la especialización de las fuentes de producción y los procesos de fabricación, los bienes finales de consumo masivo son manufacturados por partes o piezas[81], y en ocasiones, el incumplimiento se configura por la no idoneidad de una parte del producto.

Por otra parte, la tendencia observada en los resultados indica que las tiendas no suelen requerir las etiquetas exteriores o bolsas en caso de la ropa, ni el embalaje en caso de artículos electrodomésticos, tampoco la caja de los zapatos o zapatillas es requerida cuando se pide la devolución de dinero. Tan solo tres tiendas exigen el embalaje original al momento de la devolución por falla. Parece correcto que así sea, pues dicho requisito no tiene justificación en la normativa acerca de la garantía legal, sino que, de intentarse, derivaría de una aplicación por analogía del art. 3° bis letra b) de la LPC, que en particular regula el retracto en los medios electrónicos, por tanto, no necesariamente obligatorio para el reembolso.

Diez de las tiendas ponen énfasis en la importancia de las etiquetas interiores en la ropa, debido a que de esta forma es posible identificar la prenda como parte del *stock* de la tienda y, además, en ella se expresan las condiciones de cuidado, lavado y planchado de las prendas, suministros útiles en la revisión del bien, pues ellas incorporan los deberes del consumidor, y si el producto ha fallado por no respetarse estas indicaciones,

acuerdo con la depreciación monetaria". Como se expresó en Mella con Dunn F. y Dunn y García Ltda. (2006).

[79] Como se mención la devolución previa del bien para solicitar el reembolso no es una cuestión del todo pacifica y las soluciones jurisprudenciales no son unívocas, existiendo la posibilidad de que en la fase judicial se solicite el importe de lo pagado sin la restitución previa del bien, lo que en algunos casos permitirá la utilización del bien mientras dure el contencioso. Ferrante (2019a), pp. 761-763.

[80] Así lo señala expresamente la norma en el inciso final del art. 20 de la LPC.

[81] Barrientos (2013), p. 538.

la tienda rechazará la petición.

d) Plazo

El plazo para ejercer las acciones de la garantía en el ámbito del consumo está fijado por el art. 21 de la LPC, que señala el *dies a quo*, en los siguientes términos:

> "Tratándose de la devolución de la cantidad pagada, el plazo para ejercer la acción se contará desde la fecha de la correspondiente factura o boleta y no se suspenderá en caso alguno"[82].

Muchas de las tiendas cuentan con otras instituciones remediales u otras garantías, y aquellas presentan plazos que van desde los diez a los treinta días desde la compra.

Con motivo de la garantía legal las respuestas son armónicas en torno a que es exigible desde el mismo día de realizada la compra hasta los noventa días, por tanto, lo mismo ocurre con el reembolso.

En dos de las tiendas, si la solicitud es realizada el mismo día de la compra, la devolución procede automáticamente vía efectivo, independiente del modo de pago. En cambio, la modalidad varía según sean otros los medios de pago, sobre todo cuando se ha realizado una operación mediante tarjeta de crédito[83].

Tres tiendas señalan que el plazo único para solicitar el reembolso es de diez días desde la fecha de la compra, esto ofrece durante ese periodo una garantía de satisfacción a todo evento como única posibilidad de obtener la devolución de dinero. Transcurrido ese lapso, el cliente solo tendrá la opción de cambiar el producto o la reparación de este.

Lo descrito, es una práctica que vulnera el plazo legal establecido para la petición de la garantía legal y de aceptarse este tipo de indicaciones por parte de las tiendas se generan espacios de desprotección hacia el consumidor, pues se le quita la posibilidad solicitar el reembolso, cercenando el derecho de garantía legal.

e) Protocolos de reembolso

[82] Cabe la salvedad en el caso de los productos perecibles o que por su naturaleza estén destinados a ser usados o consumirse en plazos breves, en este caso es de siete días. Barrientos (2013), p. 532. Además, la precisión aportada por Alfredo Ferrante respecto del esfuerzo por parte de los tribunales de interpretar esta norma en virtud de una "protección efectiva del comprador, prescindiendo de una lectura ortodoxa que, de imposibilitar la suspensión del plazo, alteraría sus máximas de resguardo". Ferrante (2019b), p. 896 y ss.

[83] Como se ha dado cuenta supra. f. 14.

El art. 21 de la LPC es la principal clave para leer los datos obtenidos mediante la aplicación del cuestionario. En él se expresan: el sujeto pasivo de la acción, que en el caso particular del reembolso será únicamente el vendedor[84], el plazo en que deberá ejercitarse esta acción; la circunstancia de responder el vendedor en el ejercicio de los derechos en el mismo local donde se efectuó la venta u oficinas u otros locales y la imposibilidad de relegar el procedimiento a condiciones menos cómodas que las existentes al momento de la compra.

De las respuestas obtenidas lo primero que resulta claro es que cada tienda articula de forma propia el protocolo para pedir el reembolso, como también las operaciones de devolución de dinero que este conlleva, estableciendo distintos plazos, días para efectuar las operaciones, modos de enterar las devoluciones, lugares de reclamación, formas de revisión del producto, etcétera.

Sí aparece como un hecho común la generación de una nota de crédito[85] cada vez que se requiere el reembolso, pues mediante este instrumento las empresas y tiendas realizan la reversa de la compra, que luego permite la devolución del dinero pagado por el cliente. Eso sí, existen particularidades respecto de si la nota de crédito es otorgada en la misma caja de la tienda, como se corrobora en veinticuatro ocasiones, o si la nota es gestionada en oficinas distintas a la caja del local, incluso en oficinas externas a la tienda como se obtuvo en dieciséis entrevistas. Esto afecta al cliente, pues según sea la modalidad implicará un menor o mayor tiempo de operación.

La devolución del dinero producto de la nota de crédito varía en relación con la forma de pago. Tanto el efectivo como el débito tienen igual tramitación, en cambio la compra realizada mediante tarjeta de crédito requiere una reversa de la operación bancaria, que evidentemente le adhiere un mayor tiempo de espera.

En el caso de las operaciones por medio de tarjeta de crédito, tampoco existe un plazo fijo de espera, por tanto, el tiempo de espera en cada tienda es distinto. La particularidad aquí, según los entrevistados, es que el periodo de generación de la nota escapa al control de la tienda, pues es determinado por la casa comercial o banco operador de la tarjeta correspondiente. La información recogida sitúa el tiempo de espera de la

[84] Esto es la regla general dentro de la garantía legal, que para el caso de la reparación incluye como sujeto pasivo al vendedor, y además al importador o al fabricante, ya sea conjunta o indistintamente. Wilkins (2019), p. 4.

[85] Se entiende por tal la definición otorgada por el SII, que señala que son "documentos que deben emitir los vendedores y prestadores de servicios afectos al IVA, por descuentos o bonificaciones otorgados con posterioridad a la facturación a sus compradores o beneficiarios de servicios, así como también por las devoluciones de mercaderías o resciliaciones de contratos". SII (2018).

reversa entre los cinco a quince días hábiles.

Todas estas circunstancias inciden en el tiempo efectivo que el cliente

espera por la devolución de su dinero, que se suman a lo que el cliente ha debido soportar producto de la revisión del bien o la evaluación del servicio técnico, la autorización de la nota de crédito y otras instancias protocolares que configuran una mantención indeseada de la relación contractual que se pretende dejar sin efecto[86], y durante todo ese periodo el consumidor no habrá podido acceder al dinero que le permitiría volver a acceder al bien.

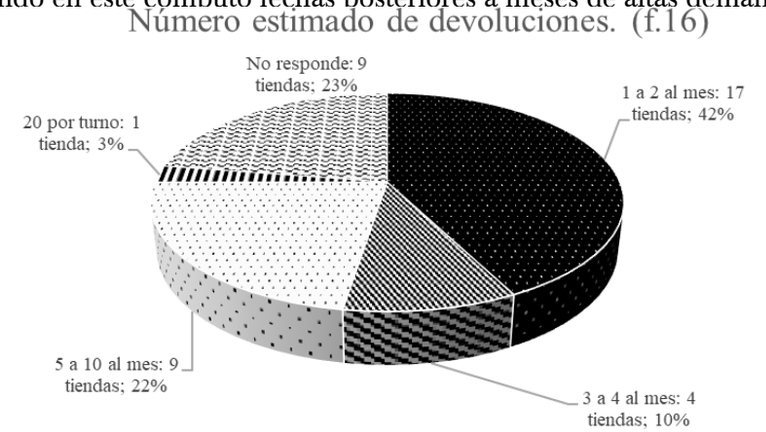
El estudio identificó un número de veintiocho tiendas que realiza ventas mediante plataformas digitales, de las cuales solo nueve mantienen el mismo protocolo de las ventas físicas, en relación con poder hacer efectiva la garantía legal en cualquier tienda. En las otras diecinueve tiendas el protocolo de garantías es distinto, y la información es entregada a través de las mismas plataformas virtuales, al momento de efectuar la compra. Tan marcada es la diferencia de protocolos, que los vendedores de tienda reconocen no manejar información alguna del reembolso o cambio de productos comprados por internet.

También se preguntó a las tiendas por la existencia de un registro de cambios y devoluciones de dinero. Si bien muchas de ellas llevan un registro como parte de su información contable, según sus propias palabras, este no es de acceso al público general y, por tanto, no se pudo acceder a esta información. De todas maneras, sí señalaron montos estimados de

[86] En dicho sentido se ha expuesto que la resolución es un mecanismo eficaz para el acreedor toda vez que permite al consumidor obtener lo que busca por una vía más adecuada, por ejemplo, celebrando un nuevo contrato con un tercero. En ese sentido véase Barros (2008b), p. 420; Peñailillo (2003), p. 395; Barrientos (2013), p. 537, confirmado en Barrientos (2016), p. 200.

devoluciones a nivel mensual o anual.

El número de devoluciones realizadas por las tiendas en más de la mitad de las tiendas no supera las cuatro devoluciones mensuales, considerando en este cómputo fechas posteriores a meses de altas demandas.



En los periodos de normalidad comercial, la cantidad de reembolsos es mínima, diecisiete tiendas sostienen que mensualmente se hacen uno o dos, y en muchos casos los entrevistados advierten que hay meses en que ni siquiera uno.

Las multitiendas no responden a un estimado de reembolsos realizados periódicamente, pues los entrevistados no manejan esa información. Hacen estimaciones en torno a las diez devoluciones de dinero, debido a la gran cantidad de ventas que estas realizan, comparables, por ejemplo, con un supermercado entrevistado, el único lugar donde se registran veinte por turno (aun así, no se distingue si se hace por concepto de garantía legal o garantías voluntarias).

V. Conclusiones

Resulta un hecho que el derecho de reembolso en su fase extrajudicial no se manifiesta de manera uniforme, los datos obtenidos dan cuenta de que cada tienda articula de manera distinta la concurrencia de garantías y, asimismo, el protocolo de petición tanto de la garantía legal como del reembolso.

De esta manera el consumidor que ha optado por ejercer su derecho producto de su disconformidad con el bien en una compraventa de consumo no cuenta con certeza respecto de cómo hacer valer su derecho, pues no existe una uniformidad en tal sentido, y a pesar de lo asegurado en la ley, muchas veces ni siquiera tendrá la posibilidad de optar por este

remedio.

En primera instancia, como ha quedado de manifiesto en la revisión de las entrevistas, junto con la garantía legal es muy posible que concurran otras garantías o remedios ofrecidos por la tienda y, aunque existen casos en que ambas garantías coexisten de forma armónica, la experiencia recogida da cuenta de cómo las garantías convencionales finalmente limitan la garantía legal, llegando a impedir la elección del reembolso, lo que, sin duda, configura situaciones reales de desprotección.

Resolver la controversia existente en torno a que garantía debe primar al concurrir ambas, pese a desarrollarse en el ámbito judicial, pudiera otorgar claridad respecto a cuál es el alcance de la protección que la ley ha querido otorgar, y como deberá proceder en la práctica tanto el consumidor como el vendedor. En ese sentido se valoran los actuales esfuerzos realizados por los tribunales en virtud de ampliar la protección del consumidor[87], y algunos proyectos de ley como el *Boletín* n.° 12 409, en especial en lo referido a propuestas modificatorias que ponen atención en cómo resolver este problema por la vía de la modificación del inc. 9° del art. 21 de la LPC[88]. Con ese cambio el criterio para solucionar el conflicto logra ser el de la mayor protección del consumidor, que es la esencia de la legislación de consumo.

En segunda instancia, también dentro de la garantía legal se producen conflictos, se ha constatado tal falta de uniformidad en la forma de articular la elección, que en ocasiones la libre opción no es respetada, sobre todo en la medida que la tiendas constante y abiertamente potencian, y en ocasiones imponen, la elección por el cambio y, en menor medida, la reparación, relegando al reembolso a situaciones de última opción, todo esto es contrario a la configuración de la garantía legal, que no sujeta la elección de alguna de sus opciones a ninguna condición, más que la elección del consumidor.

En tercera instancia, en lo que se refiere al reembolso en particular, los datos obtenidos dan cuenta de que este varía de tal forma y en tan diferentes aspectos según las practicas definidas por las propias tiendas, que, en definitiva, el consumidor no tiene certeza de la forma en que debe solicitarlo extrajudicialmente, incluso de si puede optar o no por

[87] En particular las cuatro posturas jurisprudenciales identificadas por Alfredo Ferrante que han evitado limitar la devolución del precio debido a la rigidez de la norma. En Ferrante (2019b), p. 896 y ss.

[88] La propuesta modificatoria propone cambiar el inciso que ahora expresa: "Tratándose de bienes amparados por una garantía otorgada por el proveedor, el consumidor, antes de ejercer alguno de los derechos que le confiere el artículo 20, deberá hacerla efectiva ante quien corresponda y agotar las posibilidades que le ofrece, conforme a los términos de la póliza", cambiando la palabra 'deberá' por la palabra 'podrá'. Wilkins (2019), p. 6.

este. Es más, se pudo identificar de modo habitual la práctica, o estrategia comercial, de desincentivar el reembolso por parte de la tienda, ya sea indirectamente por medio de desincentivos visuales o de modo directo, haciendo del proceso de petición una cuestión engorrosa. E, incluso negando dicha posibilidad.

Tal nivel de control por parte de la tienda a través del establecimiento de garantías propias y de la aplicación de estrategias comerciales, termina siendo una verdadera barrera para el consumidor en el ejercicio de sus derechos, lo que es grave al tratarse de una garantía tan central en el derecho del consumidor como lo es la garantía legal.

Ante este panorama no puede olvidarse que la garantía legal y, en particular, el reembolso, miran hacia la protección al consumidor; cualquier interpretación que se haga en función del vendedor resultará forzada, pues atenderá a sus intereses y no a aquellos del consumidor, que es, en definitiva, la esencia de la normativa.

Se hace necesario un análisis y regulación más profundas y especializadas de la materia que resuelva las controversias jurídicas que pudieran indicar la forma en que debe articularse el reembolso en la fase extracontractual, a la vez que una intervención activa por parte de los organismos de protección al consumidor, que no se agoten en campañas publicitarias dirigidas a que él mismo reclame o ejerza sus derechos, sino que, dirigidas al control de las empresas vendedoras, con énfasis en la amplitud de su autorregulación, por medio de la fiscalización de los protocolos, como también del impacto de sus estrategias comerciales, de un modo tal que estas se adecuen a una protección amplia, aún más frente al actual desarrollo de nuevos tipos de comercio y la mayor complejidad en las relaciones de consumo que este conlleva[89].

Bibliografía citada

Baraona González, Jorge (2014). "La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas de código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo". *Revista Chilena de Derecho,* vol. 41, n.° 2. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000200002&lng=es&nrm=iso&tlng=es [fecha de consulta: 22 de junio de 2018].

[89] Por ejemplo, la riqueza y complejidad del análisis de las compraventas a distancia y en línea, el incremento de las negociaciones en la web y la presencia preponderante de operaciones mediante crédito de dinero, han evidenciado el carácter obsoleto de la normativa de consumo, que fuera configurada en un diferente contexto. En tal sentido véase Ferrante (2019b), p. 917.

Barrientos Camus, Francisca (2011). "Comentario. Garantía legal o derecho de opción en el ámbito del consumo. Requisitos para que opere. Compatibilidad con la garantía convencional o garantía extendida del proveedor. Corte Suprema, 23 de marzo de 2011, y Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de noviembre de 2010, rol 1700-2010". *Revista de Derecho Privado,* n.° 16. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722011000100012 [fecha de consulta: 22 de junio de 2018].

Barrientos Camus, Francisca (2013). "Una aproximación a la forma de incumplimiento que da lugar la garantía legal en las ventas reguladas en la Ley sobre protección de los derechos del consumidor". *Revista de Derecho Universidad Católica del* Norte, vol. 20, n.° 2. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200003 [fecha de consulta: 25 de junio de 2018].

Barrientos Camus, Francisca (2014). "La articulación de remedios en el sistema de la responsabilidad civil del consumo". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* vol. xlii, 1er semestre. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-68512014000100002&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 26 de junio de 2018].

Barrientos Camus, Francisca (2016). *La garantía legal.* Santiago: Thomson Reuters.

Barros Bourie, Enrique (2008a). "La responsabilidad civil como Derecho Privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al Tratado de Responsabilidad Extracontractual". *Revista Estudios Públicos,* n.º 112. Santiago.

Barros Bourie, Enrique (2008b). "Finalidad y alcance de las acciones y remedios contractuales", en Alejandro Guzmán Brito (ed.). *Estudios de Derecho Civil III.* Santiago: Abeledo Perrot-Legal Publishing.

Corral Talciani, Hernán (1999). "Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil. Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras". *Cuadernos de Extensión Jurídica,* n.° 3. Santiago.

Corral Talciani, Hernán (2006). "La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor", en Jorge Baraona González y Osvaldo Lagos Villaroel (eds.). *La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley N° 19.955 de 2004.* Santiago: Ediciones Universidad de Los Andes.

Corral Talciani, Hernán (2011a). "Relaciones entre la garantía legal y la garantía voluntaria del proveedor en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores", en Fabián Elorriaga de Bonis (coord.). *Estudios de Derecho Civil VII (Jornadas de Derecho Civil Viña del Mar 2011).* Santiago: Abeledo Perrot-Legal Publishing.

Corral Talciani, Hernán (2011b). *Responsabilidad por productos defectuosos. Análisis y propuestas para el derecho civil y el consumo en Chile.* Santiago: Abeledo Perrot-Legal Publishing.

Fenoy Picón, Nieves (2006). *El sistema de protección del comprador.* Madrid: Colegio Nacional de Registradores.

Fernández Fredes, Francisco (1998). "Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones". *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión,* vol. 1, n.° 2. Santiago.

Fernández Fredes, Francisco (2003). *Manual de derecho chileno de protección al consumidor.* Santiago: LexisNexis.

Ferrante, Alfredo (2018a). "¿El contratante a tiempo compartido es consumidor? Avance crítico sobre la definición de consumidor chileno y ámbito objetivo de aplicación de la Ley". *Revista Boliviana de Derecho,* n.° 26. Disponible en www.revista-rbd.com/articulos/2018/26/438-467.pdf [fecha de consulta: 1 de diciembre de 2019].

Ferrante, Alfredo (2018b). "El inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad Contravencional relativa a la Garantía Legal". *Revista Chilena de Derecho Privado,* n.º 30. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n30/0718-8072-rchdp-30-0241.pdf [fecha de consulta: 1 de agosto de 2018].

Ferrante, Alfredo (2018c). "Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía". *Revista de Derecho Privado,* n.º 35. Disponible en www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0123-43662018000200165&lng=en&nrm=iso&tlng=es [fecha de consulta: 1 de agosto de 2018].

Ferrante, Alfredo (2019a). "Consideraciones críticas sobre la resolución del contrato de venta de consumo frente a la disconformidad material en el derecho chileno", en Manuel Barria, José Luis Diez, Iñigo De la Maza, Rodrigo Momberg, Gonzalo Montory y Álvaro Vidal (dirs. y coords.). *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo.* Concepción: Thomson Reuters Legal Publishing Chile.

Ferrante, Alfredo (2019b). "La jerarquía de remedios en la compraventa de consumo a partir de sus límites civiles y tributarios". *Revista Chilena de Derecho,* vol. 46, n.° 3. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372019000300893 [fecha de consulta: 25 de abril de 2020].

Fuentes Weber, Melisa (2012). "El derecho de opción de la garantía legal en la Ley número 19.496". *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídica,* año i, n.° 1. Disponible en https://doctrina.vlex.cl/vid/derecho-opcion-garantia-legal-ley-19-426578050 [fecha de consulta: 15 de julio de 2018].

Isler Soto, Erika (2014). "Comentario de sentencia sobre el régimen de garantías derivado de la Ley N° 19.496". *Ius et Praxis,* vol. 20, n.° 2. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n2/art18.pdf [fecha de consulta: 15 de julio de 2018].

Jara Amigo, Rony (1999). "Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones", en Hernán Corral Talciani. *Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras.* Santiago: Ediciones Universidad de los Andes.

Manque Tapia, Carlos (2006). *Derecho del consumidor: responsabilidad civil por productos defectuosos en la Ley N °19.496 modificada por la Ley N°19.555) frente a una adecuada protección de los consumidores.* Santiago: Editorial Librolex.

Marinakis Contreras, Francisca (2015). *La garantía legal en la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores: su relación con las garantías voluntarias y la responsabilidad civil derivada de su incumplimiento.* Memoria de para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Universidad de Chile. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/136232/La-garant%EDa-legal-en-la-Ley-no.-19.496-sobre-protecci%F3n-de-los-derechos-de-los-consumidores.pdf?sequence=1 [fecha de consulta: 5 de julio de 2018].

Peñailillo Arévalo, Daniel (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

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,* vol. xxxi, 2º semestre. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n31/a05.pdf [fecha de consulta: 16 de julio de 2018].

Rodríguez Grez (2015). *Derecho del consumidor. Estudio crítico.* Santiago: Thomson Reuters.

Sandoval López, Ricardo (2009). *La protección del consumidor y la libre competencia. Manual de Derecho Comercial.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo i, vol. 1. 7a.

Vidal Olivares, Álvaro (2009). "La noción de incumplimiento esencial en el código civil". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xxxii. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n32/a06.pdf [fecha de consulta: 20 de julio de 2018].

Jurisprudencia citada

Briones Moreno con Automotores Gildemeister S.A. (2013): Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de noviembre de 2013. Ing. 206-2013, cita en línea: CL/JUR/2542/2013.

Franzani con Giuseppe Ltda. (2004): Corte de Apelaciones de Talca, 2 de enero de 2008, rol n.º 66246-2004. Abeledo Perrot-Legal Publishing, n°38139.

Irarrázaval con Antofagasta Store Co. S.A. Ripley (2008): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 4 de julio de 2008, rol n.º 39-2008. Abeledo Perrot-Legal Publishing n.° 38750.

Mella con Dunn F. y Dunn y García Ltda. (2006): Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2006, rol n.° 8190-2003. Disponible en www.pjud.cl [fecha de consulta: 11 de septiembre de 2018].

Muñoz con Óptica Máster (2008): Corte de Apelaciones de Concepción, 11 de agosto de 2008, rol n.° 606-2008. Disponible en www.pjud.cl [fecha de consulta: 28 de agosto de 2018].

Roth con Sociedad Rip Chile S.A. (2010): 2° Juzgado de Policía Local de Viña del Mar, 23 de septiembre de 2010, rol 3102-10. Disponible en www.sernac.cl/proteccion-al-consumidor/registro-sentencias/buscador-historico/ [fecha de consulta: 29 de agosto de 2018].

Scheihing con París (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de noviembre de 2010, rol n.° 1700-2010. Disponible en www.pjud.cl [fecha de consulta: 20 de julio de 2018].

Scheihing con París (2011): Corte Suprema, 23 de marzo de 2011, rol n.° 9357-2010. Disponible en www.pjud.cl [fecha de consulta: 20 de julio de 2018].

Sernac con Almacenes París Comercial S.A. (2006): Juzgado de Policía Local de Huechuraba, 27 de junio de 2006, rol 72.622-Q-2005. Disponible en www.sernac.cl/proteccion-al-consumidor/registro-sentencias/buscador-historico/ [fecha de consulta: 28 de agosto de 2018].

Sernac con La Polar S.A. (2017): Corte Suprema, 31 de octubre 2017, rol 33.707-17. Disponible en http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/ [fecha de consulta 11 de septiembre de 2018].

Sernac con Todo Piel S.A. (2011): Juzgado de Policía Local de Temuco, 29 de abril de 2011, rol 8847-M. Disponible en www.sernac.cl/proteccion-al-consumidor/registro-sentencias/buscador-historico/ [fecha de consulta: 29 de agosto de 2018].

Vera con Forus S.A. (2010): 1er Juzgado de Policía Local de Valdivia, 9 de junio de 2010, rol 3084-2010. Disponible en www.sernac.cl/proteccion-al-consumidor/registro-sentencias/buscador-historico/ [fecha de consulta: 29 agosto de 2018].

Walker con supermercado de muebles y colchones Speisky y Compañía Ltda. (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de diciembre de 2007, rol n.º 6273-2007. Disponible en www.pjud.cl [fecha de consulta: 20 de julio de 2018].

Normas citadas

Código Civil de la República de Chile.

Ley n.º 19496, Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 7 de marzo de 1997.

Documentos electrónicos citados

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (1998). *Historia de la Ley* n.°19496. Primer trámite constitucional, "Mensaje del Ejecutivo". Disponible en www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/619/1/HL19496.pdf [fecha consulta: 25 de junio de 2018].

GeoResearch (2014) Flujograma de visitas *malls*. Disponible en www.tecnomercadoretail.cl/plaza-vespucio-y-costanera-center-son-los-malls-con-mayor-flujo-

de-visitas/ [fecha consulta: 30 de junio de 2018].

Sernac (2012). Guía de alcances jurídicos Ley N° 19.496. Disponible en www.sernac.cl/wp-content/uploads/2012/12/guia-de-alcances-juridicos-para-ejercer-la-garantia-legal-sernac.pdf [fecha de consulta: 11 abril de 2018 - 26 de junio de 2018].

Sernac (2017a). Comportamiento de respuesta grandes tiendas comerciales con reclamos en el Sernac. Disponible en www.sernac.cl/wp-content/uploads/2017/05/Ranking-Grandes-Tiendas-Comerciales-2017_12.05.2017.pdf [fecha de consulta: 11 de abril de 2018] y en www.SERNAC.cl/wp-content/uploads/2017/05/2017.05.12-Comportamiento-grandes-tiendas-comerciales-FINAL-EDITADA-POR-DN.pdf [fecha de consulta: 15 de junio de 2018].

Sernac (2017b). Si el regalo del Viejito Pascuero presenta fallas, los consumidores tienen derecho a la garantía legal. Disponible en www.SERNAC.cl/regalo-viejito-pascuero-presenta-fallas-consumidores-derecho-garantia-legal-navidad/ [fecha de consulta: 27 de julio de 2018].

Sernac (2019). Circular interpretativa de la Ley n.º 21081. Disponible en https://sernac.cl/postal/617/articles-9203_archivo_01.pdf [fecha de consulta: 11 de noviembre de 2019].

SII (2018). *Diccionario básico tributario contable*. Disponible en www.sii.cl/diccionario_tributario/dicc_n.htm [fecha de consulta: 21 de agosto de 2018].

Transbank (2018). Medios de pago soluciones y servicios. Disponible en www.transbank.cl/web/productos-y-servicios/soluciones-medios-de-pago [fecha de consulta: 15 de junio de 2018].

Universidad Alberto Hurtado (2018). Directrices sobre el consentimiento informado. Disponible en www.uahurtado.cl/universidad/sobre-el-consentimiento-informado/ [fecha de consulta: 11 de abril de 2018].

Wilkins Binder, James (2019). "Garantía legal del consumidor. Marco regulatorio vigente y ejemplos en la legislación extranjera". Asesoría Técnica Parlamentaria. Disponible en /www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27235/1/PL_Proteccion_Consumidor__GARANTIA__Comparado.pdf [fecha de consulta: 20 de abril de 2020].

Sigla y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
CC	*Código Civil*
Co.	Company
cons.	considerando
coord.	coordinador

coords.	coordinadores
dirs.	directores
DL	decreto ley
ed.	editor
eds.	editores
f.	Figura
Fondecyt	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
http	Hypertext Transfer Protocol
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
Ibid.	*Ibidem*
inc.	inciso
IVA	Impuesto al valor agregado
LPC	Ley n.º 19496 de Protección de los Derechos de los Consumidores
Ltda.	limitada
n.º *a veces* Nº	número
p.	página
pp.	páginas
S.A.	sociedad anónima
Sernac	Servicio Nacional del Consumidor
SII	Servicio de Impuestos Internos
ss.	siguientes
vol.	volumen
www.	World Wide Web

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 163-204 [julio 2020]

EL PROPÓSITO PERSUASIVO DE LA PUBLICIDAD Y SUS PELIGROS EN EL ÁMBITO DEL CRÉDITO AL CONSUMO

THE PERSUASIVE PURPOSE OF ADVERTISING AND ITS DANGERS WITH REGARDS TO CONSUMER CREDIT

Juan Luis Goldenberg Serrano*

Resumen

Las decisiones de los consumidores responden a estímulos. Estos pueden ser condicionados por medio de una variedad de herramientas y, conforme a ellas, alterar los gustos y preferencias. El escaso tratamiento de los ordenamientos de consumo sobre esta materia, usualmente centrados en los estándares de claridad y veracidad de la publicidad, desatienden que esta puede persuadir al consumidor a tomar decisiones subóptimas. En la órbita del crédito al consumo, ello puede comprobarse si se observa el énfasis dado por el legislador a la transmisión de un cierto contenido informativo en la publicidad (dado por el costo financiero de la operación), pero que, carente de una regulación que atienda a los problemas derivados de la racionalidad imperfecta de los individuos, constituye una herramienta tutelar insuficiente. La tendencia a destacar los elementos positivos del consumo, desplazando los que envuelven algún grado de sacrificio, alientan a las personas a buscar financiamiento para consumos innecesarios o en condiciones que pueden resultarle perjudiciales, derivando, en los casos más extremos, en situaciones de sobreendeudamiento.

Palabras clave: publicidad; información; persuasión; crédito al consumo; sobreendeudamiento.

* Profesor asociado del Departamento de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Dirección postal: Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago. Correo electrónico: jgoldenb@uc.cl. Este trabajo se inscribe en el proyecto Fondecyt regular n.º 1180329. Artículo recibido el 26 de febrero de 2020 y aceptado para su publicación el 12 de mayo de 2020.

Abstract

Consumers decisions respond to stimuli. These can be conditioned by a variety of tools and, pursuant to them, alter tastes and preferences. The poor attention of consumer law on this subject, usually focused on the standards of clarity and truthfulness of advertising, neglect that consumers may be persuaded to make sub-optimal decisions. In the context of consumer credits, this can be proved observing the emphasis given by the law to the transmission of certain informational content in advertising (*v.gr.*, the financial cost of the operation), but that, absent of a regulation that considers the problems derived from the individuals' bounded rationality, the protective tool seems insufficient. The tendency to highlight the positive elements of consumption, displacing those that involve some degree of sacrifice, stimulate people to seek the financing for unnecessary consumption or in conditions that might be harmful, leading -in the most extreme situations- to over-indebtedness.

Keywords: advertising; information; persuasion; consumer credit; over-indebtedness.

"In regard to propaganda the early advocates
of universal literacy and a free press envisaged
only two possibilities: the propaganda might be true,
or the propaganda might be false. They did not foresee
what in fact has happened, above all in our Western
capitalist democracies - the development
of a vast mass communications industry,
concerned in the main neither with the true
nor the false, but with the unreal, the more or less totally irrelevant.
In a word, they failed to take into account man's
almost infinite appetite for distractions".

Aldous Huxley, *Brave New World revisited.*

I. Introducción

Mediante una aproximación teórica, el estudio del "comportamiento del consumidor" (*consumer behaviour*) alude al proceso por el que un individuo o un grupo elige, compra, usa o dispone productos y servicios para satisfacer sus deseos y necesidades. En esta dimensión se reconoce que los consumidores son actores relevantes en el enorme escenario que supone el mercado. Sus roles se multiplican en ideas como las del adquirente, usuario y, de modo más reciente, influyente (*influencer*), etc.[1], que, por

[1] Solomon (1996), pp. 7-9.

cierto, generan una variedad de impulsos en la economía bajo el modelo de la "soberanía del consumidor" (*consumer sovereignity*)[2]. Hoy por hoy, estos impulsos no son siempre reflejo de decisiones puramente individuales, sino que responden a comportamientos grupales o estamentales. A su vez, ellos derivan de los mecanismos de *marketing* y de publicidad que nos acompañan de forma cada vez más permanente, en especial, en razón de nuestra interacción con una amplia variedad de plataformas digitales.

Resulta necesario observar la manera en que se evalúa *a priori* la participación del consumidor en el mercado y la forma en la que el legislador la advierte, reconoce y regula. Se observan varios mecanismos que median entre la protección paternalista y el reconocimiento de la autonomía del sujeto, de algún modo coordinados para el correcto funcionamiento del modelo económico subyacente. La cuestión central se encuentra en la formulación de un cierto estándar que explique los contornos de un sistema tutelar. Como veremos, en el ordenamiento chileno este se estructura a través de las nociones del individuo y de la elección racional, que se erigen como piezas de soporte de una economía de mercado cuyos alcances se diseñan ya a partir del orden público económico en la Constitución Política. Para estos efectos, el modelo del "individuo racional" se sustenta en ciertas premisas necesarias para comprender la forma en la que se llevaría a cabo el proceso de adopción de sus decisiones. Ellas incluyen el conocimiento del problema; el establecimiento de un completo orden de preferencias; la habilidad de optimización, sin importar las dificultades que entraña el cálculo del curso de acción óptimo, y la indiferencia ante alternativas idénticas[3]. Por su parte, el modelo general de la "elección racional" supone que el consumidor tiene preferencias transitivas (esto es, ordenadas de modo lógico) y que busca maximizar las utilidades que se derivan de ellas, sujeto a varias restricciones tales como ingresos, tiempo, recursos y otras variables relevantes[4].

Ya en el ámbito del derecho del consumo, a partir de la conjunción de ambos elementos sostenemos lo siguiente: los consumidores serían capaces de juzgar de forma adecuada la contribución efectiva que los bienes y servicios que le son ofrecidos tendrían en la satisfacción de sus necesidades y deseos, en la medida en que tengan un conocimiento previo de sus atributos fácticos relevantes[5]. De ahí que se argumente que es indispensable asegurar la dotación de información clara, oportuna y veraz, como mecanismo para salvar los problemas derivados de las asimetrías informativas, permitiendo

[2] Kerber *et al.* (2001), p. 54.
[3] Rubinstein (1998), p. 9.
[4] Ulen (2001), p. 106.
[5] Kerber *et al.* (2001), p. 55.

el actuar racional que supone el modelo. Avanzando algo más, se advierte que los consumidores estarían frente a un supuesto de ignorancia racional, derivado precisamente de dichas asimetrías[6]. En términos económicos, ello se justifica por los costos y por los beneficios marginales que se presentan con motivo de la obtención y procesamiento de la mentada información[7]. Para solucionar esta falla de mercado, la utilización de los deberes de información (a diferencia de normativa sustantiva) se presenta como

> "el tipo de regulación más compatible con una economía de mercado en cuanto ella interfiere en menor grado a la libertad y la competencia de las empresas en el mercado"[8],

considerando, asimismo, que esa información puede ser obtenida desde fases muy previas a la contratación, como las que implica la publicidad ofrecida por parte de los proveedores.

En términos generales, este modelo concluye que los problemas prácticos derivados de la información solo provendrían de sus propios defectos como, por ejemplo, su falsedad o falta de claridad u oportunidad. Ello justificaría el foco de atención en estos puntos por parte del diseño tutelar ofrecido por la legislación, y no en los matices y alcances que supone poner en el centro del problema la racionalidad del sujeto destinatario[9]. Para estos efectos, se utiliza la idea de la "racionalidad procedimental", asegurando la idoneidad en la forma de transmisión del mensaje a un sujeto ideal caracterizado como "consumidor medio"[10], mas no la "racionalidad sustantiva"[11], que pretende garantizar su real ajuste al afán maximizador del bienestar individual.

[6] Kirchner (2001), p. 168.
[7] Wein (2001), p. 81; Ramsay (2005), p. 51.
[8] Hopt (2001), p. 249.
[9] Ulen (2001), p. 105.
[10] En nuestro entorno, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha identificado al consumidor medio como "un consumidor razonablemente informado, atento y perspicaz", valorándolo en torno a parámetros de "tiempo, de conocimiento y de medios" para apreciar la información recibida, en este caso, vía publicidad (sentencia de 8 de septiembre de 2010, causa C-151-2008, caratulada Comercial Arauco Ltda. con Distribución y Servicio D y S S.A. e Hipermercado Valdivia Ltda., disponible en Westlaw). Concepto que toma como fuente la aproximación europea, como se deduce de la lectura del cons. 18 de la directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que le define como "razonablemente bien informado y razonablemente atento y perspicaz". Para un análisis más detallado sobre este concepto y su particularización en la órbita del consumo, Goldenberg (2020), pp. 5-6.
[11] Rubinstein (1998), pp. 21-22.

En efecto, los estándares que el legislador utiliza para asegurar la racionalidad de la conducta del sujeto asumen que ella es el resultado de una deliberación apropiada. El problema se presenta porque la forma en la que estos estándares son fijados por el ordenamiento jurídico no parece suficiente en el contexto de la racionalidad imperfecta (*bounded rationality*), alusiva a las limitaciones de las capacidades de percepción, cómputo, comprensión, memoria, etc., de los individuos[12]. De ahí que las críticas a esta formulación provengan de los estudios de la economía conductual, que argumentan que su principal falla se encuentra en las limitaciones o imperfecciones de la mentada racionalidad sustantiva[13]. Asumiendo que existe una escasez cognitiva (*cognitive scarcity*) y un costo de deliberación (*deliberative cost*), el estudio del proceso por medio del cual se toman las decisiones se hace imperativo[14]. Así, aunque sea discutible que estos estudios justifiquen *per se* un viraje hacia un modelo de intervención legislativa más paternalista, al menos sugieren alguna revisión del paradigma subyacente si es que se quiere reflexionar sobre la utilidad y eficiencia del sistema de resguardo hoy en vigor[15].

La teoría de la economía conductual aplicada a la contratación del consumo supone que las decisiones de compra y uso por parte de los consumidores suelen estar afectadas por percepciones erróneas (*misperceptions*). Pero también se constata que los proveedores, en conocimiento de su ocurrencia, cuentan con incentivos suficientes para diseñar sus productos, contratos y precios conforme a ellas[16]. La sola existencia de costos de deliberación hace suponer que estos se encuentran influenciados por su contexto, porque resulta improbable que el sujeto pondere todos los elementos relevantes de cada uno de los productos y servicios que le son ofrecidos[17]. En consecuencia, en la medida en la que dicho contexto puede ser de alguna manera condicionado, existen riesgos de que el consumidor pueda ser persuadido a tomar decisiones subóptimas, o, en el extremo, perjudiciales para su bienestar. En principio, esta problemática no solo se presentaría al tiempo de la redacción del contrato, sino que puede asumirse que también se anticipa desde el primer punto de contacto entre proveedores y consumidores, como ocurre por medio de la publicidad. En esta materia ahora enfocamos nuestro análisis.

Para estos efectos, seguiremos la siguiente ruta: en primer término, referiremos los supuestos económicos sobre los que se estructura nuestra

[12] Luth (2010), p. 48.
[13] Ramsay (2005), pp. 51-52.
[14] Pingle (2006), p. 341.
[15] Luth *et al.* (2010), p. 242.
[16] Bar-Gill (2012), pp. 7-8.
[17] Pingle (2006), p. 341.

normativa de consumo, al tratar en especial de las necesidades de información por parte del consumidor financiero. Luego, destacaremos la forma en la que se tiende a presentar el mensaje publicitario en el contexto de los productos y servicios financieros (en particular, el crédito al consumo)[18], advirtiendo las razones por las cuales se acude a la invisibilización del estigmatizado concepto de "deuda". Conforme a ello, analizaremos el alcance informativo de la publicidad para evidenciar el paradigma utilizado por nuestra legislación de consumo, en que el foco se encuentra puesto en estándares de claridad y veracidad que permitan al consumidor medio (un ser racional) una decisión óptima desde el punto de vista económico. Y, por último, argumentaremos cómo esta aproximación es insuficiente para dar completa protección al consumidor financiero si no abarca las estrategias de la mercadotecnia que, reconociendo las limitaciones de la racionalidad de los consumidores (*bounded rationality*), destacan los elementos de persuasión para que el consumidor desatienda las consecuencias financieras de su decisión de consumo (y de endeudamiento para su realización).

II. El mito del "prestatario racional"

Sin perjuicio de la amplitud del problema relativo a la forma en la que los individuos adoptan sus decisiones de consumo, en este artículo nos centraremos en lo que se refiere a la publicidad del crédito al consumo, en los que la construcción general del modelo, como señalan Susan Block-Lieb y Edward Janger, configura el "mito del prestatario racional"[19].

[18] Una advertencia adicional es que no utilizaremos el sintagma "crédito de consumo", sino "crédito al consumo", puesto que la primera referencia nos parece imprecisa e incorrecta. Imprecisa porque podría evocar la idea de "préstamo de consumo", como sinónimo de mutuo (art. 2196 del *CC*), cuando no nos estamos refiriendo a todos los supuesto de "contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad", sino únicamente de aquellas operaciones destinadas a financiar el consumo particular. Incorrecta, porque el crédito no puede consumirse, de forma tal que la alusión al consumo no se refiere a la naturaleza del crédito sino a su finalidad. Por ello, nos parece impropia la definición dada por el artículo del decreto n.° 43, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 13 de julio de 2012, que aprueba el reglamento sobre información al consumidor de créditos de consumo, que lo define como: "el producto financiero en virtud del cual una parte denominada proveedor, entrega o se obliga a entregar una cantidad cierta de dinero a otra parte denominada consumidor, que se obliga a pagarla en un determinado plazo o número de cuotas, incluyendo la suma de dinero que resulte de la aplicación de una tasa de interés determinada al momento de su contratación" (art. 3°, núm. 1).

[19] Block-Lieb & Janger (2016) *passim*. Dado que en inglés se denomina *myth of the rational borrower*, hemos referido utilizar el concepto técnico de 'prestatario' y no de 'deudor', dado que, como veremos, este último tiene su propia valoración lingüística.

Basado en la lógica del *homo economicus*, este modelo supone que el consumidor elegirá la operación crediticia que maximice su utilidad entre los diversos contratos que se encuentran disponibles para él en el mercado, minimizando los costos financieros de la operación[20]. Este paradigma del consumidor financiero racional supone que este puede efectuar una correcta ponderación entre la tasa de interés y demás costos que están envueltos en el financiamiento del consumo, por una parte, y las variables agregadas de su propio consumo y ahorro, por la otra.

De esta forma, el consumidor puede tomar una decisión efectuando una comparación de su propia situación en dos momentos: el primero, en el que simplemente obtiene el bien y servicio sin un pago efectivo (o solo mediante el pago de una porción del precio) y, el segundo, en el que se utilizarán las rentas que se vayan devengando a su favor para el cumplimiento de la deuda en el plazo convenido. De lo anterior se obtiene que, siguiendo la explicación de un modelo centrado en la dotación de información y en el alivio de las asimetrías informativas, las variables respecto a las que el consumidor requiere ser instruido para la decisión racional solo se encuentran vinculadas con los costos del endeudamiento. Los demás elementos, esto es, sus ingresos y sus preferencias, son endógenos a la operación y, en consecuencia, solo conocidos (o reconocidos) por el propio deudor. Así también, siendo ajenos a los factores que se tomarían en consideración para verificar la racionalidad económica del sujeto, no se justificaría una regulación sobre estos aspectos dado que ellos son aspectos del todo extraños al proceso decisorio.

Por supuesto, lo anterior también supone que el consumidor estaría dotado de ciertos conocimientos financieros previos, en línea con la información recibida, de manera que, incluso en las etapas en las que está siendo incitado al consumo (en especial, por medio de la publicidad) ya puede colegir de forma razonable las consecuencias económicas y jurídicas de su eventual decisión. De ahí que esta visión suponga también una minusvaloración de los costos no financieros, como aquellos que suponen la efectiva comprensión de los términos y condiciones ofrecidos, o la facilidad que tendría el consumidor para comparar diversas alternativas, sean o no ofertadas por la misma institución crediticia. En el extremo, lo anterior implica desconocer el costo de oportunidad en la adopción de la decisión de contratación del crédito[21], suponiendo que la información recibida es suficiente y que, siendo fácilmente obtenida de parte de los proveedores, la comparación es un ejercicio simple, carente de mayores esfuerzos en términos de valor y tiempo (*search costs*).

[20] Bos, Paynes & Skiba (2018), p. 102.

[21] *Op. cit.*, p. 104.

Pero esta formulación no parece lo suficientemente ajustada a la realidad como para encausar toda la regulación requerida para dar adecuada tutela al consumidor. Ello, no solo en el ámbito general del consumo, sino, en específico, en el contexto del consumo financiero[22]. Por de pronto, esta noción elude la construcción misma del crédito al consumo como una herramienta que obliga a la persona a tomar una doble decisión al unísono (consumo y financiamiento del consumo) y que, en la dilación del pago, puede verse expuesto a los riesgos propios de la vida que podrían limitar su posibilidad de cumplimiento (enfermedad, divorcio, cesantía, etc.)[23]. Supone un comportamiento puramente racional basado, de nuevo, en la información que se obtiene respecto a los términos y condiciones del préstamo y no de todos los riesgos que rodean la operación. De este modo, al tiempo en que la persona física utiliza el crédito como mecanismo para la adquisición de bienes y servicios, estaría realizando una proyección de sus ingresos futuros para la satisfacción de la deuda, a pesar de su inestabilidad y afectación por razones de sobreoptimismo o descuento hiperbólico[24]. El no uso del capital disponible, por medio del recurso a sus ahorros o a sus ingresos actuales, se justificarían por su ausencia o por su insuficiencia, circunstancias que no atenúan la búsqueda de pronta satisfacción de aquello que aprecia como necesidad inminente, sea de orden natural, sea creada por el entorno social, sin lograr advertir todas las vicisitudes que podrán presentarse en relación con los ingresos indispensables para su reembolso.

El riesgo, como grafica Randy Martin, se ha vuelto parte de nuestra rutina diaria[25]. El consumidor podrá proyectar que sus ingresos futuros (a sus ojos, bastante estables) serán suficientes para el cumplimiento de sus obligaciones, pero, si no lo son, ello es parte de la vida misma, sin que tal constatación implique que deba privarse del acceso a bienes y servicios que, de otro modo, le serían difícilmente alcanzables. A diferencia de lo que ocurre en el financiamiento empresarial, en que el recurso externo del crédito presenta una cierta fisonomía por las decisiones de apalancamiento o de la deducción de los intereses de su renta para fines de impuestos, en la persona natural tal decisión suele estar desprovista de bases de una planificación completa, cierta y estructurada. Y el riesgo de incumplimiento o de insolvencia, si acaso es reconocido, tiende a ser desestimado en la decisión del endeudamiento del prestatario, también porque dicho riesgo es minusvalorado y muy poco alertado por parte de quien está dispuesto a conceder el crédito[26].

[22] Bar-Gill y Warren (2008), p. 7.

[23] Goldenberg (2017), p. 80.

[24] *Op. cit.*, pp. 73 y 78-82.

[25] Martin (2002), p. 106.

[26] Aclaramos que con la alusión al riesgo, no nos referimos solo a la pérdida patrimonial que se deduce de la regla de responsabilidad que, en nuestro sistema, se estructura en torno al art. 2465 del *CC*, sino a todas las consecuencias ocasionadas por la pérdida de la estabilidad económica, incluyendo múltiples aspectos de sanidad mental, derivados de la usual ruptura de vínculos afectivos y familiares. Ya nos indican Bar-Gill & Warren (2008), pp. 3-4, que, a diferencia de otros productos tangibles, en los que la regulación relativa a la seguridad en el consumo es cada vez más extensa, no ocurre lo mismo en la órbita de los productos y servicios financieros. Lo anterior sin perjuicio de concluir que "el daño financiero no es igual al físico, pero puede ser igualmente doloroso" (traducción del autor). En este punto, la problemática se encuentra en que el modelo tradicional de la elección racional asume también que los individuos pueden adquirir y ponderar la información sobre los riesgos y las posibles consecuencias (incluso negativas) de sus decisiones, Luth (2010), p. 15, de lo que se puede concluir que, si el ordenamiento jurídico no pone énfasis en estos puntos, es porque está suponiendo capacidades globales para reconocer los efectos nocivos de la morosidad y el sobreendeudamiento.

Por ello, toda esta construcción parece sujeta a legítimas críticas, en que la misma entrega de información puede constituir una paradoja regulatoria[27]. El tratamiento normativo relativo a la forma en que se debe otorgar dicha información y su contenido se ha presentado de manera variable (y muchas veces reactiva a las respuestas del mercado), conformándose en un entorno que Iain Ramsay califica como de adaptación y experimentación[28]. Aquí, el centro de atención está en las intervenciones procedimentales, en que se pretende regular la forma en la que las partes se comunican e interactúan[29], sin incidir de modo directo en el contenido del mensaje. Los ordenamientos tienden a reformarse de forma continua, de manera de lograr mecanismos mediante los cuales la información pueda ser utilizada para asegurar el bienestar individual y colectivo, pero, al hacerlo, vuelven a la formulación general del "consumidor medio", ignorando que, en el ámbito de contrataciones más complejas, este se mantiene en posición de vulnerabilidad.

Al efecto, nos interesa revisar la forma en la que la Ley n.° 19496, de 1997, y su regulación secundaria, abordan el problema de la decisión del consumidor financiero desde el mentado paradigma de la información y de qué manera ella se reconduce a la esfera de la publicidad y el *marketing*. Nos parece relevante advertir cómo esta formulación se presenta como insuficiente para modelar una actitud racional del sujeto en el ámbito del ofrecimiento de créditos al consumo y cómo de ello son esperables ciertos resultados desfavorables, como la morosidad y el sobreendeudamiento.

[27] De la Maza (2015a), *passim*.

[28] Ramsay (2005), p. 49.

[29] Luth (2010), p. 35.

III. La invisibilidad de la deuda en el lenguaje publicitario: del estigma cultural a la incitación al consumo financiado

Los mecanismos lingüísticos de la publicidad proporcionan claras nociones sobre la invisibilidad conceptual de la "deuda". Como señala Stephen Lea *et al.*, en el lenguaje habitual, la deuda se configura como algo negativo, casi ilegítimo o, al menos, poco prudente y, como tal, solo se construye socialmente como concepto y se hace patente en escenarios negativos de incumplimiento, morosidad e insolvencia[30]. En consecuencia, se expresa desde las ideas de la falta a la palabra empeñada, del fracaso y de la decepción, con alusiones negativas conducentes a su estigmatización[31]. De este modo, en especial por el recurso a la tarjeta de crédito, al uso de las líneas de crédito o a los avances en efectivo, la población no asume que tiene la calidad de "deudor", aunque lo sea desde un punto de vista jurídico, sino hasta el momento en que se produce su vencimiento. Momento fugaz si, a tal fecha, satisface la obligación de modo íntegro, o más o menos prologado, si, al contrario, se produce el impago y la aplicación de la correspondiente tasa de interés moratoria.

Por su parte, la noción de "crédito" se plantea en la vereda opuesta, de manera que quien tiene acceso a la hipoteca (y, por tanto, al financiamiento para la adquisición de la vivienda) o al uso de la tarjeta de crédito (y, por tanto, al financiamiento para la adquisición de toda clase de bienes o para la prestación de toda suerte de servicios) aprecia tal disposición como algo particularmente positivo y legítimo. El crédito está ligado a connotaciones placenteras, incluso desde la perspectiva del deudor, en tanto coopera con la satisfacción inmediata de la necesidad, se funda en la confianza (en el *credere*) depositada por el acreedor en sus capacidades de pago. Se propone, entonces, como una suerte de validación económica y social[32], permitiendo que la persona se sienta

> "invitada a participar en una abstracción mayor, como es la economía, introduciendo un nuevo conjunto de señales que nos indican cómo debe vivirse la vida y para qué sirve"[33].

No obstante, en tiempos más pretéritos, el recurso mismo al crédito era visto como una actividad despreciable, de modo que los prestamistas eran deslegitimados socialmente y se erigían como sujetos ajenos al grupo

[30] Lea *et al.* (2012), pp. 153-154.
[31] Sullivan (2012), p. 48.
[32] *Op. cit.*, p. 51.
[33] Martin (2002), p. 17.

social[34]. Solo el movimiento fisiocrático de fines del siglo xviii, trasladado luego a los discursos de Anne Robert J. Turgot y Jeremy Bentham, provocó una visión más benigna hacia el endeudamiento, no en razón de su origen, sino de lo que este permite conseguir. Por ello, este tránsito lingüístico favorable es más reciente y propio de las estructuras capitalistas y, en particular, vinculado al desarrollo de actividades empresariales. El crédito, aun sujeto a la lógica del préstamo con intereses, es estimado como un medio adecuado para el fortalecimiento de la agricultura, y, luego, de la industria, configurándose como un elemento central en el desarrollo de los mercados financieros del siglo xix. Pero el tránsito hasta la aprobación social del endeudamiento "de consumo" tardó bastante más en llegar. En Estados Unidos, solo a mediados del siglo pasado, se empieza a aceptar que el endeudamiento era un medio legítimo para "financiar el sueño americano"[35]. Como explica Daniel Bell, en línea de lo que venimos expresando, ello se logró por medio del ingenioso truco de reemplazar en la mente popular el concepto de "deuda de consumo" (*consumer debt*), por el de "crédito para el consumo" (*consumer credit*)[36], de modo que quitar cualquier estigma al comportamiento de quien preveía y quien requería del crédito para financiar los costos de vida. El impulso final se dio con la mano de la liberalización de la banca a partir de 1970, y, en especial, con el surgimiento de las tarjetas de crédito[37], hasta el reconocimiento del crédito como el "lubricante de la vida económica", como se le identificó en el texto inicial de la directiva de 2008 sobre crédito al consumo[38].

Tanto en el contexto publicitario como en la construcción del lenguaje habitual, el método de motivación exalta la posibilidad de obtención del crédito, destacando un estatus de confianza en lugar de dar cuenta de la existencia de una obligación en su fase pasiva. En otras palabras, no parece conveniente incitar la contratación de un determinado producto financiero mediante un *¡endéudese!*, sino por medio de un *¡obtenga su crédito!*, a pesar de que, en términos jurídicos, la referencia parezca impropia si se observa desde la perspectiva del deudor, como sujeto pasivo[39].

[34] Sullivan (2012), p. 49.
[35] Calder (1999), p. 27.
[36] Bell (1976), p. 69.
[37] Goldenberg (2017), pp. 55-59.
[38] Sección 1.2 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores (2002/C 331 E/39), de 11 de septiembre de 2002.
[39] Aunque ello sea validado por el propio legislador, por ejemplo, cuando en la Ley n.° 19496 se refiere al "acceso al crédito" (art. 3°, inciso segundo) o la "obtención del crédito" (art. 17D, inciso octavo), entre otros.

Pero como el dinero que se obtiene de la operación de crédito no conforma un valor en sí mismo, sino en la medida en la que puede ser utilizado para la adquisición de otros bienes y servicios, resulta claro que la incitación a la contratación de esta clase de productos y servicios financieros se endereza a la identificación de aquello que se lograría comprar con ese mayor poder adquisitivo. Con ello, se observa que la publicidad de esta clase de productos financieros no se extiende mayormente en sus términos y condiciones financieras (con las excepciones que se verán, producto de reformas legales) ni, menos aún, a los riesgos a los cuales el deudor puede verse expuesto como consecuencia de la contratación, sino en una imagen positiva de los resultados del consumo. Al decir de Iain Ramsay, "los consumidores adquieren signos e imágenes y construyen estímulos de vida con signos asociados a ciertos productos"[40], de manera que la publicidad de esta clase de productos financieros se centra en destacar las bondades del "consumo de ostentación", más que el "consumo por necesidad". De nuevo, es poco probable que el mensaje publicitario indique *endéudese para vivir*, pero no tiene problemas en expresar *adquiera su próximo teléfono móvil en veinticuatro cuotas.*

Como explica Mark Paterson, este consumo posicional define grupos sociales y los distingue de otros por medio del uso de uno u otro producto y, en consecuencia, observa en él un valor más simbólico. Este es el que tiende a ser fortalecido por medio de la publicidad[41]. Así, en los mensajes publicitarios no vemos imágenes de la persona sonriendo al comprobar su saldo en su cuenta (en especial, al acercarse el fin de mes), ni saliendo del banco con un maletín con dinero en efectivo una vez obtenido el financiamiento. Al contrario, son bastante más usuales las que la muestran disfrutando de vacaciones en lugares paradisiacos, conduciendo un automóvil del año, renovando la casa con las últimas tendencias en diseño, adquiriendo el teléfono celular con prestaciones más avanzadas, etcétera[42].

La deuda, por tanto, es la gran ausente y se encuentra contextual y sensorialmente invisibilizada en esta clase de publicidad. La idea de la financialización de la vida diaria, como propone Randy Martin, parte de una premisa: *suddenly, finance is fun* (de pronto, las finanzas son entretenidas),

[40] Ramsay (1996), p. 13 (traducción propia).

[41] Paterson (2012), pp. 43-47.

[42] Para evidenciar lo anterior, vale la pena ejemplificar mediante la publicidad asociada a las tarjetas de crédito. En ella podemos observar dos elementos relevantes: por una parte, la imagen de clases sociales más altas, incitando a la emulación por el resto de la población; por la otra, la estratificación conseguida por la membresía a otros servicios particulares, ligados a conceptos como '*premium*', '*gold*', '*platinum*', '*black*', etc., que invitan a hacer un uso intensivo de la tarjeta, de manera de lograr mayores beneficios, escasamente relacionados con los términos financieros de la operación.

frase obtenida de un anuncio publicitario de una *startup* que ofrecía este tipo de servicios por Internet[43]. En ellas se observa que, en la medida en que la publicidad se enfoca en los servicios financieros, tiende a destacarse la facilidad para la obtención del crédito (en la caja del supermercado, por medio del teléfono celular o con la conocida frase de la Financiera Condell –"y yo ni me moví de mi escritorio"–, un clásico de referencias publicitarias de 1994)[44]. A su vez, cuando ya nos centramos en su contenido, constatamos un énfasis en lo que se puede lograr adquirir con el crédito, en la ilustración gráfica del bienestar, más que una referencia central a los términos y condiciones económicas del contrato.

IV. Las dimensiones informativas y persuasivas de la publicidad y su incidencia en la decisión del financiamiento del consumo

Despreciando la idea misma de la "deuda", la pregunta se refiere a los propósitos que cumple la publicidad de los créditos al consumo. Para tales efectos, revisaremos las funciones informativas y persuasivas de la publicidad, con el propósito de identificar las deficiencias del primer acercamiento que, sostenemos, constituye el punto focal del ordenamiento chileno. Lo anterior para analizar, luego, las incidencias de la persuasión desde la lógica de la economía del comportamiento y la forma en la que, a partir de los sesgos de los individuos, puede ser utilizada para conducirlos a decisiones subóptimas que los sitúan en posición de riesgo de sobreendeudamiento.

A. La publicidad como información en la órbita del consumo financiero y su incidencia en el ordenamiento chileno de consumo

La idea del consumidor medio como un ser racional (el paradigma del *homo economicus* al que antes hacíamos referencia) queda establecido en el ensayo de John Stuart Mill "On the definition of political economy" (1844), suponiendo que se trata "del ser que desea poseer riqueza, y quien es capaz de juzgar la eficacia comparativa de los medios para conseguir

[43] Martin (2002), p. 1.

[44] Mientras escribo estas líneas, por ejemplo, el banco en que tengo mi cuenta corriente me ha informado por diversas vías una rebaja en la tasa de interés, en el marco de una campaña denominada *Consumo Week*. Lo ha hecho por medio de mensajes de texto, correos electrónicos, publicidad dirigida a mi muro de Facebook y en las historias de Instagram, en la página principal de su página web y, de nuevo, al ingresar mis datos y pulsar el botón para acceder a los últimos movimientos en mi cuenta (aun, antes de mostrarlos).

tal fin"[45]. En esta órbita, el modelo se sustenta en el paradigma neoliberal propio del pensamiento anglosajón, como le caracteriza Iain Ramsay, en que se pretende la construcción de un "consumidor responsable" que efectúa decisiones eficientes desde la perspectiva económica, una vez dotado de la adecuada información[46]. Las intervenciones procedimentales a las que antes hacíamos referencia, aludiendo a la forma y contenido de la comunicación entre las partes, suponen una interferencia menor en las lógicas de la autonomía privada, pero también el establecimiento de mayores niveles de responsabilidad por parte de su destinatario[47], quien debe utilizar la información recibida en aras de lograr su óptimo bienestar.

En este universo, la publicidad se comprende al modo propuesto por George Stigler como la entrega de información respecto a la disponibilidad y cualidades de un producto[48], omitiendo cualquier indicio de la eventual alteración de los gustos o decisiones del consumidor[49]. Esta comprensión (económica) de la publicidad, sin embargo, no era la que en su origen se dio en doctrina, sino que reacciona a una primera formulación eminentemente persuasiva[50]. Respondió a las ideas propiciadas por la Escuela de Chicago para comprender la eficacia de la publicidad en términos de propiciar la competencia, ofreciéndose como estrategias para la reducción de los costos de búsqueda de información y de la dispersión de precios[51]. Este acercamiento permite concluir que su regulación debería limitarse a asegurar la entrega de información verdadera al consumidor, no solo conducente a su bienestar individual, sino incrementando la competencia al permitir la identificación del producto y su comparación con las alternativas ofrecidas[52]. Y, con ello, construir un discurso en el que se aprecien los vasos comunicantes en la regulación de la información precontractual y de la publicidad financiera, especialmente si se observa

[45] Stuart Mill (1967, [1844]), p. 321. En su idioma original: "It is concerned with him solely as a being who desires to possess wealth, and who is capable of judging of the comparative efficacy of means for obtaining that end".

[46] Ramsay (2010), p. 375.

[47] Luth (2010), p. 36.

[48] Stigler (1987), p. 243.

[49] Agarwal & Ambrose (2018), p. 127.

[50] Chamberlin (1933), pp. 118-120, sosteniendo que la publicidad puede lograr la alteración de la curva de la demanda por incluir información sobre la existencia y calidades de los productos, pero, también, por la alteración de los deseos y gustos de los consumidores. En el primer caso, asume que la demanda se hace más elástica, como resultado de la posibilidad de comparación, tendiendo hacia la reducción de los precios. En el segundo caso, en cambio, se incrementaría la inelasticidad, en especial, por la lealtad a la marca (*brand loyalty*).

[51] Bagwell (2005), p. 16.

[52] Pitofsky (1977), p. 671.

que ambos tienden al fomento de la contratación, aunque, como señala Gabriel Hernández, "con distinta intensidad"[53].

Ahora bien, el problema de este razonamiento se presenta si enlazamos las dos ideas: racionalidad y publicidad. Como sugiere Mark Paterson, resulta que esta última no sería necesaria para este ente racional, sino solo a efectos de conducirlo a un producto más conveniente en un tiempo dado[54]. Esta es la aproximación que mayoritariamente encontramos en la normativa nacional aplicable a la publicidad de los productos y servicios financieros, que se centran en la información que debe darse respecto a ciertos términos numéricos de la operación. La asunción de esta aproximación, de nuevo fundada en los paradigmas del consumidor medio y de la elección racional, harían suponer que este podría desatender (o superar) los impulsos persuasivos de la contratación, centrando la mirada en tales aspectos numéricos (por ejemplo, tasa de interés, carga anual equivalente y costo total del crédito), los que constituirían la información del precio del producto adquirido. Así, mensajes e imágenes que alientan al uso del crédito, por ejemplo, para la obtención de puntos en programas de fidelización que permiten subvencionar pasajes y estadías vacacionales, para la obtención de descuentos especiales en la adquisición de un nuevo vehículo por el uso de un determinado medio de financiamiento ofrecido por el propio vendedor (o una entidad asociada) o para acceder a festivales musicales masivos (de precios bastante elevados) por medio del pago en cuotas, son cuestiones secundarias que no deberían ser motivo de revisión normativa, sino en aquellos aspectos en los que puede verificarse la veracidad del mensaje. Esto es, que efectivamente se pueden obtener puntos, aun cuando el número necesario de ellos para las vacaciones sea bastante alto e, incluso, inalcanzable en un periodo previo a su caducidad; que hay un descuento por el uso del medio de financiamiento interno, aunque este quede compensado (o, de forma habitual, sobrepasado con la tasa de interés cobrada por el uso de dicho crédito; y que el precio se encuentra dividido en las cuotas ofrecidas, aumentado, eso sí, por la tasa de interés que implica diferir el pago.

Como agrega Iain Ramsay, "el modelo legal de la elección racional (*rational choice*) asume que los consumidores compran productos basados en su ponderación de los atributos fácticos u objetivos y que los consumidores que no siguen este modelo pueden ser considerados como adquirentes irracionales"[55]. En dicha formulación tradicional, en que se presupone que los consumidores tienen preferencias estables y transitivas,

[53] Hernández (2014), p. 118.

[54] Paterson (2012), p. 14.

[55] Ramsay (1996), p. 19 (traducción propia).

y en que la publicidad solo se satisface en su función de poner en conocimiento de precios y calidades de los productos y servicios, no existen razones para suponer que ella puede dar lugar a cambios en las curvas de la demanda[56]. En consecuencia, desde esta perspectiva no parecería necesario que exista una intervención regulatoria, sino a fin de asegurar la efectividad y la claridad de la información entregada.

Pero el problema se produce porque la construcción de la publicidad masiva moderna no se centra en dichos elementos "fácticos y objetivos", sino, como ha quedado dicho, en los aspectos simbólicos o posicionales que derivarían del consumo. Ello permitiría concluir que, al menos desde la perspectiva del lenguaje publicitario, la asunción es precisamente la inversa: que al menos una parte relevante de los consumidores puede ser persuadida de forma efectiva por los ideales fantásticos del consumo y que los aspectos numéricos de la operación pueden transformarse, mediados por las estrategias de *marketing*, en elementos secundarios en la toma de decisión[57].

A nuestro juicio, ordenar la entrega de información financiera completa y fidedigna, ya desde la fase precontractual, es relevante en la medida en que impide una contratación a ciegas. Pero se trata de una reacción regulatoria incompleta. Como señala Oren Bar-Gill, el consumidor imperfectamente racional tiende a sobredimensionar el beneficio esperado y subestimar el precio total, en especial, cuando hay una diferencia temporal entre uno y otro[58]. Y, como agrega con Elizabeth Warren, este sujeto tenderá a subestimar los peligros de la operación, de manera que es posible que contrate y utilice el producto financiero aun cuando los beneficios no sean superiores a los riesgos que de él se derivan[59]. En este punto, los ordenamientos tienden a ignorar la función persuasiva de la publicidad, desatendiendo su capacidad para alterar las decisiones y preferencias del sujeto, logrando –en el extremo– desviar su atención de los elementos económicos de la operación[60]. Lo anterior tiene importancia puesto que, carente de mayor regulación, podrá conducirse al consumidor financiero

[56] Bagwell (2005), p. 2.

[57] Lo anterior se condice también con la idea de que la dotación de información constituye un método para superar la asimetría en el marco de la teoría de la elección racional, pero esta herramienta no siempre es utilizada por el consumidor imperfectamente racional, que tiende a formas simplificadas o heurísticas basadas en sus sesgos sistémicos y percepciones erróneas, Bar-Gill (2012), p. 9. A lo anterior se suma el problema del analfabetismo financiero, de manera que, aun superados los déficits informativos, no podrá asegurarse que el consumidor logra comprender de forma cabal todas las consecuencias económicas de su decisión.

[58] Bar-Gill (2012), p. 10.

[59] Bar-Gill & Warren (2008), p. 9.

[60] Agarwal & Ambrose (2018), p. 127.

a productos o términos contractuales que no le resultan óptimos o adecuados a su realidad, porque, en razón de la forma en que los estímulos son presentados, ellos terminan siendo camuflados en ventajas que resultan más palpables para el individuo[61].

Dada la construcción de nuestro modelo de protección del consumidor fuertemente arraigado en las normativas europeas, no debe dejar de observarse cómo los deberes de información inundan la técnica protectora, justificado en los costos y fallas de mercado implícitos derivados del problema de la asimetría informativa. Todavía más, y como ya se apreciaba de la Directiva del Crédito al Consumo de 1986 (directiva 87/102/EEC, de 22 de diciembre de 1986), siempre ha existido una preponderancia de los deberes de información para los productos y servicios financieros, aún más profunda que en otras áreas de consumo[62], y así se ha replicado en el ordenamiento nacional, con cierta tardanza, por medio de la Ley n.° 20555, de 2012. Si revisamos dicha directiva, podemos observar cómo el despliegue de la información no solo se produce en las fases precontractuales y contractuales, sino que se extiende a la fase de incitación a la contratación, disponiendo reglas relativas a la publicidad. Estas centraban su atención en la finalidad informativa de la publicidad, instando por que

> "todo anuncio o toda oferta exhibida en locales comerciales, por la que una persona ofrezca un crédito u ofrezca servir de interme-

[61] Por ejemplo, mediante un ejercicio relativo a la publicidad de créditos hipotecarios, comparando clientes espontáneos y receptores de publicidad por correo, Agarwal & Ambrose (2018), pp. 144-145, pudieron concluir que las campañas publicitarias tienen un efecto persuasivo en un subconjunto de los consumidores financieros menos sofisticados. De lo anterior se colige que la vulnerabilidad de los sujetos receptores del mensaje debería ser un elemento en consideración en el diseño de las políticas tutelares, pero que, como veremos a continuación, parecen ignoradas por la normativa vigente del crédito al consumo.

[62] Grundmann *et al.* (2001), p. 34. En el mismo sentido, Ramsay (2016), pp. 166-167, nos advierte que el énfasis original de las directivas en el establecimiento de los deberes de información se justifica por la influencia de los capitales financieros en el proceso normativo europeo, proponiendo una regulación bastante débil que no contemplaba otras formas de tutela, como las que se refieren a los términos de la operación o a las formas de ejecución patrimonial. Aun cuando la balanza parecía desplazarse a modelos más tutelares en la extensa discusión de la nueva directiva de 2008 –directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008–, las críticas provenían de la apreciación de fórmulas paternalistas que infantilizaban a los consumidores, restándoles sus facultades decisorias. En un punto medio, se incorporó un principio de "préstamo responsable", mediado por la calificación de la solvencia y las buenas prácticas a lo largo de la vigencia del crédito (cons. 26°), incrementando los niveles de protección por medio del establecimiento de medidas más amplias de responsabilidad para los concedentes del crédito, pero sin limitar la posibilidad de elección de los consumidores financieros.

> diario para la celebración de un contrato de crédito y en la que estén indicados el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito, deberán asimismo indicar el porcentaje anual de cargas financieras, mediante un ejemplo representativo cuando se carezca de otros medios idóneos" (art. 3°).

Ello, como se explicaba ya en su exposición de motivos, porque

> "facilitar información sobre el coste del crédito a través de la publicidad y en los locales comerciales del prestamista o intermediario puede facilitar al consumidor la comparación entre distintas ofertas".

Esta misma idea, aunque regulada de forma más completa, se reiteró en el art. 4° de la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, instando, ahora, por el establecimiento de estándares de claridad, concisión y visibilidad destacada.

En el modelo chileno ocurre lo mismo, puesto que el énfasis también está dado en la finalidad informativa de la publicidad, tendiendo a ignorarse el entorno o contexto en el que se entrega dicha información, que puede estar fuertemente inundado de un contenido persuasivo. En efecto, a partir de la Ley n.° 20555, se señala que la CAE constituye el principal contenido mínimo de la información que debe ser concedida en la publicidad de los productos y servicios financieros (art. 17 G, de la Ley n.° 19496)[63], herramienta de simplificación informativa que no es novedosa en el contexto comparado[64]. Como señala Oren Bar-Gill, la evidencia del déficit informativo del consumidor acarrea la necesidad

[63] Más allá de esta indicación, resulta llamativo que, por regla general, solo sea este extremo el que comporta el contenido obligatorio de la publicidad de los productos y servicios financieros (arts. 2.38 y 35 del DS 42/2012, arts. 2.40 y 33 DS 43/2012 y arts. 2.56 y 34 DS 44/2012), sin perjuicio de contener otras referidas a las demás condiciones objetivas señaladas en la norma, todas referentes a los términos y condiciones generales del crédito, a efectos de señarlas como incorporadas al contrato.

[64] La idea de la "carga anual equivalente" proviene de técnicas ya anticipadas en otros ordenamientos para cumplir con estándares de simplificación, teniendo su origen la normativa estadounidense del Truth in Lending, de 1968. Su principal finalidad es generar una herramienta de perfeccionamiento del funcionamiento del mercado financiero, por medio de la cual se instruye al consumidor, a un bajo costo, sobre el valor relativo del crédito. En consecuencia, se estructura como el resumen de un conjunto de datos complejos, filtrados previamente por el ordenamiento jurídico, que son transformados en un número por medio de una fórmula uniforme, Grundmann *et al.* (2001), p. 34. Por medio de este se pretende que el consumidor logre efectuar una comparación entre productos de igual o diversa naturaleza.

de generar mecanismos accesibles de información, aunque en ellos se excluyan ciertos datos que también les podrían resultar relevantes[65]. Con la CAE se pretende mitigar los problemas que derivan de la estrategia de la complicación del precio total de un producto o servicio y de las que surgen de la constatada desatención a los costos diferidos, como fórmulas usuales para atraer al consumidor imperfectamente racional[66]. Pero también se busca generar señales claras que alienten la competencia real entre proveedores financieros por medio de datos que, al menos en teoría, son más simples de entender para el consumidor medio y que ponen la atención en el "precio" del producto o servicio financiero[67].

Las principales críticas sobre la utilización de esta clase de herramientas informativas se encuentran en la posibilidad real de que los destinatarios puedan utilizarlas de manera efectiva para el cumplimiento de las finalidades antes indicadas. Así, Iain Ramsay destaca aquellas objeciones que señalan que su utilidad no es real frente a consumidores vulnerables[68],

[65] Bar-Gill (2012), p. 37. De este modo, agrega, el desafío es "diseñar formas de revelar información [*disclosures*] que maximicen aquello que los consumidores deben obtener por su intermedio. Para ello, los reguladores deben identificar la información más importante y presentarla de la forma más sencilla posible" (traducción propia).

[66] Bar-Gill (2012), p. 125.

[67] Ramsay (2005), pp. 48-49, da cuenta de otras finalidades del ADR, como facilitar la entrada de nuevos actores al mercado, prevenir discriminaciones de mercado por parte de los proveedores de créditos entre consumidores marginales e inframarginales, la prevención del sobreendeudamiento y la mejor fiscalización y control de las restricciones regulatorias, como las tasas de interés máxima convencional.

[68] Como expresa Domurath (2017), p. 62, el concepto de vulnerabilidad no es nuevo en las ciencias sociales, aunque se constatan ciertas dificultades para identificar sus deslindes. Ello, por tratarse de un concepto que no se presenta de manera estática, sino contextual y multicausal, aunque, en términos generales, se asume que atiende a la posibilidad de ser afectado de forma negativa por las acciones de otro en un contexto particular. En el ámbito que nos interesa, la noción de "consumidor vulnerable" se construye como un modelo alternativo a partir de una aproximación más social al fenómeno económico-jurídico, y se basa en la presunción de un consumidor débil, apresurado y necesitado, que no tiene la concentración ni el nivel de control suficiente de su entorno al tiempo de tomar las decisiones, Reifner *et al.* (2010), p. 57. No se trata, en suma, de un soberano en las arenas del mercado, sino de un individuo con habilidades limitadas, cuya participación es más bien reactiva a los estímulos propiciados por los proveedores. Conforme a lo anterior, esta segunda aproximación supone una mayor intervención legislativa en los procesos de deliberación, restando eficacia al solo deber de dar cumplimiento a la entrega de información general y uniforme, e instando por la satisfacción de estándares de bienestar colectivo que encauce el actuar del proveedor. No obstante, la vulnerabilidad debe ser considerada como un concepto líquido o fluido –Berti de Marinis (2018), p. 655–, pero que, pese a su imprecisión, ha generado altos niveles de simpatía porque "nadie quiere dañar al vulnerable" –Reich (2016), p. 139– y puede dar lugar a diferentes capas de cobertura en la medida en que se profundiza su necesidad de tutela –Sebastián (2018), p. 16–. Ello resulta problemático desde el punto de vista jurídico

en especial, aquellos de ingresos más bajos, en que el parámetro ideal debería enfocarse en el costo mensual del crédito[69]. Por su parte, Oren Bar-Gill advierte que la construcción de aquellos cargos que se incorporan en la CAE no son totales, de manera que todavía quedan algunos espacios para el ocultamiento de costos diferidos por parte del proveedor financiero[70], principal crítica dada a su primera formulación en el contexto de la Truth in Lending Act de Estados Unidos, que pasó a engrosar la Consumer Credit Protection Act en 1969[71]. Por último, ya en la órbita chilena, Mauricio Baquero y Guillermo Caballero llaman la atención sobre la regulación de la CAE en el art. 17 G de la Ley n.° 19496, preguntándose "hasta qué punto esta visión compleja del ser humano debe tenerse en cuenta para el desarrollo de un marco jurídico e institucional que se acerque al consumidor, no solo *homo economicus,* sino, esencialmente, ser humano"[72]. A nosotros nos parece que debe sumarse a todo lo anterior que la CAE, como toda forma de información simplificada, elude toda advertencia sobre el impacto de aspectos diversos al precio total de la operación financiera, tales como limitaciones a su utilización, tiempos de vencimiento, estadísticas de uso, etc. Se asume, como hemos indicado, que la decisión del consumidor medio solo se centra en el valor del producto, ignorando cómo este elemento tiende a ser desplazado mentalmente por

porque, de intentar ser definido, probablemente la propuesta será superada o revelará que no es comprensiva de todas las circunstancias que deberían haberse considerado para su construcción. Pero la noción única del consumidor, como parte débil, sin mayores matices empieza a colapsar por dos motivos: primero, su incorporación en nuevos mercados que antes le parecían completamente ajenos, situándolos en nuevas situaciones de vulnerabilidad. En este sentido, no parece ajustarse a la realidad la utilización de igual vara para configurar el paradigma del consumidor que surte su despensa en el mercado de la esquina, que quien adquiere complejos instrumentos financieros por medio de una aplicación en su teléfono móvil. En segundo lugar, los avances de la economía conductual ofrecen un conjunto de variables que superan el estándar fundado en la supuesta racionalidad del sujeto, fragmentando al consumidor en al menos, tres paradigmas: el consumidor racional, el consumidor confiado o seguro y el consumidor vulnerable –Mecklitz (2016), p. 33–. Esto no solo supone tener diversas imágenes del consumidor respecto a cada una de las áreas en las que participa, sino que, en sus extremos, impone una diferente valoración atendiendo las circunstancias individuales de cada sujeto para cada operación que realice en el mercado. El peligro, sin embargo, es deformar la lógica del ordenamiento jurídico construyendo tal número de subcategorías que sea casi imposible constatar parámetros más o menos ciertos que permitan resolver las problemáticas puntuales que puedan darse al interior de la relación de consumo, y, en general, que permitan dar algún grado de certeza y estabilidad al mercado financiero.

[69] Ramsay (2005), p. 51.

[70] Bar-Gill (2012), p. 126.

[71] Franken (2009), pp. 129-130.

[72] Baquero y Caballero (2013), pp. 449-466.

el consumidor cuando los estímulos persuasivos son priorizados por el anunciante[73].

B. La aproximación incompleta del ordenamiento chileno en torno a la finalidad persuasiva de la publicidad

Como hemos indicado, la visión persuasiva de la publicidad fue la primera aproximación al estudio de sus implicancias económicas, poniendo énfasis en la posibilidad de que, por su intermedio, se generasen barreras de entrada por la lealtad a la marca (*brand loyalty*) y, con ello, se pudiesen generar resultados anticompetitivos[74]. En este sentido, Dorothea Braithwaite indicaba que la publicidad cumple su función en la medida en que permite una reordenación de las preferencias de los consumidores, quienes serían persuadidos del mayor valor del producto o servicio publicitado, dado lugar a un monopolio reputacional (*reputation-monopoly*)[75]. Los consumidores serían tentados a adquirir cantidades mayores a las óptimas o, lisa y llanamente, a consumir un producto que, sin publicidad, no hubiesen necesitado adquirir, por la sola exaltación de sus ventajas.

La publicidad cumple una función persuasiva cuando, carente de verdadera información (o al menos, no conformando esta su núcleo), el mensaje logra un cambio en las preferencias de los consumidores[76]. Si se logran comprobar sus resultados, influenciando en el comportamiento de consumo, ya no es posible asumir el modelo del contratante perfectamente racional. Al efecto, la teoría de la elección racional supone, entre otros, que las preferencias son estables, persistentes y transitivas[77], de modo que no deberían ser alteradas de manera tan fácil por un impulso externo que, solo de manera oblicua, se refiere a los caracteres propios del producto o servicio publicitado. De tal suerte, si es posible observar que una decisión no estuvo fundamentada en la información objetiva que otorga la publicidad, resulta que las preferencias del consumidor no se satisfacen en elementos centrados en la maximización de sus necesidades al menor costo posible, sino que existen otras tantas variables que inciden y estimulan la contratación.

[73] De hecho, conforme al art. 17 G de la Ley n.° 19496, la preocupación sobre la forma de comunicación de este elemento en la publicidad se limita a que ella debe recibir un tratamiento similar a la de la cuota o tasa de interés de referencia, en cuanto a tipografía de la gráfica, extensión, ubicación, duración, dicción, repeticiones y nivel de audición. Todos estos son elementos únicamente indicativos del "precio" del producto.

[74] Bagwell (2005), p. 9.

[75] Braithwaite (1928), p. 25

[76] Pepall, Richards & Norman (2008), p. 525.

[77] Luth (2010), p. 15.

David López destaca:

> "el objetivo inmediato de la publicidad no es modificar los valores o los comportamientos sociales, sino provocar actitudes y conductas de consumo. Sin embargo, es indudable que es un dispositivo conformador de los valores sociales, favoreciendo aquellos que provocan un aumento de los hábitos consumistas"[78].

El protagonismo, destaca el mismo autor, no se lo lleva el contenido informativo de la publicidad, sino el que se refiere a la persuasión, entendida como

> "un proceso por el que el comunicador intenta influir en las creencias, las actitudes y la conducta de otra persona o grupo de personas mediante la transmisión de un mensaje frente al cual el destinatario mantiene la libertad de elección"[79].

De ahí que, como señala Iñigo De la Maza, el foco se encuentra en el estímulo a la celebración del contrato[80], al tiempo en que el aporte de conocimiento para una elección libre y reflexiva se halla en la regulación de los deberes de información (que, en el ordenamiento chileno están regulados en los arts. 3.I.b, 14 y 37 de la Ley n.° 19496)[81]. Lo anterior, a pesar de que en nuestro sistema esta afirmación se encuentre sujeta a crítica por la mera revisión del extenso contenido informativo que debe entregarse al tiempo de la cotización y de la contratación del crédito[82], dando lugar a la problemática de la sobreinformación (*information overload*)[83].

En este caso se sugiere que, aun contando con un cierto nivel de información básica, los problemas de asimetría informativa podrán dar lugar a escenarios de riesgo moral. Henneke Luth nos señala que, en este escenario, los proveedores tienen incentivos para presentar la información

[78] López (2014), p. 63.
[79] *Op. cit.*, pp. 72-73.
[80] De la Maza (2013), pp. 36-37.
[81] Para una distinción general entre la publicidad y los deberes de información, véase Momberg (2011a), p. 149; y, en particular, respecto a los productos y servicios financieros, Hernández (2014), pp. 117-119.
[82] De la Maza (2015a), pp. 382-386.
[83] Una forma simplificada de información se despliega por medio de la imposición del otorgamiento de una "hoja resumen" al momento de la contratación, pero, a pesar de que ella tiene por objetivo delimitar el contenido informativo en un formato estandarizado (y, en consecuencia, sujeto a la posibilidad de comparación), el cuestionamiento ahora pasa por la comprensión de su contenido técnico, De la Maza (2015a), p. 388.

de una manera más ventajosa que la que se presenta en la realidad[84], aun sin caer en la problemática de la defraudación de la confianza a la que alude Iñigo De la Maza[85]. O, como especifica James Nefh, un proveedor presentará la información de la forma en que le parezca más adecuada para captar la atención de los eventuales consumidores, lo que también responde a la existencia de una reacción normativa tímida que solo tiende a desplegarse para evitar conductas que sean contrarias a los principios de equidad (*fairness*) y verdad (*accuracy*)[86], con especial incidencia en el contenido verificable de la publicidad[87].

En el ordenamiento chileno ocurre lo mismo. Para esto basta observar cómo esta aproximación se releva en los reglamentos del denominado Sernac Financiero, sin introducir, como veremos, mayores novedades a la aproximación general prevista en la Ley n.° 19496. Los requisitos de claridad se expresan de modo que la publicidad deberá efectuarse en castellano, en términos comprensibles y legibles[88], en moneda de curso legal y en unidades de fomento (sin perjuicio de que el proveedor pueda incluir, además, esos mismos datos en otro idioma o unidad monetaria)[89].

[84] Luth (2010), p. 23.
[85] De la Maza (2015b), p. 555.
[86] Nefh (2010), p. 108.
[87] De la Maza (2015b), pp. 560-561.
[88] En un comentario reciente, Fernández (2019), p. 343, se refiere a un caso de falta de claridad en la publicidad. En este, se evidencian defectos en el catálogo publicitario de un supermercado en el que no se aclaraba el precio de todos los productos ni el número de productos que debían adquirirse para que se aplicara el descuento promocionado. Así, se advierte que "la Corte de Apelaciones de Santiago consideró que la falta de estos elementos [*en la publicidad*] contribuía a la frustración de expectativas de los consumidores, y que la conducta del proveedor infringía tanto el derecho a la información de los consumidores como el imperativo de la buena fe con el que se persigue evitar un yerro en la voluntad del consumidor. Entonces, según este fallo, el mensaje publicitario debe ser comprensible, al menos respecto del precio y la cantidad; y cuando no lo es, se ve afectada la voluntad del consumidor destinatario de la publicidad". Nos interesa, sin embargo, destacar que, en su considerando décimo tercero, la sentencia expresaba: "sin embargo, en este caso, el denunciado dada la incomprensión apuntada no solo ha incumplido con el deber de informar adecuadamente a los consumidores, sino que ha omitido aquella relevante para determinar la formulación de una voluntad reflexiva, informada y certera a la luz de la real conveniencia a sus intereses al tenor del ofrecimiento" (sentencia de la Corte de Apelaciones Santiago, de 4 de junio de 2019, causa rol 606-2018, caratulada Servicio Nacional del Consumidor - Hipermercados Tottus S.A., disponible en www.pjud.cl [fecha de consulta: 22 de junio de 2020]. De ahí se deduce que el parámetro utilizado por la Corte se centre, como hemos indicado, en el paradigma del ser racional, asociado al concepto de consumidor medio (considerando décimo segundo) que utiliza la misma sentencia para ponderar la posibilidad de comprensión del mensaje publicitario.
[89] Art. 34 del DS n.° 42, de 2012, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (DS 42/2012), art. 32 del DS n.° 43, de 2012, del Ministerio de Economía, Fomento y

A su vez, el requisito de veracidad se refiere a su susceptibilidad de comprobación y a no ser inductores de error, engaño o confusión al consumidor[90]. El único punto que parece atender a la eficacia persuasiva de la publicidad se dispone en su exclusión en el anverso de las comunicaciones periódicas dirigidas durante la vigencia del crédito a los consumidores[91]. Aun cuando ello parece centrarse en la idea de resguardar la claridad del mensaje, también da cuenta de que la pluralidad de estímulos puede desviar la atención del receptor[92].

Como expresa Rodrigo Momberg, dada las asimetrías de las partes, el derecho de consumo no regula la fase de negociación (propia de la contratación entre iguales), sino solo las prácticas comerciales previas, incluyendo las ofertas, promociones y la publicidad[93]. Respecto a esta última, el punto de atención se encuentra en la distinción entre su contenido informativo y persuasivo (o motivacional)[94], la que se recoge en el art. 1°, n.º 4 y 5, de la Ley n.° 19496, y se replica en los reglamentos del denominado Sernac Financiero[95]. Esta diferenciación resulta indispensable para efectos de revisar la posibilidad de integración de su contenido objetivo al contrato (art. 1.4 de la Ley n.° 19496) y para analizar si la publicidad tiene un carácter engañoso y merece, por tanto, un reproche normativo (arts. 24 y 28 de la Ley n.° 19496)[96]. Para estos efectos, debe

Turismo (DS 42/2012) y art. 33 del DS n.° 44, de 2012, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (DS 44/2012).

[90] Art. 37 del DS 42/2012 y arts. 35 del DS 43/2012 y DS 44/2012.

[91] Art. 24 del DS 42/2012, DS 43/2012 y DS 44/2012.

[92] Algo similar ocurre en la regulación de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, hoy, Comisión para el Mercado Financiero, respecto a la información al público relativa a las tasas de interés, en que se dispone: "los bancos pondrán especial cuidado en proporcionar al público la información de que se trata en forma clara y completa mediante la colocación de pizarras en lugares visibles y destacados, que contengan solamente esa información, de modo que ella sea fácilmente ubicable para todos", Sección 8 del capítulo 7-1 de la *Recopilación Actualizada de Normas*.

[93] Momberg (2011a), p. 146.

[94] Barrientos (2019), p. 66.

[95] La idea de que el contenido de la publicidad debe estar integrado por componentes informativos aparece expresado con claridad en el art. 1° del DS 42/2012, DS 43/2012 y DS 44/2012, sin desconocer el elemento de "persuasión" (al que denominan "motivación" los arts. 2.38 del DS 42/2012, 2.40 del DS 43/2012 y 2.56 del DS 44/2012). En igual línea encontramos la definición de "publicidad" en el *Código Chileno de Ética Publicitaria de la CONAR:* "toda forma de comunicación dirigida al público o a un segmento del mismo con el propósito de informar o influir en sus opiniones o conductas, a través de cualquier canal, plataforma o medio de comunicación, incluyendo promociones, patrocinios y *placements*, así como el marketing directo y basado en datos, y otras actividades o eventos realizados con fines comerciales y/o de competir con otras alternativas".

[96] Barrientos (2019), pp. 66-75. Para una crítica a la insuficiencia de la regulación de la publicidad en el contexto de la Ley n.° 19496, véase Isler (2019), p. 210.

desgranarse el mensaje entre sus aspectos objetivos y subjetivos, donde los primeros, que contienen las características del bien o servicio, se sujetan a parámetros de veracidad, lo que no ocurre en los segundos, porque ellos solo pretenden la incitación o convencimiento para la adquisición del producto ofrecido[97]. Esta finalidad motivacional de la publicidad es puesta de manifiesto por Iñigo De la Maza, advirtiendo que le parece sensato "evitar la promiscuidad de exigir a la seducción los requisitos de la información"[98], entendiendo que los requisitos de verdad (propios de los deberes de información precontractual) solo se aplican en los casos en los que el lenguaje utilizado sea susceptible de juicios de veracidad y no de meras opiniones o juicios de valor[99] que, agregamos, conforman el núcleo de los estímulos persuasivos de la publicidad.

Ahora bien, una cosa es poder identificar aquellos datos que constituyen información objetiva de los enunciados que tienen una finalidad sugestiva, y otra es revisar si acaso la entrega de información en este contexto acarrea dificultades en el proceso decisorio del consumidor. La principal crítica a la reacción legal en lo que se refiere a la búsqueda de la verdad en el contenido informativo de la publicidad se encuentra en lo que Iain Ramsay identifica como un ataque a la periferia, pero no al núcleo de la cuestión[100]. Lo anterior porque, como ya hemos señalado, las estrategias de *marketing* invitan a la adquisición de una imagen, un símbolo o una fantasía asociada al producto en cuestión, aún más vago si se trata de un producto o servicio financiero, y ninguna de esas cuestiones se refieren al producto o servicio en sí mismo. De este modo, difícilmente podría reprocharse como inexacta o engañosa la publicidad en que se augura que el acceso al crédito permitirá a la persona disfrutar de experiencias que (quizá) no podría conseguir por medio de sus ingresos o ahorros efectivos[101], y, que, al contrario, lo condujo a los peligros y tinieblas de la morosidad y del sobreendeudamiento. Aquí, siguiendo el esquema propuesto por Iñigo De la Maza, no hay una defraudación de la confianza, puesto que el consumidor ha obtenido, mediante el crédito, la satisfacción de la experiencia prometida (la adquisición del bien o servicio), al tiempo que la imagen de felicidad o plenitud que suelen integrar los elementos persuasivos del mensaje no constituye un aspecto objetivo que pueda ser susceptible de comprobación.

[97] Momberg (2011a), p. 147.

[98] De la Maza (2015b), p. 560.

[99] *Op. cit.*, p. 561.

[100] Ramsay (1996), p. 13.

[101] Como señala Martin (2002), p. 19, "cuando el sueño es vivido, ya no es un sueño", de modo que la obtención de recursos para llenar la fantasía proyectada por la publicidad, posiciona al consumidor en la ganancia esperada, y, como resultado de dicha experiencia, no quedan dudas de que volverá por más.

No obstante, la economía conductual nos enseña que es necesario revisar la forma en la que las personas analizan, interpretan y usan la información de los bienes y servicios, y que la formación de la preferencia fluctúa en relación con el contexto en la que esta es presentada, hasta el punto de concluir que el "comportamiento del consumidor es dependiente del entorno y de la forma, contexto, cantidad y substancia de la información"[102]. De lo anterior, es posible deducir que la mera indicación de un determinado acervo informativo en el contexto de la publicidad no siempre cumple con la dotación de herramientas que conduzcan al consumidor a la adopción de una decisión de consumo plenamente racional, sino que ello también es dependiente de la forma en la que se presenta. A medida que se incrementa el número de estímulos (en este caso, en una mixtura de información y de elementos persuasivos), se agudiza el "efecto de desplazamiento" (*crowding out effect*), de modo que, en realidad, el receptor solo prestará completa atención a aquellos que se le presentan de manera más destacada[103].

A pesar de que vivimos en una sociedad de la información, los consumidores suelen encontrarse en un estado de sobrecarga sensorial, implicando una exposición a más información de la que es posible procesar[104]. De ahí que, por mucho que se estime que la publicidad debería ser inclusiva de toda la información relativa a un determinado producto o servicio para construir decisiones adecuadas para todos los consumidores, esto es irrealizable. Lo anterior, no solo por el altísimo costo que implicaría[105], sino por la propia selectividad perceptiva del individuo informativamente sobreexigido[106]. En efecto, frente a un exceso de información o de estímulos, se tiende a seguir estrategias de simplificación que no siempre dan prioridad a los datos ni conducen a un resultado óptimo, sino solo satisfactorios de los aspectos a los que, incluso de forma intencional, se les ha dado preponderancia (*priming*)[107]. Y es aquí donde se corre el mayor riesgo, puesto que, dado que el contenido económico del crédito tiene a ser de difícil comprensión para el consumidor medio (y, aún más, para el consumidor vulnerable), es más que probable que el proveedor anunciante disponga los estímulos persuasivos de modo preponderante. Siendo así, por mucho que la información del costo del crédito se encuentre presente, su contextualización entre los elementos

[102] Luth *et al.* (2010), p. 252.

[103] Luth (2010), p. 36, haciendo referencia a un problema de costo de oportunidad de la atención de los consumidores.

[104] Solomon (1996), p. 72.

[105] Nehf (2010), p. 108.

[106] Solomon (1996), p. 73.

[107] Sobre esta temática, Janiszewski & Wyer Jr. (2014), *passim.*

motivacionales de la publicidad podrá dar lugar al "efecto de desplazamiento" antes señalado. De este modo, desestimado que sea el contenido informativo, el consumidor podrá terminar accediendo a un crédito al consumo en condiciones subóptimas solo porque desea acumular puntos o kilómetros en el programa de fidelización, obtener el aparente descuento en el financiamiento automotriz directo o, simplemente, lograr el estado de satisfacción que la imagen publicitaria le proyecta.

Como hemos indicado, estos problemas no son abordados por la Ley n.° 19496, ni por la demás normativa aplicable a los créditos al consumo, de forma tal que se omite que la conducción de los consumidores a estas alternativas financieras subóptimas puede conducir al sobreendeudamiento, en particular cuando el consumidor opta por consumir (y financiar el consumo) solo por los fines emulativos que promociona la publicidad. Estas inadvertencias pueden derivar en la celebración de contratos de crédito cuyos términos y condiciones sean demasiado gravosos para el consumidor, derivando en situaciones de sobreendeudamiento activo[108]. En nuestro entorno, estas circunstancias se vuelven cada vez más graves si se atiende al incremento en la carga financiera de los hogares y los índices de morosidad[109].

V. La construcción de la decisión de endeudamiento en el marco de los estímulos persuasivos de la publicidad

Para finalizar este análisis, nos enfocaremos en dos problemas relativos a esta desatención por parte del legislador, como son los problemas del "procesamiento constructivo" y la "edición hedonista" en la adopción de las decisiones, considerando que ambos pueden ser influenciados por medio de herramientas publicitarias o de incitación al consumo. Al efecto, como señala Hanneke Luth, el conocimiento por parte del anunciante de las dificultades a las que se enfrenta el consumidor en la toma de sus decisiones (*biases and heuristics*), propicia que se lleven a cabo estrategias

[108] Goldenberg (2017), p. 74.

[109] Respecto a la deuda, la Encuesta Financiera de Hogares del Banco Central (2018) da cuenta de que los hogares que declararon tener algún tipo de deuda alcanzaron un 66%, con especial incidencia por parte de la "deuda de consumo". La profundidad del mercado financiero chileno puede ser constatado mediante los datos arrojados por el Fondo Monetario Internacional (2019), al indicar que se registra un rango de 456,86 créditos bancarios por cada mil adultos, alcanzando, en cuanto a sus montos, un 81,02% del PIB, todo ello para el año 2017; y que el Banco Central (2019) informara que, para el primer trimestre de 2019 "los Hogares presentaron un stock de deuda equivalente al 73,5% del ingreso disponible, superior en 0,2pp a la del año anterior", aumento que se debió principalmente al mayor número de préstamos bancarios hipotecarios contratados.

de distracción, limitación de información, limitación de oportunidades de comparación, presión por la temporalidad de la decisión, frecuencia de la exposición y complejidad de la información[110], las que, abordadas de modo escaso por el legislador, sitúan al consumidor en posición de riesgo.

A. El problema del "procesamiento constructivo" y la incitación a la menor reflexión en el crédito al consumo

En el ámbito del consumo, no todas las conductas son realizadas con el mismo nivel de racionalidad. El punto de partida se denomina "procesamiento constructivo", el cual da cuenta de que la primera elección a la que se enfrenta el sujeto se refiere a identificar el nivel de esfuerzo que pondrá para adoptar la decisión final[111]. En el marco del proceso de información, el agente económico debe escoger una estructura para asir los insumos informativos y los estímulos que se le presentan, considerando las restricciones que supone su procesamiento y la dependencia de la forma contextual en la que aquellos son entregados[112].

En escenarios en los que la decisión se advierte más compleja (habida cuenta de su estabilidad temporal, habitualidad o costo), es más probable que el consumidor despliegue conductas previas a la adopción de la deliberación del consumo. Por ejemplo, en la adquisición de una vivienda y la necesidad de acudir para ello a un crédito hipotecario, el propio ordenamiento conduce a una mayor reflexión: no bastará la mera reacción al impulso de adquisición y endeudamiento, puesto que tanto la compraventa del bien raíz como su hipoteca constituyen negocios jurídicos solemnes que, en consecuencia, deben ser celebrados ante un notario público. Adicionalmente, la complejidad de esta operación, que, por normativa bancaria, requiere de ciertos resguardos relacionados con los estudios de títulos, la tasación del inmueble, la contratación de seguros, etc., provocará que el consumidor tenga mayores incentivos (y tiempo) para fijar un mayor esfuerzo en la adopción de la decisión. En esta clase de bienes (denominados también bienes de *shopping*), será habitual que el consumidor no se satisfaga con la información obtenida por medio de la publicidad, ni que pueda condicionarse su procesamiento constructivo con los estímulos tradicionales de persuasión que la integran, sino que realice esfuerzos más intensos para la adquisición de información útil para valorar la utilidad real de la operación (por ejemplo, varias visitas al inmueble escogido o la comparación de tasas de interés).

[110] Luth (2010), p. 105.
[111] Solomon (1996), p. 269.
[112] Rubistein (1998), p. 94.

Lo contrario ocurrirá en el caso de bienes de conveniencia (*convenience goods*), de utilización más usual y cuyo valor es percibido como menor. En este escenario, la influencia de la publicidad y sus elementos persuasivos tiende a ser mayor[113]. En ellos, el procesamiento constructivo puede ser más fácilmente influenciado por el proveedor anunciante, como ocurre cuando el estímulo al consumo consiste en una oferta inesperada en la misma casa comercial, en especial, si esta se encuentra limitada en el tiempo (una "oferta relámpago") o, cuando, al seguir la secuencia de compra de una página web, el enlace con el medio de pago (por ejemplo, tarjeta de crédito) consulta sobre si se desea pagar en un número variable de cuotas. En ellas, se incita a que el esfuerzo sea menor porque el consumidor no solo tiene problemas en calificar las verdaderas ventajas (o ponderar las desventajas) de su decisión, sino, también, porque, aun queriendo hacerlo, no tiene los elementos (ni el tiempo) suficiente para lograrlo. En la órbita de los productos y servicios financieros esto último tiene plena aplicación cuando observamos que los métodos de incitación al consumo se centran en créditos de menor valor y corto plazo (por ejemplo, créditos al consumo, avances en efectivo y tarjetas de crédito), siendo menos usuales en financiamientos de mayor duración y envergadura (por ejemplo, créditos hipotecarios), de lo que se deduce que la intervención regulatoria debería enfocarse en los primeros.

El ordenamiento de consumo chileno solo contiene algunas reglas para lidiar con este problema, las que se reconducen al otorgamiento de un derecho de retracto. Pero este solo tiene una aplicación excepcional en los supuestos previstos en los arts. 3 bis y 3 ter de la Ley n.° 19496, incluso de forma aún limitada en los casos en los que la contratación haya sido a distancia, en que el texto legal admite que el proveedor disponga su improcedencia. No encontramos una formulación general que suponga el establecimiento de periodos de enfriamiento (*cooling-off periods*) a fin de que el consumidor reflexione de forma adecuada sobre la decisión tomada, suponiendo que el influjo de los mecanismos de incitación al consumo solo tendría verdadera eficacia persuasiva en los casos allí previstos[114]. De hecho, considerando el matiz propuesto por Rodrigo Momberg, el establecimiento de este derecho basado en la incidencia de las técnicas de "contratación agresiva" o del "factor sorpresa" solo se darían en el ca-

[113] Pepall, Richards y Norman (2008), pp. 523-524.
[114] Sobre este particular, Pinochet (2011), p. 160, expresa: "unos días de reflexión, sin el influjo del marketing o publicidad, deberá llevar al consumidor a determinar la coincidencia real o no de las características –objetivas y subjetivas– ofrecidas en el producto, e incluso la necesidad que realmente tiene del bien o servicio contratado, pudiendo en el caso de que las expectativas creadas no hayan sido satisfechas o en aquel en que el consumidor haya podido darse cuenta de que compró compulsivamente un bien que no necesitaba, desistir del contrato cumpliendo los requisitos y condiciones que le impone la ley".

so de la contratación celebrada en reuniones convocadas o concertadas por el proveedor, puesto que, en los demás casos, el problema parece asociarse con las dificultades para verificar la conformidad del bien que el consumidor no ha podido inspeccionar de manera personal habida consideración del medio de contratación escogido[115].

En la órbita del crédito al consumo, la ausencia de esta pieza en la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, fue considerada de manera negativa en doctrina[116], en especial, al observar su eficacia como medio de tutela del consumidor en ordenamientos que ya la reconocían (como en las secciones 67 a 73 de la Consumer Credit Act inglesa de 1974). Dicho derecho se estableció definitivamente en los arts. 14 y 15 de la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, configurándolo como absoluto (esto es, sin indicación de motivos) y limitado a catorce días desde la fecha de suscripción del contrato de crédito o, bien, desde la fecha en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información recogida en el art. 10 de la misma Directiva, si tal fecha fuera posterior. En tal caso, solo debe pagar al proveedor la cifra correspondiente al capital y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital. Lo anterior no resta la posibilidad de que los ordenamientos establezcan periodos de reflexión previos a la conclusión del contrato, esto es, que el dinero no sea entregado, sino hasta el transcurso de un cierto plazo[117]. La reforma de la Ley n.° 20555 no consideró este punto dentro de la batería de herramientas para abordar la problemática del consumo financiero.

B. La "edición hedonista" y la incitación al consumo desatendiendo las consecuencias negativas de la decisión

Un segundo elemento de interés es el que se refiere a las formas en las que los individuos responden a los estímulos. La reacción más inmediata nos conduce a una mera intuición, como resultado de sistemas de percepción más veloces, automáticos y que implican menores esfuerzos. Este resultado suele situarse en el plano de las emociones, como cuando, de la sola mirada a una imagen o un aroma, evocamos el calor de hogar o la alegría del reencuentro, o nos imaginamos disfrutando de un merecido descanso

[115] Momberg (2011b), pp. 56-57.

[116] Rivero (1995), p. 155.

[117] Arroyo (2017), p. 13. Esta segunda alternativa parece prevenir de mejor manera las contrataciones impulsivas de parte de los consumidores, pero cabe preguntarse sobre su operatividad en supuestos en los que prima la inmediatez, como en las compras financiadas con tarjetas de crédito o crédito directo del proveedor, en especial si el monto del financiamiento es menor.

o de una magnífica celebración[118]. Superado lo anterior, en algunos casos se escala a un segundo sistema de razonamiento, el cual es más lento y requiere mayores esfuerzos para la obtención de un juicio definitivo. Solo aquí encontramos un proceso deliberativo completo. Pero dado que este segundo sistema es subsecuente a la etapa de mera percepción e intuición, se encuentra inevitablemente influenciada por estas[119].

De este modo, la clave para generar ciertas respuestas por parte del consumidor se halla en la afectación de la percepción y de la intuición, puesto que, aun cuando se intente llevar a cabo un proceso de deliberación puramente racional, este estará determinado por aquellos factores. Será aquí donde el anunciante pondrá mayor énfasis, sea para que se evite el segundo proceso (o, al menos, se atenúe su impacto), sea para que el consumidor solo ponga atención a los estímulos positivos que se derivan del mensaje persuasivo. Conforme a lo anterior, volviendo a la idea de la invisibilidad de la deuda en la publicidad, resulta que los estímulos se centrarán en los aspectos placenteros y agradables de la experiencia de consumo, aunque en nada se refieran al producto en sí[120], desviando toda atención de aquellos aspectos que, desde el punto de vista racional, son necesarios para la obtención de un resultado óptimo, incluyendo los elementos negativos de la decisión[121].

[118] Para comprender lo anterior, debemos señalar que las sensaciones son las respuestas inmediatas generadas por nuestros receptores sensoriales (sentidos) a los estímulos básicos, como luz, color y sonido. La percepción es el proceso en el cual estos estímulos son seleccionados, organizados e interpretados –Solomon (1996), pp. 56-57–, pero, sobre todo, filtrados y jerarquizados –Sethna & Blythe (2019), p. 263–. Pero estas percepciones tienden a ser subjetivas y se basan en los esquemas personales o sociales, que no son sino colecciones organizadas de creencias y sentimientos –Solomon (1996), p. 57–. Parte de este proceso es el selector de *inputs*, como mecanismo por medio del cual el sujeto elige las pistas que provienen de los estímulos y les asigna un significado –Sethna & Blythe (2019), p. 266–, al tiempo que también determina el valor que les concederá a fin de cuentas en la decisión. El conocimiento de estas pistas es relevante en el diseño de una estrategia de comunicación de mercadotecnia y es ponderado por medio de estrategias comunicacionales masivas. Parte de estos modelos sensoriales pretenden la evocación de imaginería histórica, trayendo a la mente experiencias pasadas, o de imaginería fantástica, en la que se articula una imagen nueva como mera respuesta a los impulsos sensoriales, generando un consumismo hedonista, Solomon (1996), pp. 58-59.

[119] Cartwright (2018), p. 35.

[120] Luth (2010), p. 53, se refiere a ello como la heurística afectiva (*affect heuristic*), alusiva a la forma en que los individuos enlazan percepciones positivas a ciertos bienes como resultado de la publicidad, cuando las percepciones no se encuentran directamente relacionadas con el producto en sí mismo. Así ocurre, por ejemplo, cuando la publicidad de los productos y servicios financieros no se refieren al crédito, sino a una experiencia que puede obtenerse con ella (vacaciones, viajes, vivienda, etcétera).

[121] De ahí que la inclusión de mensajes que nos recuerdan aspectos negativos de la decisión (como la que se encuentra en los paquetes y publicidad de los cigarrillos o en el etiquetado y publicidad de los alimentos altos en azúcares, grasas saturadas, sodio y

Para profundizar lo anterior se debe considerar que la "contabilidad mental" –el proceso por el cual se codifican, categorizan y evalúan las alternativas y resultados obtenidos de la percepción[122]– requiere de la creación de "cuentas" en las que situamos los aspectos positivos (ingresos) y negativos (gastos) de una determinada decisión. Aun cuando aquí quedan espacios para una decisión racional, esta que puede ser distorsionada por medio de la denominada "edición hedonista"[123], la que sugiere que las personas pueden manipular la percepción e interpretación de los estímulos para hacerlos sentir mejor. Esta forma de edición se refiere a la priorización de los resultados de las decisiones en términos del beneficio personal medido sobre la base de la felicidad y el placer. Así, es esperable que la contabilidad mental será tan "hedonistamente eficiente" como sea posible, donde, de haber combinaciones entre ganancias y pérdidas, las primeras sean destacadas como mayores a las segundas[124]. En el ámbito que nos interesa, la adquisición de un bien será considerada como una ganancia (cuando el valor estimativo del bien es mayor al precio pagado) y la utilización del dinero será apreciada como una pérdida[125], a menos que se destaque la utilidad de la operación (por ejemplo, referida al valor estimativo de una oferta o promoción, tomando en consideración la disminución que se presenta respecto al precio de referencia)[126].

Desde una perspectiva psicológica, la decisión de endeudamiento supone dos clases de decisiones que, como señala Brian Knutson *et al.*, son difíciles de explicar desde la perspectiva de la elección racional[127]. La primera supone que el consumo implica la ponderación de las ganancias versus pérdidas de la decisión, lo que se encontraría relacionado con las "preferencias de riesgo", como cuando se decide adquirir un determinado bien a un precio dado. En la segunda, más compleja, interviene un factor temporal y se refiere a la valoración de las ganancias presentes versus pérdidas futuras, lo que se asocia a las "preferencias temporales", como cuando se disfruta de forma inmediata de las ventajas de un bien (por ejemplo, fumar, comer o adquirir el producto sin efectuar pago alguno), observado que los aspectos negativos (por ejemplo, enfermedades respiratorias, el aumento de peso o el pago del préstamo en capital e intereses) son mentalmente desplazados al futuro.

calorías, entre otros) es fruto de la intervención normativa de manera de evitar estrategias comunicacionales que los eviten, conduciendo a decisiones insalubres para los consumidores. Véanse leyes n.° 20606, 20660 y 20869.

[122] Cartwright (2018), p. 53.

[123] *Op. cit.*, p. 55.

[124] Thaler (2000), p. 247.

[125] *Op. cit*, p. 248.

[126] *Ibid.*

[127] Knutson *et al.* (2012), p. 168.

Ambas clases de preferencias se encuentran vinculadas a procesos emocionales, por lo que el cuestionamiento al modelo de la elección racional se refiere a la forma en la que los consumidores pueden anticipar los efectos positivos y negativos de la decisión de consumo y de endeudamiento, de manera de valorar de forma correcta los efectos emocionales y afectivos que de ellos se deducen. Conforme a lo anterior, en un modelo de emociones anticipadas (*anticipatory emotions*), los consumidores no emplean toda la información disponible para tomar una decisión adecuada de endeudamiento[128]. Lo anterior, en especial por razones ligadas al denominado "descuento hiperbólico", que, referido a *biases* temporales, supone que el individuo prefiere la certeza de la gratificación inmediata que la espera de los beneficios futuros[129] o a problemas de "impulsividad", en que estímulos repentinos inducen la decisión de los consumidores sin mayor reflexión sobre las consecuencias que podrán presentarse a mediano o largo plazo[130].

Por ello, la distancia temporal que se produce entre la asunción del costo (el pago de la deuda, en especial si ella puede ser desplazada en largos periodos de tiempo) y la satisfacción derivada de la obtención más o menos inmediata del bien o servicio, supondrá una mayor valoración de este último, dado que satisface afectivamente un aspecto positivo de nuestra vida. De ello se deduce que solo el *homo economicus* solo tomará en consideración a los costos financieros (como la CAE) a efectos de decidirse por el endeudamiento, desgajando de la decisión toda emocionalidad y todos los elementos afectivos que también dirigen nuestras acciones. En especial, cuando los impulsos generados por la publicidad ponen especial atención en dichos aspectos emocionales y afectivos positivos, mediante la estrategia del *priming* antes mencionada, desviando la mirada de aquellos elementos negativos que, de haberlos, son formulados de manera agradable ("compre en marzo, pero empiece a pagar en junio").

De nuevo, la ley chilena no contiene reglas que tomen en consideración estos aspectos, los que terminan por referirse a la forma en la que se despliega la información publicitaria en el ámbito de los productos y servicios financieros. Aquí, la solución no parece tan evidente como en la situación anterior, dado que la eliminación de todo factor de incitación publicitaria o la imposición de advertir de manera destacada los aspectos negativos de la contratación, como ocurre con el tabaco y los alimentos menos saludables, supondrían que todos los productos crediticios tienen un carácter nocivo. Y ello no es real: el crédito, entregado de manera adecuada y responsable, puede provocar una mejora en la situación parti-

[128] Wiener *et al.* (2012), p. 186.

[129] Luth (2010), p. 52.

[130] Lades (2012), p. 2.

cular de los sujetos, posibilitando una estabilidad de ingresos y gastos a lo largo de su vida (*consumption smoothing*)[131], pero ello tampoco implica que se trate de una contratación libre de riesgos[132].

En la órbita europea esta constatación se efectuó en el marco de la crisis financiera de mediados de la década pasada, y se tradujo normativamente en la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Ella asume que los términos y condiciones de los créditos pueden acarrear una serie de riesgos que deben ser puestos en conocimiento de los consumidores[133], ya desde la fase publicitaria, sin perjuicio de los demás deberes de los prestamistas derivados del principio de "préstamo responsable"[134]. Una alternativa más radical tiende a prohibir ciertos tipos de mensajes publicitarios inductivos a comportamientos riesgosos, como se dispone en el art. VII.123 del *Code de Droit Économique* belga. Creemos que ello es comprensible para los casos más extremos, como los que se enumeran en dicha norma, destacando aquellos en que el mensaje se dirige a quienes no tienen real capacidad de asumir deudas ("l'incitation du consommateur, dans l'impossibilité de faire face à ses dettes, à recourir au crédit"), los que destaquen la facilidad o velocidad para la obtención del crédito ("la mise en valeur de la facilité ou de la rapidité avec lesquelles le crédit peut être obtenu") o que indiquen que aquel puede ser otorgado sin examinar la situación financiera del deudor

> ("indique qu'un contrat de crédit peut être conclu sans élément d'information permettant d'apprécier la situation financière du consommateur"),

entre otros[135].

[131] Cartwright (2018), pp. 84 -86.

[132] Como señala Ramsay (2016), p. 162, "intentar la combinación de las imágenes del crédito como ´lubricante´ y ´potencialmente peligroso´ avizoran un conflicto político continuo en el campo de la regulación del mercado crediticio".

[133] El cons. 22 de la mentada directiva indica: "dada la naturaleza de los citados contratos de crédito y sus posibles consecuencias para el consumidor, es preciso que el material publicitario y la información precontractual personalizada incluyan las oportunas advertencias específicas de riesgo, por ejemplo sobre las posibles repercusiones de las fluctuaciones del tipo de cambio en el importe que tiene que reembolsar el consumidor y, si los Estados miembros así lo estiman procedente, la naturaleza de las garantías y las implicaciones de constituir una garantía".

[134] En pocas palabras, como refiere Arroyo (2017), p. 10, este principio implica que los acreedores profesionales deben considerar las necesidades e intereses de los prestatarios y prevenir que sucumban ante la tentación de tomar préstamos riesgosos.

[135] Sobre este particular, Verheye & Sagaert (2017), p. 139.

A nuestro juicio, fuera de estos casos más extremos, la cuestión radica en generar instancias en las que el consumidor, aun siendo tentado a consumir y financiar su consumo, sea luego alertado por el proveedor de las consecuencias negativas y, en su caso, les aconseje sobre la conveniencia, adecuación y oportunidad de la contratación. Así, sostenemos que no hay razón para que los deberes de seguridad que impone la normativa de consumo se limiten a riesgos físicos del consumidor, sino que se extienden a todo cuanto pueda producirle algún grado de menoscabo (art. 3°, letra d) de la Ley n.° 19496)[136]. Y el sobreendeudamiento, por cierto, es dañino para la población, tanto es sus aspectos patrimoniales como emocionales y afectivos[137]. En otras palabras, parece contradictorio pensar en medidas de autocontrol frente a herramientas que están diseñadas para esquivarlo. Resulta más coherente pensar en mecanismos por medio de las cuales el proveedor (antes, anunciante) discrimine entre quienes han recibido el llamado publicitario y, calificando su solvencia actual y futura, ajustando los productos o servicios financieros a sus caracteres individuales, aconsejando sobre las distintas alternativas disponibles para el financiamiento de su consumo, etc., les conduzca a una decisión óptima para evitar situaciones de riesgo[138]. Aquí entran en juego otros medios de protección, como son los que se derivan del deber de consejo y de adecuación a las capacidades financieras del cliente, actuales y proyectadas, pero de ellos ya hemos tratado en otro sitio[139].

[136] Si bien es cierto que existe una cierta reconducción a las pérdidas patrimoniales o a los daños personales sufridos con ocasión del consumo de un producto peligroso (título iii, párrafo 5°), la formulación general del art. 3° pretende evitar la producción genérica de daños, "más allá de los derivados de su propia inidoneidad para cumplir con el fin al que estaba destinado", Corral (2013), p. 111, y, aun en los casos en los que el daño no haya alcanzado a producirse, pero existía la potencialidad de este. Para varias referencias jurisprudenciales sobre la extensión de este derecho, véase Isler (2019), pp. 228-231.

[137] Reifner (2009), pp. 105-106.

[138] En similar línea, para la construcción de un sistema tutelar más intenso en el ámbito de la peligrosidad o riesgo de productos o servicios, López (2019), pp. 937-950, ofrece una relectura del ordenamiento privado chileno para configurar los deslindes de la obligación de advertencia. Compartiendo esta noción, también nos parece necesario relevar como la autora establece ciertas premisas de procedencia que son consistentes con la formulación de los deberes de consejo y adecuación a los que aludiremos inmediatamente, como son la buena fe y el deber de colaboración. Ello porque en una de las variantes del deber de advertencia subyace también que evitar las consecuencias nocivas de la contratación para la contraparte, lo que también sirve de sustrato a la necesidad de adecuar el producto y servicio al perfil del cliente en sus supuestos más riesgosos.

[139] Goldenberg (2018), *passim.*

VI. Conclusiones

En el marco de las denominadas "sociedades de consumo", el acceso al crédito funciona como un lubricante que facilita la adquisición de bienes y la obtención de servicios sin necesidad de recurrir al ahorro previo. En este contexto, las estrategias de *marketing* resuelven un problema informativo, en la medida en que dan a conocer la existencia (y fortalezas) de un determinado producto, y, en el caso de los productos financieros (aunque por imperativo legal), ello se resuelve dando cuenta del costo financiero del crédito como un mecanismo simplificado de datos que facilita la comparación. Los estándares de veracidad y claridad que se imponen a la publicidad pueden ser cumplidos, pero desatienden que la racionalidad imperfecta de los receptores puede dar primacía a los elementos persuasivos que, constituyendo el núcleo del mensaje, pueden alentar conductas subóptimas. La sobreexposición sensorial suele llevar implícito el aligeramiento del proceso decisorio, de modo que su resultado sea condicionado por estímulos más básicos. Así, en la medida que los estigmas de la deuda van desapareciendo culturalmente, en especial por su invisibilidad, las fórmulas del consumo por ostentación son alentadas por medio de íconos de felicidad y bienestar material, ahora accesibles por medio del recurso al crédito al consumo. La variante del sobreendeudamiento activo, en que hay una voluntad de obtención de crédito por sobre las capacidades reales de pago, puede ser resistida en la medida en que se regulen ciertos estímulos particularmente dañinos (como en la legislación belga) o complementando el modelo tutelar por medio de deberes de adecuación y consejo de manera de ajustar el producto a las necesidades y capacidades reales del consumidor.

Bibliografía citada

Agarwal, Sumit & Brent W. Ambdrose (2018). "The effect of advertising o home equity credit choices", in Joshua C. Teitelbaum & Kathryn Zeiler (eds.). *Research handbook of behavioral law and economics*. Cheltenham / Northampton: Edward Elgar Publishing.

Arroyo i Amayuelas, Esther (2017). "Crisis? What crisis?", in Miriam Anderson & Esther Arroyo i Amayuelas (eds.). *The impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*. Groningen: Europa Law Publishing.

Bagwell, Kyle (2005). *The economic analysis of advertising*, Discussion Paper Nº: 0506-01, Department of Economics of the Columbia University. Disponible en https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8QZ2P6X [fecha de consulta: 19 de febrero de 2020].

Banco Central (2018). *Encuesta financiera de hogares 2017: Principales resultados*. Disponible en www.efhweb.cl [fecha de consulta: 19 de febrero de 2020].

Banco Central (2019). *Cuentas nacionales por sector industrial. Evolución del ahorro, la inversión y el financiamiento sectorial en el primer semestre de 2019*. Disponible en www.bcentral.cl/cuentas-nacionales-por-sector-industrial [fecha de consulta: 19 de febrero de 2020].

Baquero Herrera, Mauricio y Guillermo Caballero Germain (2013). "Artículo 17 G", en Íñigo De la Maza y Carlos Pizarro (dirs.) y Francisca Barrientos (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.

Bar-Gill, Oren & Elizabeth Warren (2008). "Making credit safer". *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157, nº 1. Philadelphia.

Bar-Gill, Oren (2012). *Seduction by contract. Law, economics and psychology in consumer markets*. Oxford: Oxford University Press.

Barrientos Camus, Francisca (2019). *Lecciones de derecho del consumidor*. Santiago: Thomson Reuters.

Bell, Daniel (1976). *The cultural contradictions of capitalism*. New York: Basic Books, Publishers.

Berti de Marinis, Giovanni (2018). "La tutela del cliente 'vulnerabile'". *Banca Borsa Titoli di Credito*, vol. 71, nº 5. Milán.

Block-Lieb, Susan & Janger, Edward J. (2006). "The myth of the rational borrower: rationality, behavioralism and the misguided reform of the bankruptcy law". *Texas Law Review*, vol. 84, nº 6. Austin.

Bos, Marieke, Susan Payne Carter & Paige Marta Skiba (2018). "Balancing act: new evidence and discussion of the theory on the rationality and behavioral anomalies of choice in credit markets", in Joshua C. Teitelbaum & Kathryn Zeiler (eds.). *Research handbook of behavioral law and economics*. Cheltenham / Northampton: Edward Elgar Publishing.

Braithwaite, Dorothea (1928). "Economic effects of advertising". *The Economic Journal*, vol. 38, n° 148. Oxford.

Calder, Lendol (1999). *Financing the American dream. A cultural history of consumer credit*. Princeton: Princeton University Press.

Cartwright, Edward (2018). *Behavioral economics*. Oxon / New York: Routledge.

Chamberlin, Edward (1933). *The theory of monopolistic competition: a reorientation of the theory of value*. Cambridge: Harvard University Press.

Corral Talciani, Hernán (2013). "Artículo 3°, letra d)", en Iñigo De la Maza y Carlos Pizarro (dirs.) y Francisca Barrientos (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.

De la Maza Gazmuri, Iñigo (2013). "Artículo 1° N° 4", en Iñigo De la Maza y Carlos Pizarro (dirs.) y Francisca Barrientos (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.

De la Maza Gazmuri, Iñigo (2015a). "La información como técnica de protección de los consumidores: créditos hipotecarios ¿una paradoja?", en AA.VV. *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Thomson Reuters.

De la Maza Gazmuri, Iñigo (2015b). "La integración publicitaria y la publicidad engañosa como supuestos de error provocado", en AA.VV. *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila*. Santiago: Thomson Reuters.

Domurath, Irina (2017). *Consumer vulnerability and welfare in mortgage contracts*. Oxford/ Portland: Hart.

Fernández Ortega, Felipe (2019). "La comprensión del mensaje publicitario y la protección de la voluntad del consumidor desde el derecho a la información (Corte de Apelaciones de Santiago)". *Revista de Derecho,* vol. 39, n.° 2. Valdivia.

Fondo Monetario Internacional (2019). *Financial access survey*. Disponible en http://data.imf.org/?sk=E5DCAB7E-A5CA-4892-A6EA-598B5463A34C [fecha de consulta: 19 de febrero de 2020].

Franken, Sefa M. (2009). "The political economy of the EC Consumer Credit Directive", in Johanna Niemi, Iain Ramsay & William C. Whitford, *Consumer credit, debt and bankruptcy. Comparative and international perspectives*. Oxford & Portland: Hart.

Goldenberg Serrano, Juan Luis (2017). "El necesario ajuste de la asignación del riesgo de sobreendeudamiento en la regulación de las tarjetas de crédito: desde un sistema basado en los deberes de información a un modelo de corresponsabilidad". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xlix. Valparaíso.

Goldenberg Serrano, Juan Luis (2018). "Los contornos del deber de consejo como expresión de la colaboración y como técnica de protección". *Revista de Derecho*, n.° 244. Concepción.

Goldenberg Serrano, Juan Luis (2020). "El sobreendeudamiento y los paradigmas del consumidor financiero responsable y del proveedor financiero profesional". *Ius et Praxis*, año 26, n.° 1. Talca.

Grundmann, Stefan, Wolfgang Kerber & Stephen Weatherill (2001). "Party autonomy and the role of information in the internal market - an Overview", in Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber & Stephen Weatherill, *Party autonomy and the role of information in the internal market*. Berlin / New York: de Gruyter.

Hernández Paulsen, Gabriel (2014). *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*. Madrid: Marcial Pons.

Hopt, Klaus J. (2001). "Disclosure rules as a primary tool for fostering party autonomy – observations from a functional and comparative legal perspective", in Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber & Stephen Weatherill, *Party autonomy and the role of information in the internal market*. Berlin / New York: de Gruyter.

Isler Soto, Erika (2019). *Derecho del consumo. Nociones fundamentales*. Valencia: Tirant lo blanch.

Janiszewski, Chris & Robert S. Wyer Jr. (2014). "Content and process priming". *Journal of Consumer Psychology,* vol. 24, nº 1. New York.

Kerber, Wolfgang y Viktor Vanberg (2001). "Constitutional aspects of party autonomy and its limits - The perspective of constitutional economics", in Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber & Stephen Weatherill. *Party autonomy and the role of information in the internal market*. Berlin / New York: de Gruyter.

Kirchner, Christian (2001). "Justifying limits to party autonomy in the internal market - mainly consumer protection", in Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber & Stephen Weatherill. *Party autonomy and the role of information in the internal market*. Berlin / New York: de Gruyter.

Knutson, Brian & Gregory R. Samanez-Larkin (2012). "Brain, decision, and debt", in Ralph Brubaker, Robert M. Lawless, Charles J. Tabb (eds.). *A debtor world. Interdisciplinary Perspectives on Debt*. Oxford: Oxford University Press.

Lades, Leonhard K. (2012). "Impulsive consumption and reflexive thought: Nudging ethical consumer behavior". *Papers on economics and evolution*, Nº 1203, MaxPlanck-Inst. für Ökonomik. Disponible en www.econstor.eu/bitstream/10419/57569/1/687963532.pdf [fecha de consulta: 19 de febrero de 2020].

Lea, Stephen E.G., Avril J. Mewse, Wendy Wrapson (2012). "The psychology of debt in poor household in Britain", in Ralph Brubaker, Robert M. Lawless, Charles J. Tabb (eds.). *A debtor world. Interdisciplinary Perspectives on Debt*. Oxford: Oxford University Press.

López Díaz, Patricia (2019). "¿Es la obligación/deber de advertencia una categoría exclusiva de la Ley N° 19.496?: hacia una justificación dogmática y propuesta de construcción en el Código Civil chileno", en AA.VV. *Estudios de Derecho Civil XIV*. Santiago: Thomson Reuters.

López Jiménez, David (2014). "Publicidad, prácticas comerciales agresivas, y ficheros de exclusión voluntaria o listas Robinson en el ámbito digital: una sugerente visión desde el Derecho español". *Revista de Derecho,* año 21, n.° 1. Coquimbo.

Luth, Hanneke (2010). *Behavioural economics in consumer policy*. Antwerp / Oxford / Portland: Intersentia.

Luth, Hanneke A. & Katalin Cseres (2010). "The DCFR and consumer protection: an economic analysis", in Pierre Larouche & Filomena Chirico (eds.). *Economic analysis of the DCFR*. Munich: Sellier.

McKechnie, Sally (1997). "Consumer buying behavior in financial services. An overview", in Arthur Meidan, Barbara Lewis & Luiz Moutiho (eds.). *Financial services marketing*. London: The Drayden Press.

Martin, Randy (2002). *Financialization of daily life*. Philadelphia: Temple University Press.

Mecklitz, Hans-W. (2016). "Consumer: marketised, fragmentised, consitutionalised", in Dorota Leczykiewicz & Stephen Weatherill (eds.). *The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free movement and Competition law*. Oxford / Portland: Hart.

Momberg Uribe, Rodrigo (2011a). "El rol de la publicidad en la etapa precontractual", en Hernán Corral y otros (coords.). *Estudios de Derecho Civil. Contratos.* Santiago: Abeledo Perrot / Legal Publishing Chile.

Momberg Uribe, Rodrigo (2011b). "El derecho de retracto en los contratos de consumo", en Hernán Corral y otros (coords.). *Estudios de Derecho Civil. Contratos.* Santiago: Abeledo Perrot / Legal Publishing Chile.

Morrison, Stacey, Leyland Pitt & Jan Kietzmann (2015). "Technology and financial services: marketing in times of U-Commerce". *Journal of Financial Services Marketing*, vol. 20, n° 4. London.

Nehf, James (2010). "Misleading and unfair advertising", in Geraint Howells, Iain Ramsay & Thomas Wilhemsson (eds.). *Handbook of research on international consumer law.* Cheltenham / Northampton: Edward Elgar Publishing.

Paterson, Mark (2012). *Consumption and everyday life.* London / New York: Routledge.

Pepall, Lynne, Dan Richards & George Norman (2008). *Industrial organization. Contemporary theory and empirical applications.* Malden/Oxford/Carlton: Blackwell Publishing.

Pingle, Mark (2006). "Deliberation cost as a foundation of behavioral economics", in Morris Altman (ed.), *Handbook of contemporary behavioral economics. Foundation and developments.* London: M.E. Sharpe, Amonk.

Pinochet Olave, Ruperto (2011). "El derecho de desistimiento en la nueva Ley de Protección del Consumidor y su relación con el principio de fuerza obligatoria del contrato", en Hernán Corral y otros (coords.). *Estudios de Derecho Civil. Contratos.* Santiago: Abeledo Perrot/Legal Publishing Chile.

Pitofsky, Robert (1977). "Beyond Nader: Consumer Protection and the Regulation of Advertising". *Harvard Law Review,* vol. 90, nº 4. Cambridge, Massachusetts.

Ramsay, Iain (1996). *Advertising, culture and the law.* London: Sweet & Maxwell.

Ramsay, Iain (2005). "From truth in lending to responsible lending", in Geraint Howells, André Janssen & Reiner Schulze (eds.). *Information rights and obligations. A challenge for party autonomy and transactional fairness.* Aldershot / Burlington: Ashgate.

Ramsay, Iain (2010). "Regulation of consumer credit", in Geraint G. Howells, Iain Ramsay, Thomas Wilhelmsson (eds.). *Handbook of research on international consumer law.* Cheltenham / Northampton: Edward Elgar Publishing.

Ramsay, Iain (2016). "Changing policy paradigms of EU Consumer Credit and Debt Regulation", in Dorota Leczykiewicz & Stephen Weatherill. *The image of the consumer in EU Law.* Oxford/Portland: Hart.

Reich, Norbert (2016). "Vulnerable consumers in EU law", in Dorota Leczykiewicz, Stephen Weatherill (eds.).*The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free movement and Competition law.* Oxford/Portland: Hart.

Reifner, Udo (2009). "'A call to arms'-for regulation of consumer lending", in Johana Niemi, Iain Ramsay & William C. Whitford (eds.). *Consumer credit, debt and bankruptcy. Comparative and international perspectives.* Oxford/Portland: Hart.

Reifner, Udo, Johanna Niemi-Kiesiläinen, Nik Huls & Helga Springeneer (2010). *Overindebtedness in European Consumer Law: Priciples from 15 European States.* Norderstedt: Institut für Finanzdienstleistungen.

Rivero Alemán, Santiago (1995). *Disciplina del crédito bancario y protección el consumidor.* Elcano, Navarra: Aranzadi.

Rubinstein, Ariel (1998). *Modeling bounded rationality.* Cambridge/London: The MIT Press.

Solomon, Michael R. (1996). *Consumer behavior.* Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall.

Sebastián Barocelli, Sergio (2018). "Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables", en Sergio Sebastián Barocelli (dir.). *Consumidores Hipervulnerables.* Buenos Aires: El Derecho.

Sethna, Zubin & Jim Blythe (2019). *Consumer behavior.* London: SAGE.

Stigler, George J. (1987). *The theory of price.* New York: MacMillan Publishing Company.

Stuart Mill, John (1967 [1844]). "On the definition of Political Economy", in John Stuart Mill. *Collected Works of Stuart Mill, Vol. 4, Essays on Economics and Society.* Toronto: University of Toronto Press.

Sullivan, Teresa A. (2012). "Debt and the stimulation of social class", in Ralph Brubaker, Robert M. Lawless, Charles J. Tabb, (eds.). *A debtor world. Interdisciplinary Perspectives on Debt.* Oxford: Oxford University Press.

Thaler, Richard H. (2000). "Mental accounting matters", in Daniel Kahneman & Amos Tversky (eds.). *Choices, values and frames.* New York: Cambridge University Press.

Ulen, Thomas S. (2001). "Information in the market economy - cognitive errors and legal correctives", in Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber & Stephen Weatherill. *Party autonomy and the role of information in the internal market.* Berlin/New York: de Gruyter.

Verheye, Benjamin & Vincent Sagaert (2017). "Consumer credits for immovables in Belgium and France", in Miriam Anderson & Esther Arroyo i Amayuelas (eds.). *The impact of the Mortgage Credit Directive in Europe.* Groningen: Europa Law Publishing.

Wein, Thomas (2001). "Consumer information problems - causes and consequences", in Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber & Stephen Weatherill. *Party autonomy and the role of information in the internal market.* Berlin / New York: de Gruyter.

Wiener, Richard L., Jason A. Cantone, Michael Holtje, Susan Block-Lieb (2012). "The limits of enhances disclosure in bankruptcy law: anticipated and experienced emotion", in Ralph Brubaker, Robert M. Lawless, Charles J. Tabb, (eds.). *A debtor world. Interdisciplinary Perspectives on Debt.* Oxford: Oxford University Press.

Sigla y abreviaturas

ADR	annual percentage rate
al.	*alii* (otros)
art.	artículo
arts.	artículos
CAE	carga anual equivalente
CC	*Código Civil*
CE	Comunidad Europea
CEE *a veces* EEC	Comunidad Económica Europea
Conar	Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria
cons.	considerando
coord.	coordinador *a veces* coordinadora
coords.	coordinadores
DCFR	Marco Común de Referencia
dirs.	directores
DS	decreto supremo
ed.	edición *a veces* editor, editorial
eds.	editores
etc.	etcétera
Fondecyt	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
http	Hypertext Transfer Protocol
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
Ibid.	*Ibidem*
Ltda.	limitada
n.º *a veces* Nº, núm.	número
op. cit.	*opere citato* (obra citada)
p.	página
PIB	Producto Interno Bruto
pp.	páginas
S.A.	sociedad anónima
UE	Unión Europea
vol.	volumen
www.	World Wide Web

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 207-216 [julio 2020]

NOTAS SOBRE EL CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS ENTRE EMPRESARIOS. UNA SÍNTESIS DEL MODELO ALEMÁN[*]

Pamela Mendoza Alonzo[**]
María Elisa Morales Ortiz[***]

Resumen

Sin propósitos comparativos y a modo de ensayo, este trabajo presenta un breve análisis de la normativa alemana sobre control de cláusulas abusivas en contratos entre empresarios. El trabajo, además, expone la interpretación jurisprudencial extensiva de protección a pequeños empresarios de los tribunales alemanes y concluye explicando la crítica a esta misma tendencia y enuncia las propuestas de reforma al respecto.

Palabras clave: *BGB*; cláusulas abusivas; derecho del consumo; B2B; derecho alemán.

Abstract

No comparative purposes and as an essay, this paper presents a brief analysis of the German law on the control of unfair terms in contracts between business. In addition, it exposes the extensive interpretation of protection to small businessmen by the German courts and concludes explaining the criticism to this same trend and stating the reform proposals in this regard.

Keywords: *BGB*; Unfair terms; Consumer law; B2B; German law.

---

[*] Este trabajo es parte del proyecto Fondecyt Iniciación n.º 11190543 titulado "Criterios de verificación de asimetría en los contratos B2B. Una perspectiva de Derecho Comparado".

[**] Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Dirección postal: Los Pinos S/N, Balneario Pelluco, Puerto Montt, Chile. Correo electrónico: pamela.mendoza@uach.cl.

[***] Profesora de Derecho Civil y Derecho del Consumo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Dirección postal: Avenida Rector Eduardo Morales Miranda, n.º 23, Valdivia, Chile. Correo electrónico: maria.morales@uach.cl. Este trabajo se sometió a double blind review y fue recibido el 29 de noviembre de 2019 y aceptado para su publicación el 3 de marzo de 2020.

I. Introducción

En otro trabajo, de un análisis de la evolución de la regulación de las cláusulas abusivas en los ordenamientos inglés, alemán y francés[1], se concluye que los "sistemas padres"[2] coinciden en la extensión del control de cláusulas abusivas a relaciones entre empresarios o B2B[3], pero con distinta técnica legislativa. Esto último permite hablar de tres modelos diferentes en esta materia.

En cuanto al modelo alemán, es posible sostener que se ha preocupado de manera temprana de la regulación las relaciones asimétricas como categoría general, más que solo de las relaciones de consumo propiamente tal (B2C), pudiendo catalogarse como un sistema vanguardista en este sentido.

A continuación, a modo de ensayo, se realizará una breve síntesis de la normativa del control de cláusulas abusivas en contratos B2B en el sistema alemán, para luego explicar algunas de las críticas y propuestas de reforma que han surgido al respecto.

II. Síntesis sobre la regulación de las cláusulas abusivas entre empresarios en el derecho alemán[4]

Desde una perspectiva comparativa, el derecho alemán ha sido pionero en la extensión del control de cláusulas abusivas a contratos entre empresarios. Así, la ley sobre condiciones generales de la contratación de 1976 (AGBG) resultaba aplicable tanto a las relaciones de consumo como a relaciones B2B[5].

Sin embargo, como explica Reinhard Zimmermann, la AGBG no se trataba en estricto rigor de una ley de protección al consumidor, sino de una regulación sobre los términos generales del contrato, estableciendo un catálogo de cláusulas abusivas, recogidas de una larga tradición jurisprudencial, aplicables cada vez que exista una parte débil en la relación contractual[6]. Dichos criterios jurisprudenciales sobre términos y condiciones generales se desarrollaron en un inicio en torno a la noción de buenas costumbres del apartado 1 del § 138[7] del *BGB*[8], para posteriormente ampliarlo, a partir de la década de 1950, a los estándares de la buena fe contractual del § 242 del *BGB*[9].

[1] Morales, Mendoza y Munita (2020).

[2] Zweigert & Kötz (1998), p. 41, aconsejan la selección de estos sistemas.

[3] Preferimos esta última expresión.

[4] Una revisión comparativa se puede revisar en Morales, Mendoza y Munita (2020).

[5] Zimmermann (2005), p. 434.

[6] *Op. cit.*, p. 431.

[7] § 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

[8] En este apartado, cualquier referencia a un artículo sin especificación se entiende hecha al *BGB*.

[9] Zimmermann (2005), p. 433. Véase jurisprudencia al respecto en Gsell (2017), p. 239, notas 8 y 9. § 242 Leistung nach Treu und Glauben Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Más adelante, con el fin de armonizar el derecho interno con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la AGBG fue reformada el 19 de julio de 1996 (Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung)[10]. En dicha reforma destaca la modificación del § 12 (Internationaler Geltungsbereich*)* y un nuevo artículo, el § 24a (Verbraucherverträge*)*, relativo a los "contratos de consumo", donde se fortaleció la protección al consumidor por sobre otros contratantes débiles[11]. Con todo, la AGBG siguió siendo una ley de condiciones generales de la contratación de aplicación general[12].

Más tarde, con las reformas al *BGB* del año 2000 (que incorporó los §§ 13-14) y de 2001 (que derogó la AGBG y la incorporó en los §§ 305-310) esta tendencia de protección amplia se mantuvo. Ambas reformas, terminaron de adaptar (aunque sin grandes modificaciones) el derecho nacional, en este tema, a la directiva 93/13/CEE.

En efecto, la AGBG fue derogada con la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2001 (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts), que entró en vigor el 1 de enero de 2002. Así, fue integrada "en forma de bloque en el *BGB*"[13] bajo el título "Configuración de relaciones obligatorias negociales mediante condiciones generales de la contratación"[14] (Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen) del libro 2, relativo al derecho de las obligaciones[15]. Así, hoy los §§ 305-310 del *BGB* son las normas referentes en esta materia. Esta especial configuración del *Código Civil* alemán representa, en la actualidad, un modelo de derecho del consumo[16].

En ese orden de cosas, el § 305 (Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag) define lo que son las condiciones generales de la contratación y establece cuándo se entienden incorporadas al contrato[17]. Por su parte, el § 305a (Einbeziehung in besonderen Fällen) se refiere a la

[10] En todo caso, es sabido que la AGBG sirvió en parte de inspiración en la redacción de la misma directiva.

[11] Zimmermann (2005), p. 441.

[12] Albiez (2002), p. 1148.

[13] Wacke (2013), p. 705.

[14] Seguimos la traducción de Vives (2002), p. 1243.

[15] Decisión que no estuvo exenta de polémica, como explica Albiez (2002), p. 1147, "después del BGB, según muchos, la AGB-G ha sido el mejor logro de la cultura iusprivatista alemana ¿Por qué había que romper este edificio tan bien diseñado?". Del mismo autor, véase listado de leyes especiales sobre derecho de consumo también incorporadas en otros artículos del *BGB*, pp. 1151-1553

[16] Para Rodrigo Momberg, junto al caso holandés, se trata de un modelo de vinculación normativa entre el derecho privado común y la normativa de protección a los consumidores. Momberg (2016), p. 739.

[17] En lo sucesivo seguiremos la traducción de los arts. §§ 305-310 del *BGB* de Vives (2002), pp. 1245-1253.

incorporación en casos especiales, el § 305b (Vorrang der Individualabrede) establece la prevalencia de los acuerdos individuales sobre las condiciones generales de la contratación, mientras que el § 305c (Überraschende und mehrdeutige Klauseln) se refiere a las cláusulas sorpresivas y ambiguas. El § 306 (Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit) regula las consecuencias jurídicas en caso de no incorporación e ineficacia, en tanto el § 306a (Umgehungsverbot) impone la prohibición de elusión de la normativa mediante alguna otra configuración contractual.

Destaca, en especial[18], el § 307 (Inhaltskontrolle) que, consagrando una línea jurisprudencial, agrega un control de contenido disponiendo:

> (1) Las cláusulas de las condiciones generales de la contratación contrarias a la buena fe son ineficaces si perjudican de forma indebida a la contraparte del predisponente. Un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible[19].

El apartado 2, por su parte, aclara cuáles son los casos en que se presume un "perjuicio indebido". Esta norma tiene un alcance general, por lo que es la norma fundamental del ámbito de protección del empresario adherente más débil en relaciones B2B.

El § 308 (Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit) contempla un catálogo de "cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración"[20], conocida como la "lista gris", mientras que el § 309 (Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit) establece un listado de "cláusulas prohibidas sin posibilidad de valoración"[21], conocida como la "lista negra". Por su parte, el § 310 (Anwendungsbereich) regula el ámbito de aplicación de las normas anteriores, refiriéndose en su apartado 1 al contexto de relaciones entre empresarios.

En cuando a los conceptos de consumidor y empresario, se incorporaron en una reforma anterior, de fecha 27 de junio de 2000 (Gesetz über Fernab-

[18] Mato (2015), p. 252.

[19] Traducción de Vives (2002), p. 1246. Texto original: § 307 Inhaltskontrolle (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. (3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

[20] Vives (2002), p. 1246.

[21] *Ibid.*

satzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro). De acuerdo con lo anterior, la noción de consumidor *(Verbraucher)*, dispuesta en el § 13[22], corresponde a toda persona natural que celebra un negocio jurídico con una finalidad no atribuible preponderantemente a su actividad empresarial o profesional[23]. A su turno, empresario *(Unternehmer)*, definido en el § 14[24], es una persona natural o jurídica o una sociedad con capacidad jurídica que, al celebrar un negocio jurídico, actúa en el ejercicio de su oficio, negocio o profesión[25].

Como es posible advertir, la expresión *Unternehmer* es bastante amplia y no restringida a pequeños-medianos empresarios. Sin embargo, cabe hacer una importante prevención. La extensión de la protección a empresarios es, normativa y comparativamente menor a la de los consumidores. En efecto, de acuerdo con el tenor del § 310, no todos los supuestos contenidos en la lista gris de cláusulas abusivas resultan aplicables a contratos B2B y la lista negra del § 309, se excluye por completo. No obstante, la jurisprudencia de todas formas ha utilizado estas normas para construir interpretaciones que conducen a la declaración de abusividad en relaciones entre empresarios[26].

Como hemos sostenido en otro trabajo[27], en el contexto descrito cobra especial relevancia el control de contenido del § 307 como la principal norma que configura la protección al empresario más débil en relaciones B2B[28]. A esto, cabe añadir, la tendencia jurisprudencial que interpreta de manera extensiva los §§ 308-309, justificando este ejercicio en la llamada "eficacia indiciaria" *(Indizwirkung)*[29] de ese listado de cláusulas abusivas. De todas formas, la jurisprudencia alemana ha realizado distinciones a la hora de aplicar estas interpretaciones, haciendo una diferenciación entre tipos de empresarios ajena al § 14 del *BGB*. Así, por vía de interpretación y aplicación, aumenta la protección al pequeño empresario, matizando hasta excluir a las grandes empresas.

[22] § 13 Verbraucher. Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

[23] Traducción libre.

[24] § 14 Unternehmer (1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt (2) Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.

[25] Traducción libre.

[26] Drygala (2012), p. 44.

[27] Morales, Mendoza y Munita (2020).

[28] Schmith & Ulmer (2010), p. 36.

[29] Véanse sentencias en: Schmith & Ulmer (2010), pp. 37-39; Mato (2015), pp. 258-261; Müller (2018).

III. Extensión del control de cláusulas abusivas a contratos B2B: críticas y propuestas de reforma

La interpretación jurisprudencial explicada más atrás no ha tenido una plena acogida[30].

Así, explica Beate Gsell, por tratarse de relaciones jurídicas distintas (B2C-B2B), la aplicación indirecta de los §§ 308-309 a través del § 307 es criticada por eliminar la especialidad de ellas mismas que, mediante una adecuada interpretación, resultan aplicables a relaciones de consumo[31].

Por otro lado, el hecho de que la jurisprudencia haga una distinción en la práctica entre tipos de empresarios cuando la ley no distingue, también genera reproches[32]. Así, entre otros argumentos, recalcan Matthias Lehmann & Johannes Ungerer que la protección del empresario "débil" frente al "fuerte" no es una labor que corresponda definir en la regulación de condiciones generales, sino al derecho de la competencia[33].

Como consecuencia, el Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor alemán (Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz) tomó nota del debate e impulsó la discusión encargando un proyecto de investigación que encabezó el Dr. Lars Leuschner, titulado "Términos y condiciones generales para contratos entre empresas: con especial consideración a las limitaciones de responsabilidad" (AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen Unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen), cuyo informe final fue presentado el 30 de septiembre de 2014[34]. En síntesis, el objetivo perseguido era determinar si se requiere o no una reforma en esta materia, labor que se llevó a cabo a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania[35], análisis de las limitaciones de responsabilidad habituales dentro del sector industrial y revisión de derecho comparado. Destaca también en la metodología un apartado de investigación empírica, realizada a través de cuestionarios aplicados a expertos en arbitraje y trabajadores de empresas. Asimismo, el estudio reafirmó que, a diferencia de otros ordenamientos, las empresas en Alemania no pueden limitar su responsabilidad en contratos masivos estandarizados. Se explica que esto es así por la jurisprudencia, que es muy estricta frente a los acuerdos individuales, realizando un estricto control de contenido en las restricciones (e, incluso, en las extensiones) de responsabilidad.

En dicho sentido, sostiene Lars Leuschner que la ley debe representar un importante papel, por lo que se sugiere realizar una reforma legal eliminando la "fórmula de previsibilidad" (Vorhersehbarkeitsformel) utilizada por la jurisprudencia, mediante la cual la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales debe incluir al menos los daños previsibles y típicos del contrato[36], introduciendo expresamente la admisibilidad de restricciones de responsabilidad general entre empresarios, haciendo primar la voluntad de las partes[37]. También propone la existencia de una cifra límite y determinante de control de cláusulas en relaciones entre empresarios, evitando así problemas de delimitación[38]. A su juicio, esto no es óbice para introducir una disposición según la cual el control de cláusulas pueda ser aplicable en otros casos por sobre esa cifra límite, si hubiera un desequilibrio económico considerable.

Asimismo, han habido algunas iniciativas de reforma al *BGB* en los §§ 305 y 310[39]. Por su parte, el propio Lars Leuschner, publicó en 2015 su propuesta de reforma siguiendo la línea de su informe de 2014 (Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr)[40]. Solo por mencionar otro ejemplo, bajo el alero de asociaciones empresariales, se crea la "Propuesta legislativa de modificación de la regulación de los términos y condiciones generales en las transacciones comerciales" (Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr)[41]. Esta propuesta, así como sus versiones anteriores que datan desde 2008, recuerdan que el espíritu original era otorgar mayor elasticidad a las relaciones entre empresarios, no siendo equiparadas a las relaciones B2C[42], así, sugieren cambios concretos a la redacción de los §§ 305, 307 y 310. Como contrapartida, existe también un movimiento llamado "pro AGB- Recht" que está conformado por más de treinta microempresarios, los cuales abogan por mantener la protección de las empresas más débiles sin alterar el *status quo,* destacando las ventajas que legislación alemana les otorga, en comparación a otros sistemas[43].

[30] Debate que comienza a tomar fuerza como consecuencia de la elaboración del DCFR en Europa. Micklitz (2013), p. 287.
[31] Gsell (2017), p. 246.
[32] Lehmann & Ungerer (2017), pp. 306-311.
[33] *Op. cit.*, pp. 307-308.
[34] Leuschner (2014).
[35] *Op. cit.*, pp. 15-41.
[36] Leuschner (2014), pp. 10, 28-31, 289-290.
[37] *Op. cit.*, pp. 290-291.
[38] *Op. cit.*, pp. 10, 28-31, 289-290.
[39] Véase síntesis de otras propuestas en Leuschner (2014), p. 12 y en Müller (2018), pp. 157-159.
[40] Leuschner (2015a), pp. 1045-1052. Propuesta que fue criticada por Westphalen (2015), pp. 1316-1325, quien, a su vez, plantea una propia.. En el mismo número, replica Leuschner (2015b), pp. 1326-1332.
[41] Última versión de junio de 2018. Disponible en www.zvei.org/fileadmin/user_upload/Themen/Maerkte_Recht/Allgemeine_Geschaeftsbedingungen_im_unternehmerischen_Geschaeftsverkehr/pdf/AGB-Initiative-Positionspapier-Stand-06-2018.pdf [fecha de consulta: 11 de febrero de 2019].
[42] Recalca la misma idea Müller (2018), p. 153.
[43] Así lo explican en su propia página web www.pro-agb-recht.de [fecha de consulta: 5 de febrero de 2019].

Bibliografía citada

Albiez, Klaus Jochen (2002). "Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB". *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, n.º 3. Madrid.

Drygala, Tim (2012). *Unfair contract terms in business to business transaction,* in Tim Drygala, Bettina Heiderhoff, Marco Staake, Grzegorz Zmij (eds.). *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law*. Munich: Sellier European Law Publishers.

Gsell, Beate (2017). "Deutsche Erfahrungen mit der begrenzten Erstreckung der Klauselkontrolle auf den unternehmerischen Verkehr", in Johann Kindl, María Pilar Perales & Tatiana Arroyo Vendrell (eds.). *Standardisierte Verträge-zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, Baden-Baden: Nomos.

Herresthal, Carsten (2020). *Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich.* Baden-Baden: Nomos.

Lehmann, Matthias & Johannes Ungerer (2017). "Differenzierte Unternehmerbegriffe und differenzierte Missbräuchlichkeitsanforderungen innerhalb der B2B-Inhaltskontrolle", in Johann Kindl, María Pilar Perales Viscasillas & Tatiana Arroyo Vendrell (eds.). *Standardisierte Verträge-zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle,* Baden-Baden: Nomos.

Leuschner, Lars (2014). "AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen" Unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen". *Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz.* Disponible en www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf?__blob=publicationFile [fecha de consulta: 6 de febrero de 2019].

Leuschner, Lars (2015a). "Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr". *ZIP-Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, vol. 36, nº 22. Köln.

Leuschner, Lars (2015b). "Noch einmal: Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr". *ZIP-Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, vol. 36, nº 28. Köln.

Mato, María Natalia (2015). "El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el Derecho Comparado y Europeo". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, n.º 2. Getafe, Madrid.

Micklitz, Hans-Wolfgang (2013). "Do Consumers and Businesses Need a New Architecture of Consumer Law? A Thought Provoking Impulse". *Yearbook of European Law*, vol. 32, issue 1. Oxford.

Momberg Uribe, Rodrigo (2016). "Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor: hacia un principio general de protección de la parte débil en el Derecho Privado". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 2. Santiago.

Morales Ortiz, María Elisa, Pamela Mendoza, Renzo Munita Marambio (2020). "Cláusulas abusivas entre empresas. Evolución en los principales sistemas de Derecho Comparado". *Vniversitas,* vol. 69, n.º 141. Bogotá: Inédito, aceptado.

Müller, Werner (2018). "AGB-Kontrolle auf dem Prüfstand". *IWRZ- Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht,* nº 4. Baden-Baden.

Schmith, Christoph & Detlef Ulmer (2010). *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verträge für Unternehmen: Chancen und Risiken.* Berlin: Springer.

Vives, María Luisa (2002). "Traducción de la reforma 2002 del BGB". *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, n.º 3. Madrid.

Wacke, Andreas (2013). "Las reformas más importantes del BGB desde su promulgación en 1900, con especial referencia al derecho de obligaciones". *Revista Chilena de Derecho,* vol. 40, n.º 2. Santiago.

Westphalen, Friedrich Graf von (2015). "Schwellenwert und Neuregelung einer vertraglichen Haftungsbegrenzung - ist das der „Königsweg" einer Reform des AGB-Rechts?". *ZIP-Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, vol. 36, nº 28. Köln.

Zimmermann, Reinhard (2005) "Consumer Contract Law and General Contract Law: The German Experience". *Current Legal Problems*, vol. 58, issue 1. Oxford.

Zweigert, Konrad & Hein Kötz (1998), *An Introduction to Comparative Law.* (trad.) Tony Weir. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press.

Normas citadas

"Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)". *Reichsgesetzblatt.* Nº 21, 18. August 1896.

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *DOUE.* L95 de 21 de abril de 1993.

"Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)". *Bundesgesetzblatt.* Nº 141, 9. Dezember 1976.

"Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung". *Bundesgesetzblatt.* Nº 36, 19. Juli 1996.

"Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro". *Bundesgesetzblatt.* Nº 28, 27 . Juni 2000.

"Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts". *Bundesgesetzblatt.* Nº 61, 26. November 2001.

Sigla y abreviaturas

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
B2B	Business to business
B2C	Business to consumer

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CEE	Comunidad Económica Europea
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Dr.	doctor
DOUE	*Diario Oficial de la Unión Europea*
eds.	editores
Fondecyt	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
Ibid.	*Ibidem*
n.º *a veces* Nº	número
op. cit.	*opere citato* (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
vol.	volumen
www.	World Wide Web

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 217-238 [julio 2020]

COMPENSACIÓN DEL DAÑO MORAL "PURO" DE LAS VÍCTIMAS SECUNDARIAS O POR REBOTE. COMENTARIOS COMPARADOS EN DERECHO INGLÉS Y FRANCÉS CORTE SUPREMA, 24 DE ENERO DE 2019, ROL N.º 38.037-2017

Arantxa Gutiérrez[*]

RESUMEN

Marcando un alejamiento de las hipótesis tradicionales de muerte o lesiones de la víctima inicial, la Corte Suprema compensó el daño moral por rebote sufrido por la familia directa de una persona a quien el noticiario central de un canal de televisión erradamente atribuyó la comisión de un delito. Una revisión del marco normativo actual de protección del honor y la reputación permite evaluar la estructura de los perjuicios extrapatrimoniales compensados, distinguiendo entre una estructura normativa y otra consecuencial de los mismos y, de igual modo, apreciar en qué medida el daño moral "puro" es compensado en Chile. De igual manera se exponen las limitaciones impuestas en ordenamientos jurídicos como el inglés y francés, tanto respecto de las materias respecto de las cuales procede demandar daño moral por rebote, como las restricciones en términos de legitimación activa. Todo ello permite vislumbrar de qué manera el sistema chileno muestra signos de ser uno de los más liberales del mundo en cuanto a la amplitud de la compensación del daño moral, siendo este uno entre muchos otros ejemplos.

Palabras clave: daño moral; víctima por rebote; derecho comparado; protección del honor; protección de la reputación; pérdidas extrapatrimoniales; perjuicios normativos; perjuicios consecuenciales.

ABSTRACT

Moving away from the traditional cases dealing with death or injury of the primary victim, the Chilean Supreme Court compensated the non-pecuniary

[*] Abogada, Universidad de Chile. Magíster en Derecho Privado Comparado y Europeo, Universidad de Edimburgo, Escocia. Candidata a Doctora en Derecho, Universidad de Edimburgo, Escocia. Becaria ANID para estudios de Doctorado en el Extranjero (2016). Tutora del curso de Derecho de Responsabilidad escocés. Dirección postal: Edinburgh Law School, University of Edinburgh, Old College, South Bridge, Edinburgh, EH8 9YL. Correo electrónico: a.gutierrez@ed.ac.uk. Este trabajo se sometió a Double blind review, y fue recibido el 16 de septiembre de 2019 y aceptado para su publicación el 26 de febrero de 2020.

losses suffered by the wife and children of a man who was wrongly accused of being the author of a crime in the evening news emission of a national television broadcaster. A review of the current framework of protection given to honour and reputation will be useful to assess the structure of the compensation of non-pecuniary losses, distinguishing between normative and consequential ones, as well as highlighting to what extent "pure" moral losses are redressed. Additionally, the limitations imposed by other jurisdictions such as English and French law will be outlined, focusing on both the cases where secondary victims can claim such losses, as well as the restrictions imposed on the class of persons who can make such claims. All this will expose how the Chilean legal system shows signs of being one of the most liberal of the world regarding the breadth of the compensation of non-pecuniary losses, this being only one example among many others.

Keywords: non-pecuniary losses; pure emotional loss, secondary victims; comparative tort law; protection of honour; defamation; normative losses; consequential losses, taxonomy.

I. Introducción

Una precisión preliminar de importancia para circunscribir de forma adecuada el presente caso, está relacionada con evitar confundirlo con la diseminación de "noticias falsas" en el sentido del neologismo del inglés *fake news*[1]. Aun cuando la información al centro de la controversia es objetivamente falsa, ello se debe a negligencia por parte de la demandada, Chilevisión S.A., quien atribuyó de manera errónea la autoría del delito de homicidio al demandante. En definitiva, no se está en presencia de daño moral producto de "noticias falsas", sino, mejor dicho, es este un caso paradigmático, y bastante tradicional, de afectación de la reputación de la víctima y daño moral consecuencial debido a la publicación negligente de información inexacta.

Desde un punto de vista sustantivo, una visión comparada del presente caso permite vislumbrar en que medida el derecho chileno se ha erguido en uno de los más liberales del mundo en cuanto a la compensación del daño moral. Con este propósito, y de modo de facilitar la comparación, será delineado el marco teórico que permite dividir los perjuicios extrapatrimoniales en dos grandes grupos: perjuicios normativos, por un lado, y perjuicios consecuenciales, por el otro. De manera adicional se ensayará una breve caracterización del marco de protección del honor y la reputación tanto en Francia como Inglaterra y Gales, y de qué manera ello se diferencia de la situación chilena. Por último, serán destacadas las limitaciones a la compensación de las denominadas víctimas secundarias (indirectas o por rebote) en dichas jurisdicciones, lo cual proveerá una idea más clara de la posición liberal adoptada por la Corte Suprema chilena.

[1] Este concepto emergente en la literatura académica ha sido caracterizado de diversas maneras, la mayoría de las cuales pueden resumirse en seis tipos de definiciones: 1. noticias satíricas, 2. noticias tipo parodia, 3. invenciones, 4. manipulación, 5. publicidad y 6. propaganda. Para una revisión bibliográfica de las definiciones académicas existentes entre 2003 y 2017, véase Tandoc, Lim & Ling (2018), pp. 137-153.

Resulta claro que el caso objeto del presente comentario no corresponde a ninguna de estas categorías, ni resulta de una conducta intencionada de desinformación por parte del canal de televisión, por lo cual cabe desechar cualquier referencia a "noticias falsas" en los sentidos antes mencionados.

II. La cuestión debatida

1. Hechos relevantes

La controversia en el presente caso surge producto de la emisión por parte del canal de televisión Chilevisión de una noticia objetivamente falsa. En los hechos, a fines de marzo de 2012, el demandante conducía su vehículo por la autopista, acompañado de su cónyuge y tres hijos, dos de los cuales eran menores de edad. Mientras se hallaba en desplazamiento, una serie de otros vehículos encendió sus respectivas luces intermitentes, luego de lo cual, de modo repentino el demandante fue sorprendido por el cuerpo de una persona semidesnuda tendida en la autopista justo en frente suyo. Producto de la velocidad a la cual se desplazaban, y a pesar de maniobrar el vehículo de modo de esquivarlo, el cuerpo fue embestido con una de las ruedas traseras. La persona en cuestión había sido víctima de una pelea al interior de un bus que transitaba por la autopista, producto de la cual el hombre fue arrojado por el parabrisas trasero del bus en movimiento, produciéndose su muerte inmediata. Sin embargo, al reportar la noticia la emisión del noticiero central de Chilevisión sindicó al Sr. Valls, el demandante, como la persona que habría empujado a la víctima desde el bus, agregando, además, que se hallaba detenido. Al momento de la demanda, en abril de 2013, la noticia seguía manteniéndose en el sitio Internet de Chilevisión a pesar de que el verdadero autor del homicidio ya había sido condenado por el Juzgado de Garantía de Villa Alemana. También resulta de relevancia para el presente comentario, hacer notar la existencia de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el señor Valls respecto del art. 2331 del *Código Civil*, el cual fue acogido[2].

[2] Tribunal Constitucional, 6 de julio de 2015, rol n.º 2860.

2. La cuestión jurídica discutida

La demanda es interpuesta por la víctima directa, y por su cónyuge y tres hijos en calidad de víctimas "por rebote"[3]. La Corte Suprema dictó sentencia de reemplazo aumentando el monto de la indemnización de la víctima principal, y otorgando indemnización del daño moral a las víctimas por rebote, quienes no habían sido compensadas en primera instancia, ni tampoco por la Corte de Apelaciones, que confirmó el fallo del tribunal inferior[4].

Sobre la base de la cláusula general de responsabilidad contenida en los arts. 2314 y 2329 del *Código Civil*, la Corte definió que la cuestión relevante en este caso era la determinación de si el daño moral experimentado por las víctimas secundarias había quedado establecido o no[5]. Por otro lado, se indica que los padecimientos que constituyen el daño moral tienen su origen en la información divulgada por la estación de televisión. Además, se agrega que al divulgar tal noticia la demandada habría infringido el deber general de cuidado que se encontraba obligada a respetar.

Es de interés destacar que los considerandos de la sentencia de primera instancia que fueron revertidos por la Corte Suprema son aquellos que refieren a la prueba requerida para la indemnización del daño moral de las víctimas por rebote. El tribunal inferior argumentó que la prueba rendida no permitía acreditar los daños morales reclamados, en cuanto solo dos de los nueve testimonios ofrecidos daban cuenta de un cambio en la personalidad de los demandantes, el resto siendo testimonios "de oídas"[6], sin que tampoco estos diesen razón de sus dichos[7].

Para revertir tal decisión, la Corte Suprema se basó en el "principio de normalidad" en materia probatoria, el cual redundaría en que quien alega lo extraordinario debe probarlo, mientras que aquella parte que alega lo normal u ordinario no tendría tal obligación[8]. Para ejemplificar, el tribunal recurre

[3] Para fundamentar la distinción entre víctima directa e indirecta, en considerandos que no son afectados por la resolución de la Corte Suprema (30º y 31º), el tribunal de primera instancia, siguiendo en esto a Elorriaga (1999), señala que como consecuencia de un ilícito civil contra la víctima inicial en muchos casos pueden producirse tanto perjuicios de carácter material como moral, donde la víctima por repercusión o rebote tiene un derecho originario a demandar la reparación del propio daño. Para ello se basa en jurisprudencia anterior, la cual indica: "tratándose de daño moral pueden demandar su reparación la víctima inmediata o directa, esto es, o sí la persona misma en quien recae la lesión, ofensa o injuria que lo causa, y los que sin tener esa calidad también lo sufren en razón de que el daño inferido a aquélla los hiere en sus propios sentimientos o afectos, incluso aun cuando no sean sus herederos o parientes" (CS, 15 de diciembre de 1983. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 80, sec. 1ª, p. 128).

[4] El daño moral de la víctima principal fue valorado por la Corte Suprema en $32 000 000. El de su cónyuge, en $5 000 000, mientras que el de sus tres hijos fue estimado en $3 000 000 cada uno.

[5] Corte Suprema, 24 de enero de 2019, rol n.º 38.037-2017, n.º 1.

[6] 17º Juzgado Civil de Santiago, 30 de agosto de 2016, rol C-4309-2013, cons. 38º.

[7] *Op. cit.*, cons. 39º.

[8] Corte Suprema, 24 de enero de 2019, rol n.º 38.037-2017, n.º 4.

al art. 1698 del *Código Civil*, el cual, argumenta, tendría aplicación más allá de la prueba de las obligaciones. En este sentido, el razonamiento discurre en que lo "normal" en un caso como el presente sería que no solo la persona que percibe una noticia grave en los medios de comunicación masiva, en horario punta y donde se le atribuye la comisión de un delito del cual no ha participado, sufra angustia, sino, también, su familia. La Corte concluye que es normal que el sufrimiento que "padece un sujeto por unos hechos como los de esta causa constituya un daño que también padecerán su cónyuge y sus hijos"[9], lo cual hace que el que se haya alegado la extemporaneidad de la prueba sea totalmente irrelevante.

III. Comentario

1. Dos modelos teóricos para explicar la diversidad de manifestaciones del daño moral: perjuicios normativos y perjuicios consecuenciales

Una variedad de sistemas jurídicos, tanto del lado del derecho civil de tradición romano-canónica como del *Common Law*, exhiben una gran diversidad de manifestaciones de pérdidas no pecuniarias. Detrás de la apariencia unitaria de conceptos como daño moral, *préjudices morales* o *non-pecuniary losses*, en realidad se esconde una miscelánea de perjuicios, los cuales operan a diferentes niveles de abstracción.

A grandes rasgos, estos pueden organizarse bajo dos ópticas, una deóntica (o unipolar) y otra consecuencial (o bipolar)[10]. Encuadrado en el primer modelo, el perjuicio está representado por la infracción de un interés jurídicamente protegido, de modo que el perjuicio puede calificarse como normativo, pues la sola infracción de tal interés desencadena la responsabilidad civil, sin que la parte afectada se halle en la necesidad de probar los perjuicios concretos que fluyen de manera consecuencial al daño. Es por esto que bajo tal óptica, los perjuicios son descritos como abstractos, lo cual, en definitiva, significa que daño y perjuicio devienen la misma cosa, se confunden o superponen.

Por contraste, en muchos casos distintos sistemas jurídicos optan por compensar los perjuicios extrapatrimoniales bajo una lógica consecuencial o bipolar. Ello redunda en una separación teórica entre el ilícito y los perjuicios que fluyen como resultado este. De tal forma, significa que el hecho que genera el daño puede producir tanto perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales, lo cual en términos de compensación lleva a que la atención recaiga en sus manifestaciones concretas. En gran medida los casos de daño corporal operan bajo esta lógica, y un número de manifestaciones de *pretium*

[9] Corte Suprema, 24 de enero de 2019, rol n.º 38.037-2017, n.º 5.

[10] Para una exposición más detallada de ambos modelos teóricos y su aplicabilidad tanto en el derecho civil como el *Common Law*, véase Descheemaeker (2016).

doloris en realidad reflejan pérdidas concretas derivadas de la infracción a la integridad física de una persona, bajo las formas de dolor, molestias, ansiedad, enfermedades psiquiátricas, entre otras[11].

En este caso, de manera bastante clara la atención se centra en los perjuicios concretos que fluyen de forma consecuencial al daño, agregándose por parte del tribunal de primera instancia la necesidad de acreditar la existencia real y efectiva del perjuicio[12]. De igual modo, son enumeradas de forma explícita una serie de manifestaciones concretas de perjuicios consecuenciales[13], estando también ante la Corte Suprema el énfasis en los efectos concretos del ilícito. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en primera instancia, donde la compensación de las víctimas secundarias es negada por motivos de prueba[14], ante el máximo tribunal se dispensa de esta, no porque no sea en principio necesaria, sino como se mencionaba con anterioridad, sobre la base

[11] En Chile, este es el modelo dominante de compensación del daño moral sufrido por personas naturales. En otros países, como Francia, la lógica bipolar es apreciable en las categorías de perjuicios empleadas por las Cortes en casos de daño corporal (ejemplo de ello es apreciable en la llamada *nomenclature Dintilhac*). En tal nomenclatura los perjuicios designarían de manera más precisa las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales del hecho dañoso, destacándose entre las últimas perjuicios concretos tales como perjuicio sexual, perjuicio estético, perjuicio de agrado, entre otros. Véase Lambert-Faivre, Porchy-Simon (2015), p. 430. Por contraste, las infracciones a los derechos de la personalidad generalmente operan bajo una concepción abstracta donde la sola infracción del interés jurídico protegido desencadena la respuesta del sistema de responsabilidad.

[12] 17º Juzgado Civil de Santiago, 30 de agosto de 2016, rol C-4309-2013, cons. 33º: "Que en consecuencia, desde la perspectiva del derecho a accionar judicialmente reconocido por la Carta Fundamental en su art. 19 Nº 3, garantía que en este ámbito debe interpretarse armónicamente con los artículos 2314 y 2329 del Código Civil que establecen el derecho a demandar la reparación de todo daño imputable a malicia o negligencia de otra persona, no puede descartarse a priori la procedencia de las acciones deducidas por supuestas víctimas indirectas —en la especie los tres hijos y cónyuge del Sr. Valls—, sin perjuicio que, como se dijo anteriormente, éstas deban acreditar la existencia real y efectiva del perjuicio que reclaman haber sufrido".

[13] *Op. cit.*, cons. 34º: "...los actores manifiestan que han sufrido un daño moral evidente, injusto, que se ve reflejado en el dolor, angustia, depresión, desesperación, vergüenza, menoscabo espiritual, psíquico y físico, imposibles de describir y difíciles de apreciar en su magnitud pero que en todo caso son reparables civilmente atendida la magnitud de los bienes extrapatrimoniales conculcados por el hecho negligente de la demandada".

[14] *Op. cit.*, cons. 38º: "Que luego, con el objeto de acreditar la efectividad de haber padecido efectivamente los daños morales que alegan los actores, estos sólo rindieron la prueba testimonial (...) que valorada legalmente conforme a lo dispuesto en los artículos 383 y 384 del Código de Procedimiento Civil, no permite a esta sentenciadora concluir, inequívocamente y con la certeza requerida por el derecho, que la cónyuge e hijos del Sr. Claudio Valls hayan sufrido un daño moral indemnizable. Que en este sentido, sólo dos de los nueve testigos manifestaron que les constaba un cambio en la personalidad de los integrantes de la familia Valls Frez (...) Los restantes testimonios tienen la naturaleza 'de oídas' y que no constan a sus declarantes, de manera tal que sobre este punto, no se les puede dar la fuerza probatoria a fin de tener por ciertos las condiciones de reparabilidad de los daños morales reclamados".

Cons. 39º: "(...) los referidos testigos no dan razón de sus dichos, de manera tal que esta sentenciadora rechazará las reclamaciones de daño moral de (...) [la] cónyuge de la víctima inmediata, y sus tres hijos (...)".

de que quien alega lo normal u ordinario no debe probarlo, por aplicación de la lógica que subyace al art. 1698 del *Código Civil*. Entre otras cosas, ello demuestra la extraordinaria amplitud del modelo chileno de compensación del daño moral de las víctimas indirectas. La argumentación de la Corte no está anclada en un modelo deóntico donde lo que importa es la identificación del interés jurídico protegido que ha sido conculcado respecto de cada víctima en particular, y en cuyo caso la prueba de perjuicios consecuenciales es irrelevante, sino como a lo largo de este trabajo la atención está puesta en los perjuicios concretos. Esto produce un desajuste en el sistema de responsabilidad, ya que al hacer irrelevante su prueba, la víctima secundaria es reparada por las molestias sufridas a consecuencia del la conducta negligente de la demandada que difamó a la víctima principal, pues simplemente "(...) lo normal y corriente es que el cuasidelito cometido por la demandada provoque los padecimientos y menoscabos descritos"[15]. En este sentido, lo vulnerado no sería un derecho de la personalidad de la víctima secundaria, que genera perjuicios tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, sino en presencia de daño moral "puro".

Como es posible apreciar, si se diera carácter universal a tal principio ello redundaría en que los familiares cercanos de la víctima directa tendrían que ser compensados en una multiplicidad de otros casos: es de suponer que es igualmente normal que experimenten ansiedad o malestar psíquico los cercanos a una víctima de cualquier lesión corporal significativa o infracciones a la integridad física, a la libertad personal, entre muchísimos otros ejemplos. Ello, aparejado con una falta de calificación en la edad de las víctimas secundarias, lleva a que en el caso en comento, la hija de tres años al momento de la emisión de la noticia y su hermano mayor de edad sean compensados por el mismo monto de dinero. Si el demandante tuviera doce hijos en vez de tres, uno podría suponer que cada uno de ellos habría recibido reparación del daño moral por rebote, sin importar que uno tuviese seis meses de edad, cuarenta años o la ausencia de acreditación de haber sufrido los perjuicios alegados. Planteado en términos de limitación de la responsabilidad civil, el riesgo de abrir las puertas a un número indeterminado de potenciales víctimas secundarias es claro. Sin una definición positiva de daño moral, y en ausencia de una reflexión doctrinaria más robusta respecto de los fundamentos y funciones de la responsabilidad civil extracontractual, el sistema jurídico chileno está derivando hacia consideraciones punitivas del daño moral. Universalizar el principio jurídico detrás de la decisión contenida en esta sentencia parece riesgoso respecto de demandados que no son un canal de televisión consolidado, de considerables recursos económicos. Evidentemente parece escandaloso que un medio de televisión nacional demuestre tal falta de prolijidad en la emisión de su noticiario central el cual es sintonizado por miles de personas cada día, y además haya mantenido la

[15] Corte Suprema, 24 de enero de 2019, rol n.º 38037-2017, n.º 7.

noticia que contenía un error de tamaña seriedad y por tanto tiempo en su plataforma en línea. Esto, aparejado con la solvencia de la demandada hace suponer que la indemnización de perjuicios exhibe características punitivas, más que estrictamente compensatorias sobre todo en lo que refiere a las víctimas indirectas. Sin embargo, lo que se pierde de vista es que a diferencia en derecho penal, donde la gravedad del delito incide en la pena asignada al autor, en derecho civil, al menos en principio, lo que interesa es la extensión del daño sufrido por la víctima[16].

Respecto de las víctimas secundarias, parece inapropiada la trivialización de las referencias a la depresión, la cual es una alteración patológica del estado de ánimo a ser diagnosticada por el profesional de la salud competente, que, a su vez, no es sinónimo de mera angustia ni un simple agregado en una larga lista de manifestaciones de malestar psíquico[17]. Dicho de otro modo, no se condice con los avances médicos y las distinciones hechas por los profesionales de la salud[18], el que dolencias patológicas, por un lado, y angustia, por el otro, sean todas sometidas sin matiz alguno a un mismo régimen de reparación.

En el ámbito teórico, cabe reiterar que la decisión tanto de primera instancia como aquella del máximo tribunal, centran la atención en las consecuencias de la conducta negligente de la demandada. Al fijar los montos de la indemnización, en ambos casos lo compensado es el daño moral, sin distinción entre ambas clases de víctimas. Respecto a esto último, cabe recalcar que conceptualmente el daño moral sufrido por ambas difiere en tanto que la víctima indirecta en el sistema chileno parece ser compensada por un daño moral "puro" sin identificación del interés jurídico conculcado por la demandada, mientras que en lo referente a la víctima directa, sí hay un esfuerzo argumentativo tendiente a identificar el marco de protección del honor y reputación, y no solo la angustia experimentada.

La doctrina chilena ha identificado esta tensión entre un razonamiento anclado en *pretium doloris* por contraste con uno basado en la vulneración de un interés jurídico extrapatrimonial sobre todo en el contexto de daño moral de las personas jurídicas[19]. Ello redunda en la consolidación por

[16] Horvitz y López (2004), p. 603.

[17] Según las guías del Ministerio de Salud, la depresión: "Es definida operacionalmente por el Ministerio de Salud de Chile como una alteración patológica del estado de ánimo, caracterizada por un descenso del humor que termina en tristeza, acompañado de diversos síntomas y signos que persisten por a lo menos 2 semanas". Minsal (2013), p. 12.

[18] Corte Suprema, 24 de enero de 2019, rol n.º 38037-2017, n.º 5: "Así también ha sido resuelto (por ejemplo, *Fallos del Mes*, n.º 301, p. 765, en cuanto el vínculo cercano de parentesco hace suponer la depresión, dolor o angustia en que se traduce el daño moral invocado)". Como se aprecia de los fallos en los cuales se ampara la decisión de la Corte Suprema en este caso, es del todo cuestionable que un vínculo de parentesco pueda hacer suponer que la víctima secundaria necesariamente habrá de sufrir depresión, sin que medie prueba alguna ni calificación respecto de la edad de tal víctima indirecta.

[19] Desde una perspectiva doctrinaria, entre otros: Diez (1997), p. 130; Domínguez (2002), p. 723; Corral (2013), p. 150. Por parte de la jurisprudencia, la última sentencia de la Corte Suprema en respaldar implícitamente el argumento que una persona jurídica no puede haber sufrido desprestigio es del año 2004, si bien la tendencia contraria, es decir, la aceptación de tal indemnización venía consolidándose ya en las décadas anteriores. Véase Ríos y Silva (2013) p. 124.

parte de la doctrina y los tribunales de un reconocimiento de la posibilidad de indemnizar el daño moral bajo la óptica unipolar o deóntica donde lo compensado es la infracción de un interés extrapatrimonial. En lo referente a las personas naturales, este tipo de modelo ha sido impulsado en el ámbito teórico por algunos autores, precisamente en el contexto del derecho al honor y su interacción con las normas de responsabilidad civil[20], a pesar de lo cual es posible apreciar que en la práctica el foco sigue estando en los perjuicios bajo su concepción bipolar o consecuencial.

2. Marco normativo de protección del honor y la reputación en Chile

De forma adicional, este fallo ejemplifica cómo el sistema chileno de protección del honor y la reputación ha tomado distancia del marco de protección otorgado por el derecho penal a través de los delitos de injurias y calumnias, donde también se puede ejercer la acción civil. Entre otros motivos, ello se explica por los estrictos estándares de prueba requeridos para satisfacer los presupuestos de la acción penal privada[21]. Si bien el alejamiento de un modelo basado en el derecho penal es bienvenido desde la perspectiva de la protección de la libertad de expresión en una sociedad democrática[22], una revisión del estado actual del desarrollo del derecho privado revela la extrema amplitud del concepto de daño moral que puede tener iguales efectos silenciadores. Esto se debe, entre otros motivos, a la carencia de mecanismos de limitación respecto de las víctimas secundarias. Asignar altas sumas de dinero, sin más explicación o prueba a una víctima secundaria de tres años de edad, que habría sido perturbada por un noticiario que de modo erróneo sindicó a su padre como autor de un delito o reparar el daño moral en sede contractual, derivado de la entrega de semillas de papa de variedad diversa a la contratada[23], parecen ambas estirar indebidamente la noción de daño moral. Incluso, si se aceptase la procedencia de la compensación de las víctimas secundarias en un caso como el descrito, es dudoso que a tan temprana edad uno pudiese aprehender de igual modo que un adulto la implicancias del

[20] Peña (2004), p. 86.

[21] Cabe recordar que respecto del delito de calumnias, el art. 412 del *Código Penal* prescribe: "Es calumnia la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio". Además de ello, la calumnia requiere que el agente tenga conocimiento de la falsedad objetiva de la imputación, por lo cual existe una exigencia de dolo directo, que hace que tanto hipótesis de dolo eventual como culpa sean insuficientes. Garrido (1998), p. 173.

[22] Para una revisión crítica véase Viollier y Salinas (2019).

[23] De la Maza (2018), p. 280.

desprestigio ocasionado a otra persona por aquella noticia errónea. Sumado a ello, la indemnización global a la cual está sujeto el perjuicio moral genera opacidad puesto que no existe una subdivisión de las categorías reparables.

3. Víctimas por rebote: limitaciones a la compensación del daño moral por rebote en derecho francés e inglés y su relevancia comparada para el caso chileno

La presente controversia permite apreciar con claridad la tendencia expansiva de la reparación del daño moral en el derecho chileno. Afirmar, como lo hace la Corte Suprema, que dada la normalidad del sufrimiento de las víctimas indirectas en casos como este, la prueba se torna irrelevante, representa un cambio respecto de posiciones jurisprudenciales anteriores. Como analizase José Luis Diez Schwerter, y con el propósito de evitar la multiplicación de acciones demandando reparación del daño moral por rebote, ya en 1983 la Corte exigía a las víctimas secundarias la acreditación de un sufrimiento real y efectivo[24]. De igual modo, y en ese sentido en sintonía con las limitaciones del derecho francés, los casos de compensación de la víctima por rebote estaban restringidos a hipótesis de muerte o lesión de la víctima directa[25]. Con posterioridad las discusiones doctrinarias discurrieron en torno a la titularidad activa de la acción y su extensión al concubino o concubina.

En la misma línea, un artículo académico de 1999 de relevancia en esta área es aquel de Fabián Elorriaga, quien también circunscribía los casos más importantes de daño por rebote a lesiones corporales o muerte de la víctima inicial, procediendo a enfocarse en la pregunta más relevante para aquella época, cual era la determinación de aquellas personas que poseían legitimación activa[26]. En este sentido, los principios limitativos de mayor importancia serían la determinación de la certidumbre del daño (debiendo ser este real y efectivo y, por lo tanto, probado), y la identificación del interés legítimo lesionado[27].

Es curioso que en el caso bajo análisis la Corte Suprema identifica la información divulgada por la estación de televisión como la fuente de los padecimientos sufridos, sin elaborar distinción alguna entre víctima primaria y víctimas secundarias[28]. Es posible afirmar que la diferencia entre ambas clases de víctimas es implícita por cuanto el tribunal de primera hace uso de la misma, lo cual no es cuestionado por la Corte Suprema. Sin embargo, al señalar que el acto negligente inicial en sí mismo es aquello que ocasiona el

[24] Diez (1997), p. 127.
[25] *Op. cit.*, pp. 127-128.
[26] Elorriaga (1999), p. 369.
[27] *Op. cit.*, p. 373.
[28] Corte Suprema, 24 de enero de 2019, rol n.º 38037-2017, n.º 2: "Que, en el caso, los padecimientos constitutivos de daño moral fueron originados por la información divulgada por la demandada en la edición de su noticiero central, de que el demandante (...) había cometido un ilícito penal (...)".

daño de la cónyuge e hijos, en realidad se desdibuja la distinción entre ambas clases de víctimas. Ello no es errado en teoría, pero implica que es de gran importancia determinar cómo se justifica jurídicamente la reparación en ambos casos, puesto que más que alguna especie de "rebote", se está afirmando que el mismo acto ocasiona padecimientos morales de diferentes clases, a diferentes personas. En lo que respecta al señor Valls, en primera instancia se justifica la vulneración de su derecho a la honra, pero respecto de su familia esta no puede ser la base jurídica, pues su reputación no ha sido afectada de manera alguna. La única razón para compensarles es la afectación de su integridad psíquica considerada en sí misma, y no como consecuencia de la infracción de otro interés jurídico protegido. En tal sentido, es posible constatar que lo compensado es el daño moral "puro" sufrido por las víctimas secundarias.

Por lo tanto, considerando que el primer problema con el caso objeto de este comentario es la ausencia de matiz y límites en la legitimación activa de miembros de la familia del demandante, un segundo punto que genera problemas teóricos es la aparente ausencia de límites en cuanto a las materias en las cuales es posible demandar daño moral reflejo, aparejado en tercer término, con las presunciones aplicadas por los tribunales tendientes a prescindir de la acreditación del perjuicio atendida su normalidad. Debe recordarse que en primera instancia la falta de acreditación del mismo fue la razón por la cual se negó la reparación a las víctimas por rebote, lo cual fue finalmente revertido por el máximo tribunal. En ese sentido, no parecen suficientes las limitaciones tendientes a evitar el aumento del potencial número de víctimas secundarias en atención al vínculo que tienen con el demandado, sino, también, se requiere una delimitación clara de la clase de hechos que pueden desencadenarlos, acaso solamente muerte y lesiones graves, como en otros países. E, incluso, si se aceptase una mayor amplitud de materias, es preciso justificar con mayor detalle la forma en que sus intereses han sido afectados exigiendo su correspondiente acreditación. De este modo, se evitará la expansión de la indemnización (de aceptarse que esta no puede ser punitiva, sino tiene fines estrictamente compensatorios) y, por ende, es necesario distinguir, por ejemplo, de acuerdo con las edades de tales víctimas, aun cuando tal estimación pueda ser fijada de manera discrecional por el tribunal.

a) Francia

i. Marco normativo de la protección del honor y la reputación

Desde la perspectiva del derecho francés, el caso bajo análisis estaría circunscrito por la Ley de Prensa de 1881[29]. Esta ley penal define los delitos de

[29] En cuanto a la diseminación de "noticias falsas" en Francia, cabe recalcar que con fecha 22 de diciembre de 2018, fue aprobada la Ley n.° 2018-1202 contra la manipulación de información. Esta tiene como objetivo frenar noticias falsas o *fake news* en periodos de elecciones. Como se hizo notar con anterioridad el caso analizado por el presente comentario, no muestra

injures y *diffamation*, y concibe, además, un plazo de prescripción de la acción sumamente corto de tres meses. En relación con ello, uno de los aspectos más reprochados por la doctrina francesa[30] es la imposibilidad de aplicar las reglas comunes contenidas en la cláusula general de responsabilidad del art. 1240 (antiguo art. 1382 del *Code Civil)* en lo referente a la pretensión de reparación civil[31]. El debate académico es de larga data y las Cortes han tendido a dudar de tal compatibilidad, adoptando una postura primariamente restrictiva que descarta de forma completa la posibilidad de fundar la responsabilidad en tal disposición[32]. Casos posteriores parecen haber relajado la aproximación más ortodoxa al problema, autorizando el uso del art. 1240 del *Code Civil* en casos que envuelven a la prensa, pero restringido únicamente a presupuestos que exhiban la ausencia de una violación clara del derecho al honor, pudiendo aplicarse las normas comunes de tal forma que la víctima puede escoger el exclusivo ejercicio de la acción civil[33].

El ejemplo del derecho francés es útil para el propósito de evaluar la posición chilena. Las injurias y calumnias son consagradas como delitos de acción penal privada según el art. 55 del *Código Procesal Penal*[34]. A diferencia del caso francés, en el sistema jurídico chileno la falta de ejercicio de la acción penal privada no implica una renuncia a la pretensión civil[35].

El hecho que las injurias y calumnias estén sancionadas en el *Código Penal*, sumado a un alejamiento de la función compensatoria del derecho civil ex-

los rasgos típicos de las "noticias falsas" ni afecta en forma alguna un proceso de elecciones.

[30] Viney (2014), p. 787.

[31] Ejemplos de tal restricción pueden observarse en dos fallos simultáneos de la Cour de cassation, Civ. 3e, 1er décembre 2016, pourvoi n° 15-26.559; Cour de cassation, Civ. 1re, 16 novembre 2016, pourvoi n° 15-22.155, No publicado en el boletín. En ambos casos, y con el típico laconismo de las sentencias francesas, la corte resuelve: "(...) los abusos de la libertad de expresión previstos y sancionados por la ley de 29 de Julio de 1881 no pueden ser reparados con fundamento en el artículo 1382, convertido en el artículo 1249 del código civil (...)" (traducción propia) "(...) les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240, du code civil (...)".

[32] Société Le Figaro et autre c. Consorts Legraverend, Cour de cassation, Civ. 1re, 17 septembre 2005, pourvoi nº 03-13.622. La Corte revoca la sentencia de primera instancia sobre la base de la incompatibilidad de sancionar los abusos a la libertad de expresión bajo tal disposición:"Vu l'article 1382 du Code civil ; Attendu que les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de ce texte (...)".

[33] Cour de cassation, Civ. 1re, 30 octobre 2008, pourvoi n° 07-19.223. "(...) quand l'imputation de la paternité d'une publication en l'absence de propos injurieux ou portant atteinte à l'honneur ou à la considération ne relève pas des dispositions de la loi du 29 juillet 1881, la cour d'appel a violé par fausse application les articles 29 et 53 de la loi du 29 juillet 1881 et par refus d'application l'article 1382 du code civil".

[34] Según el tablero penal del Poder Judicial, en 2017 ingresaron 466 causas de injurias y calumnias por medios de comunicación social (en un universo de 571261 causas ingresadas en los juzgados de garantía), de las cuales cuarenta y dos terminaron en sentencia absolutoria y doce en sentencia condenatoria. Véase tablero penal del Poder Judicial, disponible en https://public.tableau.com/profile/poder.judicial#!/vizhome/shared/M5R57WYYY [fecha de consulta:26 de julio de 2019].

[35] Horvitz y López (2003), p. 339.

tracontractual, permiten apreciar que la protección de la reputación a través de la compensación del daño moral está enmarcada en una tendencia más general de privatización del derecho penal[36]. Por otro lado, en Chile no existe prohibición de usar las normas comunes de derecho civil con independencia de la acción penal, ni están supeditadas al plazo de prescripción de la acción penal como es el caso francés. En ese sentido, el régimen chileno de compensación del daño moral ocasionado por medios de prensa es manifiestamente más liberal que el derecho francés.

ii. Víctimas secundarias: *préjudice moral réfléchi o préjudice d'affection par ricochet*

Respecto del daño moral sufrido por las víctimas secundarias, el panorama de protección en Francia también resulta más restrictivo que el sistema chileno de responsabilidad civil. La compensación de las víctimas de perjuicios morales reflejos, también conocido como "perjuicio de afección por rebote" experimentado por los familiares de la víctima, fue aceptada por primera ver por la Cour de cassation en 1931[37]. Sin embargo, este caso refiere a los perjuicios económicos provenientes del estado depresivo en que cayó la demandante luego de la muerte de su hija en un incendio[38]. Progresivamente, casos posteriores dan cuenta de un desarrollo de esta área, sin embargo, focalizado en casos de muerte de la víctima directa o lesiones corporales graves[39]. En definitiva, la compensación del daño moral de las víctimas secundarias es de larga data, en casos de muerte de la víctima principal[40].

Un caso relevante dado que trata sobre la compensación por rebote en casos de difamación fue decidido en 1999 por la Cour de cassation[41]. La diferencia principal con la aproximación chilena es que refiere a que aquello que se extiende a otra persona por rebote es la imputación defamatoria en cuanto hecho dañoso, y no que el daño moral sea por rebote producto de los sufrimientos experimentados por un familiar de la víctima directa[42], por lo que es del todo improbable que un caso similar al aquí comentado sea

[36] Horvitz y López (2004), p. 538.

[37] Cass. Req., 2 février 1931, rapp. Pilon, DH, 1931, 1, p. 113-114.

[38] Casson (2009), chapitre 1, section 1, paragraphe 15.

[39] Por ejemplo, en Societé nationale de Chemins de fers français c. Geneix et époux Chamard, Cour de cassation, 22 octobre 1946, *Recueil Dalloz*, Paris, 1947, p. 59. De igual manera Balian c. Determeny, Cour de cassation, 29 novembre 1989, JCP, 1990, p. 31 et ss. donde se admite la compensación de la víctima secundaria en un caso de discapacidad permanente de la esposa del demandante, como consecuencia del daño establecido judicialmente cometido por negligencia médica.

[40] Kadner (2018), p. 358.

[41] Cour de cassation, Civ. 2e , 11 février 1999, pourvoi nº 97-10.465, *Bulletin Civ.* II, nº 25, Paris, 1999 - Adde Crim. 23 novembre 2010, pourvoi nº 09-87.527.

[42] "la diffamation visant une personne ne peut rejaillir sur une autre que dans la mesure où les imputations diffamatoires lui sont étendues, fût-ce de manière déguisée ou dubitative, ou par voie d'insinuation", Cour de cassation, Civ. 2e , 11 février 1999, pourvoi nº 97-10.465, *Bulletin Civ.* II, nº 25, Paris, 1999 - Adde Crim. 23 novembre 2010, pourvoi nº 09-87.527.

decidido de igual forma en Francia.

b) Inglaterra y Gales

i. Marco normativo de la protección del honor y la reputación

Con toda claridad este caso puede enmarcarse en el *tort of defamation*, y más específicamente como un *slander actionable per se*, dado que se trata de la imputación de comisión de un delito. Aun así, dado que en este caso se trata de un error no intencional en la identidad de la persona, habiéndosele atribuido el delito cometido por otra respecto de la cual esta sí era verídica, la Defamation Act 1996 describe un procedimiento donde la demandada admite su error, ofrece tales disculpas por escrito y las publica de forma adecuada, y llega a un acuerdo reparatorio con la víctima[43].

Respecto a lo que se entiende por difamatorio, ello en general entraña que una persona razonable (*right-thinking person*) tendría a la víctima en menor estima[44]. Como es posible apreciar, el foco no está en la normalidad de sufrir o no daño moral bajo la forma de sufrimiento y angustia, sino en determinar si la publicación es o no difamatoria. El caso de Berkoff v Burchill reconoce la ausencia de definición exacta de aquello que puede considerarse "difamatorio", elaborando una enumeración de diversos usos previos hechos por los tribunales superiores[45], que pueden resumirse en tres perspectivas: que la publicación tenga el efecto de disminuir la estima en que se tenía a la víctima, que esta sea evitada y rehuida, o ridiculizada[46].

Hoy el art. 1 (1) de la Defamation Act 2013, en vigor en Inglaterra y Gales desde el 1 de enero de 2014 provee: "A statement is not defamatory unless its publication has caused or is likely to cause serious harm to the reputation of the claimant"[47].

Dado que su entrada en vigor es relativamente reciente, los casos que lidian con la interpretación de esta norma son pocos. Entre ellos, el más importante es Lachaux v. Independent Print Ltd[48] donde la Corte Suprema del Reino Unido abordó la interpretación de aquello que constituiría *serious harm* fijando el estándar del daño accionable. Uno de los asuntos controvertidos en dicho caso refería a que mediante la introducción de la Defamation Act 2013 se aboliría la presunción de daño del *Common Law*[49]. En primera instancia se

[43] Giliker (2017), p. 548.
[44] Sims v. Stretch [1936] 2 All ER 1237.
[45] [1997] E.M.L.R. 139, [144-6].
[46] Cottrell (1998), p. 150.
[47] "Una afirmación no es difamatoria a menos que su publicación haya causado o sea probable que cause un daño serio a la reputación del demandante" (traducción propia).
[48] [2019] UKSC 27; [2019] 3 WLR 18.
[49] El punto es de suma importancia en cuando a la mantención de la distinción tradicional entre casos que pueden ser demandados *per se* sin necesidad de probar perjuicios consecuenciales (*actionable per se*), y aquellos casos de difamación que requieren acreditación de perjuicios consecuenciales de carácter pecuniario (*actionable on proof of special damage*).

arguyó que el art. 1 (1) introducía un requisito adicional de probar la seriedad del daño en los hechos particulares del caso, de forma adicional a que la afirmación tuviese la aptitud de ser inherentemente injuriosa. La Corte Suprema del Reino Unido respaldó la interpretación del juez Mark Warby en primera instancia, de modo que el umbral fue elevado de una "tendencia sustancial" de afectar la actitud de otras personas respecto al demandante (cual era la posición en *Thornton*[50]), a un requisito de daño serio o severo (*serious harm*). De este modo, la Corte arguye que en realidad, más que una revolución del derecho de difamación inglés, la pieza legislativa en realidad habría introducido un requisito adicional a la aptitud inherente de las palabras de dañar la reputación, la cual no sería suficiente prueba en sí misma, sino debe estar acompañada de la acreditación de su seriedad o severidad. En Lachaux, se aceptó que la prueba de la severidad del daño podía acreditarse mediante inferencias. En este sentido, se aceptó prueba testimonial y prueba escrita de hechos tales como la gran escala de las publicaciones en periódicos, el hecho de que la publicación había llegado al conocimiento de al menos una persona identificable en el Reino Unido que conocía a Bruno Lachaux, el que fuera probable que la publicación hubiese llegado a la atención de personas que lo conocían y, por último, la gravedad de las acusaciones[51].

Como es posible apreciar de la exposición anterior, la aproximación a la compensación de la vulneración a la reputación de una persona en derecho inglés difiere fundamentalmente de la justificación de la reparación en el caso chileno. Ello se debe no solo a las evidentes diferencias estructurales entre un sistema de *Common Law* y el derecho chileno, que es heredero de la tradición romano-canónica del derecho civil, sino, también, hay una importante diferencia en el papel de las perjuicios no pecuniarios englobados bajo el concepto de "daño moral". En Chile este último se ha erguido, sin mayor discusión de los mecanismos de limitación de la reparación, en una forma alternativa de proveer protección a derechos de la personalidad tales como el derecho a la honra y reputación. Es de suponer que un caso como el discutido en este trabajo, se satisfaría el carácter de severidad del daño impuesto por el derecho inglés. Sin embargo, hay que recalcar que ello se debe al cumplimiento del estándar requerido por el *Common Law* para considerar difamatoria una publicación, y no en una fundamentación anclada en el dolor o sufrimiento experimentado por la víctima. Con todo, a diferencia de casos como Lachaux, en este caso existió un error respecto de la identidad del sujeto, lo cual probablemente en Inglaterra se tramitaría por la vía del mecanismo de disculpas y reparación contemplado en la Defamation Act 1996.

La misma Corte Suprema chilena reconoce que la conducta negligente de la parte demandada fue la emisión de información objetivamente falsa a través de la cual al señor Valls le fue atribuido un hecho delictivo del cual no

[50] [2010] EWHC 1414 (QB).
[51] [2019] UKSC 27, [21].

tuvo participación alguna. En ese sentido, la conclusión lógica es que fueron su honra y reputación los que fueron vulnerados en forma directa. Respecto de su familia, aquello que busca ser compensado por el tribunal no es la inracción del derecho a la honra, sino como se señaló con anterioridad, el daño moral "puro".

ii. Víctimas secundarias

La diferencia más clara del *Common Law* inglés en comparación con el derecho chileno tiene que ver con quienes pueden ser considerados víctimas secundarias, puesto que existe una serie de limitaciones a la compensación de daño moral de estas, que son, por lo demás, mucho más estrictas que en Chile.

En primer término, la regla tradicional del *Common Law* aplicable tanto a la víctima primaria como secundaria, es la necesidad de probar que se ha sufrido una enfermedad psiquiátrica reconocida, siendo la angustia o aflicción insuficientes en sí mismas[52]. Además de los requisitos comunes, existe también una serie de mecanismos de control respecto de las víctimas secundarias, que persiguen como principio de política pública la limitación del número de potenciales casos evitando así "abrir las compuertas de la litigación" (*floodgates argument*)[53]. Esto último podría desencadenar un aumento en las primas de los seguros, además de representar un costo excesivamente oneroso para el sistema público de salud y atochar de causas en los tribunales[54].

Un caso autoritativo para entender los mecanismos de control del *Common Law* inglés es McLoughlin v. O'Brian[55]. En los hechos, una madre fue alertada por su vecino del accidente de tránsito sufrido por su esposo e hijos. Al llegar al hospital la mujer se percató que su hija menor había muerto y presenció la gravedad de las heridas de su esposo y el resto de sus hijos. Como consecuencia de ello, además del *shock* del momento, desarrolló una profunda depresión y cambios de personalidad. Los demandados admitieron su responsabilidad en la muerte de la niña y las lesiones sufridas por las otras víctimas del accidente, pero no así el que su conducta negligente hubiese provocado el estado de *shock* de la víctima secundaria. El tribunal elaboró una diferencia entre el observador común del accidente, y la clase de personas

[52] McLoughlin v. O'Brian [1983] 1 AC 410, [431]: "El primer obstáculo que debe superar quien demanda la compensación en cuestión es establecer que está sufriendo, no mera aflicción, dolor u algún otro sentimiento normal, sino una enfermedad psiquiátrica en términos positivos" (traducción propia) "(...) the first hurdle which a plaintiff claiming damages of the kind in question must surmount is to establish that he is suffering, not merely grief, distress or any other normal emotion, but a positive psychiatric illness".

[53] Burrows & Burrows (2016) described as an adjustment disorder, in seeing the condition of his wife who was the primary victim of admitted medical negligence. His claim for compensation, as a 'secondary victim', failed because he could not satisfy the legal requirement that there must be a sudden shocking event. This commentary criticises that requirement which appears to make no medical sense, p. 280.

[54] *Ibid.*

[55] [1983] 1 AC 410, [1982] 2 WLR 982.

que sí pueden ser compensadas por el *shock* nervioso, como los familiares directos de la víctima[56]. De forma adicional, tales personas deben hallarse en la proximidad del accidente o el momento inmediatamente posterior a este (*immediate aftermath*). Por último, un tercer factor de importancia es la forma en que la enfermedad psiquiátrica fue producida, dado que se requería que la percepción del accidente fuera por vista o audición del suceso[57]. En un caso posterior, que es autoridad en esta materia, Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire[58] la Cámara de los Lores aprobó de maneara unánime la decisión de lord Wilberforce en McLoughlin. Los criterios fijados para el reconocimiento de la calidad de víctima secundaria para efectos de compensación pueden ser resumidos como sigue:

1. Establecer la existencia de un vínculo estrecho de amor y afección entre la víctima secundaria y la persona herida.
2. La víctima secundaria debe haber estado presente en el lugar del accidente o en el momento inmediatamente posterior, sin que la mera comunicación de noticias dolorosas sea suficiente.
3. La dolencia psiquiátrica debe haber sido causada por la percepción directa (por sus propios sentidos) del accidente o el momento inmediatamente posterior a este.

Si bien no hay una lista taxativa de los eventos respecto de los cuales la víctima secundaria puede ser compensada, se ha entendido que estos deben ser particularmente horrendos e impresionantes[59]. En este sentido, no hay casos que hayan cumplido estos criterios para el reconocimiento de víctima secundaria en lo relativo a infracciones a la honra y reputación de una persona, en el contexto del *tort of defamation*. Incluso, en casos de percepción directa, las cortes han negado la posibilidad de compensar como víctima por rebote a un hombre que alegó haber sufrido estrés postraumático (lo cual es una enfermedad psiquiátrica reconocida y no solo angustia) como consecuencia de presenciar la histerectomía realizada negligentemente a su cónyuge, y que le produjo septicemia y peritonitis. Ello se debió a que el evento no fue

[56] [1982] 2 WLR 982; [1983] 1 AC 410, [422]: "En lo que refiere a la clase de personas [con legitimación activa], el rango posibilidades está entre aquellos con los vínculos familiares más cercanos –padres e hijos, o marido y mujer– y un observador común. El derecho actual reconoce la pretensión de los primeros, pero rechaza la de los segundos, ya sea sobre la base de que se presume que tales personas deben tener la fortaleza suficiente para sobrellevar las calamidades de la vida moderna, o porque no puede esperarse que los demandados compensen al mundo en general. (Traducción propia) "As regards the class of persons, the possible range is between the closest of family ties –of parent and child, or husband and wife– and the ordinary bystander. Existing law recognises the claims of the first: it denies that of the second, either on the basis that such persons must be assumed to be possessed of fortitude sufficient to enable them to endure the calamities of modern life, or that defendants cannot be expected to compensate the world at large".

[57] Walton & Armitage (2018), paragraphs 2-150.

[58] [1992] 1 AC 310.

[59] Liverpool Women's Hospital NHS Foundation Trust v. Ronayne [2015] EWCA Civ 588; [2015] 6 WLUK 554.

considerando excepcional para una persona que ha sido hospitalizada y, por tanto, no resultaba lo suficientemente "horroroso", y puesto que los eventos transcurrieron en un lapso de días, no se estaba tampoco en presencia de un evento de *shock* abrupto[60].

De la exposición anterior es posible apreciar que en un caso como el fallado por la Corte Suprema chilena, los tribunales ingleses no compensarían los perjuicios no pecuniarios de las víctimas indirectas, pues no se cumplirían los requisitos definidos en Alcock, ni es de suponer que el evento de presenciar la noticia difamatoria por televisión pudiera considerarse suficientemente próximo ni tampoco horrendo o impresionante comparado con otros casos.

IV. Conclusiones

Es posible apreciar una diversidad de dificultades teóricas en el razonamiento expuesto por la Corte Suprema chilena.

En primer lugar, el daño moral de las víctimas por rebote es "puro" en el sentido de que no está acompañado de otra infracción a los intereses jurídicos protegidos de estas. El noticiario, sin duda, afectó el honor y reputación del señor Valls, pero al indicar, por error, que este era el autor del delito, no infringió el derecho a la honra u otro derecho de la personalidad de su familia directa. En este sentido, el sistema chileno, comparado con el de otros países, como Francia e Inglaterra y Gales, aparece extremadamente liberal.

La segunda conclusión que es posible extraer de este fallo es que el daño moral se alinea con un modelo bipolar de concebir los perjuicios, donde lo que importa son las manifestaciones consecuenciales tales como: la ansiedad, depresión, angustia, entre otras. Sin embargo, se dispensa la prueba de tales perjuicios en tanto sufrirlos sería "lo normal".

En tercer término, este caso permite ilustrar cómo el límite entre víctimas directas e indirectas de desdibuja, si se considera que la Corte basa la responsabilidad de la demandada respecto de las víctimas por rebote en el mismo hecho dañoso inicial, cual es la emisión noticiosa.

En cuarto lugar, es posible apreciar un grado de arbitrariedad difícil de justificar en la fijación de los montos de indemnización. Incluso, si se llegase a la conclusión que los miembros de la familia directa del demandante pudiesen ser considerados víctimas secundarias, no fueron justificadas apropiadamente las diferencias hechas entre estos, las cuales llevan a que la cónyuge reciba un monto de dinero mayor que un hijo mayor de edad. Tampoco queda claro el motivo por el cual ese mismo hijo mayor de edad fue compensado por el mismo monto que su hermana de tres años al momento de los hechos.

[60] Liverpool Women's Hospital NHS Foundation Trust v Ronayne [2015] EWCA Civ 588; [2015] 6 WLUK 554, [41].

Difícilmente podría pensarse que un infante que no atiende al colegio pueda sufrir socialmente los mismos malos ratos que un adolescente o adulto con completa comprensión de los efectos de la publicación difamatoria.

Una quinta observación que se desprende del análisis de este caso es la ausencia de distinción y matices en el trato que da el derecho a fenómenos de ansiedad, molestias, dolor, humillación y enfermedades psiquiátricas propiamente tales. Todos estos conceptos son empleados de manera indistinta y sin calificación que atienda a sus usos médicos y características patológicas de algunos.

En sexto lugar, cabe hacer presente que el marco jurídico de protección del honor y la reputación de una persona se ve subsumido en el concepto amplio de daño moral, que como categoría abierta permite la reparación sin mayor indagatoria del interés jurídico protegido. En ese sentido, a diferencia de otros ordenamientos el sistema chileno no distingue entre un caso en que el demandante presencia la muerte en circunstancias horrendas de un ser querido, del casos de infracciones a la honra. A ello se suma la ausencia de ciertos mecanismos de limitación del daño moral por rebote como una clase particularmente grave de eventos que pueden gatillar la compensación o la delimitación de la naturaleza de la lesión psiquiátrica requerida, contrario a lo que ocurre tanto en el caso francés como inglés y galés.

Por último, la pregunta lógica que deriva de todas las consideraciones anteriores es si no son acaso las funciones del derecho de responsabilidad civil aquello que está mutando. Parece ser que este caso tiene que ver más con la imposición de una pena privada a la parte demandada, el canal de televisión, quien por lo demás tiene los "bolsillos más profundos", que verdaderamente estar anclado en la reparación de los perjuicios experimentados por la víctima. Ello representa un alejamiento del principio de reparación integral bajo su concepción compensatoria, todo lo cual, si bien podría ser defendido en teoría, requiere elaboración doctrinal más acabada y soporte legal claro. Sin ello, en contraste con otras jurisdicciones como el *Common Law* Inglés que consagra de forma explícita otros objetivos más allá de la compensación, bajo las formas de *vindication* y daños punitivos (*exemplary damages*), el modelo chileno sigue adherido, en teoría, exclusivamente a la compensación del daño, pero incluyendo otra clase de razonamientos que transitan hacia la punición.

Más allá de los evidentes problemas en lo que respecta la avaluación del daño moral, queda claro que la jurisprudencia chilena parece ir a contracorriente de las tendencias en derecho comparado, liberalizando aún más la compensación de los perjuicios no pecuniarios, en vez de ahondar en sus mecanismos de limitación.

Bibliografía citada

Burrows, Andrew & John Burrows (2016). "A shocking requirement in the law

on negligence liability for psychiatric illness: Liverpool Women's Hospital NHS Foundation Trust v Ronayne [2015] EWCA CIV 588". *Medical Law Review*, vol. 24, nº 2. Oxford.

Casson, Phillipe (2009). *Répertoire de droit civil*. Paris: Dalloz.

Corral Talciani, Hernán (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Cottrell, Jill (1998). "What Does 'Defamatory' Mean? Reflections on Berkoff v. Burchill". *Tort Law Review*, nº 6. North Ryde, NSW, Australia.

De la Maza, Iñigo (2018). "El daño moral en materia contractual: la mirada de la Corte Suprema". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, n.º 2. Santiago.

Descheemaeker, Eric (2016). "Unravelling harms in Tort Law". *Law Quarterly Review*, vol. 132. London.

Diez Schwerter, José Luis (1997). *El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2002). *El daño moral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Elorriaga, Fabián (1999). "Del daño por repercusión o rebote". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n.º 2. Santiago.

Garrido Montt, Mario (1998). *Derecho penal: Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo 3.

Giliker, Paula (2017). *Tort*. 6th ed. London: Sweet & Maxwell.

Horvitz, María Inés y Julián López (2003). *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.

Horvitz, María Inés y Julián López (2004). *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.

Kadner Graziano, Thomas (2018). *Comparative tort law: cases, materials and exercises*. London-New York: Routledge, Taylor & Francis Group.

Lambert-Faivre, Yvonne, Stéphanie Porchy-Simon (2015). *Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation*. 8ª ed. Paris: Dalloz.

Minsal (2013). *Guía clínica depresión en personas de 15 años o más*. Santiago.

Peña, Carlos (2004). "Informe sobre el proyecto de ley de protección del honor y la intimidad de las personas". *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, vol. 1. Santiago.

Ríos, Ignacio y Rodrigo Silva (2013). "Daño moral a las personas jurídicas: ¿Qué ha dicho nuestra jurisprudencia?". *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 18. Santiago.

Tandoc, Edson, Zheng Wei Lim & Richard Ling (2018). "Defining 'Fake News'". *Digital Journalism*, vol. 6, nº 2. Abingdon.

Viney, Geneviève (2014). "La sanction des abus de la liberté d'expression". *Recueil Dalloz*, vol. 787. Paris.

Viollier, Pablo, Matías Salinas (2019). "La tipificación de los delitos de injuria y calumnia y su efecto inhibitorio en el ejercicio de la libertad de expresión en Chile". *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 15, n.º 1. Santiago. 31 de julio de 2019.

Walton, Christopher & Mark Armitage (2018). *Charlesworth & Percy on negligence*. 14th ed. London: Sweet & Maxwell, Thomson Reuters.

Sigla y abreviaturas

AC	Appeal Cases
ADR	annual percentage rate
al.	*alii* (otros)
All ER	All England Law Reports
ANID	Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo
art.	artículo
arts.	artículos
CAE	carga anual equivalente
CC	*Código Civil*
CE	Comunidad Europea
CEE *a veces* EEC	Comunidad Económica Europea
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Conar	Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria
cons.	considerando
coord.	coordinador
coords.	coordinadores
CS	Corte Suprema
DCFR	Marco Común de Referencia
D.H.	Dalloz (Hebdomadaire)
dirs.	directores
DS	decreto supremo
ed.	edición *a veces* editor, editorial
eds.	editores
E.M.L.R.	Entertainment and Media Law Reports
EWCA	Court of Appeal of England and Wales
EWHC	High Court of Justice of England and Wales
etc.	etcétera
http	Hypertext Transfer Protocol
Ltd.	limited
Ibid.	*Ibidem*

JCP	La semanine juridique
n.º *a veces* Nº	número
op. cit.	*opere citato* (obra citada)
p.	página
PIB	Producto Interno Bruto
pp.	páginas
QB	Queen's Bench division
rapp	rapporteur
Req.	Chambre des requêtes
S.A.	sociedad anónima
sec.	sección
Sr.	Señor
UE	Unión Europea
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
v.	versus
vol.	volumen
WLR	Weekly Law Repots
WLUK	Westlaw UK
www.	World Wide Web

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 239-272 [julio 2020]

ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES APLICABLES A LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE ESTABLECIDO EN EL TRATADO INTEGRAL Y PROGRESISTA DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO (CPTPP / TPP-11)

SOME NOTES ON APPLICABLE JURISPRUDENTIAL TRENDS TO THE REGULATION OF ARBITRATION ESTABLISHED IN THE COMPREHENSIVE TREATY AND PROGRESSIVE TRANS-PACIFIC ASSOCIATION (CPTPP / TPP-11)

Ricardo Padilla Paro[*]

RESUMEN

En el presente trabajo se pretende dar cuenta de las tendencias jurisprudenciales de los tribunales internacionales de inversión, en relación con las disposiciones que regulan los mecanismos de resolución de controversias para las contiendas surgidas entre inversionistas y Estados en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico. En particular, estas notas se abocan al arbitraje de inversión, pretendiéndose entregar nociones respecto de sus requisitos previos; la caducidad o el periodo de limitación de las reclamaciones; la renuncia como mecanismo de asegurar la exclusividad del arbitraje y la posibilidad de presentar contrademandas por parte de los Estados anfitriones.

Palabras clave: arbitraje de inversión; TPP 11; periodo de espera; caducidad; renuncia; contrademandas.

ABSTRACT

This paper aims to provide an overview of the case-law trends of international investment tribunals, concerning the provisions governing the dispute reso-

[*] Master of Laws (LL.M) International Dispute Resolution, King's College London, Reino Unido. Profesor *part-time* de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales. Dirección postal: Avenida Isidora Goyenechea 2800, piso 43, Las Condes, Santiago. Correo electrónico: ricardo.padilla@mail.udp.cl. Este trabajo ha sido sometido a single blind review y fue recibido el 2 de marzo de 2020 y aceptado para su publicación el 13 de junio de 2020.

lution mechanisms for conflicts arising between investors and States in the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership. In particular, these notes address investment arbitration and are intended to provide notions regarding its preliminary requirements; the period of limitation of claims; waivers as a mechanism to ensure the exclusivity of arbitration; and; the possibility of Host States to file counter-claims.

Keywords: investment arbitration; TPP 11; Cooling off requirement; limitation period; waivers; counterclaims.

I. El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico: Capítulo inversión

El CPTPP o, también, TPP-11, por el número de países originalmente signatarios (Australia, Brunéi, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam)[1], constituye un tratado de integración económica que regula materias de comercio e inversión internacional sobre la base de los acuerdos de la OMC y de los TLC e inversión ya vigentes entre los mismos países[2]. El CPTPP fue firmado el 8 de marzo de 2018, luego de más de un año de nuevas negociaciones realizadas tras la salida de Estados Unidos de su acuerdo antecesor, el TPP[3].

El capítulo 9 del CPTPP, relativo a la inversión extranjera, sigue la estructura propia de los TII[4], al regular en su primera parte (sección A) la protección substantiva de los inversionistas y el derecho a regular de los Estados receptores de la inversión[5] (*i.e.* art. 9.4 "trato nacional"; art. 9.5 "trato de nación más favorecida"; art. 9.8 "expropiación e indemnización"; art. 9.16 "inversión y objetivos de medio ambiente, salud y otros objetivos regulatorios"). En su segunda parte (sección B), el TPP-11 establece los mecanismos de resolución de controversias para las contiendas surgidas entre inversionistas y Estados (la consulta, los buenos oficios, la mediación, la conciliación, la negociación y el arbitraje).

Los TTI cobran importancia no solo cuando existe la intención de atraer a la inversión extranjera, sino, también, en contextos de crisis económica (y bien lo saben nuestros vecinos argentinos[6]) o crisis sociales (y por ello Chile también debe preparase[7]). Es en dichas circunstancias cuando acontece el mayor número de reformas y cambios a las políticas públicas de un Estado receptor de la inversión ("Estado anfitrión"); modificaciones al ordenamiento jurídico interno de un país que pueden constituir infracciones a los tratados bilaterales de inversión (TBI) o a otros tratados internacionales que contengan disposiciones que regulen la inversión extranjera. Ahora, cuando un conflicto entre inversionistas y Estado anfitrión se presenta, los TTI nor-

[1] El 30 de diciembre de 2018, el CPTPP entró en vigor en Australia, Canadá, Japón, México, Nueva Zelanda y Singapur. El 14 de enero de 2019, en Vietnam. Por su parte, Brunéi, Chile, Malasia y Perú, a la fecha de escritura de este trabajo, no han ratificado ni depositado el Tratado. El texto completo del CPTPP, se encuentra disponible en www.subrei.gob.cl/capitulos-del-acuerdo/ [fecha de consulta: 12 de febrero de 2020].

[2] El CPTPP reemplaza los TBI Australia-México (2005) y Australia-Vietnam (1991). Al mismo tiempo, coexistirá con el TLC Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, Australia y Nueva Zelanda (2009); el Protocolo de Inversión entre Nueva Zelanda y Australia (2011); el TBI Japón-Vietnam (2003); el Acuerdo de Cooperación Económica entre Japón y Vietnam (2008); el TLC Australia- Singapur (2003); el Acuerdo de Cooperación Económica entre México y Japón (2004) y el Tratado Integral de Inversión de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (2009).

[3] De acuerdo con el art. 1 del CPTPP, se incorporan las disposiciones del TPP por medio de referencia. Las excepciones a dicha remisión las constituyen los art. 30.4 (adhesión), art. 30.5 (entrada en vigor), art. 30.6 (denuncia) y art. 30.8 (textos auténticos) del TPP.

[4] Newcombe & Paradell (2009), pp. 65-73.

[5] Así, por ejemplo, el Tribunal en CMS Transmission v. Argentina estableció: "the question is certainly not new in international law. Gold standards or reference currencies embodied in financial transactions, stabilization clauses built into contracts and, more recently, the vast network of bilateral investment treaties are all expressions of the search for stability and legal certainty. The right of the host State to adopt its economic policies together with the rights of investors under a system of guarantees and protection are at the very heart of this difficult balance, a balance which the Convention was careful to preserve". CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina (2003), paragraph 28. De similar forma, en Parkerings v Lithuania, el Tribunal señaló: "it is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion". Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania (2007), paragraph 332.

[6] A partir de la crisis de 2001, la República de Argentina figura como demandada en 56 arbitrajes de inversión registrados públicamente. Disponible en Investment Policy Hub. United Nations (UNCTAD). Investment Dispute Settlement Navigator, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina [fecha de consulta: 16 de febrero de 2020].

[7] Los tribunales de inversión suelen establecer el incumplimiento de la obligación de "protección y seguridad plena", cuando el Estado anfitrión no logra prevenir un daño físico a las inversiones, al no tomar las medidas que normalmente se encuentran bajo el ejercicio de su función gubernamental de policía y de mantenedor de la ley y el orden social. Redfern & Hunter (2015), p. 482. Así, entonces, en el contexto de las manifestaciones sociales iniciadas el 18 de octubre de 2019, se han presentado situaciones que, no obstante las medidas tomadas por el Estado para prevenirlas, han resultado en daños a la propiedad privada y al comercio. Dichas circunstancias fácticas, bajo algunos TTI suscritos por Chile, podrían constituir una infracción a los mismos. En particular, y empleado la regulación del CPTPP solo como ejemplo (pues no ha entrado en vigor en el país), podrían intentarse reclamaciones de inversionistas extranjero configurando una infracción al art. 9.6 "mínimo trato", el que establece: "cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con los principios aplicables del derecho internacional consuetudinario, incluyendo (...) la protección y seguridad plenas. (...) La 'protección y seguridad plenas' exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial exigido conforme al derecho internacional consuetudinario". En este punto, el tribunal en Wena Hotels Limited. v. Egypt, tuvo por establecido que el 1 de abril de 1991, una gran multitud atacó los hoteles de propiedad de la reclamante, tomando su control e impidiendo su funcionamiento por más de un año. A pesar de que el tribunal determinó que Egipto no participó en la toma de posesión de los hoteles, este habría incumplido igualmente su obligación de protección y seguridad, dado que aquel Estado anfitrión, manteniendo conocimiento de la toma de control de los hoteles, no realizó nada para prevenirla; para proteger la inversión; para prevenir los daños ocasionados en la propiedad de la reclamante; para sancionar a los responsables; o para indemnizar a Wena por sus pérdidas. McLachlan *et al.* (2017), pp. 333-334.

malmente disponen de una serie de mecanismos y foros para la resolución de controversias. Sin embargo, el medio que por lo común es empleado y que termina por zanjar la mayoría de las disputas lo constituye el arbitraje internacional de inversión.

En efecto, el art. 9.19.4 del CPTPP, siguiendo la tradición de los TTI, entrega a los inversionistas la opción de elegir diferentes foros para substanciar el arbitraje, en particular, los siguientes:

1) el CIADI y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI;
2) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI;
3) las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o;
4) tras un acuerdo entre las partes, la designación de cualquier otra institución arbitral o cualesquiera otras reglas de arbitraje.

En el presente trabajo se pretende reflexionar, observar y dar cuenta de las tendencias jurisprudenciales de los tribunales internacionales de inversión, en relación con diversas disposiciones que el CPTPP dispone en su sección de resolución de controversias Inversionista-Estado. El objetivo, entonces, es entregar ciertas notas que permitan una aproximación a la interpretación y aplicación práctica que aquellas disposiciones podrían tener en Chile de manera previa a su eventual entrada en vigor[8]. En particular, estas reflexiones se abocan al arbitraje de inversión, pretendiéndose entregar nociones respecto de sus requisitos previos

A) el periodo de espera;
B) la notificación de intención;
C) la caducidad o el periodo de limitación de las reclamaciones;
D) la renuncia como mecanismo de asegurar la exclusividad del arbitraje y;
E) la posibilidad de presentar contrademandas por parte de los Estados anfitriones.

Finalmente, resulta importante tener presente para entender el análisis jurisprudencial en materia de inversión que a continuación se realizará, la inexistencia de un sistema de precedente obligatorio en derecho internacional y de un tribunal permanente de apelación que enmiende, revoque o confirme los laudos dictados por los tribunales arbitrales. En efecto, cada Estado es un sujeto de derecho internacional soberano, de modo que no es posible emplear la aplicación o interpretación del derecho de inversión realizada en un laudo en otra disputa iniciada en contra de otro Estado. Esto, incluso en circunstancias en que el mismo TTI o Estado anfitrión se encuentren en cuestión. Manifestaciones de este principio es posible encontrarlas en el art. 53 (1) del Convenio del CIADI, el cual establece que "el laudo será obligatorio para las partes", o en el art. 59 del estatuto de la CIJ, el que de forma más

[8] No obstante, la jurisprudencia de inversión que es analizada en este trabajo también sirve como punto de referencia para la aplicación e interpretación de las disposiciones que contienen a los mecanismos de resolución de controversias en otros TII vigentes en Chile.

explícita señala: "la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido". Cada tribunal arbitral es también soberano de sus decisiones, no existiendo sobre ellos la obligación formal de seguir la doctrina del precedente[9]. Ello explicaría, tal como se verá, la existencia de laudos arbitrales conteniendo diversas y hasta contradictorias decisiones e interpretaciones sobre la misma cuestión debatida por las partes[10].

II. Solución de controversias Inversionista-Estado

1. Prerrequisitos al arbitraje: el periodo de espera o enfriamiento (cooling-off requirement)

La mayoría de los TII establecen un periodo dentro del cual las partes deben intentar resolver amigablemente sus controversias antes de iniciar un procedimiento arbitral. El CPTPP no es una excepción al disponer en su art. 9.18.1:

> "en caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, que puede incluir el uso de procedimientos de carácter no vinculante ante terceros, tales como buenos oficios, conciliación o mediación".

Aquella disposición, junto con lo establecido en el art. 9.19.1 (a) CPTPP[11], prevén lo que se ha denominado en derecho internacional como el "periodo de espera o enfriamiento" de la disputa (*cooling-off requirement*), dado que se exige que, de manera previa al inicio del arbitraje, las partes a través de un mecanismo no adversarial intenten resolver sus controversias.

Cabe hacer presente la evolución de Chile en este punto, puesto que el TPP-11 presenta dos grandes diferencias con el Model BIT, por cuanto amplió

[9] En este sentido, el tribunal en AES Corporation v. The Argentine Republic estableció: "an identity of the basis of jurisdiction of these tribunals, even when it meets with very similar if not even identical facts at the origin of the disputes, does not suffice to apply systematically to the present case positions or solutions already adopted in these cases. Each tribunal remains sovereign and may retain, as it is confirmed by ICSID practice, a different solution for resolving the same problem (...)". AES Corporation v. The Argenite Republic (2005), paragraph 30. Véase Newcombe & Paradell (2009), pp. 59-61.

[10] Es lo que ha sido denominado como la "crisis de consistencia" en el arbitraje de inversión, cuestión que ha restado de credibilidad y confianza al sistema debido a la falta de coherencia en las decisiones tomadas en los laudos arbitrales. Así, por ejemplo, los casos CME Czech Republic v. Czech Republic y Lauder v. Czech Republic, fueron arbitrajes paralelos donde sobre la base de los mismos hechos, los tribunales arbitrales arribaron a decisiones contradictorias. Véase International Bar Association (2018), pp. 6-35.

[11] El referido artículo dispone: "si una controversia relativa a una inversión no ha sido resuelta dentro de los seis meses (...) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje (...)".

los mecanismos de resolución de conflictos previos al arbitraje, pues solo se preveía expresamente la consulta y el plazo del periodo de enfriamiento fue aumentado en tres meses[12].

A. Utilización de los mecanismos diplomáticos de resolución de conflictos

La finalidad del periodo de espera o enfriamiento es entregar al Estado anfitrión la oportunidad de solucionar la controversia antes de que la disputa se judicialice y el inversionista la someta a arbitraje. Para ello, el art. 9.18.2 del CPTPP prescribe que el demandante debe enviar al Estado anfitrión una consulta por escrito, incluyendo una breve descripción de los hechos relativos a la medida o medidas que han suscitado la disputa.

No obstante, el CPTPP emplea el término 'consulta', el que constituye un mecanismo específico de solución de controversias internacionales, lo cierto es que la descripción y notificación de los elementos de hecho por los cuales se alegue una eventual infracción al TPP-11, será lo que entregue las bases al Estado anfitrión para aproximarse de manera adecuada a una posible solución de la controversia con el inversionista, por medio de los diversos mecanismos previos al arbitraje que son contemplados en el art. 9.18.1 del CPTPP: la consulta, la mediación, los buenos oficios, la conciliación y la negociación.

Dichos mecanismos de resolución de conflictos han sido establecidos en el art. 33 de la CNU, como algunos de los principales medios para resolver pacíficamente contiendas en el foro internacional. En efecto, aquellos mecanismos han sido clasificados como medios diplomáticos de resolución de conflictos, los que se caracterizan en el hecho de que las partes retienen en sus manos el control de la contienda, y en que las conclusiones obtenidas luego de aquellos procesos no resultan obligatorias para las partes (son medios no adjudicatorios)[13]. Dado que el empleo de estos mecanismos diplomáticos de

[12] De acuerdo con el art. 8 del Model BIT: "with a view to an amicable solution of disputes, which arises within the terms of this Agreement, between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party consultations will take place between the parties concerned (...). If these consultations do not result in a solution within three months from the date of request for settlement, the investor may submit the dispute either; (a) to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made; or (b) to international arbitration of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) (...)". Disponible en https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2841/download [fecha de consulta: 12 de febrero de 2020].

[13] El profesor John Merrills ha enseñado que los diversos mecanismos para la resolución pacífica de conflictos internacionales se dividen comúnmente en dos grupos. Por un lado, los "medios diplomáticos" de resolución de conflictos son aquellos en que las partes retienen el control de la controversia y pueden aceptar o rechazar las propuestas de arreglo en la forma que mejor les parezca. Por el otro, los "medios judiciales" de resolución de disputas, implican recurrir a los tribunales internacionales, lugar donde las partes buscarán decisiones obligatorias decididas sobre la base del derecho internacional. Similar a los medios judiciales, se ha establecido al arbitraje como otro mecanismo de resolución de conflictos. En el arbitraje, es necesario que las partes sean quienes establezcan toda la maquinaria para resolver el conflicto

resolución de conflictos por parte del inversionista y del Estado anfitrión, han sido incorporados como un paso previo al inicio de cualquier arbitraje en el contexto del TPP-11, cabe recordar brevemente en qué consisten:

a. Consulta

La consulta es la acción que en derecho internacional toma normalmente un Estado para informar a otro Estado respecto de alguna acción que se quiere o será tomada, y que podría afectar los intereses del último. El particular valor de la consulta es proporcionar información útil en un momento apropiado, *e.g.* antes de que la eventual controversia se judicialice o escale en su gravedad. Por medio de la consulta, el Estado consultado tiene la posibilidad de dar su punto de vista en la acción que se pretende tomar y, para efectos del Estado consultante, se genera la oportunidad de realizar cambios en la etapa de toma de decisión de las medidas a adoptar; cuestión que resulta más fácil y menos gravosa que luego de que aquellas ya han sido implementadas[14].

b. Mediación

La mediación por lo común tendrá lugar cuando las partes de un conflicto internacional no logran resolver sus diferencias a través de la negociación, haciéndose necesaria la intervención de un tercero que puede ayudarles a alcanzar un acuerdo. Si el nombramiento de un mediador es posible entre las partes, entonces la tarea de este tercero es diseñar o promover una solución que resulte satisfactoria para ambas partes[15]. En consecuencia, una solución mediada requerirá que las partes se encuentren dispuestas y consientan en encontrar un arreglo que, normalmente, significará que deban abandonar sus objetivos y expectativas originales[16].

c. Buenos oficios

De acuerdo con la doctrina comparada, la distinción entre mediación y buenos oficios no es del todo clara. En términos generales, los buenos oficios pueden ser caracterizados de manera menos proactiva que la mediación, dado que solo pude envolver que un tercero facilite las negociaciones, en lugar de activamente buscar y proponer una solución. El principal ejemplo lo constituye la función de buenos oficios que desempeña el secretario general de las Naciones Unidas[17].

(*e.g.* composición del tribunal, ley aplicable, etc.). Tanto el arbitraje como los medios judiciales de resolución de conflictos, son considerados conjuntamente "medios legales" de resolución de controversias. Merrills (2017), p. 88.

[14] Merrills (2017), p. 3.

[15] *Op. cit.*, p. 33.

[16] *Op. cit.*, p. 39; Mackenzie (2005), pp. 36-37.

[17] Mackenzie (2005), p. 37.

d. Conciliación

De acuerdo con el art. 1 de la Regulación del Procedimiento Internacional de Conciliación, elaborado en 1961 por el Institut de droit international, la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos internacionales de toda naturaleza, en el cual una comisión designada por las partes, ya sea de manera permanente o *ad hoc* para una disputa específica, realiza un análisis imparcial de la controversia e intenta definir los términos de un acuerdo que sea susceptible de ser aceptado por aquellas o, al menos, proporcionar, en vista de un posible acuerdo entre las partes, la ayuda que las mismas hayan requerido[18].

Dado que el conciliador o la comisión conciliadora tiene el deber de examinar la naturaleza y el trasfondo de la disputa, usualmente se encuentra investida por amplios poderes de investigación[19]. La tarea final del conciliador es, entonces, entregar a las partes los términos de un posible arreglo, el cual debe ser considerado con seriedad, no obstante, su no obligatoriedad[20].

e. Negociación

La negociación es un proceso que permite a las partes retener en sus manos el máximo control sobre la disputa. A través de la negociación, las partes discuten las posibles soluciones de manera directa, intercambiando propuestas, puntos de vistas y argumentos, hasta que una solución es alcanzada o, en definitiva, ha quedado de manifiesto que el llegar a un acuerdo será imposible[21].

Se debe tener presente que las partes no siempre utilizan la negociación para arreglar todos los asuntos en disputa. De hecho, la negociación puede tener distintos objetivos: evitar una controversia (a través de consultas previas o coordinación entre las partes); manejar una disputa en curso (por ejemplo, negociar para acordar cual es el mecanismo de resolución de conflictos más adecuado, o definir los parámetros y el objeto de la controversia); implementar una sentencia o laudo arbitral; entre otros[22]. De esta manera, la doctrina comparada ha considerado que la negociación es el principal y más flexible mecanismo internacional de resolución de conflictos[23].

B. Intentar alcanzar un acuerdo previo al arbitraje: obligación de mejores esfuerzos y su cómputo

En Teinver v. Argentina, bajo el TBI Argentina-España (1991), el tribunal sostuvo que la búsqueda de una solución amigable del conflicto –a través del empleo de los medios diplomáticos de resolución de controversias– constituye una obligación de mejores esfuerzos previa al arbitraje. Según el tribunal, aquello implica que las partes, tras el envío de la primera solicitud de consulta a la que se refiere el art. 9.18.2 del CPTPP, no pueden quedarse de brazos cruzados durante el periodo de enfriamiento, a la espera de un eventual acuerdo. Al contrario, deben efectuar todo lo que esté a su alcance para arribar a dicho arreglo:

> "El Tribunal está de acuerdo con las Demandantes en que el Artículo X (1) puede interpretarse razonablemente como una obligación de 'mejor esfuerzo' que obliga a las Partes a intentar resolver amigablemente su controversia. No obstante ello, sería demasiado literal interpretar la disposición del Artículo X (2) de que 'no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses' como una simple exigencia de que las Partes deban esperar seis meses desde iniciada la controversia antes de proceder al próximo paso en el proceso de resolución de controversias. La interpretación más natural del Artículo X (1) y (2) leído de forma conjunta es que las Partes deben hacer cuanto esté a su alcance para resolver amigablemente la controversia, y que deben hacerlo durante seis meses antes de proceder a la etapa siguiente"[24].

El mismo tribunal sostuvo que, para dar cuenta del cumplimiento del plazo de seis meses del periodo de espera, su cómputo inicia no desde la supuesta fecha en que el inversionista indica que el Estado anfitrión habría incumplido el TBI, sino desde que ha existido una efectiva comunicación de aquel hecho. En definitiva, el tribunal requirió que al menos las partes hubieran mantenido un intercambio de opiniones respecto de la supuesta infracción del TBI:

> "En la medida en que el requisito de los seis meses tiene por objeto ofrecer al estado receptor la oportunidad de resolver el problema antes de someter la controversia a arbitraje, si se computara el plazo desde la fecha del incumplimiento, este objetivo no se cumpliría. Sin un intercambio de opiniones, la Demandada no podría haber tenido idea de que el inversor consideraba que la Demandada había incurrido en incumplimiento"[25].

Sin embargo, en el caso del TPP-11 el requerimiento es más formal. No basta un intercambio de opiniones, el que desde luego puede ser realizado de forma oral en reuniones entre las partes. Conforme al art. 9.18.2 del CPTPP, el demandante debe efectivamente

> "entregar al demandado una solicitud por escrito para la realización de consultas incluyendo una breve descripción de los hechos relativos a la medida o medidas en cuestión".

[18] Disponible en su versión inglés, "International Conciliation", in www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1961_salz_02_en.pdf [fecha de consulta: 20 de febrero de 2020].
[19] Merrills (2017), p. 70.
[20] Mackenzie (2005), p. 40.
[21] Spain (2013), p. 43.
[22] Mackenzie (2005), p. 32.
[23] Merrills (2017), p. 2; Mackenzie (2005), p. 31.
[24] Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. la República Argentina (2012), párrafo 108.
[25] *Op. cit.*, párrafo 111.

Luego de ello, los tribunales de inversión deberán sopesar el cumplimiento de esta obligación de acuerdo con el comportamiento de las partes a lo largo del periodo de enfriamiento, pues, tal como lo establece el art. 9.18.3 del CPTPP, el mero inicio o desarrollo de consultas y negociaciones (o procesos de conciliación, mediación o buenos oficios) no otorga *per se* jurisdicción al tribunal arbitral que en definitiva resolverá la disputa de no ser posible alcanzar un arreglo previo.

C. Tendencia jurisprudencial estricta:
falta de jurisdicción del tribunal de inversión

La jurisprudencia del derecho de inversión ha demostrado la importancia de observar estas exigencias y requerimientos antes de comenzar cualquier procedimiento arbitral, al punto de que algunos tribunales han fallado carecer de jurisdicción ante el incumplimiento del periodo de espera por parte del inversionista, dado que aquellos serían parte de una regla que condicionaría el consentimiento del Estado anfitrión para someter la controversia a arbitraje[26]. En Burlington Resources Inc. v Ecuador, la República del Ecuador, en el contexto de una disputa en el marco del TBI Ecuador-Estados Unidos (1993), argumentó precisamente que el demandante no habría observado la obligación de realizar la consulta y de negociar de manera previa por un periodo de seis meses antes de iniciar el arbitraje. El tribunal de inversión decidió:

> "Al imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis meses a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es conceder al Estado receptor la oportunidad de solucionar la controversia antes de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la Demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción"[27].

En sentido similar, el tribunal arbitral en Murphy Exploration and Production Company International v República del Ecuador, también sobre la base del TBI Ecuador-Estados Unidos (1993), estableció que el periodo *cooling-off* no es optativo para el inversionista, quien se encuentran obligado a realizar los procesos de consulta y negociación para poder estar habilitado para iniciar un arbitraje CIADI:

[26] Así fue decidido por el tribunal en Guarachi America, INC v. El Estado Plurinacional de Bolivia, al establecer que "la redacción explícita, que exige una notificación escrita y el vencimiento de un período de seis meses desde esa notificación, lleva al Tribunal a considerar que el 'período de negociación previa' limita el consentimiento de las Partes Contratantes al arbitraje internacional". Guarachi America, INC y Rurelec PLC v. El Estado Plurinacional de Bolivia (2014), paragraph 388.

[27] Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador (2010), párrafo 315.

> "A juicio de este Tribunal, la exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandante y han sostenido algunos tribunales 'una regla procesal' o una etapa 'de naturaleza no obligatoria y procesal' que el interesado puede satisfacer o no. Por lo contrario, se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI"[28].

En un fallo más reciente, el tribunal en Supervisión y Control, S.A. v. The Republic of Costa Rica, confirmó la jurisprudencia de los tribunales que conocieron las reclamaciones en contra de Ecuador, pero esta vez en el marco del TBI Costa Rica-España (1999), estableciendo que, el no realizar la notificación de la consulta ni efectuar las negociaciones previas al arbitraje, constituye una violación del tratado que implica que cualquier reclamación en infracción a dichos requisitos resultará inadmisible de ser conocida en el arbitraje:

> "The Tribunal would like to remind the importance of proper notice, which is an important element of the State's consent to arbitration. Indeed, proper notice allows the State to examine and possibly resolve the dispute through negotiation. The failure to duly notify the State receiving the investment of the existence of a dispute constitutes a violation of Article XI.1 of the Treaty. This implies that any claim that has not been notified is inadmissible in the respective proceeding, because the prior negotiation process agreed to by the parties has not been exhausted"[29].

D. Tendencia jurisprudencial flexible:
no constituye un requisito jurisdiccional

No obstante, en la jurisprudencia de inversión es posible encontrar decisiones más flexibles respecto a la materia. En dichos casos, los tribunales consideraron al periodo de *cooling-off* como una mera formalidad (una regla o directriz procesal), y no un requisito de carácter obligatorio que pueda obstar a la jurisdicción del tribunal ni impactar en el consentimiento de las partes para arbitrar[30]. En efecto, el tribunal en Bayindir Insaat v. Pakistan, sobre la base

[28] Murphy Exploration and Production Company International v República del Ecuador (2010), párrafo 149.

[29] Supervisión y Control, S.A. v. The Republic of Costa Rica (2017), paragraphs 339-340.

[30] Redfern & Hunter (2015), p. 459. El tribunal en Ronald S. Launder v. The Czech Republic, también acogió esta tendencia jurisprudencial: "However, the Arbitral Tribunal considers that this requirement of a six-month waiting period of Article VI(3)(a) of the Treaty is not a jurisdictional provision, i.e. a limit set to the authority of the Arbitral Tribunal to decide on the merits of the dispute, but a procedural rule that must be satisfied by the Claimant. As stated above, the purpose of this rule is to allow the parties to engage in good-faith negotiations before initiating arbitration (...). To insist that the arbitration proceedings cannot be commenced until

del TBI Pakistán-Turquía (1995), decidió que la notificación de la consulta, para efectos de dar inicio al periodo de espera, no era un requerimiento jurisdiccional:

> "The Tribunal notes that Pakistan has not denied that the main purpose of Article VII of the BIT is to provide for the possibility of a settlement of the dispute. In the Tribunal's view, the purpose of the notice requirement is to allow negotiations between the parties which may lead to a settlement. Significantly, Article VII(2) does not read, if these disputes 'are not settled' within six months but 'cannot be settled' within six months, which wording implies an expectation that attempts at settlement are made (...). The Tribunal agrees with the view that the notice requirement does not constitute a prerequisite to jurisdiction. Contrary to Pakistan's position, the non-fulfilment of this requirement is not 'fatal to the case of the claimant' (Tr. J., 222:34). As Bayindir pointed out, to require a formal notice would simply mean that Bayindir would have to file a new request for arbitration and restart the whole proceeding, which would be to no-one's advantage (Tr. J., 184:18 et seq.)"[31].

En sentido similar, el tribunal en Biwater Gauff v. Tanzania, confirmó, sobre la base del TBI Tanzania-Reino Unido (1994), que el periodo de espera no constituía una fuente de su jurisdicción, sino que simplemente una cláusula de naturaleza procesal no obligatoria:

> "In the Arbitral Tribunal's view, however, properly construed, this six-month period is procedural and directory in nature, rather than jurisdictional and mandatory. Its underlying purpose is to facilitate opportunities for amicable settlement. Its purpose is not to impede or obstruct arbitration proceedings, where such settlement is not possible. Non-compliance with the six-month period, therefore, does not preclude this Arbitral Tribunal from proceeding. If it did so, the provision would have curious effects, including:
>
> – preventing the prosecution of a claim, and forcing the claimant to do nothing until six months have elapsed, even where further negotiations are obviously futile, or settlement obviously impossible for any reason;
>
> – forcing the claimant to recommence an arbitration started too soon, even if the six-month period has elapsed by the time the Arbitral Tribunal considers the matter"[32].

6 months after the (...) Notice of Arbitration would, in the circumstances of this case, amount to an unnecessary, overly formalistic approach which would not serve to protect any legitimate interests of the Parties". Ronald S. Launder v. The Czech Republic (2001), párrafos 187 y 190.

[31] Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (2005), paragraphs 98 and 100.

[32] Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania (2008), paragraph 343.

E. Opinión doctrinal ecléctica

Sin embargo, Christoph Schreuer, autoridad en materia de derecho de inversión, es de una opinión práctica, pues lo relevante para él sería determinar sí dentro del periodo de enfriamiento las partes podrían o no arribar a un acuerdo. Por ejemplo, el tribunal en Guarachi America, INC v. El Estado Plurinacional de Bolivia, en el marco de los TBI Bolivia-Reino Unido (1988) y Bolivia-Estados Unidos (1998), dio por asentado que las negociaciones entre las partes serían infructuosas, sin embargo, aquellas eran parte de las exigencias del periodo de espera establecido en el TBI, y no podía ser sorteadas ni modificadas por el tribunal:

> "El Tribunal está consciente de que las circunstancias particulares del presente caso podrían permitir suponer que aplicar el período general de negociación previa previsto por el TBI a los llamados 'Nuevos Reclamos' constituiría una pérdida de tiempo. En efecto, el hecho de que Bolivia haya expropiado las inversiones de las Demandantes lleva al Tribunal a creer que los efectos prácticos del fundamento lógico detrás de la teoría y la regla de la negociación previa habrían sido, al final, inexistentes. Sin embargo, las Demandantes tenían conocimiento absoluto de la regla en juego en este caso y no habría sido difícil cumplir con el período de negociación previa; lo que de hecho no ocurrió. El Tribunal no tiene el mandato de 'reescribir' el TBI"[33].

Entonces, de acuerdo con Christoph Schreurer, si tempranamente es sabido que las partes no podrán alcanzar un acuerdo, resultaría del todo innecesario y sumamente gravoso para las partes que estas sean remitidas por el tribunal arbitral a cumplir con el periodo de espera, en circunstancias que aquel intento resultará en vano:

> "The question of whether a mandatory waiting period is jurisdictional or procedural is of secondary importance. What matters is whether or not there was a promising opportunity for a settlement. There would be little point in declining jurisdiction and sending the parties back to the negotiating table if these negotiations are obviously futile. Negotiation remain possible while the arbitration proceedings are pending. Even if the institution of arbitration was premature, compelling the claimant to start the proceedings a new would be a highly uneconomical solution"[34].

De esta manera, es posible concluir respecto del periodo de enfriamiento o espera que:

[33] Guarachi America, INC y Rurelec PLC v. El Estado Plurinacional de Bolivia (2014), párrafo 386.

[34] Schreuer (2008), p. 846.

a. La interpretación más natural de la lectura conjunta de los arts. 9.18.1 y 9.19.1 del CPTPP, es que las partes deben hacer todo lo que esté a su alcance durante el plazo de seis meses para resolver amigablemente la controversia a través de los medios diplomáticos de resolución de conflictos.
b. El cómputo de los seis meses del periodo de enfriamiento, conforme al art. 9.18.2 del CPTPP, comenzará tras la efectiva entrega por parte del inversionista al Estado anfitrión, de una solicitud por escrito para la realización de consultas, incluyendo una breve descripción de los hechos relativos a la medida o medidas que implicarían una infracción al TPP-11.
c. La tendencia jurisprudencial que en la actualidad parece prevalecer, es aquella que a decidido que el cumplimiento del periodo de espera no es una simple "regla procesal" o una etapa de naturaleza no obligatoria para el inversionista, sino que un requisito fundamental que debe ser cumplido a cabalidad, pues, de lo contrario, el tribunal arbitral sentenciará carecer de jurisdicción, dado que el periodo de enfriamiento es considerado como una condición del consentimiento del Estado anfitrión para someter la controversia a arbitraje.
d. Los tribunales de inversión deberán sopesar el cumplimiento de esta obligación de acuerdo con el comportamiento de las partes a lo largo del periodo de enfriamiento, ya que, tal como lo establece el art. 9.18.3 del CPTPP, el mero inicio o desarrollo de consultas y negociaciones (o procesos de conciliación, mediación o buenos oficios) no otorga *per se* jurisdicción al tribunal arbitral que en definitiva resolverá la disputa de no ser posible alcanzar un arreglo previo.

2. La notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje debe ser exhaustiva

El TPP-11 establece una segunda limitación para que las partes puedan someter su disputa a arbitraje. En efecto, de acuerdo con el texto del art. 9.19.1 (a) del CPTPP, transcurrido el periodo de enfriamiento sin que se hubiera alcanzado un acuerdo, el demandante, en dichas circunstancias, podrá someter a arbitraje una reclamación. Sin embargo, dicha reclamación o reclamaciones, conforme el art. 9.19.3 del CPTPP, deben ser especificadas y notificadas al Estado anfitrión con noventa días de anticipación al inicio del procedimiento arbitral (la "notificación de intención"). En efecto, esta notificación debe especificar, por cada reclamación a presentar, entre otras cosas:

1) la disposición del CPTPP, autorización de inversión o acuerdo de inversión presuntamente violado, como cualquier otra disposición aplicable;
2) las cuestiones de hecho y de derecho en que se basa cada reclamación y
3) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

De acuerdo con la doctrina internacional, esta notificación pone en conocimiento a la rama del gobierno que deberá defender al Estado anfitrión en contra de la reclamación, de manera que tras ella pueda iniciar la investigación de las circunstancias detrás del caso y ponderar las posibilidades de éxito en el arbitraje[35]. Sin embargo, no todos los tratados de inversión han dispuesto reglas expresas o formalidades a la notificación de intención. En aquellos casos, existen laudos que, ante la falta de una regulación específica, la interpretación de la cláusula ha sido flexibilizada. Así, por ejemplo, en una disputa surgida sobre la base del Acuerdo de Promoción y Protección de la Inversión entre la República Checa, Eslovaquia y la Confederación Suiza (1990), el tribunal en Alps Finance v. The Slovak Republic decidió:

> "The tribunal is of the view that Claimant sufficiently complied with this requirement. It is quite possible that the claimant did not employ the most perfect forms when it firstly notified the State of the outbreak of the dispute and proposed an attempt of pre-arbitral settlement. However, the Tribunal does not see these perfectible defects as a deficiency which renders the State's consent to arbitral jurisdiction ineffective, as alleged by the Respondent, whose objection is excessively severe. (...) Articles 9(1) and 9(2) do not impose specified formalities for the consultations. Nor do they require that the Claimant should at this stage submit a formal and detailed 'notice of claim' or 'notice of arbitration' to respondent. The Claimant unambiguously referred to alleged breaches of the BIT and made reference to a possible BIT arbitration. Slovakia was unquestionably given the opportunity to redress the matter before the start of arbitration. This is precisely the rationale of the BIT requirement, i.e. avoiding that a state be brought before an international investment tribunal all of a sudden, without being given the opportunity to discuss the matter with the other party"[36].

En Enron Corporation v. The Argentinian Republic, en el marco del TBI Argentina-Estados Unidos (1994), el inversionista notificó correctamente a Argentina respecto de algunas de sus reclamaciones sometidas a arbitraje. Sin embargo, el tribunal declaró que a pesar de que el requerimiento del periodo de enfriamiento es un requisito de carácter jurisdiccional, decidió que el cumplimiento de la notificación de intención respecto de la reclamación original o principal, resultaba suficiente para dar cumplido dicho requisito para las reclamaciones adicionales o subsidiarias presentadas en el arbitraje:

> "The Tribunal wishes to note in this matter, however, that the conclusion reached is not because the six-month negotiation period could be a procedural and not a jurisdictional requirement as has been argued

[35] Legum (2010), pp. 91-93.
[36] Alps Finance v. The Slovak Republic (2011), paragraphs 200 and 209.

> by the Claimants and affirmed by other tribunals. Such requirement is in the view of the Tribunal very much a jurisdictional one. A failure to comply with that requirement would result in a determination of lack of jurisdiction. In the present case, as noted, the requirement was complied with in view of the identical nature and scope of the dispute with the Argentine Provinces; the same holds true if a dispute is ruled to be ancillary or additional to an earlier claim"[37].

Sin embargo, en el caso del TPP-11, la disposición parece ser clara, específica y exhaustiva, debiendo en consecuencia cumplirse acabadamente. De lo contrario, un tribunal de inversión podría considerar que reclamaciones nuevas o no especificadas en la manera prescrita en el art. 9.19.3 del CPTPP, no podrán ser sometidas a su conocimiento. Es lo acontecido en el caso Supervision v. Republic of Costa Rica, en el cual, sobre la base del TBI Costa Rica y España (1997), fue fallada la inadmisibilidad de reclamaciones no contempladas o no relacionada con aquellas descritas en la notificación de intención:

> "In the event that the Investor notifies certain claims to the State, but upon presenting the Request for Arbitration or its Claim Memorial it adds claims different and not directly related to those previously presented, all the claims not notified will be inadmissible. Thus, the proceeding will only address the previously notified claims under the requirement set forth in Article XI.1 of the Treaty"[38].

De este modo, para efectos de que un inversionista pueda iniciar un arbitraje en contra del Estado anfitrión luego de transcurrido el periodo de espera, el CPTPP, conforme a sus arts. 9.19.1 (a) y 9.19.3, requiere que la reclamación o las reclamaciones a entablar sean especificadas y notificadas al Estado anfitrión con noventa días de anticipación al inicio del procedimiento arbitral. Dicho requerimiento del TPP-11 es claro, específico y exhaustivo, debiendo, en consecuencia, cumplirse de manera estricta. De lo contrario, un tribunal de inversión podría considerar que reclamaciones nuevas o no especificadas en la manera prescrita, no podrán ser sometidas a su conocimiento.

3. La caducidad o periodo de limitación de las reclamaciones en sede de arbitraje de inversión

El art. 9.21 del CPTPP, establece las "condiciones y limitaciones al consentimiento de cada parte". El numeral 1. del señalado artículo prevé un periodo

[37] Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic (2004), paragraph 88.
[38] Supervisión y Control, S.A. v. The Republic of Costa Rica (2017), paragraph 341.

de limitación o una especie –y digo especie, porque su naturaleza jurídica no se encuentra zanjada en la jurisprudencia arbitral de inversión– de caducidad de la acción para reclamar en sede arbitral. En efecto, la referida disposición establece:

> "ninguna reclamación se someterá a arbitraje (...), si más de tres años y seis meses han transcurrido desde la fecha en que el demandante tuvo conocimiento por primera vez, o debió haber tenido conocimiento por primera vez, de la presunta violación (...) y conocimiento de que el demandante (...) o la empresa (...) sufrió pérdidas o daños".

En consecuencia, acaecida una supuesta infracción al TPP-11, pero transcurrido el periodo de limitación señalado en el referido artículo, se entenderá que el Estado anfitrión no ha otorgado su consentimiento para arbitrar una reclamación por dicha alegada violación.

El establecimiento de este tipo de cláusula en los TII surgió ya entrada en la década de 1990. Incluso, tras una investigación realizada en 2012 por la OCDE, se concluyó que solo el 7% de los TII establecían algún plazo para deducir acciones arbitrales[39]. De este modo, y por regla general, los TTI no establecen un periodo de limitación o alguna especie de caducidad para reclamar por parte del inversionista, y así también ha sido decidido por los tribunales arbitrales. Esta fue la tesis adoptada recientemente por el tribunal en Salini Impregilio S.p.A v. Argentine Republic, en el marco del TBI Argentina-Italia (1990):

> "Salini Impregilo is not claiming in respect of an Argentine tort or contract but for breach of the autonomous standards of the BIT in respect of Argentina's failure to restore the economic balance of the concession (...). There is no basis in Article 8(7) of the BIT to apply Argentine time limits or the Argentine law of prescription, either directly or by analogy, to Salini Impregilo's international law claims (...). As to limitation of actions, international law lays down no general time limit (...). Some more recent BITs also include time limits (...). This particular BIT is silent about time-limits for bringing a claim. So is the ICSID Convention. No fixed limitation period therefore applies in the present case"[40].

En consecuencia, diversas consideraciones han surgido en la interpretación y aplicación de este tipo de cláusulas, en especial, en las controversias surgidas a raíz del TLC de América del Norte (Nafta, 1990), el cual fue uno de los primeros acuerdos que marcaron su establecimiento en materia de inversión extranjera.

[39] Pohl *et al.* (2012), p. 18.
[40] Salini Impregilio S.p.A v. Argentine Republic (2018), paragraphs 82-84.

A. El conocimiento efectivo de la violación al tratado

Recientemente, en Mercer International Inc. v. Canada, el tribunal determinó que, a pesar de que la medida impugnada habría ocurrido ya transcurrido el periodo de caducidad o limitación para deducir las reclamaciones (en este caso de tres años), el demandante, ni con la debida diligencia, hubiera adquirido con antelación el conocimiento respecto de la existencia de la medida impugnada en el arbitraje dentro de dicho periodo. De aquel modo, el conocimiento del fondo de dicha reclamación por parte del tribunal resultaba admisible:

> "Nafta Articles 1116(2) and 1117(2) provide that an investor or enterprise on behalf of which an investor claims, respectively, 'may not make a claim if more than three years have elapsed from the date on which the investor [or enterprise] first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor [or enterprise] has incurred loss or damage (...). As to constructive knowledge of such discriminatory treatment, the Tribunal does not consider that Celgar could have acquired sufficient knowledge before 30 April 2009 with the exercise of reasonable care and diligence. The Tribunal notes that relevant information regarding other pulp mills was not then publicly available. Indeed, as already noted, BC Hydro considered such information (as regards GBLs) confidential to each mill: Mr Dyck (of BC Hydro) testified that at the time in question BC Hydro provided no information at all to Celgar about other entities' GBLs or the details of their EPAs, because it was confidential and so '[shouldn't] have been available' to them"[41].

El tribunal en Rusoro Mining Limited v. The Bolivarian Republic of Venezuela, en un caso resuelto sobre la base del TBI Canadá-Venezuela (1996), aplicó analógicamente la aproximación que la jurisprudencia de inversión venía empleando en casos relacionados al Tlcan. En este caso, existían diversas reclamaciones deducidas por el inversionista. La tarea del tribunal, por ende, fue determinar cuál de ellas resultaba inadmisible de acuerdo con el periodo de limitación o caducidad de tres años establecido en el tratado. Fue decidido que debía efectuarse un análisis casuístico de las reclamaciones, determinándose en el laudo, que solo algunas de las medidas sobre las cuales el demandante reclamó habrían o podrían haber estado bajo su conocimiento:

> "The Tribunal finds that, in the specific circumstances of this case, the better approach for applying the time bar consists in breaking down each alleged composite claim into individual breaches, each referring to a certain governmental measure, and to apply the time bar to each of such breaches separately (...). Venezuela's argument is contrary to the plain reading of Art. XII of the Treaty. Art. XII does not forbid that an arbitrable dispute include multiple claims. If a party submits multiple claims to a single arbitration, the time bar established in Art. XII.3 (d) can only apply to those individual claims where knowledge (actual or construed) of the breach and the resulting loss had occurred before the time bar kicked in. The remaining claims cannot be affected. To hold the contrary leads to untenable consequences: a claim which is not time barred cannot become unenforceable because in the same arbitration a separate claim is deemed affected by the time bar"[42].

[41] Mercer International Inc. v. Canada (2018), paragraphs 6.6 and 6.20.

B. La concurrencia de los requisitos para la aplicación de la caducidad o periodo de limitación

Para que el art. 9.21 del CPTPP sea aplicado debe concurrir:

1) una presunta violación al Tratado,
2) conocimiento de dicha violación por parte del demandante y
3) conocimiento de las pérdidas y daños sufridos por el mismo a causa de la infracción reclamada.

En Resolute Forest Products Inc. v. Government of Canada, el tribunal realizó un análisis a los arts. 1116(2) y 1117(2) del TLCAN, que proporciona directrices para la aplicación e interpretación del art. 9.21 CPTPP:

> "The triggering event is the knowledge, actual or constructive, that an alleged breach has occurred, and that loss or damage has been incurred as a result. The Tribunal agrees with (...) this time limit is strict, not flexible. (...) On the other hand, the specified conditions must be fulfilled: the alleged breach must actually have occurred, the resulting damage must actually have been incurred, and the claimant must know, or be in a position such that it should have known, of these facts.
>
> As to the requirement of breach, one cannot know of a breach until the facts alleged to constitute the breach have actually occurred. It is not enough that a breach is likely to occur (...). In terms of Article 14(2) of the Articles on State Responsibility, 'the breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation'. But the breach nonetheless occurs when the State act is first perfected and can be definitively characterized as a breach of the relevant obligation (...).
>
> On this issue the Disputing Parties agreed that it is not necessary for this purpose that the full extent of losses incurred be known. As the tribunal said in Mondev, 'a claimant may know that it has suffered loss or damage even if the extent or quantification of the loss or damage is still unclear (...). Press speculation and market predictions are no substitute

[42] Rusoro Mining Limited v. The Bolivarian Republic of Venezuela (2016), paragraphs 231 y 239.

> for evidence of sales volumes and prices, or a clear acknowledgement of present loss (...).
>
> In the Tribunal's view, the Claimant did not know, and could not reasonably have known (...) that it had already incurred loss or damage by reason of the alleged breach. Indeed, it has not been established that it did actually suffer loss in this short period (...). A fortiori it is not enough to trigger the time limit"[43].

De esta manera, es posible concluir respecto de la posibilidad de un Estado anfitrión para alegar la concurrencia del periodo de limitación que:

a. El incumplimiento al CPTPP por parte del Estado anfitrión debe efectivamente haber acaecido. Un potencial incumplimiento no es suficiente para comenzar a computar el periodo de limitación.
b. No es necesario que el inversionista conozca la cuantía total de los daños, sino que basta que dichos daños hayan sido sufridos, independientemente de su cuantificación.
c. El conocimiento del inversionista respecto del incumplimiento al CPTPP y a la existencia de perjuicios ocasionados por el Estado anfitrión, debe ser efectiva y razonablemente esperada.

En consecuencia, acaecida una infracción al TPP-11, mediando un conocimiento efectivo del inversionista y daños ciertos a su inversión, pero ya transcurrido el periodo de limitación señalado en el art. 9.21 CPTPP, se entenderá que el Estado anfitrión no ha otorgado su consentimiento para arbitrar una reclamación por dicha alegada violación.

4. La renuncia como modo de asegurar al arbitraje como el exclusivo mecanismo de resolución de conflictos: electa una vía, non datur recursus ad alteram

Normalmente, los TII ofrecen una serie de alternativas de foro para resolver conflictos. Aquellas opciones incluyen a los tribunales del Estado anfitrión, junto con diversas formas y reglas de arbitraje[44]. Chile, en particular, propone en el art. 8 del Model BIT[45], para el caso en que la consulta previa no haya

[43] Resolute Forest Products Inc. v. Government of Canada, Permanent Court of Arbitration (2018), paragraphs 153-178.

[44] De acuerdo con McLachlan *et al.* (2017), p. 48: "this type of dispute settlement clause may thus be described as a 'cafeteria style' approach. It gives the investor a choice between a range of different dispute settlement fora, including the courts of the host State, and a number of arbitral tribunals".

[45] En su versión en inglés, el art. 8 del Model BIT, dispone: "(2) If these consultations do not result in a solution within three months from the date of request for settlement, the investor may submit the dispute either; (a) to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made; or (b) to international arbitration of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), created by the Convention for the Settlement of Disputes in respect of Investments occurring between States and Nationals of other States,

servido para resolver la controversia, que el inversionista pueda presentar una reclamación ante el tribunal competente del Estado anfitrión o, substanciar la misma en un arbitraje CIADI.

La elección por uno de dichos foros puede que por disposición del TTI haga precluir la posibilidad de elegir otro bajo el principio denominado "electa una via, non datur recursus ad alteram". Dos técnicas se han utilizado en los más recientes TTI para limitar las opciones de los inversionistas para elegir un mecanismo de resolución de controversias. La primera, requiere que el inversionista elija un mecanismo de resolución de disputas *ab initio*, lo que luego le impide (*estops*) volver a litigar el conflicto en otro foro. La elección de parte del inversionista ha sido denominada en el ámbito comparado bajo el concepto de "fork in the road"[46]. El Model BIT ha previsto esta forma en el numeral (3) de su art. 8:

> "once the investor has submitted the dispute to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made or to international arbitration, that election shall be final".

La segunda técnica no requiere de una elección previa. En su lugar, el inversionista puede emplear todos los mecanismos jurídicos disponibles en los tribunales del Estado anfitrión u en otros foros. Sin embargo, una vez elegido el arbitraje de inversión, renuncia a la posibilidad de buscar una solución a la controversia en un foro diferente. Es lo denominado en derecho internacional como cláusulas *"No-U-turn"* o *"waiver"*[47]. El TTP-11 en su art. 9.21.2, establece esta opción de renuncia a todo otro foro jurisdiccional al prever:

> "ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que: la notificación de arbitraje se acompañe: (...) con el escrito de renuncia del demandante y de la empresa, a cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme al ordenamiento jurídico de una Parte, o cualquier otro procedimiento de solución de controversias, cualquier procedimiento con respecto a cualquier medida que se alegue como una violación (...)."

De esta manera, el TPP-11 asegura la exclusividad del arbitraje de inversión como el único mecanismo de resolución de eventuales disputas, a través de la renuncia escrita del inversionista, la que cobrara efecto solo una vez que se han comenzado los trámites para iniciar la substanciación del arbitraje mediante la "notificación de arbitraje".

signed in Washington on March 18, 1965. (3) Once the investor has submitted the dispute to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made or to international arbitration, that election shall be final".

[46] McLachlan *et al.* (2017), pp. 64 and 112.

[47] *Op. cit.*, p. 113; Unctad (2014), p. 89.

A. Naturaleza jurídica de la renuncia

El tribunal en Waste Management, Inc v. Estados Unidos Mexicanos (I), sobre la base del TLCAN (1990), se pronunció sobre la naturaleza jurídica de la renuncia, determinándola como un acto unilateral que acarrea la pérdida o extinción del derecho a someter la disputa en otros foros distintos al arbitraje:

> "El acto de renuncia, de por sí, es un acto unilateral, ya que su efecto extintivo se ocasiona únicamente por su voluntad. La exigencia de una renuncia en cualquier contexto implica una dejación voluntaria de derechos en cuanto que, en términos generales, este acto produce una sustancial modificación en la situación jurídica preexistente: la pérdida o extinción del derecho. Por lo tanto, renunciar supone el ejercicio de la facultad de disposición de su titular para dar lugar a ese efecto jurídico. En todo caso, cualquier renuncia debe ser clara, explícita y terminante, sin que sea lícita deducirla de expresiones de dudoso significado. En base a lo expuesto, la renuncia que se solicita a través del artículo 1121(2)(b) del TLCAN debe presentarse clara en todos sus términos a tenor de la petición que se realiza en cuanto a la dejación de determinados derechos de la parte que se propone renunciar"[48].

B. La renuncia no puede estar sujeta a reservas, pues constituye un requisito esencial del consentimiento del Estado anfitrión para arbitrar la disputa

El tribunal en Renco Group Inc. v. Perú, en una disputa mantenida en el marco del TLC Perú-Estados Unidos (2006), se pronunció sobre la validez de la renuncia dada por el inversionista. En el caso, Renco Group presentó una renuncia reservándose el derecho de deducir acciones en otros foros distintos al arbitraje. El tribunal concluyó que dicha renuncia no cumplía con los requisitos establecidos en el tratado –pues debía ser presentada en términos inequívocos y terminantes– lo que obstaba a la configuración del consentimiento del Estado a un arbitraje y a la jurisdicción del tribunal. Finalmente, fue decidido que el tribunal no disponía de la competencia para subsanar el procedimiento ante una renuncia defectuosa:

> "Renco tenía la intención de calificar su renuncia por escrito mediante la reserva de su derecho de incoar reclamaciones en otro foro para su resolución sobre el fondo del litigio en caso de que este Tribunal se rehusara a entender cualquier reclamación por causales jurisdiccionales o de admisibilidad (...). El Tribunal no puede aceptar el argumento de Renco. La carga y el riesgo de multiplicidad de procedimientos surgen independientemente de que los procedimientos sean incoados en paralelo o de forma secuencial.

[48] Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos (I) (2000), paragraph 18.

> El Tribunal ya ha concluido que el Artículo 10.18(2)(b) es una disposición 'sin vuelta atrás', hecho que resulta en que el inversionista no pueda iniciar, subsiguientemente, procedimientos en el foro local en caso de que se desestime la reclamación, ya sea por causales jurisdiccionales o de admisibilidad, o por cuestiones del fondo del litigio. En consecuencia, el hecho de que el principio de *res judicata* no podría impedir la interposición de una reclamación ulterior excede la cuestión que nos ocupa.
>
> La conclusión inevitable, por ende, es que nunca existió ningún acuerdo de arbitraje. En opinión del Tribunal, dado la inequívoca redacción del Art. 10.18(2), este no es un vicio trivial que pueda ser fácilmente descartado: la renuncia viciada afecta la esencia de la jurisdicción del Tribunal (...). Consecuentemente, el Tribunal está obligado a concluir que la presentación de una renuncia que cumple con los requisitos formales (y la obligación sustancial de abstenerse de iniciar o continuar procedimientos ante un tribunal nacional) es una condición previa al 'consentimiento' del Estado a un arbitraje y a la jurisdicción del Tribunal (...). En consecuencia, el Tribunal determina que no se encuentra facultado para separar la reserva de derechos de la renuncia de Renco ni para subsanar el incumplimiento de Renco del requisito formal establecido en el Artículo 10.18(2)(b)"[49].

En el mismo sentido, el tribunal en Commerce Group v. República de El Salvador, decidió:

> "Se requiere la renuncia como una condición para el consentimiento de la Demandada del CAFTA. Según se ha analizado también más arriba, la renuncia es inválida por la falta de efectividad debido a que las Demandantes no desestimaron los procedimientos ante la Sala en lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Si la renuncia es inválida, no existe el consentimiento. El Tribunal, entonces, no tiene jurisdicción sobre la diferencia relativa al CAFTA entre las partes"[50].

C. La situación particular de reclamaciones deducidas bajo el Convenio del CIADI

Adicionalmente, si las acciones son deducidas bajos lo términos del Convenio del CIADI, estas se encuentran sujetas a la regla general establecida en el art. 26 del Convenio, el que establece la primacía del arbitraje sobre cualquier otro mecanismo de resolución de disputas:

> "Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como

[49] The Renco Group Inc. v. La República del Perú (2016), párrafos 80-173.

[50] Commerce Group Corp. y San Sebastián Gold Mines, Inc. v. República de El Salvador (2011), párrafo 115.

> consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio".

La particularidad del art. 26 del Convenio es que al contrario de la protección diplomática (la que también es excluida una vez optado por el arbitraje conforme el art. 27 del Convenio), no exige necesariamente que se hayan agotado todos los remedios disponibles vía judicial o administrativa en el Estado anfitrión, para poder dar comienzo a un arbitraje, salvo existiere disposición en contrario. El tribunal en Helnan International Hotels v. Arab Republic of Egypt, se pronunció sobre el efecto del art. 26 en el arbitraje CIADI:

> "Thus, by Article 26, the Contracting States agreed upon a fundamental reversal of the local remedies rule as it applies in customary international law, unless the relevant State expressly imposed such a condition. Article 26 represents one of the singular progressive advantages of the ICSID Convention. It 'create[s] a rule of priority vis-a-vis other systems of adjudication in order to 'avoid contradictory decisions and to the preserve the principle of ne bis in idem.' Article 26 operates as a key element of the parties' agreement to arbitrate - confirming the exclusivity of ICSID arbitration as the means of dispute resolution, where the parties have agreed to that forum for the resolution of their dispute"[51].

Ahora bien, dado que una reclamación se entenderá sometida a arbitraje solo una vez que sea enviada al secretario general del CIADI la "notificación de arbitraje" de conformidad con el art. 9.19.5 del CPTPP, dicha elección –y, por ende, la renuncia a todo otro recurso– solo se entenderá exclusiva tras aquel hecho. Cualquier otro procedimiento anterior comenzado ya sea en los tribunales del Estado anfitrión o empleando otro mecanismo de resolución de conflicto, será entendido como parte de los hechos de la disputa. Por lo mismo, el derecho de iniciar un arbitraje CIADI por incumplimiento del CPTTP, no es renunciado –conforme con el art. 26 del Convenio– por el solo hecho de que el inversionista haya iniciado acciones en las cortes del Estado anfitrión. Finalmente, la exclusividad del arbitraje CIADI en el caso de reclamaciones sobre la base del CPTTP, sin embargo, solo concierne al objeto y causa de pedir de la disputa e inversión. No operará, entonces, de manera de precluir la reclamación de derechos en contra del Estado anfitrión que no estén relacionados a los establecidos en el TTP-11; pudiendo ser sometidos a otras formas de resolución de conflictos[52].

[51] Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt (2014), paragraph 45.
[52] McLachlan *et al.* (2017), pp. 65-66.

En consecuencia, por disposición del art. 9.21.2 del CPTPP, se asegura la exclusividad del arbitraje de inversión como el único mecanismo de resolución de eventuales disputas, a través de la renuncia escrita del inversionista a la utilización de cualquier otro foro o medio judicial de resolución de controversias. Dicha renuncia cobrara efecto solo una vez que se han comenzado los trámites para iniciar la substanciación del arbitraje mediante la "notificación de arbitraje". La renuncia debe realizarse en términos inequívocos, completos y terminantes, de contrario, un tribunal de inversión podría decidir la inexistencia del consentimiento del Estado anfitrión a un arbitraje y a la jurisdicción del tribunal.

5. Demandas reconvencionales o la facultad de contrademandar por parte del Estado anfitrión

A. Dificultades en la interposición de contrademandas

No exento de dificultades se ha encontrado la facultad de los Estados anfitriones de contrademandar a los inversionistas extranjeros que inician un arbitraje en su contra. Lo cierto es que la mayoría de las cláusulas de resolución de controversias inversionista-Estado no establecen el derecho a presentar reconvención. Aún más, los TII no suelen establecer las obligaciones que el inversionista debe observar dentro del ordenamiento jurídico del Estado anfitrión, dado que dichos tratados han sido originalmente concebidos como una manera de regular el comportamiento de los Estados, mediante la imposición de obligaciones para con los inversionistas extranjeros. En efecto, las obligaciones de los inversionistas surgen de la ley interna o de los contratos concluidos con el Estado anfitrión o sus agencias; pero dichas obligaciones escapan de la jurisdicción de los tribunales internacionales de inversión y recaen sobre los tribunales domésticos. Precisamente, en Sergei Paushok v. The Goverment of Mongolia, sobre la base del TBI Mongolia-Federación Rusa (1995), el tribunal se pronunció de esta forma:

> "The first point to note is that the jurisdiction of the Tribunal rests on the Treaty and not on any contractual relationship between the Parties, even though in analyzing whether Treaty breaches have occurred it may be necessary to analyze whether contractual breaches have occurred (...). The Counterclaims arise out of Mongolian public law and exclusively raise issues of non-compliance with Mongolian public law, including the tax laws of Mongolia. All these issues squarely fall within the scope of the exclusive jurisdiction of Mongolian courts, are matters governed by Mongolian public law, and cannot be considered as constituting an indivisible part of the Claimants' claims based on the BIT and international law or as creating a reasonable nexus between the Claimants' claims

and the Counterclaims justifying their joint consideration by an arbitral tribunal exclusively vested with jurisdiction under the BIT"[53].

En sentido similar, el tribunal en Spyridon Roussalis v. Romania, en el marco del TBI Grecia-Rumania (1997), decidió:

> "The BIT imposes no obligations on investors, only on contracting States. Therefore, where the BIT does specify that the applicable law is the BIT itself, counterclaims fall outside the tribunal's jurisdiction (...). Article 2(6) of the BIT (...) confirms that the host State commits itself to comply with obligations it has entered into with regard to investments of investors. It does not permit that claims be brought about obligations of the investor (...). For all these reasons, by a majority opinion, the Tribunal finds that the Counterclaim is beyond its jurisdiction in the present proceedings"[54].

No obstante, el Convenio del CIADI[55], y otras reglas utilizadas en arbitrajes de inversión (por ejemplo, el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI - 2010[56]), si establecen la posibilidad del Estado anfitrión para presentar contrademandas, siempre que estas hayan otorgado su consentimiento en arbitrarlas. Esto fue reconocido en la decisión del tribunal en Spyridon Roussalis v. Romania:

> "Under these rules [article 46 of the ICSID Convention and Article 40 of the ICSID Arbitration Rules], the Tribunal shall determine any counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the Parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre. Therefore, the first issue which the Tribunal has to determine is whether –and irrespective of the particular counterclaims advanced in these proceedings by the Respondent– the Parties consented to have the State's counterclaims arbitrated (...)"[57].

B. Requisitos generales para la interposición de contrademandas

Del análisis de las reglas arbitrales aplicables a procedimientos entre inversionistas y Estados anfitriones, se han inferido dos requisitos generales para

[53] Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia (2011), paragraphs 685 and 694.

[54] Spyridon Roussalis v. Romania (2011), paragraphs 871, 875 and 876.

[55] Art. 46: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvencionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

[56] Art. 21 (3): En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones si el tribunal arbitral decidiese que, dadas las circunstancias, la demora era justificada, el demandado podrá formular una reconvención o hacer valer una demanda a efectos de compensación, siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas.

[57] Spyridon Roussalis v. Romania (2011), paragraphs 863 and 864.

efectos de que una contrademanda pueda ser deducida y acogida a tramitación por un tribunal arbitral[58]:

a. Lo reclamado en la demanda reconvencional debe encontrarse dentro de la jurisdicción del tribunal y
b. Lo reclamado en la demanda reconvencional debe estar conectado a lo reclamado en la demanda principal.

Así fue resuelto por el primer tribunal que declaró su competencia para conocer una contrademanda de un Estado anfitrión en Antoine Goetz v. Burundi, el que a pesar de reconocer que el TBI Bélgica/Luxemburgo-Burundi (1989) no hacía referencia a las demandas reconvencionales, determinó su competencia sobre la base del art. 46 del Convenio CIADI; dado que las reclamaciones caían dentro de su jurisdicción, estas se encontraban dentro del consentimiento otorgado por las partes y se relacionaban directamente con la materia en disputa[59]:

> "L'article 46 de la Convention de Washington et l'article 40 du Règlement d'arbitrage exigent en outre que la demande reconventionnelle se rapporte directement à l'objet du différend (...). La demande reconventionnelle concerne le préjudice allégué par le Burundi du fait de ces mêmes manquements. Elle est donc en rapport direct donc avec l'objet du différend et est par suite recevable"[60].

Recientemente, el Tribunal en David Aven y otros v. La República de Costa Rica, en el marco del TLC entre República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos (2004), confirmó que los tribunales internacionales de inversión disponen de jurisdicción para conocer y resolver contrademandas. Sin embargo, la decisión fue un paso más allá, estableciendo, de forma adicional, que los inversionistas extranjeros asumen ciertas obligaciones para con el Estado anfitrión por medio de los TBI; debiendo ser considerados sujetos de derecho internacional en algunas materias, como aquellas relativas al ambiente:

> "¿Qué sucede con las obligaciones del inversionista que surgen de la inversión según el derecho internacional? El presente tribunal comparte los criterios del tribunal del caso Urbaser de que no es posible admitir que los inversionistas que operan a nivel internacional tengan inmunidad porque no son sujetos de derecho internacional. Es particularmente convincente cuando se trata de derechos y obligaciones que son de interés de todos los Estados, tal como sucede en la protección del medioambiente (...). En virtud de la Sección A del Artículo 10 del DR-CAFTA, los inversionistas extranjeros tienen la obligación de observar y cumplir las medidas adop-

[58] Unctad (2014), p. 116.

[59] No obstante, una vez entrado en el fondo del asunto, el tribunal arbitral rechazó el mérito de la demanda reconvencional deducida por Burundi.

[60] Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux v Republique du Burundi (2012), paragraph 285.

> tadas por los Estados receptores para proteger el medioambiente (...). No existen motivos sustantivos para eximir a los inversionistas extranjeros del alcance de las reclamaciones por incumplimiento de obligaciones (...).
>
> Además, la admisión de las reconvenciones tiene numerosas ventajas prácticas en lo que respecta a economía y eficacia procesal, para el beneficio tanto del Estado receptor como del inversionista extranjero (...). En consecuencia, el Tribunal no encuentra ninguna razón de principio para declarar inadmisible una reconvención en la que el Estado Demandado afirma que el inversionista extranjero ha incumplido obligaciones (...)"[61].

C. La regulación de las contrademandas en el CPTPP

El art. 9.19 del CPTPP, sin duda, teniendo en consideración la inconsistencia de los tribunales internacionales de inversión en la materia, dio un paso más allá y estableció expresamente

> "cuando el demandante someta una reclamación (...) el demandado podrá contrademandar en relación con las cuestiones de hecho y de derecho de la reclamación o presentar una reclamación con el propósito de exigir una compensación por parte del demandante".

El CPTPP no solo permite la facultad de presentar demandas reconvencionales en contra del inversionista, sino que, además, elimina cualquiera duda respecto de sí el inversionista otorgó su consentimiento para arbitrar contrademandas y, por ende, ser asentada la jurisdicción del tribunal. Aquella discusión surgió recientemente en el marco del TBI de España-Argentina (1991), donde el tribunal en Urbaser S.A. v. La República Argentina, señaló:

> "El Tribunal observa que las Demandantes admiten que su aceptación no incluía ninguna exclusión específica de una potencial demanda reconvencional por parte del Estado demandado. Nunca se expresó la más mínima preocupación en ese sentido. Por lo tanto, no es posible asumir que la exclusión de una demanda reconvencional de la República Argentina no había sido uno de los objetivos de la aceptación del proceso arbitral internacional por las Demandantes"[62].

El tribunal de Urbaser S.A., estableció, tras una interpretación de las disposiciones el Tratado, que se encontraba facultado para entrar a conocer y resolver demandas reconvencionales. En cambio, el TPP-11, por disposición expresa, zanja el tema del consentimiento de las partes sobre la arbitrabilidad de las contrademandas.

[61] David Aven y otros v. La República de Costa Rica (2018), párrafos 736-742.

[62] Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkai, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. La República Argentina (2016), párrafo 1146.

III. Conclusiones

Sobre la base de las disposiciones de la sección B "solución de controversias inversionista-estado" del capítulo 9 "inversión" del CPTPP, y a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de inversión aquí analizada, es posible concluir las siguientes cuestiones relativas a la cláusula de resolución de conflictos establecida en el TPP-11:

1. Respecto del periodo de espera o enfriamiento (colling-of requirement)

La interpretación más natural de la lectura conjunta de los arts. 9.18.1 y 9.19.1 del CPTPP, es que las partes deben hacer todo lo que esté a su alcance durante un plazo de seis meses –y bajo la lógica de una obligación de mejores esfuerzos– para resolver de forma amigable la controversia a través de los medios diplomáticos de resolución de conflictos antes de proceder a arbitrar la contienda.

El cómputo de los seis meses del periodo de enfriamiento, conforme al art. 9.18.2 del CPTPP, comenzará tras la efectiva entrega por parte del inversionista al Estado anfitrión, de una solicitud por escrito para la realización de consultas, incluyendo una breve descripción de los hechos relativos a la medida o medidas que implicarían una infracción al TPP-11.

La tendencia jurisprudencial que actualmente parece prevalecer entre los tribunales de inversión, es aquella que ha decidido que el cumplimiento del periodo de espera no es una simple "regla procesal" o una etapa de naturaleza no obligatoria para el inversionista, sino que un requisito fundamental que debe ser cumplido, pues de contrario, el tribunal arbitral determinará su falta de jurisdicción, dado que el periodo de enfriamiento es considerado como una condición del consentimiento del Estado anfitrión para someter la controversia a arbitraje.

Los tribunales de inversión deberán sopesar el cumplimiento de esta obligación de acuerdo con el comportamiento de las partes a lo largo del periodo de enfriamiento, pues, tal como lo establece el art. 9.18.3 del CPTPP, el mero inicio o desarrollo de consultas y negociaciones (o procesos de conciliación, mediación o buenos oficios) no otorga *per se* jurisdicción al tribunal arbitral que, en definitiva, resolverá la disputa de no ser posible alcanzar un arreglo previo.

2. Notificación de intención

Para efectos de que un inversionista pueda iniciar un arbitraje en contra del Estado anfitrión luego de transcurrido el periodo de espera, el CPTPP, conforme a sus arts. 9.19.1 (a) y 9.19.3, requiere que la reclamación o las reclamaciones a entablar sean especificadas y notificadas al Estado anfitrión

con noventa días de anticipación al inicio del procedimiento arbitral. Dicho requerimiento del TP-11 es claro, específico y exhaustivo, debiendo, en consecuencia, cumplirse cabalmente. De no mediar la "notificación de intención" en los términos descritos, un tribunal de inversión podría considerar que reclamaciones nuevas, o no especificadas, no resultan aptas de ser sometidas a su conocimiento.

3. Periodo de limitación

Es posible concluir respecto de la posibilidad de un Estado anfitrión para alegar la concurrencia del periodo de limitación que:

i) El incumplimiento al CPTPP por parte del Estado anfitrión, debe efectivamente haber acaecido. Un potencial incumplimiento no es lo bastante para comenzar a computar el periodo de limitación.

ii) No es necesario que el inversionista conozca la cuantía total de los daños, sino que basta que dichos daños hayan sido sufridos, independientemente de su cuantificación.

iii) El conocimiento del inversionista respecto del incumplimiento al CPTPP y a la existencia de perjuicios ocasionados por el Estado anfitrión, debe ser efectiva y razonablemente esperada.

En consecuencia, acaecida una infracción al TPP-11, mediando un conocimiento efectivo del inversionista y daños ciertos a su inversión, pero ya transcurrido el periodo de limitación señalado en el art. 9.21 del CPTPP, se entenderá que el Estado anfitrión no ha otorgado su consentimiento para arbitrar una reclamación por dicha alegada violación.

4. La renuncia

Por disposición del art. 9.21.2 del CPTPP, se asegura la exclusividad del arbitraje de inversión como el único mecanismo de resolución de eventuales disputas, a través de la renuncia escrita del inversionista a la utilización de cualquier otro foro o medio judicial de resolución de controversia. Dicha renuncia cobrara efecto solo una vez que se han comenzado los trámites para iniciar la substanciación del arbitraje mediante la "notificación de arbitraje". La renuncia debe realizarse en términos inequívocos, completos y terminantes, de contrario, un tribunal de inversión podría decidir la inexistencia del consentimiento del Estado anfitrión a un arbitraje y a la jurisdicción del tribunal.

5. Contrademandas

El CPTPP no solo permite expresamente la facultad del Estado anfitrión de presentar demandas reconvencionales en contra del inversionista, sino que, además, zanjó la existencia de cualquier duda respecto de sí el inversionista otorgó su consentimiento para arbitrar contrademandas y, por ende, dar

por asentada la jurisdicción del tribunal. El Estado anfitrión podrá contrademandar solo en relación con las cuestiones de hecho y de derecho de la reclamación del inversionista o presentar una reclamación con el propósito de exigir una compensación por parte del demandante.

Bibliografía citada

Dolzer, Rudolf & Christoph Schreuer (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press.

International Bar Association (2018). *Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration.* Disponible en www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=a8d68c6c-120b-4a6a-afd0-4397bc22b569 [fecha de consulta: 25 de enero de 2020].

Legum, Barton (2010). "An overview of procedure in an investment treaty arbitration", in Katia Yannaca-Small (ed.). *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues.* Oxford: Oxford University Press.

Mackenzie, Ruth (2005). *Law and Policy of International Courts and Tribunals.* London: University of London.

McLachlan, Campbell, Shore, Laurence & Weiniger, Matthew (2017). *International Investment Arbitration-Substantive Principles.* Oxford: Oxford University Press.

Merrills, John G. (2017). *International Dispute Settlement.* Cambridge: Cambridge University Press.

Newcombe, Andrew & Lluis Paradell (2009). *Law and Practice of Investment Treaties.* Wolter Kluwer. The Netherlands: Alphen aan den Rijn.

Pohl, Joachim, Kekeletso Mashigo & Alexis Nohen (2012). "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey". *OECD Working Papers on International Investment.* Paris: OECD Publishing.

Redfern, Alan & Hunter, Martin (2015). *International Arbitration.* Oxford: Oxford University Press

Schreuer, Christoph (2008). "Chapter 21: Consent to Arbitration", in Peter Muchlinksi, Federico Ortino & Christoph Scheuer (eds.). *International investment law.* Oxford: Oxford University Press.

Spain, Anna (2013). "International dispute resolution in an era of globalization", in Andrew Byrnes, Mika Hayashi & Christopher Michaelsen (eds.). *International Law in the New Age of Globalization.* Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Unctad (2014). *Investor-State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.* New York and Geneva: United Nations.

Jurisprudencia
de los tribunales arbitrales de inversión

AES Corporation v. The Argenite Republic (2005), ICSID Case No ARB/02/17, April 26, 2005.

Alps Finance v. The Slovak Republic (2011), Ad hoc arbitration, Vienna, March 5, 2011.

Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux v Republique du Burundi (2012), Affaire CIRDI No ARB/01/2, June 21, 2012.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanayi A.S. v. Islamic Republico f Pakistan (2006), ICSID Case No ARB/03/29, November 14, 2005.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania (2008), ICSID Case Nº ARB/05/22, July 24, 2008.

Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador (2010), caso CIADI No ARB/08/5, 2 de junio de 2010.

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina (2003), ICSID No ARB/01/8, July 17, 2003.

Commerce Group Corp. y San Sebastián Gold Mines, Inc. v. República de El Salvador (2011), caso Ciadi No ARB/09/17, 14 de marzo de 2011.

David Aven y otros v. La República de Costa Rica (1018), caso No UNCT/15/3, 18 de septiembre de 2018.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic (2004), ICSID Case No ARB/01/3, January 14, 2004.

Guarachi America, INC y Rurelec PLC v. El Estado Plurinacional de Bolivia (2014), caso CPA No 2011-17, 31 de enero de 2014.

Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt (2014), ICSID Case Nº ARB/05/19, June 14, 2010.

Mercer International Inc. v. Canada (2018), ICSID Case No ARB(AF)/12/3, March 6, 2018.

Murphy Exploration and Production Company International v República del Ecuador (2010), caso CIADI No ARB/08/4, December 15, 2010.

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania (2007), ICSID No ARB/05/8, September 11, 2007.

Resolute Forest Products Inc. v. Government of Canada, Permanent Court of Arbitration (2018), Case No 2016 – 13, January 30, 2018.

Ronald S Launder v. The Czech Republic (2001), UNCITRAL, September 3, 2001.

Rusoro Mining Limited v. The Bolivarian Republic of Venezuela (2016), ICSID Case No ARB(AF)/12/5,August 22, 2016

Salini Impregilio S.p.A v. Argentine Republic (2018), ICSID Case No ARB/15/39, February 23, 2018.

Supervisión y Control, S.A. v. The Republic of Costa Rica (2017), ICSID Case No ARB/12/4, January 18, 2017.

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia (2011), Arbitraje CNUDMI, April 28, 2011.

Spyridon Roussalis v. Romania (2011), ICSID Case No. ARB/06/1, December 7, 2011.

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. la República Argentina (2012), caso Ciadi No ARB/09/1, 21 de diciembre de 2012.

The Renco Group Inc. v. La República del Perú (2016), UNCT/13/1, 15 de julio de 2016.

Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkai, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. La República Argentina (2016), caso CIADI No ARB/07/26, 8 de diciembre de 2016.

Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos (I) (2000), CIADI Núm. ARB(AF)/98/2, 2 de junio de 2000.

Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt (2002), ICSID Case No ARB/98/4, Annulment Ad hoc Committee, January 28, 2002.

al.	*alii* (otros)
ARB	Arbitration
art.	artículo
arts.	artículos
etc.	etcétera
i.e.	*id est*
CAFTA	Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.
CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNU	Carta de las Naciones Unidas
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CPTPP a veces TPP-11	Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership

	(Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico)
ed.	editor
eds.	editores
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
Inc.	Incorporation
LL.M	Legum Magister (Máster en Leyes).
Model BIT	Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de Chile (1994)
Nafta o TLCAN	North American Free Trade Agreement
Núm.	número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OMC	Organización Mundial del Comercio
op. cit.	*opere citato* (obra citada)
p.	págia
pp.	páginas
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
TII	Tratados internacionales de inversión
TLC	Tratados de libre comercio
TTP	Trans-Pacific Partnership (Tratado de Asociación Transpacífico)
Uncitral	United Nations Commission on International Trade Law
UNCT	United Nations Country Teams
Unctad	United Nations Conference on Trade and Development (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo)
v.	versus
www	world wide web

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 275-301 [julio 2020]

Obligaciones y responsabilidad civil

Patricia López Díaz
Profesora de Derecho Civil
Universidad Adolfo Ibáñez
Universidad Diego Portales

La autonomía de la indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento de una obligación de dar.

Corte Suprema de 30 de enero de 2020, Rol 8596-2018.
Cita en línea Legal Publishing n.° CL/JUR/10063/2020

En un comentario realizado en la misma sección de esta revista el año 2017 nos referimos a la autonomía de la indemnización derivada del vencimiento del término esencial y de la infracción de los deberes de advertencia a propósito de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en Bustos con Lombardi[1], complementando un análisis jurisprudencial que efectuamos durante los años 2014 y 2015[2] y que dogmáticamente iniciamos en 2010[3]. Desde esa época hasta la fecha la tesis de la autonomía se ha asentado en forma contundente en la doctrina nacional[4] y en las sentencias de nuestros tribunales de justicia, de modo que parecería inoficioso volver sobre el mismo tópico. Más aún si se trata de una sentencia recientemente comentada por Hernán Corral en *El Mercurio Legal* en que precisamente destaca el ejercicio exclusivo de la pretensión indemnizatoria como opción del acreedor[5].

Sin embargo, existen al menos tres razones que nos motivan a abordarlo con ocasión de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 30 de enero de este año en EVT Consulting S.P.A. con SQM Nitratos de Chile S.A. En primer lugar, porque, a diferencia de aquella comentada en 2017, esta se pronuncia sobre el incumplimiento de una obligación de dar, supuesto que ha sido ampliamente debatido y controvertido por la dogmática nacional tradicional[6] y respecto del cual la Corte Suprema no ha tenido muchas oportunidades de

[1] López (2017), pp. 307-321.
[2] López (2014), pp. 161-197 y López (2015).
[3] López (2010), pp. 65-113.
[4] Entre otros Corral (2010), pp. 232-233, Cárdenas y Reveco (2018), pp. 382-395, De la Maza y Vidal (2019), pp. 723-739 y Barros (2019), p. 1097, nota 28 y con antelación a esa fecha Pizarro (2007a), p. 216, Pizarro (2007b), p. 153 y Barros (2008), p. 409.
[5] Corral (2020).
[6] Una visión panorámica en López (2014), pp. 148-153.

pronunciarse en el último tiempo[7]. Por otro lado, porque asimila el cumplimiento por equivalente a la indemnización de daños, reconduciéndonos a la clásica discusión en torno a la naturaleza jurídica de la *aestimatio rei* y, por consiguiente, al contenido de la pretensión indemnizatoria. Y, por último, porque desliza la idea de que en algunos casos la indemnización sería el único medio de tutela por el que podría inclinarse el acreedor, sin precisar que esta "opción aparente" no obsta a la existencia de hipótesis en que tal opción será "real".

El análisis de esta sentencia nos llevará, una vez más, a revisitar los argumentos que están invocando nuestros tribunales para acoger la autonomía de la pretensión indemnizatoria en general y, específicamente, tratándose del incumplimiento de una obligación de dar, así como a precisar el contenido de la indemnización en sede contractual y los supuestos en que dicha pretensión se presenta como la única alternativa posible al acreedor.

I. Los hechos: El incumplimiento del contrato de compraventa por SQM Nitratos de Chile S.A.

Con fecha 3 de septiembre de 2014 EVT Consulting SpA interpuso ante el 23er Juzgado Civil de Santiago una demanda de indemnización de daños en contra de SQM Nitratos de Chile S.A. por incumplimiento del contrato de compraventa celebrado entre ambos el 26 de agosto, avaluados en la suma total de USD 834 120, equivalentes a $493 423 686 a esa fecha.

Relata la empresa demandante que se dedica a la compraventa, instalación y puesta en marcha de toda bienes en el área industrial y comercio en general y que el año 2013 la fábrica de galpones Rubb Internacional le entregó la representación exclusiva de sus diseños en Latinoamérica, ofreciéndole diseño, instalación y montaje de estructuras metálicas en los sectores de minería y energía.

Añade que el 26 de agosto de 2013 SQM Nitratos de Chile S.A. cursó una orden de compra por la adquisición de una estructura de acero galvanizada que sería utilizada para la venta de yodo, pactándose como precio la suma de $944 992 685 e indicándose que el fabricante era Rubb, el vendedor EVT y el comprador SQM. Precisa que tal documento, además de contener las obligaciones de las partes, indicaba a propósito de la obligación de pagar el precio, el siguiente procedimiento:

a) SQM debía emitir una orden de compra a EVT por un valor equivalente en moneda nacional a USD 1 550 000, bajo condición de pago al contado;
b) EVT debía aceptarla, enviando su copia firmada por la persona habilitada para ello y un correo electrónico con factura proforma y valor neto total y presentar boleta de garantía bancaria por el valor neto facturado, remitiéndolo a la Gerencia de Proyectos de la planta SQM para que ella ingresara a proceso de pago.

[7] Los únicos casos a la fecha son Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A. (2012) y Laboratorio de Control Técnico Llai Llai con Celestron Ltda. (2014).

Agrega que hasta la presentación de la boleta de garantía bancaria el procedimiento se había cumplido íntegramente, pero que, aproximándose el periodo en que la factura ingresaría a pago, SQM canceló la orden de compra.

Consigna, además, que la empresa Cathay Import actuó como facilitador y agente comercial, efectuando el seguimiento del proyecto, comprando los suministros a Rubb y vendiéndolos con posterioridad a EVT, documentándose tal transacción en una orden de compra. Sin embargo, explica que, como consecuencia de la cancelación de la orden de compra por SQM, debió dejar sin efecto aquella orden, aceptándolo Cathay Import AS bajo la condición de ser indemnizada de los costos y perjuicios causados, cifrándolos en USD 304 620,20.

Sostiene EVT que el 6 de septiembre de 2013 SQM se desistió de la compraventa enviando un aviso de cancelación, indicando que no había recibido ninguna boleta, factura ni información técnica en beneficio de la orden de compra, en circunstancias que tal información se había enviado, de modo que la cancelación era arbitraria, extemporánea y constituía un incumplimiento del contrato de compraventa, dado que este se había perfeccionado y se encontraba en su fase de ejecución. Precisa que como la obra fue hecha a la medida de la demandada le servía solo a ella, motivo por el cual reclama el cumplimiento por equivalente y la reparación de daños por la suma que le hubiera significado el cumplimiento oportuno de la obligación, más los costos asociados a la fase precontractual relativo al diseño de los suministros por Rubb y a la intermediación de Cathay Import AS. A ellos agrega el daño emergente correspondiente a la suma facturada por Cathay por los conceptos de documentación procesada, costo de cancelación, muestras del producto, gestión, abastecimiento y desarrollo del proyecto que ascienden a USD 304 620 y el lucro cesante derivado del incumplimiento de SQM por USD 529 500, correspondiente a la diferencia entre el valor nominal de la orden de compra de SQM y el mismo valor de la orden de compra emitida por EVT a Cathay Import AS, más los intereses corrientes desde que su representada estaba habilitada para recibir el pago hasta que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada.

Con todo, resulta contradictorio que se soliciten los daños acaecidos tanto en la fase precontractual como en la contractual, pues el acreedor debe situarse en una sola fase para reclamar los perjuicios que señala haber experimentado, en atención, al menos, a dos consideraciones. En primer lugar, porque la indemnización precontractual persigue dejar al acreedor en la situación en que se encontraría de no haber celebrado contrato alguno, resarciendo el interés *negativo* o en la *confianza*, a diferencia de la indemnización contractual que persigue ubicarlo en la posición en que estaría de haberse celebrado el contrato, indemnizando el *interés positivo* o en el *cumplimiento*. En segundo lugar,

dado que los daños acaecidos en las etapas más avanzadas del *iter* contractual absorberán aquellos ocasionados en las iniciales y, en consecuencia, un mismo daño se estaría indemnizando dos veces, generando un enriquecimiento sin causa en favor del acreedor.

El demandado, por su parte, expone que el 31 de julio de 2013 EVT le envió una cotización por el proyecto planta SQM Nueva Victoria consistente en la fabricación, suministro y supervisión de montaje del taller de camiones de mina. Agrega que el 22 de agosto de ese año, el subgerente general de SQM envió a EVT la carta de adjudicación del proyecto, señalándose que el valor del encargo sería de USD 1 550 000, cuyo pago se realizaría contra la presentación de la orden de compra aceptada por el vendedor, factura correctamente emitida y boleta de garantía por el valor neto facturado. Añade que el 26 de agosto envió la orden de compra a EVT y que al día siguiente esta aceptó todas las condiciones, pero que, si bien le solicitó enviar la boleta de garantía y la factura comercial para el pago del precio ello no ocurrió, de modo que la obligación de pago nunca se hizo exigible.

Precisa, además, que la orden de compra era un contrato cuya exigibilidad dependía de una condición suspensiva, positiva, copulativa y potestativa del acreedor, consistente en la presentación de la orden de compra, emisión de una factura comercial y de una boleta de garantía, la que resultó fallida, toda vez que solo se cumplió con la presentación de la primera. Agrega que la indemnización de daños es improcedente, ya que demanda "cumplimiento por equivalencia" conforme al cual solo pretende la indemnización, en circunstancias que los arts. 1489 y 1873 del *Código Civil* prescriben que ella no puede demandarse desligada de la acción de cumplimiento o resolución.

De otro lado, aduce que la responsabilidad contractual tiene una doble función: cumplir por equivalencia la pretensión del acreedor e indemnizar los perjuicios derivados del incumplimiento, de modo que la contraria erró al referirse a la indemnización, pues no puede pretender perjuicios patrimoniales como cumplimiento por equivalencia, salvo que reclame el precio, único rubro que puede perseguir a través del cumplimiento. A partir de tales disquisiciones concluye que de acogerse la demanda se expondría a que EVT cumpla su obligación en algún momento y le solicite el pago de la obligación correlativa, lo que generaría un enriquecimiento sin causa en favor de la contraria.

Por último, sostiene que no se cumplen los requisitos de procedencia de la responsabilidad contractual, en atención a las siguientes consideraciones:

i) no incumplió el contrato, ya que EVT no hizo entrega de la cosa y no se verificaron las condiciones acordadas para el pago;
ii) no hubo culpa o dolo de su parte, pues ante el incumplimiento de la contraparte, canceló la orden de compra, informándoselo a EVT sin causarle perjuicio alguno;
iii) y no existe daño indemnizable de conformidad a los arts. 1556 y 1558 del *Código Civil*, dado que los perjuicios alegados son meramente eventuales, toda vez que no se han comprobado los supuestos desembolsos, los que son poco plausibles atendido el escaso tiempo transcurrido al momento de cancelarse la orden de compra.

A ello agrega que desconocía la participación de Cathay Import AS, sin que fuera previsible su participación, de modo que este daño, al igual que el lucro cesante carece de toda certidumbre y relación de causalidad con el incumplimiento que se le imputa, correspondiendo más bien a una mera hipótesis del demandante. Por último, invoca la excepción de contrato no cumplido.

El demandante, por su parte, evacúa la réplica, reiterando las argumentaciones de hecho y de derecho vertidas en su libelo, precisando que el esquema de negocios de EVT sigue una práctica extendida en el mercado según la cual la orden de compra suscrita constituye una manifestación de voluntad. Por otra parte, indica que si se tratase de una mera tratativa preliminar es ilógico que SQM anulara la orden de compra y avanzara en el *iter* contractual requiriendo el envío de la factura y la boleta de garantía para pagar el precio. Destaca, además, que el demandado no fijó un plazo para la entrega de la boleta de garantía ni para la emisión de la factura y que es absurdo que habiéndose requerido el envío de los documentos dos días más tarde SQM haya comunicado su desistimiento de la compra.

Por otro lado, precisa que la presentación de una orden de compra, la emisión de la factura comercial y de la boleta de garantía bancaria no constituyen una condición, sino la fase de ejecución del contrato y que se encontraba gestionando con el banco el otorgamiento de la boleta, cuestión que era conocida por SQM, cuando se produjo la anulación de la orden de compra. Agrega que el consentimiento ya se había formado, por lo que la actitud de la demandada constituye un incumplimiento contractual y que la indemnización de perjuicios es un pago por equivalencia, sin perjuicio de que pueda incoarse en forma exclusiva. Finalmente, sostiene que su obligación se encontraba sujeta a un plazo aún pendiente al momento de producirse el incumplimiento del demandado, de modo que no procede la excepción de contrato no cumplido.

El demandado, en tanto, en su dúplica reitera todas sus alegaciones, defensas, excepciones y consideraciones, insistiendo en que la exigibilidad total del contrato se encontraba sometida a la emisión de la boleta de garantía y en la imposibilidad de deducir la acción indemnizatoria en forma autónoma, dado que está restringido a los contratos en que es imposible la resolución o el cumplimiento, lo que no acontece en la compraventa. Por último, agrega, que los perjuicios reclamados corresponden al pago del precio y que se trata de un cumplimiento por equivalencia, lo que supone una acción distinta a la interpuesta por el demandante.

II. El razonamiento de los tribunales de instancia: la configuración del incumplimiento y la procedencia de la indemnización autónoma

Con fecha 15 de diciembre de 2016, el 23er Juzgado Civil de Santiago se pronunció sobre la demanda interpuesta por EVT Consulting SpA y a tal efecto estimó que para resolver adecuadamente el asunto sometido a su conocimiento debía establecer si la orden de compra suscrita por las partes daba cuenta de un contrato válidamente celebrado o este, en realidad, no se había perfeccionado. Y, el análisis de las probanzas allegadas al juicio determinó que se inclinara por la primera alternativa, como lo revela el considerando décimo octavo en el que se lee lo siguiente:

> "Que, de la revisión de los términos de la orden de compra N° 300000346, y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 1801 del Código Civil, apareciendo que las partes acordaron detalladamente la cosa y el precio, esto no da cuenta de meras tratativas preliminares, sino que materializa la celebración de un auténtico contrato de compraventa, referido al bien denominado 'Material 1-01 Thermoball Truck Stop', por la suma de $944.992.685.-, IVA incluido. Asimismo, las especificaciones técnicas de la cosa y las diversas etapas de entrega, así como el procedimiento establecido para el pago del precio fueron detallados en la orden de compra ya individualizada"[8].

Tal constatación le permitió pronunciarse respecto de la admisibilidad de la excepción de contrato no cumplido deducida por la primera. En efecto, admitida la validez de la orden de compra como contrato, sostuvo que el procedimiento de pago exigía la aceptación de la orden de compra y la emisión de la factura y de la boleta de garantía, pero que la actora reconoció que no pudo presentar esta última, pues se le notificó por SQM la cancelación de la orden de compra, en circunstancias de que no se estipuló en forma alguna cuándo debían emitirse tales documentos por la vendedora. Por consiguiente, precisa, debía estarse al art. 55 del DL 825 que constituye la regla general en materia de facturación y que indica que tal emisión debe realizarse cuando se produce la entrega de la cosa. Sin embargo, agrega, al tiempo de anularse dicha orden no había transcurrido siquiera el primer plazo de entrega, de modo que como la vendedora aún no estaba obligada a facturar, no puede considerarse que la demandante estaba en mora, debiendo descartarse la procedencia de la excepción de contrato no cumplido. En consecuencia, establece que EVT ni siquiera tuvo oportunidad de incumplir el contrato, dado que SQM le puso término en forma unilateral, infringiendo el art. 1545 del *Código Civil*, toda vez que este solo permite invalidar el contrato por causas legales o mutuo consentimiento de las partes.

[8] EVT Consulting SpA con Nitratos de Chile S.A. (2014).

Por otra parte, dio por establecido que el comportamiento de la demandada vulneró la buena fe al anular la orden de compra sin dar la oportunidad a su contraparte de cumplir sus obligaciones, dado que solo habían transcurrido dos semanas desde la suscripción de la orden de compra y la sola lectura de dicho documento evidencia que se trata de una operación compleja que requería un largo periodo de ejecución, contemplado por las partes. A ello agrega que es de público conocimiento que la emisión de boletas de garantía requiere autorización previa de la institución bancaria, de modo que poner término al contrato por un retraso de días en la entrega del documento parece desproporcionado y que por la especificidad técnica del producto es esperable que el demandante haya tenido que encargar a un tercero la preparación de la cosa vendida y que ese nivel de detalle impida o dificulte gravemente que pueda ofrecer el producto a un tercero.

Tratándose del ejercicio autónomo de la indemnización de daños, el tribunal asentó su procedencia controvirtiendo en forma elocuente los dichos de la demandada, sin agregar argumentos adicionales que la vincularan a una opción real del acreedor. Así, en el considerando vigésimo segundo, indica lo siguiente:

> "Que, la demandada ha planteado la imposibilidad del ejercicio autónomo de la acción de indemnización de perjuicios en materia de responsabilidad contractual.
>
> Que, sin embargo, ella misma ha reconocido que la doctrina y la jurisprudencia ha admitido su procedencia cuando resulta imposible la resolución o el cumplimiento forzado. En este caso, ha sido la propia demandada la que ha puesto término unilateral al contrato suscrito, de modo tal que resulta imposible resolverlo, e inoficioso exigir su cumplimiento forzado"[9].

Admitió la procedencia del daño emergente y del lucro cesante, indicando que las partes alcanzaron a cerrar un trato a través de la orden de compra, pero no acogió la indemnización demandada, pues estimó que no se acreditó la cuantía de tales perjuicios, dado que, si bien resulta manifiesta la participación de la empresa Cathay Import AS los montos demandados no pueden determinarse ni a través de las declaraciones de testigos ni de la prueba documental allegada al proceso.

Frente a esta sentencia el demandante dedujo recurso de casación en la forma y recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Dicho tribunal, en sentencia pronunciada el 13 de noviembre de 2017, rechazó el primero por no configurarse causal alguna y acogió el segundo, revocando la sentencia recurrida en la parte que desestima el daño emergente y admitiendo este último por la suma de USD 304 620 o su equivalente en moneda nacional al día en que dicha resolución quede firme, sin pronunciarse sobre la autonomía de la indemnización.

[9] EVT Consulting SpA con Nitratos de Chile S.A. (2014).

Concedió tal suma porque estimó que la referida Corte de Apelaciones no ponderó la traducción de la boleta de compra ni la declaración de testigos que reconocieron la factura emitida por Cathay Import AS por la suma de USD 304 620, correspondiente a los perjuicios que se le causaron en cuanto intermediaria, pues ella materializó costos por documentación, materiales y trabajo por tal concepto. No ocurrió lo mismo tratándose del lucro cesante, dado que estimó que no existía prueba suficiente para establecer su existencia[10].

En contra de dicha sentencia el demandado interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema, rechazándose ambos por dicho tribunal en sentencia de 30 de enero de 2020. El primero fue desestimado porque concluyó que no se configuró la causal del art. 768 n.° 5 por cuanto el fallo recurrido no contiene motivaciones contradictorias que se anulen entre sí. El segundo, porque consideró que no existió infracción a los arts. 1556, 1545, 1672 y 1873 del *Código Civil* por los motivos que se consignan y analizan en el próximo apartado.

III. El razonamiento de la Corte Suprema: la procedencia de la autonomía de la indemnización y la referencia al cumplimiento por equivalente y al daño emergente

El recurso de casación en el fondo interpuesto por SQM se estructuró en tres capítulos en los que denuncia diversas infracciones de ley que influyeron sustancialmente en lo resolutivo del fallo. En primer lugar, alega la vulneración de la regla del *onus probandi* contenida en el art. 1698 del *Código Civil*, ya que correspondía a EVT acreditar el desembolso que reclama como daño emergente, lo que no ocurrió, de modo que la sentencia no pudo darlo por establecido. En segundo lugar, asevera que la sentencia también contraviene el art. 1556, pues le otorga una indemnización por daño emergente, no ajustándose al concepto legal ni al acuñado por la jurisprudencia, ya que no ha existido desembolso patrimonial efectivo, sino hipotético, toda vez que se ha asentado sobre una factura emitida por un tercero que no ha sido pagada por la demandante. En tercer lugar, sostiene que se han contravenido los arts. 1545, 1672 y 1873 de dicho *Código*, precisando que el fallo prescinde de las normas de cumplimiento por equivalencia –que constituye un reemplazo del objeto originalmente debido–, toda vez que la actora, si bien lo reclama en su demanda, no pretende el precio del objeto vendido, sino la indemnización de daños, lo que impedía acoger la demanda, dado que la indemnización solo pudo imponerse como adicional o complementaria a un eventual cumplimiento del contrato.

Esta última alegación la que aquí interesa y respecto de la cual la Corte comienza a hacerse cargo a partir del considerando octavo, pues estima necesario, previo a determinar si se configura el daño reclamado, establecer si resulta

[10] EVT Consulting SpA con Nitratos de Chile S.A. (2017).

posible, en abstracto, la formulación de la demanda en la forma propuesta por la ETV. Con dicho propósito expresa en el considerando décimo, lo siguiente:

> "Que, siendo un hecho de la causa que existió un incumplimiento del contrato, corresponde entonces determinar si la actora ha podido ejercer la acción indemnizatoria, como lo ha hecho, prescindiendo de lo que dispone el artículo 1489 del Código Civil, que parece indicar que tal acción no es autónoma, sino que debe ir siempre acompañada sea de la petición de resolución contractual o bien de la exigencia de cumplimiento del contrato. Como ya lo ha resuelto esta Corte en oportunidades anteriores (en los ingresos 5898-2012[11] y 3325-2012[12], entre otros[13]) y siguiendo la moderna tendencia doctrinal, se estima que, en este caso y tal como acertadamente resolvieron los jueces de instancia, la demandante puede plantear su acción de responsabilidad civil contractual de manera independiente a la de resolución del contrato, pues esta demanda de daños y perjuicios en los términos que se han descrito, debe ser considerada como parte de lo que el comprador debe 'en cumplimiento del contrato', de acuerdo con los términos del artículo 1489 del Código Civil"[14].

Y, establecida la posibilidad de impetrar la indemnización en forma exclusiva, reitera en el considerando siguiente una reflexión que ha efectuado desde la sentencia pronunciada en Opazo Lamana con Inmunomédica el 7 de diciembre de 2010 en que admitió, por primera vez, la autonomía de la indemnización respecto de *cualquier obligación incumplida*[15] –y no respecto de la sola obligación de hacer[16]–. Pero, esta vez, se refirió a los arts. 1545, 1672 y 1873 del *Código Civil*, en los siguientes términos:

> "Que, en el mismo sentido, no puede soslayarse que respecto de la indemnización de perjuicios pura y simple, conforme a los principios que integran el Código Civil, no se observan las particulares motivaciones que podrían inducir a privar a un acreedor de la posibilidad de dirigir la

[11] Ampuero Ascensio con Castillo Hernández (2013), que refiere a un caso aparente de autonomía de indemnización de daños, por las razones expresadas en López (2014), pp. 180-183.

[12] Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A. (2012).

[13] Una síntesis de tales casos en López (2014), pp. 161-197 a los que deben agregarse, entre otras, Asesorías, Inversiones y Productora de Eventos y Material Audiovisual Acacia Producciones Ltda. con Universidad de Antofagasta (2015), Sociedad de Proyectos y Servicios de Ingeniería Limitada con Gobierno Regional de Tarapacá (2015), Sociedad Cuenca Ingenieros Consultores Ltda. con Municipalidad de Cabildo (2016), GC Construcciones e Inversiones Limitada con Municipalidad de Quellón (2017) y la que es objeto de este comentario.

[14] EVT Consulting Spa con Nitratos de Chile S.A. (2020).

[15] Véase Opazo Lamana con Inmunomédica Laboratorio Limitada (2010). En este caso, si bien se demandó la resolución del contrato con indemnización daños, el tribunal igualmente se pronunció sobre la admisibilidad de la indemnización autónoma.

[16] Como aconteció en Transportes Aeropuerto Express Limitada y Ladeco S.A. (2007), a partir de la aplicación del art. 1553 n.° 3 del *Código Civil*.

acciones en la forma y del modo como mejor se ajuste a sus intereses, desde el momento que el derecho civil otorga a las personas el principio de libre disposición de sus bienes y autonomía de la voluntad, todo lo cual lleva a reconocer las mayores prerrogativas al momento de someter las pretensiones al órgano jurisdiccional. Es así como esta Corte Suprema ha reconocido la independencia y autonomía de las acciones indemnizatorias, sean estas moratorias o compensatorias, las que cualquiera sea la naturaleza del objeto de la prestación, pueden impetrarse en forma exclusiva, desde el momento que el legislador ha establecido su procedencia y la forma más usual de interposición, pero no ha prohibido la que en mejor forma repare integralmente el daño derivado del incumplimiento. En efecto, la acción indemnizatoria no se encuentra ligada únicamente en sede contractual a la resolución o cumplimiento forzado de lo pactado, puede entonces cobrar identidad propia, como acción principal, aunque asociada a una de las variantes referidas –resolución o cumplimiento forzado–, como a ninguna de ellas, sin perjuicio que para ponderar esta pretensión resulta indispensable vincularla con el hecho en que se le hace descansar.

Entonces, ante la entidad independiente que la ley prevé en general, no existen razones para vincularla de manera determinante con cada una de aquellas acciones de resolución y cumplimiento, como tampoco para entenderla accesoria a las mismas. Y es que no debemos olvidar que en la responsabilidad contractual, la indemnización cumple la función de colocar al acreedor en la misma posición económica que tendría de haberse cumplido el contrato y es así como cobra sentido la mención al 'cumplimiento por equivalencia' a que alude la actora en su demanda, entendida como una reparación integral del acreedor. (...)

En suma, la opción ejercida por la acreedora de demandar directamente la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, se presenta entonces como un remedio válido y propio de la autonomía indemnizatoria por incumplimiento de un contrato bilateral, debiendo descartarse el acusado quebrantamiento de los artículos 1545, 1672 y 1873 del Código Civil".

Es solo una vez asentada la procedencia y pertinencia del ejercicio exclusivo de la indemnización de daños que la Corte se pronuncia sobre el capítulo primero y segundo de la impugnación, relativa al *onus probandi* y al lucro cesante.

Respecto del primero sostiene que la infracción del art. 1698 se configuraría en la medida que la sentencia pronunciada hubiere modificado el peso probatorio, esto es, si ella obligara a una de las partes a probar un hecho que corresponde acreditar a la contraparte, lo que no ha ocurrido en la especie, precisando que el cuestionamiento del recurrente alude más bien a la calificación jurídica que de los hechos hizo la Corte de Apelaciones de Santiago. En tal sentido sostiene, en la última parte del considerando décimo segundo, lo siguiente:

"Y es así como se constata que el cuestionamiento del recurrente no atañe, en realidad, a la distribución de las cargas probatorias, y ni siquiera al proceso de valoración de las evidencias, sino que ataca, finalmente, el ejercicio de subsunción de los presupuestos fácticos al marco normativo aplicable, y más en concreto, al concepto jurídico de daño emergente; dicho de otra forma, ataca la calificación jurídica de los hechos"[17].

Tratándose del segundo, en los considerandos décimo tercero y décimo séptimo señala que el crédito que posee Cathay en contra de EVT, cuyo origen es el incumplimiento contractual de SQM, efectivamente reviste esta calidad, dado que el monto adeudado a Cathay Import AS ha acrecentado el pasivo social, disminuyendo su patrimonio neto, provocando un empobrecimiento real y efectivo en tanto deuda vigente, perfilándose como un daño *actual* y *cierto*, toda vez que ya ha operado y como subsiste en el patrimonio de la actora debe indemnizarse para restablecer el equilibrio entre las partes. Así, en la última parte del considerando décimo séptimo, se lee lo siguiente:

"En efecto, la sola circunstancia de que la suma que se esgrime como perjuicio emergente aún no haya sido desembolsada no le resta certidumbre, pues lo que importa es que no exista duda sobre la existencia del daño, siendo esa certeza el presupuesto indispensable para su resarcimiento"[18].

Con todo, y sin perjuicio del correcto razonamiento de la Corte a propósito del daño emergente, al explorar el tópico del daño contractual incurre en dos imprecisiones conceptuales que es necesario destacar. La primera es la noción de *previsibilidad del daño* consignada en el art. 1558 del *Código Civil* y, la segunda, la distinción del *interés positivo o de cumplimiento* y el *interés negativo o en la confianza*, introducidos por el movimiento de modernización del derecho de obligaciones y contratos.

Respecto de la previsibilidad, nuestra doctrina más reciente, examinando el origen y justificación histórica de la regla del art. 1558 y las fuentes de aquella[19], así como la noción de "esfera de protección o ámbito de resguardo del contrato"[20], ha superado la idea según la cual ella pretende designar –como precisa la sentencia–, la *representación* que tuvieron las partes al momento de la celebración del contrato del daño que el incumplimiento produciría, entendiendo, como lo ha precisado Antonio Manuel Morales Moreno[21], que

[17] Considerando décimo segundo, EVT Consulting SpA con Nitratos de Chile S.A. (2020).

[18] EVT Consulting SpA con Nitratos de Chile S.A. (2020).

[19] San Martín (2014), pp. 649-668.

[20] Por todos De la Maza (2016), pp. 553-583 y De la Maza (2018), pp. 275-309.

[21] Morales (2011), pp. 286-287, aduciendo como argumentos los antecedentes históricos del art. 1558, el hecho de que el fin de protección del contrato lo determina la autonomía de la voluntad y no una norma *dispositiva* y que tal interpretación evita imputar daños previsibles al tiempo de contratar en casos en que el contrato, adecuadamente interpretado, no permitiría imputarlos, *op. cit.*, pp. 280-282 y 287-288. Una sistematización de la doctrina nacional que oscila entre ambos significados en De la Maza (2016), pp. 566-572.

ella alude a la *asunción o aceptación del riesgo* por el deudor a aquella época[22], concibiendo así al art. 1558 como norma *enunciativa* (que remite a *lo que dispone el contrato*), premisa que ha acuñado nuestra judicatura en algunas ocasiones[23].

En lo que concierne al *interés positivo o en el cumplimiento* dicho tribunal lo confunde, como se advierte en el considerando décimo sexto[24] con el interés "en la confianza", en circunstancias que el primero es propio de la indemnización contractual, a diferencia del segundo –también denominado "interés *negativo"*, que constituye la regla general tratándose de la fase precontractual[25], si se adhiere a la tesis que postula que podría configurarse una excepción tratándose de la ruptura de las tratativas preliminares si el motivo radica en privar al otro negociante del beneficio cierto que la celebración del contrato le podía reportar[26].

IV. La necesaria refutación de los argumentos doctrinarios tradicionales respecto de la improcedencia de la autonomía de la indemnización por incumplimiento de una obligación de dar, la distinción entre cumplimiento e indemnización y el recurso a la opción aparente y real del acreedor

Como se advierte de lo apuntado en el apartado precedente, el razonamiento de la Corte Suprema es acertado, pues, recogiendo las premisas asentadas desde Opazo Lamana con Inmunomédica Laboratorio Limitada el 2010 y replicadas en fallos posteriores, invocó como argumentos la libre opción del acreedor, el principio de reparación integral, la independencia de la acción indemnizatoria y la interpretación lógica del art. 1489 del *Código Civil*[27]. Pero no es del completo, pues en un caso tan relevante como este la argumentación debería haber sido más acabada, toda vez que constituye el supuesto en que históricamente se ha controvertido a ultranza la procedencia de la indemnización autónoma: el *incumplimiento de una obligación de dar.*

[22] Así lo hemos consignado en López (2017), pp. 316-317 y López (2019b), pp. 185-186, comentarios realizados con ocasión de las sentencias Bustos Valdés con Lombardi (2016) y Saavedra con Colegio Santa Cecilia y Congregación de la Preciosa Sangre Chilena (2019) en esta misma revista en los n.os 28 y 33.

[23] Un acucioso análisis en De la Maza (2018), pp. 275-309.

[24] Parece tratarse de un error de transcripción, pero, por lo mismo, debe aclararse. En efecto, el tribunal citando a Juan Ignacio Contardo alude al "interés positivo o de "confianza" como contrapuesto al "interés negativo o de "expectativa", en circunstancias que la sinonimia que establece el autor es claramente la inversa, Contardo (2015), p. 300.

[25] Una síntesis en López (2018a), pp. 243-292.

[26] Morales (2014), p. 231. Un examen jurisprudencial de la ruptura injustificada de las tratativas preliminares en Chile en López (2018b), pp. 31-81.

[27] Argumentos contenidos en Pizarro (2007a), pp. 215-217, Barros (2008), p. 409 y López (2010), pp. 88-97 y 99-113.

Y es que, a pesar que en todos los casos en que ha admitido la indemnización exclusiva por incumplimiento contractual nuestro máximo tribunal ha reiterado:

> "esta Corte Suprema ha reconocido la independencia y autonomía de las acciones indemnizatorias, sean estas moratorias o compensatorias, las que cualquiera sea la naturaleza del objeto de la prestación, pueden impetrarse en forma exclusiva"[28],

aún existen algunos litigantes que discuten su procedencia[29]. Ello probablemente se explique porque desde antiguo se ha indicado que el art. 1489 regula el incumplimiento de una obligación de dar[30] o por la conveniencia que tal alegación les reporta en el caso concreto, y porque el razonamiento de la Corte Suprema –en todas las sentencias en que se ha pronunciado respecto de la autonomía de la acción indemnizatoria– aparece un tanto general respecto la inejecución de tales obligaciones y no precisa que dicho precepto alude a un supuesto mucho más amplio: el incumplimiento de un contrato bilateral.

Por otro lado, los fallos que se han pronunciado sobre su procedencia tampoco han sido tan elocuentes, pues han focalizado la atención en el movimiento de modernización de las obligaciones y contratos, como ocurrió en Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A. o simplemente han evitado pronunciarse sobre la aplicación del art. 1489 del *Código Civil*, desplazando la atención al art. 1553, cual es el caso de Laboratorio de Control Técnico Llai Llai con Celestron Ltda.

En efecto, en el primero se admitió la autonomía de la indemnización, pero se falló con cargo a los arts. 1590 y 1591, confundiéndose la indemnización con el cumplimiento y diluyéndose, por consiguiente, tal autonomía, en circunstancias que se trata de medios de tutela distintos[31], equiparación que nos reconduce a la clásica distinción entre *id quod interest* y *aestimatio rei*[32] que abordaremos en apartado subsiguiente. En el segundo, en cambio, el tribunal absorbió en el incumplimiento de una obligación de hacer la inejecución de

[28] Véase el considerando décimo cuarto de la sentencia Opazo Lamana con Laboratorio Inmunomédica Ltda. (2010), séptimo de la sentencia Asociación de Productores de Huevos de Chile con Banco de Chile (2011), duodécimo de la sentencia Toro Fuentealba con Concha Sandoval (2012) y cuarto de la sentencia Reyes Valdivia con Escuela de Tripulantes y Portuaria (2012). Un análisis de todos ellos en López (2014), pp. 163-171.

[29] Y voces dogmáticas en igual sentido, pero minoritarias. Véase Polit (2016), pp. 762-772.

[30] Véase Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2004), pp. 259-260, Peñailillo (2003), pp. 433-434, Fueyo (2004), pp. 347-348, Ramos (2008), pp. 239-242 y Abeliuk (2010), p. 813, quien en la edición posterior, admite que el precepto no ha dicho eso y que puede ocurrir que "el contrato haya terminado por otro capítulo y que proceda la indemnización de perjuicios", Abeliuk (2014), pp. 670-671.

[31] López (2015), pp. 155- 160 y Corral (2020).

[32] Considerando décimo de Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A. (2012). Un razonamiento similar en Vidal (2014), pp. 711-742.

una obligación dar, evitando pronunciarse sobre el alcance del art. 1489, lo que podría inducir a pensar que la procedencia de la indemnización autónoma por incumplimiento de una obligación de dar no está tan asentada en la Corte Suprema[33].

Miradas las cosas desde esta perspectiva, esta era la oportunidad para agregar argumentos o premisas adicionales a los generales esgrimidos en casos anteriores para explicar los motivos por los cuales, más allá del adagio "donde existe la misma razón debe existir la misma disposición", procede el ejercicio exclusivo de la indemnización de daños frente al incumplimiento de las obligaciones de dar. Más aún si la controversia versó en este caso sobre la vulneración de los arts. 1545, 1672 y 1873 y cómo ella habría incidido en lo sustantivo del fallo.

Pues bien, tales argumentos, a nuestro juicio, son los siguientes:

i) la refutación de los argumentos tradicionales para negar la indemnización autónoma tratándose del incumplimiento de las obligaciones de dar,
ii) la necesaria distinción entre el cumplimiento y la indemnización y
iii) la opción real y la opción aparente del acreedor en favor de la indemnización de daños.

1. La refutación de los argumentos tradicionales para negar la indemnización autónoma tratándose del incumplimiento de las obligaciones de dar

Una primera premisa a la que debería haber recurrido la Corte Suprema para justificar la procedencia de la indemnización autónoma era exponer los argumentos invocados por nuestra doctrina tradicional que sirvieron para desestimarla en el periodo comprendido desde el 18 de mayo de 1900[34] y el 30 de octubre de 2012[35] y refutar su procedencia.

Dichos argumentos son, como lo hemos apuntado en otro sitio[36], al menos cuatro. El primero señala que si se acoge la indemnización autónoma la obligación se transformaría en *alternativa*. El segundo indica que el legislador en el art. 1537 del *Código Civil* excepcionalmente ha otorgado al acreedor de las obligaciones de dar el derecho de optar por la indemnización en la cláusula penal, lo que confirma que la regla general es que dicha opción no procede. El tercero sostiene que el art. 1672 del referido *Código* faculta al acreedor a demandar el precio, en el evento que la cosa se destruya por culpa del deudor, lo que evidenciaría que lo que debe pedirse es el cumplimiento de la obligación. El último postula que si se admitiera que el acreedor demande la sola indemnización de daños se infringiría el principio de la fuerza obligatoria del contrato consagrado en el art. 1545, el principio de conservación de los actos jurídicos y el principio de identidad del pago[37].

Lo cierto es que si se analizan con detención estos argumentos se advierte que no son acertados. En efecto, y como lo indica Guillermo Correa, no es correcto el argumento según el cual la obligación deviene en *alternativa*, dado que esta nace con dos o más objetos debidos, caso en el cual la facultad de optar surge como un derecho, a diferencia de lo que sucede cuando el acreedor puede escoger entre uno u otro medio de tutela, pues ella emana del *incumplimiento*. A ello se agrega que de conformidad al art. 1500 inciso segundo del *Código Civil*, la facultad de optar en las obligaciones alternativas corresponde al *deudor*, a menos que se haya pactado lo contrario, lo que no ocurre en el caso que venimos comentando, ya que la opción es del acreedor[38].

En lo que concierne a la *opción del acreedor*, una revisión del *Código Civil* confirma que este adhiere a un sistema de *libre opción* y no de opción jerarquizada, de modo que tampoco sería un argumento plausible sostener que la opción es excepcional[39]. Así, Álvaro Vidal admite la opción entre el cumplimiento específico y la indemnización atendida la falta de norma expresa que establezca una prelación entre ambas, el hecho de que la objetiva posibilidad de la prestación no garantiza al acreedor la satisfacción de su interés específico y la circunstancia que la opción de cumplir *in natura* pertenece al deudor y el acreedor puede escoger entre diversos remedios contractuales. Incluso, refiriéndose a este tópico precisa que el art. 1672 no establece la primacía del cumplimiento específico, sino que priva al acreedor de este en razón de la objetiva imposibilidad, reconociéndole como única opción la indemnización de daños[40], desvirtuando así el argumento al que nos referimos más atrás según el cual dicho artículo solo lo faculta para demandar el cumplimiento.

Es más, a través de un ejercicio de interpretación de determinadas normas relativas al incumplimiento de una obligación de dar, se puede arribar a la conclusión que el legislador faculta al acreedor para optar por la indemnización exclusiva. En efecto, el inciso segundo del art. 1590 admite tal opción en caso de ejecución imperfecta de una obligación de dar, opción que también consagra el art. 1814 en el evento que falte una parte considerable de la cosa vendida al tiempo de perfeccionarse el contrato de compraventa y el art. 1537 en el supuesto que se pacte una cláusula penal para garantizar el cumplimiento de una obligación de dar[41].

[33] Sobre ambos véase, respectivamente, López (2014), pp. 173-178 y 187-190.
[34] Mac Auliffe y Compañía con Salinas (1900).
[35] Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A. (2012).Una síntesis de la jurisprudencia pronunciada en ese periodo en López (2014), pp. 143-151.
[36] López (2014), p. 148.
[37] Véase Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2004), p. 259, Fueyo (2004), pp. 353-354 y Ramos (2008), pp. 239-242.
[38] Correa (1933), pp. 91-93.
[39] En lo que concierne a este derecho véase López (2015), pp. 259-279.
[40] Vidal (2007), p. 527.
[41] López (2014), p. 151.

Por otro lado, no existiría infracción al principio de fuerza obligatoria, toda vez que como lo ha señalado un destacado sector de la dogmática francesa[42] –y en la nuestra Carlos Pizarro[43]–, el *principio de fuerza obligatoria del contrato* debe reinterpretarse, entendiendo que tal principio no impone la necesidad de cumplirlo, sino que otorga al acreedor la *facultad* para escoger el medio de tutela que estime pertinente para satisfacer su interés contractual. Tal enfoque el que ha permitido descartar la primacía del cumplimiento específico como remedio contractual y reconocer la procedencia de otros medios de tutela, en tanto concurran sus presupuestos de aplicación. Así las cosas, tampoco se vulneraría el principio de identidad del pago, pues el ejercicio autónomo de la indemnización sería, en razón de la satisfacción del interés del acreedor, una *calificada excepción* al art. 1569 inciso segundo, ni el principio de conservación del acto jurídico, toda vez que uno de los efectos de la autonomía de la indemnización es precisamente ese[44].

Por otra parte, hay que considerar que la opción en favor de un medio de tutela es un derecho del acreedor y que el art. 12 del *Código Civil* dispone que podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que miren al interés individual del renunciante y no esté prohibida su renuncia. Pues bien, no existe norma en dicho *Código* que prohíba al acreedor de una obligación de dar renunciar a su derecho de optar por el cumplimiento específico o la resolución. Asimismo, el legislador no ha prohibido interponer la acción indemnizatoria en forma autónoma tratándose del incumplimiento de una obligación de dar y sabido es que en el derecho privado puede hacerse todo aquello que el legislador no prohíbe[45].

Por consiguiente, no resulta convincente negar al acreedor de una obligación de dar el derecho a optar en favor de la indemnización de daños invocando la ausencia de una norma general que le reconozca tal derecho, no solo porque este razonamiento contraviene el principio de reparación integral de la indemnización y desconoce la libre opción del acreedor[46], sino porque, además, no existe ninguna razón que justifique que ella solo proceda para el incumplimiento de las obligaciones de hacer y no hacer. En efecto, *donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.*

[42] Por todos Laithier (2004), pp. 91-92 y Tallon (1994), p. 235.

[43] Pizarro (2006), p. 249.

[44] López (2014), pp. 176-178.

[45] Así se ha pronunciado la Corte Suprema en aquellas sentencias en que ha admitido la autonomía de la indemnización, véanse las sentencias Agroindustria San Vicente S.A. con Exportadora Aconcagua Ltda. (2009), la sentencia Opazo Lamana con Laboratorio Inmunomédica Limitada (2010), Asociación de Productores de Huevos de Chile con Banco de Chile (2011), Toro Fuentealba con Concha Sandoval (2012) y Reyes Valdivia, Rodrigo con Escuela de Tripulantes y Portuaria (2012).

[46] López (2010), pp. 93-103.

2. La necesaria distinción entre cumplimiento e indemnización y el recurso a la unidad de la indemnización de daños

La segunda premisa a la que hubiera sido de utilidad recurrir en la sentencia que venimos comentando es la necesaria distinción entre pretensión de cumplimiento específico y la indemnización de daños, fijando, a propósito de esta última, el sentido y alcance de la *aestimatio rei* y el *id quod interest*, entendiendo equivalen, respectivamente, al daño intrínseco y daño extrínseco.

Tal diferenciación es relevante, pues el demandante no solo subordina la dependencia de la indemnización al art. 1545 aduciendo que el contrato debe cumplirse en la forma convenida –argumento del que ya nos hemos hecho cargo en el apartado precedente–, sino a la idea de que el *cumplimiento por equivalencia* equivale a la indemnización de daños, en circunstancias que como lo referimos en otro sitio[47] y acertadamente lo destaca Hernán Corral[48], el cumplimiento es un medio de tutela distinto a la indemnización. En efecto, el primero procede si existe cumplimiento, la prestación aún es posible y siempre que no sobrevenga algún límite a su procedencia, como la excesiva onerosidad de la prestación y el carácter exclusivamente personal de la prestación[49]. En cambio, la segunda requiere cumplimiento, imputabilidad, mora, daños y relación de causalidad entre estos y la inejecución contractual.

El demandante solo reclama los daños derivados del incumplimiento y no el valor de la prestación, de modo que el demandado no puede pretender que dicha indemnización acceda a tal valor, cualquiera sea la calificación jurídica que le atribuya a este último ni que concederla infrinja lo dispuesto en los arts. 1672 y 1873 del *Código Civil*[50]. Distinto hubiera sido que reclamara ambos, porque en tal caso la Corte se habría visto enfrentada a la clásica discusión en torno a si la *aestimatio rei* es, desde una perspectiva jurídica, un *cumplimiento por equivalencia*[51] –supuesto en el que la indemnización solo estaría constreñida a aquellos daños que exceden el valor de la prestación, restringiéndose los casos en que deviene como autónoma[52]– o un *daño intrínseco* como se ha abogado por la civilística más moderna[53].

Estimamos que existen al menos tres argumentos para sostener que la indemnización comprende el valor de la prestación (*daño intrínseco*) y los daños

[47] López (2015), pp. 155-160.

[48] Corral (2020).

[49] Sobre tales límites véase Pizarro (2014), pp. 203- 219, López (2015), pp. 138-149 y Bahamondes (2018a), pp. 177-227.

[50] Que como hemos dicho más atrás a propósito del art. 1672 y oblicuamente tratándose del art. 1873 –pues replica el tenor del 1489 en la compraventa– no establecen una preferencia del cumplimiento por sobre la indemnización.

[51] Gatica (1959), p. 11 y ss., Fueyo (2004), pp. 342-343, Meza (2007), p. 119 y Abeliuk (2010), pp. 810-811.

[52] Contardo (2014), pp. 266-268.

[53] Morales (2006), pp. 48-50, Pizarro (2007a), pp. 210-212, Díez-Picazo (2008), pp. 781-782, Sánchez (2010), pp. 1728-1756, Vidal (2011), pp. 765-768 y López (2015), pp. 167-173.

que exceden dicho valor (*daño extrínseco*)[54], advirtiéndose una *unidad de la indemnización*[55]. En primer lugar, la distinción que realizan los preceptos de nuestro *Código Civil* entre el precio de la cosa y los daños por incumplimiento no es concluyente, pues el art. 1678 considera dicho precio como daño[56]. Por otro lado, el equivalente pecuniario constituye una manifestación de la tutela resarcitoria, dado que, al igual que la indemnización de daños, pretende dejar al acreedor en la misma situación que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido en la forma acordada por las partes, al menos en lo que concierne al valor de la prestación. Finalmente, resulta inadmisible sustentar la dualidad *aestimatio rei* e *id quod interest*, pues, si bien puede inferirse de determinados preceptos del *Código Civil*, estos no evidenciarían una intención del legislador de establecer una bifurcación del régimen indemnizatorio, sino que sería un vestigio histórico del tratamiento que recibía esta materia en el derecho romano, como consecuencia de su sistema de acciones[57].

Admitir tal *unidad indemnizatoria* no solo permite al acreedor alcanzar la reparación integral del daño, sino afirmar que la indemnización persigue una *función de satisfacción en equivalente del interés en la prestación* y *reparatoria propiamente tal* y no la función de cumplimiento por equivalencia e indemnizatoria que sostiene el demandado. En efecto, la indemnización desplegaría una función de reparación y otra función de cumplimiento en equivalente, abarcando los daños consecutivos al incumplimiento (daños extrínsecos a la prestación o daños consecuenciales) y los inherentes a este (daños intrínsecos, daños consustanciales o valor de la prestación debida). La indemnización, por consiguiente, no se restringiría al valor de la prestación o a una suma representativa de esta, sino que comprendería también el daño que excede dicho valor, independencia de que recaiga en bienes distintos al objeto del contrato o en la persona del deudor[58].

Lo cierto es que la Corte no repara en ninguna de estas disquisiciones dogmáticas ni realiza dos precisiones que hubieran sido de gran utilidad para asentar más acabadamente la procedencia de la indemnización frente al incumplimiento de una obligación de dar. En efecto, como lo apunta Hernán Corral[59], no corrige la confusión entre cumplimiento por equivalencia e indemnización en el considerando décimo que transcribimos más atrás, aun cuando parece

[54] Distinción que encuentra su origen en el *Digesto* 19,1,21,3 de Paulo, pues en este pasaje distingue el *interesse circa rem* o *intrinsecum* y el *interesse extra rem o extrinsecus*.

[55] Sustentada por los autores indicados en la nota 53.

[56] Abogando por esta distinción Baraona (1997), p. 159 y Bustamante (2005), p. 109. Sin embargo, el tenor del art. 1678 a propósito de la pérdida de la cosa que se debe da a entender que el precio sería una partida indemnizable y que habrían otras distintas de este, diluyéndose el argumento según el cual el *Código* distinguiría el precio de la cosa y la indemnización, Alcalde (2012), p. 70 y López (2014), p. 160.

[57] Morales (2006), p. 48. Una idea similar, pero aplicada al derecho chileno, en Bahamondes (2018b), pp. 611 a 619.

[58] Vidal (2014), pp. 718 y 719 y López (2015), pp. 162-163.

[59] Corral (2020).

adherir a ella, pues otorga la indemnización autónoma al demandante. Por otro lado, no rectifica la función de la indemnización en el considerando undécimo –que también reprodujimos con antelación–, sino que tan solo precisa, citando a Álvaro Vidal, que en la responsabilidad contractual

> "la indemnización cumple la función de colocar al acreedor en la misma posición económica que tendría de haberse cumplido el contrato y es así como cobra sentido la mención al 'cumplimiento por equivalencia' a que alude la actora en su demanda, como una reparación integral del acreedor"[60].

3. La opción real y la opción aparente del acreedor en favor de la indemnización de daños

La última premisa que resultaba pertinente invocar en este caso es que inclinarse por la indemnización autónoma siempre es una opción para el acreedor, con independencia de que ella sea *real* o *aparente*, toda vez que una de las alegaciones del recurrente es que aquella no procede, dado que está restringida a los contratos en que es "imposible la resolución o el cumplimiento, lo que no acontece en la compraventa".

Más allá de lo incorrecto de dicha aseveración –pues en dicho contrato procederán tales medios de tutela en la medida que concurran sus requisitos–, el tribunal debería haber expresado en forma más explícita –pues lo hace oblicuamente en el considerando undécimo[61]–, que la *insatisfacción del acreedor* derivada del incumplimiento abre en su favor un *derecho de opción* entre los diversos medios de tutela. Dicho de otra forma, tal derecho es *sucedáneo* al derecho de crédito, porque, si bien el acreedor puede exigir el cumplimiento de la prestación convenida, el deudor no se obliga a prestar, sino a garantizar el derecho de crédito con su actividad, a través de la ejecución de las prestaciones o conductas que resulten necesarias a tal efecto. Por consiguiente, si se verifica el incumplimiento, el acreedor, en cuanto titular del derecho subjetivo de crédito, podrá optar entre los diferentes medios de tutela que el ordenamiento jurídico contempla en su favor, salvo que se infrinjan sus límites sustantivos o procedimentales[62].

Pues bien, tal opción puede ser *aparente* o *real*. La primera se advierte en aquellos casos en que la indemnización deviene como único medio de tutela posible para el acreedor, como acontece cuando falta uno de sus presupuestos,

[60] EVT Consulting SpA con Nitratos de Chile S.A. (2020).

[61] Al referir que el legislador no ha prohibido la acción indemnizatoria que "en mejor forma repare integralmente el daño derivado del incumplimiento".

[62] Los límites sustantivos son la buena fe y el interés del deudor –López (2015), pp. 113-125– y el procedimental está representado por la carga del acreedor de seleccionar la acción por la cual demanda, procurando la compatibilidad de sus pretensiones, Larroucau (2015), pp. 273-274, 277 y 279.

no es posible impetrarlo[63] o se verifica el vencimiento de un término esencial. La segunda, en tanto, se configura cuando procediendo todos los medios de tutela, el acreedor se inclina por aquel que estima satisface de mejor forma su *interés contractual*[64].

Y es precisamente este último supuesto el que se verifica en el caso objeto de este comentario, toda vez que era inoficioso que pidiera el cumplimiento de la orden de compra si tenía que hacer frente a la demanda de daños de Cathay Import AS y tampoco le servía la resolución del contrato, dado que, como apunta Hernán Corral, las obligaciones de ambas partes estaban pendientes y no era necesario proceder a las restituciones[65].

Pero tal circunstancia no obsta a que existan supuestos en que el acreedor, procediendo todos los medios de tutela, decida inclinarse por la sola indemnización, porque desde una perspectiva económica le es más conveniente. Entender lo contrario equivaldría a relativizar su autonomía[66], en circunstancias que su aceptación permitió superar los problemas que se presentaban en la época en que prevalecía la teoría clásica o tradicional que postulaba su *accesoriedad o dependencia al cumplimiento o resolución*, cuales eran la restricción injustificada del derecho de opción, la insatisfacción del interés del acreedor, la desestimación judicial de la tutela resarcitoria y la inaplicabilidad de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías cuando el acreedor demandaba la sola indemnización[67].

Concordamos con los argumentos generales que ha invocado la Corte Suprema desde el año 2010 a la fecha y que ha asentado una teoría que se hacía cada vez más necesaria, pues más allá que existan casos de *autonomía aparente* –esto es, supuestos en que se demanda la indemnización exclusiva, en circunstancias que en estricto rigor la indemnización acompaña el cumplimiento o la resolución–, dicho tribunal ha concedido la indemnización en supuestos que bajo la vigencia de la doctrina clásica hubiera sido impensado. Ese, sin duda, ha sido un gran avance de la última década.

Pero estimamos que para que se supere la discusión en torno al incumplimiento de las obligaciones de dar se hace necesario incorporar estas tres premisas que hemos venido analizando, porque permiten delinear correctamente la diferencia entre el cumplimiento específico y la indemnización, precisar la función y alcance de esta última y reconocer la opción en favor de ella como un derecho del acreedor. Solo así podremos transitar desde un *cambio de paradigma*

[63] Así aconteció en Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A. (2012), pues la entrega de los rodillos estaba cumplida y parte de ellos ya estaban cortados, de modo que no podían solicitarse la resolución del contrato.

[64] Un análisis en López (2015), pp. 150-154.

[65] Corral (2020).

[66] Efecto que también se advierte si se adhiere a la premisa según la cual la subsanación del incumplimiento operaría como límite a la autonomía de la indemnización –Vidal (2018)–, a la que no adherimos por las razones expresadas en López (2019a), pp. 143-147.

[67] Una revisión de estos problemas en López (2015), pp. 60-82.

jurisprudencial al que aludimos hace algunos años[68] una *contundente realidad* a propósito de la inejecución de dichas obligaciones.

Bibliografía citada

Abeliuk Manasevich, René (2010). *Las obligaciones.* 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo ii.

Abeliuk Manasevich, René (2014). *Las obligaciones.* 6ª ed. Santiago: Thomson Reuters La Ley. Tomo i.

Alcalde Silva, Jaime (2012). "La reaparición de la cosa perdida y la facultad del acreedor para reclamarla". *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* vol. xxxviii. Valparaíso.

Alessandri Rodríguez, Arturo, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic Haklicka (2004). *Tratado de las Obligaciones. Volumen ii. Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, de la protección de los derechos del acreedor, de la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes.* 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Bahamondes Oyarzún, Claudia (2018a). *El cumplimiento específico de los contratos.* Santiago: Ediciones Der.

Bahamondes Oyarzún, Claudia (2018b). "El procedimiento de ejecución forzada de las obligaciones y la *aestimatio rei*", en Álvaro Vidal (dir.). Gonzalo Severin (ed.). *Estudios de derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno.* Santiago: Editorial Thomson Reuters.

Baraona González, Jorge (1997). "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una re-lectura en clase objetiva". *Revista Chilena de Derecho,* vol. 24, n.° 1. Santiago.

Barros Bourie, Enrique (2008). "Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales", en Alejandro Guzmán Brito (ed. científico). *Estudios de Derecho Civil III.* Santiago: Editorial LegalPublishing.

Barros Bourie, Enrique (2019). *Tratado de responsabilidad civil extracontractual.* 2ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo ii.

Bustamante Salazar, Luís (2005). "Autonomía del equivalente pecuniario o su integración dentro de la indemnización de daños", en Juan Andrés Varas y Susan Turner (eds.). *Estudios de Derecho Civil I.* Santiago: Editorial LexisNexis.

Cárdenas Villareal, Hugo y Ricardo Reveco Urzúa (2018). *Remedios contractuales.* Santiago: Editorial Thomson Reuters.

Contardo González, Juan Ignacio (2014). "Independencia de la acción de perjuicios en sede contractual. Corte Suprema, Primera Sala (Civil), 10 de septiembre de 2013, Rol 885-2013". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 22. Santiago.

[68] López (2014), pp. 139-207.

Contardo González, Juan Ignacio (2015). *Indemnización y resolución por incumplimiento.* Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley.

Corral Talciani, Hernán (2010). *Contratos y daños por incumplimiento.* Santiago: Editorial Abeledo Perrot, LegalPublishing.

Corral Talciani, Hernán (2020). "Autonomía de la pretensión indemnizatoria: ¿regla absoluta o para algunos casos?". Análisis Jurídico, Contratos y Responsabilidad. *Mercurio Legal.* Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2020/03/17/Autonomia-de-la-pretension-indemnizatoria-regla-absoluta-o-para-algunos-casos.aspx [fecha de consulta: 18 de mayo de 2020].

Correa Fuenzalida, Guillermo (1933). *Teoría de las obligaciones.* Santiago: versión taquigráfica de clases.

De la Maza Gazmuri, Iñigo (2016). "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.° 2. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v45n2/0718-3437-rchilder-45-02-00275.pdf [fecha de consulta: 5 de mayo de 2020].

De la Maza Gazmuri, Iñigo y Álvaro Vidal Olivares (2018). *Cuestiones de derecho de contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia.* Santiago: Editorial Thomson Reuters.

Díez-Picazo, Luis (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias.* 6ª ed. Navarra: Editorial Civitas Thomson Reuters.

Fueyo Laneri, Fernando (2004). *Cumplimiento e Incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Gatica Pacheco, Sergio (1959). *Aspectos de la indemnización de daños por incumplimiento del contrato: del incumplimiento de las obligaciones contractuales; de los daños y de su liquidación judicial, legal y convencional. De la cláusula penal. Artículos 1556, 1558, 1559 y 1535 a 1544 del Código Civil.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Laithier, Yves-Marie (2004). *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contract.* Paris: LGDJ.

Larroucau Torres, Jorge (2015). "Vicios, acciones y prueba en la compraventa". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 22, n.° 1. Coquimbo.

López Díaz, Patricia Verónica (2010). "La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil chileno". *Revista Chilena de Derecho Privado,* n.° 15. Santiago.

López Díaz, Patricia Verónica (2014). "La autonomía de la indemnización de daños en la jurisprudencia nacional reciente ¿un cambio de paradigma?". *Revista Chilena de Derecho Privado,* n.° 23. Santiago.

López Díaz, Patricia Verónica (2015). *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil Chileno.* Santiago: Editorial Thomson Reuters LegalPublishing.

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 Nº 5746-2016. Cita en línea LegalPublishing CL/JUR/7557/2016". *Revista Chilena de Derecho Privado,* nº 28, julio. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n28/0718-8072-rchdp-28-0307.pdf [fecha de consulta: 24 de abril de 2020].

López Díaz, Patricia Verónica (2018a). "Los supuestos y el alcance de la indemnización de daños como medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno y su eventual confluencia con la indemnización por incumplimiento contractual". *Ius et Praxis*, vol. 24, n.° 1. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n1/0718-0012-iusetp-24-01-00243.pdf [fecha de consulta: 19 de mayo de 2020].

López Díaz, Patricia Verónica (2018b). "La ruptura de las tratativas preliminares como una justificada excepción al principio de libertad contractual y un particular supuesto de indemnización precontractual", en Álvaro Vidal (dir.), Gonzalo Severin (ed.). *Estudios de derecho de contratos en Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno.* Santiago: Editorial Thomson Reuters.

López Díaz, Patricia Verónica (2019a). *La tutela precontractual del acreedor: una aproximación desde el código civil chileno y su interrelación con la tutela contractual.* Santiago: Editorial Thomson Reuters.

López Díaz, Patricia (2019b). "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". *Revista chilena de Derecho Privado,* n.° 33, pp. 173-191. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n33/0718-8072-rchdp-33-0173.pdf [fecha de consulta: 24 de abril de 2020].

Meza Barros, Ramón (2007). *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones.* 10ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Morales Moreno, Antonio Manuel (2006). "Evolución del concepto de obligación en derecho español", en Antonio Manuel Morales Moreno. *La modernización del Derecho de obligaciones.* Navarra: Editorial Thomson Civitas.

Morales Moreno, Antonio Manuel (2011). "La indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato". *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado. Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas.* Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. Vol. VII.

Morales Moreno, Antonio Manuel (2014). "Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre grandes cuestiones jurídicas

de la contratación". *Anuario de Derecho Civil,* vol. 67, fascículo 1. Madrid.

Peñailillo Arévalo, Daniel (2003). *Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Pizarro Wilson, Carlos (2006). "Las cláusulas resolutorias en el Derecho Civil chileno: función y autonomía". *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. Vol III.

Pizarro Wilson, Carlos (2007a). "La responsabilidad contractual en el Derecho Chileno", en Fabricio Mantilla (coord.). *Problemas de Derecho de los Contratos.* Bogotá: Editorial Legis.

Pizarro Wilson, Carlos (2007b). "Por la autonomía de la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 9 de Enero de 2007". *Revista Chilena de Derecho Privado,* n.° 9. Santiago.

Pizarro Wilson, Carlos (2014). "Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 21, n.° 1. Coquimbo.

Polit Corvalán, Joaquín (2016). "Algunas reflexiones sobre la indemnización de perjuicios como remedio autónomo frente al incumplimiento de las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, en particular a la luz del caso 'Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato'", en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (ed.), Manuel Barría Paredes (coord.). *Estudios de Derecho Civil XI.* Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley.

Ramos Pazos, René (2008). *De las obligaciones*, 3ª ed. Santiago: Editorial LexisNexis.

San Martín Neira, Lilian (2014). "La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño por incumplimiento contractual", en Susan Turner y Juan Andrés Varas (coords.). *Estudios de Derecho Civil IX.* Santiago: Editorial LegalPublishing Thomson Reuters.

Sánchez Castro, David (2010). "El cumplimiento por equivalente:¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles de toda pretensión indemnizatoria?". *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, fascículo 4. Madrid.

Tallon, Denis (1994). "L'inexécution du contracté: pour une autre présentation". *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* n° 2. Paris. Avril-Juin.

Vidal Olivares, Álvaro (2007). "El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Un intento de relectura de las disposiciones del código civil sobre incumplimiento", en Alejandro Guzmán Brito (ed.). *El Código Civil de Chile (1855-2005).* Santiago: Editorial LexisNexis.

Vidal Olivares, Álvaro (2011). "La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento", en Gonzalo Figueroa, Enrique Barros y Mauricio Tapia (coords.). *Estudios de Derecho Civil VI.* Santiago: Editorial Abeledo-Perrot LegalPublishing.

Vidal Olivares, Álvaro (2014). "La indemnización de daños por incumplimiento y estar 'contractualmente obligado'", en Susan Turner y Juan Andrés Varas. *Estudios de Derecho Civil IX.* Santiago: Editorial Thomson Reuters.

Vidal Olivares, Álvaro (2018). "El derecho a subsanar el incumplimiento como límite a la autonomía de la indemnización en derecho de contratos. Indemnización de daños y ejercicio autónomo", en Claudia Bahamondes, Leonor Etcheberry y Carlos Pizarro (eds.). *Estudios de Derecho Civil XIII.* Santiago: Editorial Thomson Reuters.

Jurisprudencia

Agroindustria San Vicente S.A. con Exportadora Aconcagua Ltda. (2009).Corte Suprema, 30 de septiembre 2009 (casación en el fondo) Microjuris n.º 21689.

Ampuero Ascensio con Castillo Hernández (2013). Corte Suprema, 28 de enero de 2013 (casación en el fondo), LegalPublishing n.° CL/JUR/174/2013

Asesorías, Inversiones y Productora de Eventos y Material Audiovisual Acacia Producciones Ltda. con Universidad de Antofagasta (2015). Corte Supre_ma, 11 de marzo de 2015 (casación en el fondo), VLEX. Disponible en https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:2127/patricia+l%C3%B3pez+d%C3%ADaz/WW/vid/560736926 [fecha de consulta: 20 de abril de 2020].

Asociación de Productores de Huevos de Chile con Banco de Chile (2011). Corte Suprema, 31 de agosto de 2011 (casación en el fondo), Vlex N° 333763730.

GC Construcciones e Inversiones Limitada con Municipalidad de Quellón (2017): Corte Suprema, 23 de enero de 2017 (casación en el fondo. Disponible en https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:2127/20496-2016/WW/vid/661436345 [fecha de consulta: 20 de abril de 2020].

EVT Consulting Spa con Nitratos de Chile S.A. (2014). 23° Juzgado Civil de Santiago, 15 de diciembre de 2016 (demanda de indemnización de perjuicios. Disponible en https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=20409839&CRR_IdDocumento=18265243 [fecha de consulta: 21 de abril de 2020].

EVT Consulting SpA con Nitratos de Chile S.A. (2017). Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de noviembre de 2017 (recurso de casación en la forma y recurso de apelación). Disponible en https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:CL/8596-2018/WW/vid/839726702 [fecha de consulta: 21 de abril de 2020].

EVT Consulting SpA con Nitratos de Chile S.A. (2020). Corte Suprema, 30 de enero de 2020 (recurso de casación en la forma y casación en el fondo), Legal Publishing N° CL/JUR/10063/2020.

Laboratorio de Control Técnico Llai Llai con Celestron Ltda. (2014). Corte Suprema, 26 de noviembre de 2014 (casación en el fondo), LegalPublisng CL/JUR/8980/2014.

Mac Auliffe y Compañía con Salinas (1990). Corte Suprema, 18 de mayo de 1900 (recurso de apelación). *Gaceta de los Tribunales.* Tomo I, sección 748, Santiago.

Opazo Lamana con Laboratorio Inmunomédica Limitada (2010). Corte Suprema,

7 de diciembre de 2010 (casación en la forma y casación en el fondo), Legal Publishing N° CL/JUR/12005/2010.

Reyes Valdivia, Rodrigo con Escuela de Tripulantes y Portuaria (2012). Corte Suprema, 10 de julio de 2012 (casación en el fondo), Legal Publishing N° CL/JUR/1308/2012.

Toro Fuentealba con Concha Sandoval (2012). Corte Suprema, 13 de junio de 2012 (casación en el fondo y casación en el fondo), Legalpublishing N° CL/JUR/1092/2012.

Transportes Aeropuerto Express Limitada y Ladeco S.A. (2007). Corte Suprema, 16 de agosto de 2007 (casación en el fondo), Legal Publishing N° CL/JUR/6092/2007.

Sociedad Cuenca Ingenieros Consultores Ltda. con Municipalidad de Cabildo (2016). Corte Suprema, 3 de octubre de 2016 (recurso de casación en el fondo), disponible en LegalPublishing N° CL/JUR/6818/2016.

Sociedad de Proyectos y Servicios de Ingeniería Limitada con Gobierno Regional de Tarapacá (2015). Corte Suprema, 24 de agosto de 2015 (casación en el fondo). Disponible en https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:2127/patricia+l%C3%B3pez+d%C3%ADaz/WW/vid/581034890 [fecha de consulta: 20 de abril de 2020].

Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A. (2012). Corte Suprema, 31 de octubre de 2012 (casación en la forma y casación en el fondo). Legal Publishing n.° CL/JUR/2412/2012.

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
coord.	coordinador
coords.	coordinadores
dir.	director
DL	decreto ley
ed.	edición *a veces* editor
eds.	editores
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
IVA	Impuesto al valor agregado
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Ltda.	limitada
n.º *a veces* Nº	número
op. cit.	*opere citato* (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
S.A.	sociedad anónima
SpA	Sociedad por acciones
SQM	Sociedad Química y Minera de Chile
ss.	siguientes
USD	Dólares estadounidenses
vol.	volumen
www.	World Wide Web

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 303-314 [julio 2020]

Contratos especiales

Javier Rodríguez Diez
Profesor de Derecho Romano
Pontificia Universidad Católica de Chile

La excepción de contrato no cumplido frente a la destrucción parcial de la cosa arrendada

Corte Suprema, 3 de marzo de 2020, rol n.° 3.660-2018

I. Introducción

Una de las cuestiones más espinosas que plantea el derecho de los contratos es la relación entre las disposiciones generales, tales como aquellas establecidas en el título "Del efecto de las obligaciones" (libro 4º, título xii del *CC)*, y aquellas que el legislador dispone para cada contrato en particular. El caso objeto de este comentario pone de manifiesto este problema en el contexto del arrendamiento, particularmente en la hipótesis de perecimiento parcial de la cosa arrendada y la omisión del arrendador de proceder a su reparación, lo que motivó al arrendatario a suspender el pago de las rentas asilándose en la llamada excepción de contrato no cumplido del art. 1552. El rechazo de dicha excepción por parte de la Corte Suprema ofrece una interesante perspectiva de análisis sobre los límites del art. 1552 y sobre la lógica detrás de la regulación especial en materia de arrendamiento frente al deterioro de la cosa arrendada.

II. La cuestión debatida

La controversia encuentra su origen en un contrato de arrendamiento celebrado entre la Sra. González (arrendadora) con una sociedad educacional (arrendataria), a fin de que esta última destinase un predio rústico en las cercanías de Collipulli para operar una escuela, a cambio del pago de una renta de $800 000 mensuales. Al cabo de un tiempo, la escuela sufrió un incendio que destruyó alrededor del 60% de sus instalaciones. Los peritajes de rigor descartaron que el fuego tuviese su origen en un defecto del edificio (*v. gr.* un cortocircuito) y consignaron que se debió a la acción de terceros. La escuela se hallaba al momento del incendio a cargo de una pareja de cuidadores.

Al comienzo las partes del contrato mantuvieron una actitud de colaboración, pero las relaciones rápidamente se enfriaron debido a la negativa de la

Sra. González de asumir los costos de reconstrucción del inmueble, insistiendo al mismo tiempo en el pago de la renta. Por su parte, la sociedad educacional procedió a reconstruir de forma parcial la escuela, desembolsando al efecto $10 500 000 con el fin de poder retomar sus actividades y así evitar multas o la pérdida de subsidios. Gracias a esta inversión se consiguió acotar el periodo de suspensión de las actividades académicas a tan solo nueve días. Sin embargo, luego de algunos meses, y ante la negativa de la arrendadora de reembolsar los gastos de reconstrucción, la sociedad educacional simplemente dejó de pagar la renta.

La Sra. González demandó la terminación del arrendamiento por no pago de las rentas, adeudándose a la época de la demanda la suma de $5 600 000. La sociedad educacional dedujo la excepción de contrato no cumplido del art. 1552, alegando que, de conformidad al art. 1924 n.° 2, una de las obligaciones del arrendador es mantener la cosa en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendada. Esta obligación, a juicio del demandado, se vio incumplida por la negativa del arrendador de reembolsar los gastos de reconstrucción. El tribunal de primera instancia le dio la razón al arrendatario por considerar que se verificaba un incumplimiento grave por parte de la Sra. González de la obligación genérica de mantención de la cosa establecido en el art. 1924 n.° 2, así como de la obligación de reparación del art. 1927[1], por lo que acogió la excepción del art. 1552 y rechazó la demanda[2]. Para llegar a esta conclusión, la sentencia estimó que correspondía al demandante probar que los inmuebles se encontraban en condiciones de ser usados para prestar servicios educacionales, cosa que no ocurrió. Además, indicó que sí se verificaban los presupuestos de la excepción de contrato no cumplido, especialmente considerando el monto invertido por la arrendataria para reparar el inmueble, lo que revestía al incumplimiento de la arrendadora de la gravedad suficiente como para permitir la aplicación del art. 1552.

Aunque esta decisión no fue impugnada, la Sra. González interpuso una nueva demanda, solicitando ahora el pago de las rentas adeudadas, las cuales alcanzaban la suma de $17 600 000 a la época de interposición de la nueva demanda. La sociedad educacional esgrimió de nuevo como defensa el art. 1552, considerando no solo los gastos en que incurrió en la reconstrucción del inmueble, sino, también, que dicha reconstrucción había sido solo parcial, por lo que el establecimiento no estaba en óptimas condiciones para el fin a que fue arrendada. Ello se había traducido por lo demás en una drástica caída de las matrículas, pasando de tener más de sesenta alumnos a solo veinticuatro.

[1] Art. 1927 del *CC*: "La obligación de mantener la cosa arrendada en buen estado consiste en hacer durante el arriendo todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario. / Pero será obligado el arrendador aun a las reparaciones locativas, si los deterioros que las han hecho necesarias provinieron de fuerza mayor o caso fortuito, o de la mala calidad de la cosa arrendada. / Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas obligaciones".

[2] 2° Juzgado Civil de Temuco, sentencia de 1 de octubre de 2015 en causa rol C-4.908-2014.

La causa fue conocida la misma jueza del caso anterior, la cual rechazó la pretensión de la actora por los mismos argumentos antes expuestos[3]. Esta decisión fue a su vez confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco[4].

Pese a estos continuos reveses, la arrendadora interpuso un recurso de casación en el fondo, fundado en la vulneración de los arts. 1552, 1698, 1924, 1927, 1932, 1935, 1939 y 1941, recurso que fue acogido por la Corte Suprema[5]. El nervio de este fallo consiste en identificar si acaso la destrucción parcial de la cosa arrendada se debió o no a un caso fortuito. La Corte reconoce que, en virtud de los arts. 1924 n.° 2 y 1927, el arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el goce de la cosa arrendada y a efectuar las reparaciones que sean necesarias, salvo las locativas. Sin embargo, la obligación de reembolsar el costo de las reparaciones indispensables en que haya incurrido el arrendatario estaría condicionado, según el art. 1935, a que el arrendatario no las haya hecho necesarias por su culpa. Así, la obligación de reparación del arrendador encontraría su correlato en la obligación del arrendatario de emplear en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia (art. 1939), debiendo responder, además, por la culpa de su familia, huéspedes y dependientes (art. 1941). La Corte Suprema indicó que correspondió a la arrendataria acreditar que la destrucción ocurrió por un caso fortuito o fuerza mayor. No habiéndose probado esta circunstancia, no constaría en autos que la actora hubiese incurrido en incumplimiento de sus obligaciones o no se allanare a cumplir, por lo que no se verificaban los presupuestos para aplicar el art. 1552 (cons. 6°).

Interesante resulta notar que la Corte Suprema agregó, a mayor abundamiento, que:

> "la Escuela suspendió sus actividades por un tiempo breve y acotado, lo que permite concluir que el inmueble sigue en condiciones para servir para el fin que fue arrendado, habida consideración que tampoco se acreditó la disminución en las matrículas esgrimida al fundar la excepción opuesta" (cons. 5°).

La sociedad educacional fue así condenada a una suma que, atendida la duración del litigo, superaría los $60 000 000. A ello cabe agregar que en el primer juicio la sociedad educacional dedujo una excepción de compensación por el monto invertido en la reconstrucción, excepción que fue rechazada atendido el tenor del contrato, que prohibía al arrendatario imputar las mejoras que introduzca a las rentas de arrendamiento. Así, la sociedad educacional se vio impedida de recuperar el monto invertido en la reparación. Además, por haber sido totalmente vencido, el demandado fue condenado a pagar las costas del juicio.

[3] 2° Juzgado Civil de Temuco, sentencia de 26 de enero de 2017 en causa rol C-3.660-2018.

[4] Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 24 de enero de 2018 en causa n.° 473-2017.

[5] Corte Suprema, sentencia de 3 de marzo de 2020 en causa n.° 29.635-2018.

III. Comentario

1. Caso fortuito, obligación de reparación y art. 1552

Ante todo, la decisión de la Corte Suprema parece acertada por cuanto respecta a la posibilidad de aplicar el art. 1552. Los fallos de primera y segunda instancia asumen sin más que la destrucción parcial da lugar a una obligación de reconstruir por parte del arrendatario. Con ello pasaron por alto la distribución de los riesgos que establece el legislador en materia de arrendamiento para efectos de la destrucción (total o parcial) de la cosa arrendada. Una serie de normas dan cuenta de que, como regla general, el deterioro o perecimiento de la cosa arrendada debido a un caso fortuito es de riesgo del arrendador[6]. Así, si la cosa se destruye totalmente por caso fortuito, el contrato expira (art. 1950 n.° 1). Si la cosa experimenta deterioros provenientes de caso fortuito o de su mala calidad, también asumirá el riesgo el arrendador, quien será obligado a todas las reparaciones, incluso las locativas (art. 1927). En la misma línea, el arrendador es obligado a reembolsar al arrendatario el costo de las reparaciones en las que incurra, salvo que provengan de la culpa de este último (art. 1935). Además, el arrendatario tiene derecho a la terminación del contrato si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, lo que puede dar lugar, asimismo, a la reducción de la renta en caso de impedimento parcial (art. 1932)[7].

La contrapartida de esta atribución del riesgo es que el arrendatario responderá por los daños que culpablemente cause en la cosa (art. 1939). Así, el arrendador no tendrá que reembolsar los costos de reparación que hayan sido necesarios por culpa del arrendatario (art. 1935). Por su parte, la posibilidad de pedir la terminación del contrato o la reducción de la renta en virtud del art. 1932 cubre tanto vicios que tuvieron una causa anterior al contrato como aquellos que empezaron a existir después del contrato, aunque en este último caso deben haberse originado "sin culpa del arrendatario".

En síntesis, en las controversias que se deriven de la destrucción o deterioro de la cosa arrendada la labor del juez se reduce en gran medida a constatar si se verifica o no un supuesto de caso fortuito. De estar efectivamente ante un caso fortuito, el arrendador se verá expuesto a asumir de distintas formas el riesgo asociado. Sin embargo, toda la carga de la prueba recae sobre el arrendatario, no solo porque la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo –en el caso del arrendamiento, que empleó en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia, según prescribe el art. 1939– sino, además, porque la prueba del caso fortuito incumbe al que lo alega (art. 1547 inc. 3°)[8]. La Corte Suprema

[6] López Santa María (2017), pp. 664-665, en relación con los arts. 1950 n.° 1 y 1932.

[7] Sobre la justificación de esta distribución del riesgo véase Cornejo (2017), pp. 177-178.

[8] Recuérdese, además, que la externalidad es uno de los requisitos del caso fortuito, el cual es analizado en detalle por Brantt (2010), pp. 53-107 y Tapia (2019), pp. 117-126. Sobre la prueba del caso fortuito véase Tapia (2019), pp. 127-130.

constató así un error elemental: para dar lugar a la excepción del art. 1552, debía verificarse un incumplimiento por parte de la Sra. González; para que se configurara ese incumplimiento, era necesario acreditar que la destrucción parcial se debió a caso fortuito; no habiéndose acreditado un supuesto de caso fortuito, no es posible constatar incumplimiento alguno por parte de la Sra. González, quien no está obligada a reembolsar los gastos causados por la sociedad educacional o de sus dependientes. Como la arrendadora no estaba en mora de cumplir con sus obligaciones, la arrendataria debía pagar la renta.

2. Exceptio non adimpleti contractus y remissio mercedis

Más allá de la claridad del razonamiento basal que motiva la decisión bajo análisis, resulta evidente que detrás de ella subyace un cierto reproche a la actitud adoptada por la sociedad educacional. Esto no solo se aprecia en la condena en costas al recurrido, sino que, también, por el hecho de que la Corte consigne que las clases estuvieron suspendidas solo por unos pocos días, lo que permitiría concluir que el inmueble sigue en condiciones para servir para el fin que fue arrendado. Sin embargo, esta afirmación resulta muy poco convincente. Si se siguiera esta línea de razonamiento, podría alegarse que si alguien, por ejemplo, arrienda una casa con fines habitacionales, la destrucción del 60% de la misma no obstaría a que se siga destinando al fin para el que fue arrendada en la medida que todavía funcione un baño y haya espacio para ubicar una cama. Obviamente algo cambió. El problema es si el derecho de contratos contiene herramientas para responder de forma adecuada a este cambio.

Frente al problema de la destrucción parcial de la cosa arrendada, la excepción de contrato no cumplido tiene el inconveniente de no ajustar sus consecuencias a la magnitud del daño, ya que implica dejar de pagar la renta en términos absolutos. Es un todo o nada. En el caso bajo análisis, aunque el inmueble se destruyó el parte, la sociedad educacional decidió dejar de pagar en forma indefinida la totalidad de la renta. La proporción entre las rentas debidas a la época de la primera demanda y el costo de las reparaciones –$5 600 000 contra $10 500 000– le dieron credibilidad a la defensa del arrendatario. Sin embargo, a la época de la interposición de la segunda demanda las rentas debidas superaban ampliamente el costo de las reparaciones –$17 600 000 contra $10 500 000–, desproporción que se fue acrecentando con el tiempo.

La sentencia de primera instancia pretendió hacerse cargo de este problema al analizar los requisitos de la excepción de contrato no cumplido, ya que hizo un análisis de la gravedad del incumplimiento y descartó que se tratara de una obligación de poca monta[9]. Sin embargo, la verificación del cumplimiento de este requisito no resulta totalmente satisfactorio en el contexto de una

[9] Sobre la magnitud que debe revestir el incumplimiento para que proceda la excepción de contrato no cumplido véase Yúsari (2012), pp. 19-23 y De la Maza y Vidal (2018), pp. 558-563.

negativa indefinida del arrendatario a pagar la renta. Incluso, si se considera que el inmueble arrendado tiene menos metros cuadrados luego del incendio y reconstrucción (parcial), resulta curioso que el arrendatario siga operando la escuela mes a mes durante varios años sin pagar renta. Esta circunstancia no pasó desapercibida para la Corte, la cual destacó –sin que ello represente un papel claro en la decisión– que la suspensión total de las clases duró solo unos pocos días, dando así a entender que, cualquiera fuera el caso, había algo profundamente desajustado en dar lugar a una exención indefinida de la renta.

En este punto no resulta inoficioso recordar que la excepción de contrato no cumplido es una figura que hunde sus raíces en el derecho romano, donde surge como una aplicación particular de la *bona fides* en contextos relativamente específicos, siendo luego erigida por los autores del *ius commune* (bajo el nombre de *exceptio non adimpleti contractus*) como una defensa general del deudor que busca velar por la reciprocidad de las prestaciones en los contratos bilaterales[10]. Sin embargo, dentro del amplio abanico de soluciones elaboradas trabajosamente por la jurisprudencia romana, existió, además, en el contexto del arrendamiento la llamada *remissio mercedis*, institución que permitía ajustar la renta o poner término al contrato ante cambios sufrido por la cosa arrendada[11].

Si bien esta figura pudiera parecer una antigualla jurídica, lo cierto es que tuvo un amplio desarrollo por parte de los autores del *ius commune*[12] y fue recogida en el art. 1932 del *CC*, el cual aborda las consecuencias del mal estado o calidad de la cosa arrendada:

> "Art. 1932. El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aun a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aun en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario.
>
> Si el impedimento para el goce de la cosa es parcial o si la cosa se destruye en parte, el juez decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta".

[10] Para el desarrollo histórico de la institución véase el acabo estudio de Ernst (2000), p. 18 y ss.

[11] Para un análisis de las intensas discusiones sobre la *remissio mercedis* en Roma véase Du Plessis (2003), pp. 7-58. A modo de ejemplo sobre la aplicación práctica de la misma véase *D.* 19,2,25,2: "Si habiendo edificado el vecino se oscureciesen las luces de un cenáculo, el arrendador está obligado con el inquilino, y no hay duda alguna de que es lícito al colono o al inquilino abandonar el arrendamiento; y si se le demandase por las rentas, se ha de hacer una rebaja; lo mismo se entenderá si el arrendador no restaura las puertas o ventanas demasiado estropeadas" (Si vicino aedificante obscurentur lumina cenaculi, teneri locatorem inquilino: certe quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque si cum eo agatur, repudiationis ratio habenda est. Eadem intellegemus, si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat). Traducción de D'Ors *et al.* (1968), vol. I, p. 719.

[12] Véase Du Plessis (2003), p. 59 y ss.

Según esta norma, bajo ciertas circunstancias –entre las cuales está la falta de culpa del arrendatario– el mal estado o calidad de la cosa permite al arrendatario solicitar la terminación del contrato, pudiendo, además, pedir la rebaja de la renta en el caso de destrucción parcial. Esta norma establece un desenlace equilibrado frente al problema del mal estado de la cosa. Si para el arrendatario no hace sentido seguir arrendando la cosa que se ha dañado o deteriorado, pedirá la terminación[13]. En este caso el arrendador recuperará la cosa y podrá destinarla al fin que estime conveniente. Diversamente, si el deterioro no es de una entidad tan dramática, el arrendatario podrá querer perseverar en el contrato, en cuyo caso podrá aspirar a una rebaja de la renta que se ajuste al estado de la cosa.

Existe así una marcada diferencia entre la delicada distribución del riesgo que prescribe el art. 1932 y las drásticas consecuencias de la aplicación del art. 1552. En el caso bajo análisis, es indudable que, producto del incendio, y habiéndose realizado una reconstrucción parcial, el inmueble arrendado quedó en peores condiciones que a la época del contrato. Sin embargo, a la sociedad educacional le interesaba perseverar en el contrato, por lo que siguió operando la escuela, pero sin pagar la renta, considerando la negativa de la Sra. González a reembolsarle los costos de la reconstrucción. La sociedad educacional no reanudó el pago ni siquiera cuando la renta debida superó el costo de las reparaciones, ya que ello habría implicado imputar mejoras a las rentas debidas, lo que el contrato excluía. La proyección en el tiempo de este estado de cosas llevó a un desequilibrio que la Corte Suprema no estuvo dispuesta a tolerar.

El art. 1932 fue así el gran ausente del debate. El demandado no lo utilizó como defensa, el recurrente lo incluyó sin mayor desarrollo entre las normas vulneradas y la Corte Suprema omitió cualquier pronunciamiento sobre el punto por resultar inoficioso. Sin embargo, su misma ausencia revela los problemas que se suscitan a propósito del desenlace diverso de normas que se superponen.

Para superar esta superposición, ¿será posible afirmar que la normativa de nuestro *Código* en materia de *remissio mercedis* excluye la aplicación del art. 1552 en materia de arrendamiento en hipótesis de mal estado de la cosa? No necesariamente. El art. 1552 está redactado en términos generales, que permiten su aplicación a diversos contratos bilaterales, no siendo impensable que cumpla un papel útil aun en supuestos que involucren el mal estado de la cosa arrendada[14].

[13] El art. 1932 ha figurado en años recientes en interesantes fallos, comentados por De la Maza (2009), pp. 249-256, De la Maza (2010), pp. 207-211 y López (2019), pp. 127-145, aunque en todos estos casos se persiguió la terminación del contrato.

[14] Véase, sin embargo, Ademar Teodomiro Suárez con Christel y Nicolás Mazet Limitada (2017), donde la Corte Suprema revocó un fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, que había acogido la excepción de contrato no cumplido deducida ante el cobro de las rentas por parte del arrendador. El arrendatario alegó el mal estado del inmueble debido a un tornado que azotó Villarrica, frente a lo cual procedió a repararlo, sin recibir reembolso por parte del

El problema es que las consecuencias asociadas a la excepción de contrato no cumplido –abstenerse totalmente de cumplir con la prestación debida– pueden llevar a importantes desequilibrios a medida que se acumulen las rentas impagas, sobre todo en hipótesis de destrucción parcial de la cosa, donde el arrendatario continuará obteniendo alguna forma de provecho. Cuanto más evidentes sean estos desajustes, más inaceptable será el incumplimiento indefinido y total por parte del arrendatario[15].

Esta problemática no es en modo alguno una peculiaridad de nuestro sistema jurídico, sino que es común a las distintas jurisdicciones en las cuales el desarrollo de la *exceptio non adimpleti contractus* entró en conflicto con instituciones más específicas elaboradas al alero de cada contrato, como la *remissio mercedis*. Así, la concurrencia de estas dos figuras ha dado lugar a arduos debates en Sudáfrica, Francia, Austria y Alemania[16]. Entre los instrumentos de unificación, el DFCR propone de forma general que el deudor puede dejar de cumplir la totalidad o parte de su prestación según sea razonable atendidas las circunstancias[17], mientras lo que los PEL LG aterrizan esta alternativa al arrendamiento al dejar abierto al arrendatario la posibilidad de pagar menos renta o de no pagar[18]. Este tormentoso panorama histórico-comparado muestra que corresponderá, en definitiva, al juez apreciar si concurren en cada caso los requisitos de una u otra institución, buscando la solución que atienda de la mejor forma a la distribución de los riesgos en el contexto de una relación jurídica que se prolonga en el tiempo.

arrendador. Por su parte Somarriva (1984), p. 235, comentando una sentencia que acogió la excepción de contrato no cumplido frente a los graves deterioros sufridos en la cosa arrendada a causa de un terremoto, señala: "Es evidente que el fallo no se ajusta a la ley. No se puede permitir que el arrendatario se haga justicia por sí mismo. Puede obligar al arrendador a que efectúe reparaciones, como lo permite el artículo 1927 del Código nombrado; puede solicitar la terminación del contrato, según el artículo 1332 [sic] de ese Código; y, en fin, pedir la disminución de la renta, por aplicación del artículo 1932, apartado 2°, del mismo cuerpo legal. (...) Debe colocar en mora al arrendador y será la justicia la que decida".

[15] En este sentido Ademar Teodomiro Suárez con Christel y Nicolás Mazet Limitada (2017) la cual hace presente las consecuencias en el tiempo en caso de aceptar la excepción de contrato no cumplido deducida por el arrendatario que continúa gozando de la cosa deteriorada (cons. 7°): "...sugiere que el supuesto incumplimiento inicial del arrendador acotado a los referidos $25.000.000 permite que el arrendatario no cumpla nunca más la [obligación] de pagar la renta, no obstante continuar gozando del inmueble arrendado".

[16] Véase Du Plessis (2001), pp. 397-401; Lilleholt *et al.* (2008), pp. 195-196; Naudé (2016), pp. 323-353.

[17] DCFR III. – 3:401(4): "The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances".

[18] PEL LG 4:101: "Overview of remedies. If the lessor fails to perform an obligation under the contract, the lessee is entitled, according to Book III, Chapter 3 and the rules of this Chapter: (...) (b) to withhold performance of the reciprocal obligation; (...) (d) to reduce the rent...". Para la relación entre ambos remedios véase el comentario de Lilleholt *et al.* (2008), pp. 188-191.

3. Una buena sentencia y un mal arreglo

Tito Livio narra que Aníbal, al intentar negociar una paz con Escipión en suelo africano, habría afirmado –con algo de amargura luego de una vida de campañas de dispar resultado– que es mejor y más segura una paz cierta que una victoria esperada[19]. Los abogados afirman que más vale un mal arreglo que un buen juicio, idea que los italianos expresan con cierta sensibilidad culinaria al señalar que es mejor un acuerdo flaco que una sentencia gorda ("Meglio un magro accordo che una grassa sentenza"[20]).

La sentencia de autos es gorda. Muy gorda. Un triunfo rutilante para la arrendadora, luego de años de fallos adversos. Y, sin embargo, en retrospectiva, pareciera que un acuerdo flaco hubiera dejado en mejor pie a las partes. Los efectos negativos son más evidentes en el caso de la sociedad educacional, que no solo fue condenada a pagar más de cinco años de rentas, sino que debe asumir el costo de las reparaciones, al tiempo que queda obligada a seguir pagando la misma renta por un inmueble que tiene menores dimensiones que al tiempo del contrato. Más las costas del juicio.

Por lo que toca a la Sra. González, la sentencia parece más gorda en el papel que en la realidad. Cabe preguntarse qué parte de los más de $60 000 000 podrán cobrarse de manos de una pequeña escuela rural que –de ser ciertos los dichos de la demandada– vio caer de manera dramática el número de alumnos a partir del incendio, comprometiendo su proyecto educativo y sus finanzas. Cualquiera sea el caso, lo cierto es que la Sra. González vendió el terreno luego de que la Corte de Apelaciones de Temuco rechazara su apelación[21], pese a que se encontraba pendiente su recurso de casación ante la Corte Suprema.

Del examen de los antecedentes de la causa se desprende que las partes actuaron por profundas necesidades económicas. Por una parte, la sociedad educacional se embarcó a toda velocidad en la reconstrucción de parte de la escuela, a fin de evitar sanciones y pérdida de subsidios. Conforme al art. 1932 podría haber perseguido la terminación del contrato o la reducción de la renta, pero ninguno de estos fines se ajustaba a sus necesidades inmediatas. El art. 1935 provee de un equivalente funcional en este punto al permitir al arrendatario reparar por sí mismo la cosa para luego solicitar el reembolso, pero tiene el riesgo de que este reembolso estará condicionado a la constatación de que no medió culpa suya en el deterioro de la cosa. Viendo gravemente comprometidas sus finanzas, al ser demandada por la Sra. González, la sociedad educacional tuvo que comprometerse con una defensa basada en el "todo o nada" de la excepción de contrato no cumplido.

[19] Tito Livio, *Ab urbe condita* 30,30,19: "Melior tutiorque est certa pax, quam sperata victoria".

[20] El refrán era ya conocido en términos similares por Nicolás Maquiavelo, quien en sus *Historiae Fiorentinae* hace referencia a aquella "conocida sentencia" (*trita sentenza*) según la cual "meglio un magro accordo, che una grassa vittoria".

[21] Así consta en una nueva demanda iniciada por la compradora del terreno ante el 2° Juzgado Civil de Temuco en causa rol C-3.940-2019.

Por su parte, la arrendadora dio a entender en reiteradas ocasiones que necesitaba con urgencia el dinero de la renta, por lo que debe haberle resultado imposible asumir el costo de reconstrucción de la escuela –y, posiblemente,– llevó a que luego vendiera el terreno.

El desenlace del caso evidencia el riesgo de invocar la excepción de contrato no cumplido allí donde el incumplimiento de la demandante no sea tan ostensible. El hecho que la constatación del incumplimiento dependiese de la calificación del incendio como un supuesto de caso fortuito introdujo desde el principio una cuota de incertidumbre respecto al destino de una defensa basada en al art. 1552, por cuanto se trata de una calificación jurídica que en modo alguno resulta evidente *ex ante*. Las consecuencias de esta incertidumbre se agravaron por el hecho de que las rentas debidas continuaron acumulándose, a lo que contribuyeron los extensos tiempos que involucra la litigación civil –en este caso, seis años para un juicio sumario. En circunstancias como estas, la excepción de contrato no cumplido aparece como un recurso extremo a la justicia privada[22], debiendo privilegiarse frente a ella las soluciones consensuadas. Como última nota histórica, resulta útil recordar que la *remissio mercedis* parece haberse desarrollado sobre todo en el contexto de acuerdos extrajudiciales, siendo de especial interés para los arrendadores haber llegado a acuerdos razonables con arrendatarios confiables, a fin de retenerlos y asegurar así una fuente constante de ingresos[23].

IV. Conclusiones

La decisión de la Corte Suprema aparece impecable desde un punto de vista técnico: al tenor del art. 1935, al no haberse probado que la destrucción parcial se debió a un caso fortuito –cosa que correspondía acreditar al arrendatario– no es posible constatar la existencia de una obligación incumplida por parte de la arrendadora, por lo que no puede admitirse la excepción de contrato no cumplido. Pero la decisión también pone de manifiesto la inadecuación que puede traer consigo esta defensa en el contexto de la destrucción parcial de la cosa arrendada, por cuanto permitiría que el arrendatario se exima del pago de las rentas indefinidamente pese a que de todas formas puede aprovechar –al menos en parte– la cosa arrendada. Si bien esto no significa que el art. 1552 no tenga cabida en este contexto, sí se verifica una superposición funcional entre esta norma y aquellos preceptos específicos que gobiernan cada contrato –como el art. 1932– que puede llevar a resultados prácticos intolerables. Las drásticas consecuencias asociadas al art. 1552 contrastan, además, con la incertidumbre que puede existir respecto a la verificación de un incumplimiento de la obligación, la que en el caso de autos quedó condicionada a la constatación de un

[22] Yúsari (2012), p. 52.
[23] Du Plessis (2003), pp. 10-14.

supuesto de caso fortuito, todo lo cual evidencia el cuidado que se debe tener al echar mano a esta norma.

Bibliografía citada

Brantt Zumarán, María Graciela (2010). *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual - concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*. Santiago: Legal Publishing.

Cornejo Aguilera, Pablo Andrés (2017). *Contrato de arrendamiento, bienes raíces urbanos*. Santiago: DER Ediciones.

D'Ors, Álvaro *et al.* (traductores) (1968). *El Digesto de Justiniano*. Pamplona: Aranzadi. 3 vols.

De la Maza Gazmuri, Iñigo (2009). "Contrato de arrendamiento, artículos 1932 y 1933 del CC., buena fe, propósito práctico, deber de informar". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 13. Santiago.

De la Maza Gazmuri, Iñigo (2010). "Comentario. Terminación de contrato de arrendamiento por mal estado o calidad de la cosa". *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.° 15. Santiago.

De la Maza Gazmuri, Iñigo y Álvaro Vidal Olivares (2018). *Cuestiones de derecho de contratos*. Santiago: Thomson Reuters.

Du Plessis, Paul (2001). "Thompson v Scholtz 1999 1 SA 232 (SCA). Remission of rent (remissio mercedis), exceptio non adimpleti contractus, locatio conductio rei, locatio conductio operis". *De Jure,* vol. 34, n° 2. Pretoria.

Du Plessis, Paul (2003). *A history of remissio mercedis and related legal institutions. s.l.*: Kluwer.

Ernst, Wolfgang (2000). *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages. Zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvolzugs im Zivilprozeß*. Berlin: Duncker & Humblot.

Lilleholt, Kåre *et al.* (2008). *Principles of European Law: Lease of Goods (PEL LG)*. Múnich: Sellier/Bruylant/Staempfli.

López Díaz, Patricia (2019). "Terminación del contrato de arrendamiento por no pago de rentas. Incumplimiento de la obligación de habilitar el inmueble arrendado como local comercial". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 32. Santiago.

López Santa María, Jorge (2017). *Los contratos, Parte general*. 6° ed. actualizada por Fabián Elorriaga. Santiago: Thomson Reuters.

Naudé, Tjakie (2016). "The Principle of Reciprocity in Continuous Contracts like Lease: What is and should be the role of the exceptio non adimpleti contractus (defence of the unfulfilled contract". *Stellenbosch Law Review*, vol. 27, n° 2. Kenwyn.

Somarriva Undurraga, Manuel (1984). *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*. 2° ed. actualizada por Ramón Domínguez Benavente. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Tapia Rodríguez, Mauricio (2019). *Caso fortuito en el derecho civil chileno*. 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters.

Yúsari Khaliliyeh, Tarek (2012). *Incumplimiento recíproco y remedios contractuales*. Santiago: Thomson Reuters.

Jurisprudencia citada

Ademar Teodomiro Suárez con Christel y Nicolás Mazet Limitada (2017): Corte Suprema, 2 de marzo de 2017 (excepción de contrato no cumplido y contrato de arrendamiento), rol n.° 26.900-2015.

Siglas y abreviaturas

al.	*alii* (otros)
art.	artículo
arts.	artículos
CC	*Código Civil*
cons.	considerando
D.	*Digesto*
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ed.	edición
inc.	inciso
n.º *a veces* Nº	número
p.	página
PEL LG	Principles of European Law: Lease of Goods
pp.	páginas
SCA	Sentencia de la Corte de Apelaciones
s.l.	*sine loco*, sin lugar [de edición],
Sra.	señora
ss.	siguientes
v. gr.	*verbi gratia*

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 315-334 [julio 2020]

Bienes y derechos reales

Jaime Alcalde Silva
Profesor asociado de Derecho Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

Problemas registrales en torno a la edificación en suelo ajeno.
Corte Suprema, sentencia de 26 de febrero de 2020, rol núm. 18.877-2018, WESTLAW CL/JUR/18666/2020

I. La cuestión discutida

Ante el 1er Juzgado de Letras de Iquique, el 24 de marzo de 2016 la Cooperativa Alcantagua presentó una demanda de reivindicación en contra de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de la Ilustre Municipalidad de Iquique. Ella perseguía la restitución del inmueble situado en la calle Chintaguay sin número, entre pasaje Sara y avenida Pedro Prado, comuna de Iquique, donde se emplaza el Cesfam Cirujano Videla.

La cooperativa fundaba su demanda en el hecho de que, a través del DS 881, de 2 de noviembre de 1973, del Ministerio de Bienes Nacionales, había recibido a título gratuito el inmueble situado en Elías Lafferte esquina José Miguel Carrera, comuna de Iquique, que fue inscrito a su nombre a fojas 787 vuelta, núm. 968 del Registro de Propiedad correspondiente al año 1973 a cargo del Conservador de Bienes Raíces de esa ciudad. Con esa inscripción se canceló aquella existente a favor del fisco, que figuraba a fojas 369, núm. 489 del Registro de Propiedad correspondiente al año 1972 a cargo del mismo Conservador.

En ese predio, la Municipalidad de Iquique construyó en 1990 un consultorio de atención de salud primaria que recibió el nombre de Cesfam Cirujano Videla. De ese hecho, la cooperativa había reclamado poco antes a la Contraloría General de la República, la cual reconoció que, con un mejor estudio de los antecedentes, había que concluir que el inmueble pertenecía a la Cooperativa Alcantagua y no revestía la calidad de bien nacional de uso público (oficio núm. 1987, de 26 de septiembre de 1988). Idéntico reconocimiento se observa en el ordinario núm. 1532, de 11 de octubre de 1990, de la Seremi de Bienes Nacionales de Tarapacá, donde se menciona que los terrenos fueron transferidos en 1972 por el Fisco de Chile a la cooperativa demandante.

En 2012, el gobierno regional de Tarapacá aprobó una ampliación de dicho consultorio, cuyas obras se iniciaron en 2014. La cooperativa demandante se opuso de inmediata a esos trabajos mediante una querella de obra nueva pre-

sentada ante el 1er Juzgado de Letras de Iquique (rol núm. 3815-2015), donde se ordenó la paralización provisoria de la construcción. En ese juicio intervino el Fisco de Chile como tercero interesado, exhibiendo una inscripción conservatoria sobre el mismo inmueble. Su intervención supuso la terminación del interdicto posesorio.

Sin embargo, esa inscripción no alteraba la realidad de las cosas, porque la Municipalidad de Iquique había reconocido el dominio de la cooperativa cuando se presentaron las primeras reclamaciones por las obras de construcción del consultorio. A pesar de ese reconocimiento, el Ministerio de Bienes Nacionales había oficiado al Conservador de Bienes Raíces de Iquique para inscribir la desafectación del inmueble como bien nacional de uso público. El Conservador rechazó la inscripción debido a que el bien ya estaba inscrito a nombre de la cooperativa, y el Ministerio acabó reconociendo ese dominio. Finalmente, la inscripción se practicó a nombre del Fisco de Chile, aunque ella, a juicio del demandante, era inútil al reconocer el dominio ajeno del bien raíz sobre el que ella recae.

Dado que existía una ocupación ilegal de un inmueble de su propiedad, la cooperativa demandante ejerció la acción del art. 915 del *CC* para reivindicar dicho bien. A través de ella solicitaba que la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique fuese condenada a restituir el referido bien raíz dentro de tercero día de ejecutoriada la sentencia, con costas.

De forma subsidiaria, la Cooperativa Alcantagua ejerció la acción del art. 669 del *CC*, que otorga al dueño de un inmueble sobre el cual un tercero ha edificado con materiales propios el derecho a exigir el pago del justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que aquel lo hubiese tenido en su poder.

Sobre ella, la demandante señalaba que era preciso distinguir dos situaciones. La primera ocurre cuando existe una construcción con o sin conocimiento del dueño hecha por un tercero; probado que sea el dominio sobre el predio, lo construido pasa a ser propiedad del dueño. La segunda situación se produce respecto de la indemnización que tiene derecho a pedir el dueño del predio donde otro ha construido, para lo cual resulta necesario determinar si la construcción se hizo con o sin su conocimiento. A juicio de la demandante, dicho conocimiento solo se produce a través de un medio contractual idóneo, lo que no había ocurrido en la especie: la cooperativa nunca tuvo conocimiento de las obras llevadas a cabo por la demanda. Verificado ese supuesto, procedían a favor de la demandante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe u obligar al que edificó a pagarle el justo precio del predio con los intereses legales que corresponda.

Por consiguiente, basada en el art. 669 del *CC*, la demandante solicitaba que la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique fuese condenada a pagarle el justo precio del terreno sobre el que había construido, con costas.

La contestación de la demanda fue evacuada en rebeldía de la corporación municipal demandada. En su réplica, la cooperativa demandante ratificó los argumentos expuestos en la demanda, sin agregar nuevos hechos o razonamientos.

La Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique compareció en el escrito de réplica, solicitando el rechazo de la demanda principal y subsidiaria, con costas.

En cuanto a la demanda principal, el argumento esgrimido fue la falta de legitimación activa y pasiva respecto de la acción del art. 915 del *CC*.

Señalaba la demandada que la actora omitía mencionar que se había aprobado una subdivisión predial de cuarenta sitios respecto del inmueble inscrito a su nombre en el marco de un plan habitacional desarrollado según el DFL 2/1959, del Ministerio de Vivienda. De acuerdo con el plano aprobado por la Dirección de Obras Municipales de Iquique el 14 de octubre de 1975, la urbanización comprendía un área verde, una sede social y, en el sitio rocoso ubicado en el sector poniente, una plaza. Mediante el DS 312, de 3 de agosto de 1990, el Ministerio de Bienes Nacional dispuso la desafectación del inmueble ubicado en Chintaguay, sin número, comuna de Iquique. Los antecedentes pasaron a la Seremi respectiva para que procediera a la inscripción del bien raíz en el Conservador de Bienes Raíces de dicha ciudad, como consta en el ordinario núm. 1511, de 9 de octubre de 1990. Así, pues, el predio quedó inscrito a nombre del Fisco de Chile a fojas 1213, núm. 221 del Registro de Propiedad correspondiente al año 1990 a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Iquique. Esto significaba que el único legitimado para intentar la reivindicación de ese predio era el Fisco de Chile, y no la Cooperativa Alcantagua.

Asimismo, la demanda también había sido mal intentada en lo que atañía a la legitimación pasiva. Según la actora, en noviembre de 2014 el gobierno regional de Tarapacá había aprobado fondos para la ampliación del Cesfam Cirujano Aguirre, con los cuales la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique construyó en el terreno de su propiedad. Pero la verdad fue otra, como consta de la información disponible de Mercado Público (código bip núm. 30113857). Ahí se indica que la obra denominada "Mejoramiento CESFAM Cirujano Aguirre de Iquique" fue encomendada al Servicio de Salud de dicha ciudad, mandatado por el gobierno regional de Tarapacá, siendo ese servicio el que debería haber sido demandado.

De igual forma, la acción subsidiaria también debía ser rechazada, por cuanto el propietario del inmueble reclamado era el Fisco de Chile y solo a este le correspondía la acción del art. 669 del *CC*. La Cooperativa Alcantagua no podía reclamar suma alguna por las construcciones efectuadas en ese bien raíz, por haber perdido el dominio del terreno reclamado cuando este se convirtió en un bien nacional de uso público.

Con fecha 1 de diciembre de 2017, el 1er Juzgado de Letras de Iquique dictó sentencia definitiva y en ella rechazó tanto la demanda principal como la subsidiaria, eximiendo al demandante de las costas por haber tenido motivo plausible para litigar. El argumento del tribunal de primera instancia fue que, no obstante haberse acreditado el dominio por parte de la Cooperativa Alcantagua y por el Fisco de Chile respecto de los inmuebles a los que aludían las

inscripciones acompañadas en autos, la demandante no acreditó que el Cesfam Cirujano Videla se encontraba ubicado materialmente dentro de los límites de la finca registrada, y tampoco la demandada demostró que dicho consultorio se emplazaba dentro de la finca registrada a nombre del Fisco de Chile (cons. 8°). De esto se sigue que la demandante no probó el primer presupuesto de la acción intentada, puesto que este consistía en determinar si el mentado Cesfam Cirujano Videla "se encuentra situado dentro de los deslindes de una u otra inscripción de dominio, debido a que el demandado le discute el dominio al actor" (cons. 7°), por lo que no era necesario revisar los demás elementos de procedencia de la acción del art. 915 del *CC* (cons. 11°) y, con su solo mérito, correspondía rechazar la demanda principal (cons. 12°). El mismo argumento sostuvo el tribunal para el rechazo de la acción subsidiaria, puesto que la cooperativa demandante no acreditó ser la dueña del inmueble cuyo pago del justo precio solicitaba, siendo este un requisito indispensable de acuerdo con el art. 669 del *CC* (cons. 19°).

El demandante recurrió la sentencia de primer grado ante la Corte de Apelaciones de Iquique mediante un recurso de casación en la forma y otro de apelación.

El recurso de casación en la forma se fundaba en las causales establecidas en el art. 768, núm. 5° y 9° del *CPC*. La primera de ellas estaba conectada con el art. 170, núm. 4° del *CPC*, puesto que se reprochaba que la sentencia de primer grado había sido pronunciada omitiendo las consideraciones de hecho y de derecho que le servían de fundamento, puesto que el 1er Juzgado de Letras de Iquique se había limitado a indicar que la prueba rendida no era suficiente para acreditar el supuesto fáctico de la acción ejercida, sin efectuar un análisis pormenorizado de las probanzas acompañadas en el juicio. El segundo vicio estaba relacionado con el art. 159, núm. 4° del *CPC*, dado que se había omitido un medio de prueba esencial para la resolución del asunto. La razón era que el tribunal había entendido que, para zanjar el asunto, era necesario un peritaje adicional, dado que el realizado solo había tenido por objetivo tasar el valor del inmueble en disputa, pese a lo cual no lo solicitó como medida para mejor resolver, ejerciendo así su tarea jurisdiccional de forma parcial e incompleta.

Por sentencia de 5 de julio de 2018, la Corte de Apelaciones de Iquique rechazó ambos recursos, imponiendo a cada parte sus costas.

El recurso de casación en la forma fue rechazado en virtud de lo dispuesto en el art. 768 III del *CPC*, porque de manera conjunta se había interpuesto una apelación, de manera que el vicio que se reclamaba podía ser subsanado por esa vía, sin que la invalidación del fallo fuera el único expediente posible a favor de la parte afectada (cons. 3°).

Respecto del recurso de apelación, la Corte estimó que la prueba rendida era suficiente para dar por establecido el dominio de la actora sobre el bien que reivindicaba (cons. 6°). Sin embargo, no se había comprobado que la demandada estuviera detentando indebidamente dicho inmueble (cons. 7°); antes bien, "dicha situación encuentra asidero no tan sólo en los hechos sino también en el

derecho" (cons. 8°). A mayor abundamiento, el Cesfam Cirujano Videla se halla emplazado en un terreno que es propiedad del Fisco de Chile (cons 7° y 9°), por lo que "la ocupación por parte de la demanda se justifica en un antecedente legal" (cons. 10°). Siendo así, correspondía confirmar el rechazo de la demanda que hizo el tribunal de primera instancia (cons. 11°). El mismo argumento sirvió a la Corte para rechazar la demanda subsidiaria, ya que la acción del art. 669 del *CC* exige que el demandante sea dueño del inmueble donde un tercero ha construido con materiales propios y, en el caso de autos, se había acreditado que el terreno donde se edificó el Cesfam Cirujano Videla pertenecía al Fisco de Chile (cons. 15°).

La sentencia de segundo grado fue recurrida de casación en la forma y en el fondo para ante la Corte Suprema por la parte demandante.

El recurso de casación en la forma se fundaba en el art. 768, núm. 7° del *CPC*, vale decir, contener la sentencia de segunda instancia decisiones contradictorias. Ellas se producían porque, al desestimar la excepción de falta de legitimación activa alegada por el demandado, se declaró que la Cooperativa Alcantagua era dueña del inmueble donde estaba emplazado el Cesfam Cirujano Videla, lo cual era un presupuesto fundamental para resolver la demanda principal de reivindicación. Sin embargo, enseguida el mismo fallo expresó que la actora no cumplía con el presupuesto de ser dueña del inmueble que reclamaba, por pertenecer este al Fisco de Chile, introduciendo así el tribunal de alzada una premisa que carecía de justificación y contradecía lo previamente afirmado.

El recurso de casación en el fondo se fundaba en la infracción de las normas reguladoras de la prueba y del art. 669 del *CC*. Dentro del primer capítulo, se denunciaba la infracción del art. 342, núm. 3° del *CPC*, en relación con los arts. 1699 y 1700 del *CC*, dado que la Corte de Apelaciones de Iquique no había tomado en cuenta la inscripción conservatoria existente a favor de la actora respecto del bien raíz objeto del juicio, y tampoco los oficios de la Contraloría General de la República y del Ministerio de Bienes Nacionales donde se reconocía su dominio, ni el plano de modificación del loteo efectuado por la Cooperativa Alcantagua. Por su parte, el art. 669 del *CC* se infringió porque la sentencia impugnada negó a la cooperativa demandante la calidad de propietaria del predio objeto de disputa, que es solo el presupuesto básico de esa regla, sin analizar si concurrían los demás elementos de la acción de accesión impetrada.

Por sentencia de 26 de febrero de 2020, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en la forma y acogió el de casación en el fondo, procediendo a dictar enseguida la correspondiente sentencia de reemplazo. El fallo se acordó con el votó en contra de la ministra María Eugenia Sandoval, quien fue del parecer de rechazar también la casación en la forma y confirmar el fallo de segunda instancia recurrido.

El rechazo de la casación en la forma estuvo fundado en motivos procesales. Para que exista el vicio denunciado es necesario que haya dos decisiones que pugnan entre sí, de manera que no se pueden cumplir de forma simultánea (cons. 2°). Eso no ocurría en la situación analizada, puesto que las contradicciones se

dan en los fundamentos expuestos por el fallo de alzada y no en su parte resolutiva. Además, la Corte de Apelaciones de Iquique no estableció una premisa atributiva de dominio respecto del bien raíz en cuestión, sino que solo arguyó en ese sentido para desestimar la falta de legitimación activa alegada por el demandado (cons. 2°). En fin, al referirse al punto de fondo, se concluyó que la demandante no había acreditado ser dueña del inmueble en disputa, mientras que este aparecía inscrito a nombre del Fisco de Chile (cons. 2°).

Respecto de la casación en el fondo, la Corte Suprema estimó que estaba suficientemente probado que la Cooperativa Alcantagua había adquirido a título gratuito el inmueble sobre el que incidía el juicio de parte del Fisco de Chile, habiéndose inscrito ese dominio a su nombre en el Conservador de Bienes Raíces de Iquique (cons. 8°). Dicha propiedad había sido reconocida por la Contraloría Regional de Tarapacá y por el Seremi de Bienes Nacionales de dicha región, pese a lo cual el Fisco de Chile inscribió la desafectación del bien raíz a su nombre, haciendo mención de la inscripción fiscal anterior y no de aquella donde aquel constaba inscrito a favor de la cooperativa demandante (cons. 8°). Siendo así, correspondía dar prioridad a la primitiva inscripción que beneficiaba a la Cooperativa Alcantagua, la cual realizó un loteo en 1976 y una ampliación en 1992, que fueron aprobadas por la Dirección de Obras Municipales de Iquique (cons. 9°). Sin embargo, la Corte solo se podía pronunciar sobre la consecuencia que este hecho tenía respecto de la acción del art. 669 del *CC*, puesto que no se

había denunciado una infracción al art. 915 del *CC* en que se fundaba la acción principal ejercida en la demanda (cons. 10°).

Dado que la edificación quedó emplazada en terrenos de propiedad del demandante, tuvo lugar la figura jurídica de la accesión definida en el art. 643 del *CC*, en concreto bajo su modalidad de accesión de mueble a inmueble y fruto de un hecho involuntario y sin convención, como resultado de que la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique había edificado en suelo ajeno con materiales propios (cons. 10°). Esta situación está tratada en el art. 669 del *CC*, que prevé dos casos diferentes (cons. 11°). En la especie cabía aplicar el supuesto del inciso 1°, porque "se trata de una edificación asentada en vías de hecho" (cons. 11°). La Corte Suprema estimó así que los jueces del fondo habían incurrido en una equivocada aplicación de la citada regla, "por cuanto en la especie se daban los presupuestos para el acogimiento de la acción que esa norma regula", la cual influyó de modo sustancial en lo dispositivo del fallo (cons. 12°)

Acto seguido, la Corte procedió a dictar la sentencia de reemplazo. En ella se revocó la sentencia apelada solo en cuanto negaba lugar a la acción subsidiaria del art. del 669 *CC* y, por el contrario, acogió dicha pretensión declarando que la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique debía pagar a la actora el justo precio del inmueble que ocupaba el Cesfam Cirujano Videla, cuyos deslindes y montos se habrían de determinar en la etapa de cumplimiento del fallo. Dicho pago se debía hacer con los reajustes e intereses procedentes conforme señala el citado art. 669 del *CC*, cuya determinación también correspondería a la etapa de ejecución de la sentencia.

II. Comentario

El caso presenta varios aspectos interesantes, también desde el punto de vista procesal. Por ejemplo, el concreto contenido procesal que tiene la dúplica de acuerdo con el art. 312 del *CPC* y la posibilidad de controvertir en ella la demanda[1], o el valor probatorio que se ha de dar al informe que el art. 12 del DL 1939/1977 ordena que el tribunal solicite al Ministerio de Bienes Nacionales cuando aparece que los bienes en disputa son fiscales[2]. Para este comentario basta con centrarse en algunas cuestiones relacionadas con la acción subsidiaria del art. 669 del *CC*, que fue aquella que acogió la Corte Suprema (2). Sin embargo, el análisis no puede dejar fuera el sentido de la acción del art. 915 del *CC* (1) y el voto disidente, que contiene la decisión correcta para el caso (3). En rigor, tanto la demanda principal como la subsidiaria ejercida por la Cooperativa Alcantagua debieron ser rechazadas, puesto que el Fisco de Chile era el dueño del predio donde se había construido el Cesfam Cirujano Videla por haberlo adquirido de modo originario al desafectar el terreno destinado a equipamiento resultante de un loteo habitacional, que revestía por entonces el carácter de un bien nacional de uso público por el solo ministerio de la ley.

1. La acción del art. 915 del CC (recapitulación)

Sobre la acción que cierra el título que el *Código Civil* dedica a la reivindicación (libro II, título XII) se ha escrito con anterioridad en algunos comentarios publicados en esta misma revista[3] y también en un artículo destinado a mostrar el sentido de que cumple esa regla dentro del sistema del régimen de las cosas[4]. No corresponde ahora volver sobre ella, salvo para recapitular algunas ideas que condensan la inteligencia que se debe dar al art. 915 del *CC*[5].

Esta acción se dirige contra alguien que poseía a nombre ajeno y se niega a restituir, sin que importe la manera cómo se comporta respecto de la cosa, vale decir, sin que sea relevante que la detentación se haga con "ánimo de señor". En este caso, la posesión a nombre ajeno debe existir respecto de quien

---

[1] Domínguez (1983).

[2] El cons. 9° de la sentencia de primera instancia señaló que el informe evacuado por la Seremi de Bienes Nacionales "no sirve por sí sólo [sic] para lograr la convicción que la Ley exige en materia civil, toda que este informe no es un peritaje que reúna todos los requisitos que la Ley establece para valorarla de conformidad a la Ley". Esto parece contravenir el carácter imperativo del art. 12 del DL 1939/1977, que considera dicho informe una diligencia esencial del proceso. Más todavía, si en el informe se indica que se trata efectivamente de bienes fiscales, el juez está obligado a poner el juicio en conocimiento del Consejo de Defensa del Estado para que intervenga en defensa del patrimonio del Fisco de Chile.

[3] Alcalde (2019a), (2018) y (2015).

[4] Alcalde (2019c), en especial pp. 52-59.

[5] Corral (2020), pp. 585-587, coincide con esta lectura.

reclama la restitución, vale decir, se trata de aquella persona que tenía la cosa en lugar y nombre del dueño que lo ha demandado (art. 893 del *CC*) o, incluso, del poseedor regular que se halla en vías de ganar la cosa por prescripción (art. 894 del *CC*). La tenencia del demandado proviene de la existencia de un título que ha perdido su vigencia (imponiendo, la consiguiente obligación de restituir) o, bien, de un cambio en el ánimo de la detentación que no tiene correspondencia jurídica (equivalente el título *pro possessore* del derecho romano). Su procedencia depende de qué libertad de opción se dé al demandante en relación con aquellas acciones propias que atañen al título del cual ha nacido la tenencia. Si se sigue un criterio excluyente, la acción del art. 915 del *CC* solo será posible una vez que hayan prescrito las acciones provenientes del título de tenencia (por ejemplo, la acción restitutoria proveniente de la terminación del arrendamiento). Por el contrario, si se acepta el cúmulo, el demandante (sea dueño o no) podrá optar entre esas acciones emanadas del título o aquella de carácter reivindicatorio que le concede el mentado art. 915 del *CC*.

Una de las cuestiones que ha suscitado discusión en torno a esta regla es la remisión a las reglas sobre reivindicación con que se inicia su enunciado ("las reglas de este título se aplicarán [...]")[6]. Ella tiene sentido únicamente en la parte de su supuesto de hecho que no está resuelta por la propia norma, vale decir, en aquellos aspectos distintos de la legitimación pasiva de la acción. Esto significa que, con ciertos matices impuestos por el conflicto del que da cuenta (por ejemplo, la determinación de la buena o mala fe), la disciplina sobre legitimación activa, cosas reivindicables y prestaciones mutuas sí resulta aplicable por reenvío, de suerte que la acción contra el injusto detentador tiene una fisonomía (casi) idéntica a la acción de dominio[7]. De hecho, y sin necesidad de acudir al expediente de concebir como una categoría autónoma la posesión material sobre un inmueble inscrito, que no tiene cabida en el sistema del *Código Civil* (arts. 696, 724 y 728)[8], la acción del art. 915 del *CC* es la que permite proteger al titular inscrito, quien solo debe probar la imposibilidad de realizar actos posesorios sobre dicho bien raíz. Así al menos se intuye de su origen, dado que fue incorporada por la Comisión Revisora como parte de las novedades del Proyecto Inédito junto con las demás reglas que conforman la llamada "teoría de la posesión inscrita"[9]. Esto parece indicar que esta acción busca proteger al dueño contra quien ocupa materialmente un inmueble sin una inscripción conservatoria que lo respalde.

[6] Tapia (2015), pp. 407-413, ofrece una síntesis de la discusión al respecto.

[7] Por eso era destacable la SCS de 29 de noviembre de 2018 (CL/JUR/6642/2018) comentada en Alcalde (2019b), dado que ella postula la equivalencia entre la reivindicación propiamente tal (arts. 889, 893 y 895 del *CC*) y la acción real del art. 915 del *CC*.

[8] En cambio, la posesión material sí es relevante para el régimen de saneamiento del DL 2695/1979.

[9] Alcalde (2019c), pp. 37-44.

En el caso que se comenta, la acción del art. 915 del *CC* no podía prosperar, como de hecho ocurrió. Claro que la razón por la esto sucedió fue que la cooperativa demandante no mencionó como capítulo de su recurso de casación en el fondo la infracción del art. 915 (cons. 10° de la sentencia de casación). En rigor, la cuestión era de mayor relevancia: la actora estaba tratando de reivindicar un bien cuyo dominio había perdido al concluir el proyecto habitacional emprendido en el predio inscrito a su nombre, por ser considerado este un bien nacional de uso público (art. 135 de la LGUC)[10]. Más adelante, el Ministerio de Bienes Nacionales desafectó ese bien para convertirlo en bien fiscal (art. 64 del DL 1939/1977) y destinarlo a la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique con el fin de construir y administrar el Cesfam Cirujano Videla (art. 56 del DL 1939/1977). Sobre esto se habrá de volver al comentar el voto de minoría de la ministra María Eugenia Sandoval Gouët.

Como fuere, la acción del art. 915 del *CC* tampoco podía prosperar porque ella está destinada a solucionar el problema que se produce cuando el demandante ocupa un bien sin tener una inscripción a su nombre. En este caso, la acción reivindicatoria debió ser ejercida con fundamento en los arts. 889, 893 y 895 del *CC*, dado que el Fisco de Chile era el poseedor inscrito del inmueble y correspondía disputarle el dominio. La Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique era solo el mero tenedor del inmueble, de suerte que su comparecencia judicial se agotaba en el supuesto del art. 896 del *CC* (*nominatio auctoris*). Por consiguiente, el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Iquique fue correcto en este punto (cons. 7°, 9°, 10° y 11°).

2. La acción del art. 669 del CC

Hay tres casos relacionados con la edificación como modalidad de accesión de mueble a inmueble, uno de los cuales no ha sido contemplado por el *Código*. El primero consiste la edificación que se hace con materiales ajenos en suelo propio, y de él trata el art. 668 del *CC*. El segundo caso ocurre cuando se ha edificado con materiales propios en suelo ajeno, que está regulado en el art. 669 del *CC*. El tercer caso no está previsto y consiste en la edificación con materiales ajenos en suelo ajeno. La opinión mayoritaria estima que esta situación se resuelve combinando las reglas dadas para los dos casos anteriores, vale decir, aquellas dispuestas en los arts. 668 y 669 del *CC*[11]. Esto significa que las relaciones entre el dueño del predio y el constructor se rigen por el art. 669 del *CC*, mientras que las relaciones entre el primero y el dueño de los materiales quedan sujetas al art. 668 del *CC*.

[10] El caso es parecido a aquel que se comenta en Alcalde (2016), donde se había saneado un bien común de un proyecto de reforma agraria a través del DL 2695/1979.

[11] Véase, por ejemplo, Corral (2020), pp. 290-291 y Vodanovic (2011), p. 186.

Aunque el art. 669 del *CC* ya fue analizado en un comentario anterior[12], conviene volver sobre él para revisar si la regla fue bien utilizada por la Corte Suprema en el caso aquí narrado. La mentada norma utiliza el conocimiento que tenía el dueño del predio sobre las obras para otorgar los derechos que puede ejercer. Si existía ese conocimiento, el propietario del inmueble tiene el derecho alternativo

i) de hacer suyo el edificio mediante el pago de las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título de la reivindicación o
ii) de obligar al que edificio a pagar el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder[13].

Por el contrario, si el dueño del inmueble tuvo conocimiento de las obras, solo puede recobrarlo pagando el valor del edificio al tercero que construyó al interior de su propiedad.

De los hechos relatados y probados en el juicio resultaba indudable que solo procedía aplicar el supuesto del art. 669 II del *CC*, puesto que las obras se habían ejecutado "a ciencia y paciencia" de la Cooperativa Alcantagua[14]. Pero esto no fue lo que ocurrió, porque la Corte Suprema ordenó pagar el justo precio del inmueble a la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique, lo que significa que dio aplicación al supuesto del inc. 1° del art. 669 del *CC*. A su juicio, el supuesto del inc. 2° de esa norma "se refiere a que éste [el dueño del sueño] no tenía o tomó conocimiento [...] de la edificación por ningún medio contractual idóneo" (cons. 12°). Esta interpretación parece excesiva, sobre todo si se tiene en consideración las posibles fuentes históricas del art. 669 II del *CC*[15]. La expresión denota algo más que un mero conocimiento de que otro está edificando en suelo propio, tolerando que eso ocurra, aunque sin que sea necesaria una voluntad de alcance negocial[16]. Así se desprende también del art. 702 IV del *CC*, donde se usa la expresión "a ciencia y paciencia" para formular la presunción de tradición de las cosas muebles. La cooperativa demandante tenía perfecto conocimiento de la construcción del Cesfam Cirujano Videla, puesto que había hecho diversas reclamaciones administrativas e interpuesto una querella de obra nueva por la ampliación de dicho centro asistencial. Incluso más, la propia Corte Suprema reconoce que la cooperativa había hecho modificaciones al proyecto habitacional en 1992

[12] Alcalde (2019b), pp. 222-224. Con todo, ahí el problema se refería a aquel caso que se conoce como "accesión inversa".

[13] El art. 19 de Ley n.º 18010 ordena aplicar el interés corriente en todos los casos en que las leyes u otras disposiciones se refieran al interés legal o al máximo bancario.

[14] González (2017), pp. 222-231, explica el origen histórico de esta regla. Ella aparece tardíamente dentro del proceso de elaboración del *Código Civil*, pues solo figura en el proyecto inédito (art, 805). Cfr. Bello (1954), p. 454.

[15] Véase García (1974), p. 214.

[16] Corral (2020), p. 290.

(cons. 9°), vale decir, dos años después de la construcción del mencionado Cesfam (cons. 6°).

Con todo, el principal obstáculo para acoger la demanda subsidiaria, más allá de que no se verificaba el concreto supuesto de hecho del art. 669 del *CC*, residía en la legitimación activa de la demanda subsidiaria (y también de la principal): la cooperativa demandante no era dueña del inmueble que reclamaba. Sobre esto versó el voto de minoría de la ministra María Eugenia Sandoval Grouet, que se expone en el apartado siguiente. Esto significaba que tanto la demanda principal como la subsidiaria no podían prosperar y correspondía rechazarlas, como hizo la Corte de Apelaciones de Iquique.

Para acabar, y fuera del aspecto de fondo recién mencionado, la solución de la Corte Suprema presenta dos problemas, uno registral y otro procesal.

Cuando se concede el derecho al pago del justo precio del inmueble por el tercero a favor del dueño, en rigor, no hay accesión porque ella opera al revés y de forma automática por aplicación del aforismo *superficies solo cedit* (la construcción cede al suelo)[17], cuyo efecto es que el edificio queda para el propietario del bien raíz sobre el que fue construido[18]. El modo de adquirir que concurre en este caso es la tradición, que requiere como requisito el pago del justo precio del predio y los intereses corrientes por el tiempo en que estuvo en poder del tercero que hizo las obras[19]. Y, como se trata de un bien raíz, esa tradición requiere inscripción en el Conservador de Bienes Raíces (art. 686 del *CC*). De lo contrario, se produce un resultado injusto, porque el dueño del terreno sigue siéndolo, a la vez que obtiene el pago del justo precio en que se ha valorado el inmueble, incluidos los intereses legales por todo el tiempo que la construcción ha permanecido en su propiedad. Sobre este punto, la sentencia de segunda instancia algo atisba, cuando señala que el demandante debió haber reclamado en su oportunidad de la nulidad de la desafectación del inmueble en disputa y su posterior inscripción a nombre del Fisco de Chile (cons. 9°).

El aspecto procesal tiene relación con la posposición de la determinación de los deslindes precisos y el monto a pagar por el demandado para la etapa de cumplimiento de fallo. El tribunal solo puede hacer esta reserva cuando "no se haya litigado sobre la especie y el monto de los frutos o perjuicios", de manera que se reserva a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso (art. 173 II del *CPC*). Sin embargo, en el juicio sí se había discutido sobre la tasación del Cesfam Cirujano Videla, como consta del cons. 9° de la sentencia de primera instancia. Ahí se señala que el perito nombrado por el tribunal tenía por cometido fijar la tasación del inmueble sobre el cual se había construido dicho consultorio, de suerte que esta

[17] El origen de la locución se encuentra en *Las Instituciones* de Gayo (2, 73).

[18] González (2017), pp. 244-247.

[19] Schiele (2017) sostiene que el art. 669 del *CC* "solo les confiere [a quienes han edificado o plantado en suelo ajeno] un crédito para que se les pague el valor del edificio o plantación, un verdadero derecho legal de retención que se puede oponer al momento que el dueño del terreno decide recobrarlo".

era uno de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos fijados en la sentencia interlocutoria de prueba. Desde este punto de vista, resulta correcta la prevención de los ministros Sergio Muñoz Gajardo y Arturo Prado Puga de establecer de inmediato el valor indemnizatorio por el terreno en la suma de 59240 UF, que fue el monto señalado en el informe pericial agregado al juicio. En cuanto a los deslindes, el art. 669 I del *CC* parece entender que la adquisición se produce por el terreno completo donde se ha edificado, salvo que el dueño decida acotarla a una determinada porción y la subdivisión predial sea posible. Como en la demanda nada se dijo al respecto, y se demandó la condena a pagar el justo precio del terreno, hay que asumir que la transferencia abarcaba la misma finca registral que existía inscrita a nombre de la Cooperativa Alcantagua, donde ya se habían producido disminuciones producto de las adjudicaciones efectuadas respecto de las viviendas construidas para sus socios como parte del proyecto habitacional ejecutado en 1976 y modificado en 1992[20].

3. El voto de minoría: la solución correcta

De interés resulta el voto disidente de la ministra María Eugenia Sandoval Gouët, quien estimó que correspondía rechazar el recurso de casación en el fondo interpuesto por la cooperativa demandante y, con su mérito, confirmar la decisión de la Corte de Apelaciones de Iquique, que desechó tanto la demanda principal de reivindicación como la subsidiaria fundada en el art. 669 del *CC*. Desde la perspectiva dominical, esta era la solución correcta al caso planteado: ninguna de las dos acciones ejercidas por la Cooperativa Alcantagua contra la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique podía prosperar, por no ser ella dueña del bien raíz que decía ser suyo. Sobre esto se ha argumentado ya en los dos apartados anteriores.

En lo sustancial, la argumentación del voto disidente consistió en que la Cooperativa Alcantagua no podía ser considerada dueña del inmueble que decía pertenecerle. La razón era que el predio inscrito a su nombre, que le fue adjudicado por el Fisco de Chile en 1973, había sido objeto de un proyecto de loteo con fines habitacionales acogido al DFL 2/1959, del Ministerio de Vivienda. Este loteo estuvo compuesto de cuarenta sitios dividido en cuatro manzanas, incluyendo una zona destinada a equipamiento. Así constaba del

[20] El registro inmobiliario cumple varias funciones. Una de ellas es la publicidad, que comprende el inmueble que ingresa al registro, los actos que sobre él se realizan dando origen a titularidades, y el sujeto a cuyo favor existen estas últimas. Respecto del inmueble inscrito se suele hacer la distinción entre "finca material" y "finca registral". La primera corresponde a aquel trozo de superficie terrestre que es objeto de un derecho real. La segunda es la que figura como objeto de una inscripción conservatoria. A veces se menciona también la categoría de "finca catastral", pero en Chile no existe un único catastro público para los bienes raíces y, por ende, este concepto cumple una función principalmente para fines tributarios (art. 35 de la Ley n.º 17235). Cfr. Rams, Moreno y Rubio (2020), pp. 77-80.

plano archivado bajo el núm. 1 en el Registro de Protocolizaciones de Escrituras Públicas del Conservador de Bienes Raíces de Iquique correspondiente al año 1976.

Pues bien, el art. 70 de la versión original de la LGUC[21], que fue sancionada merced al DS 458/1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo[22], publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile* el 13 de abril de 1976, disponía:

> "En toda urbanización de terrenos, se destinarán gratuitamente a circulación, áreas verdes y equipamiento las superficies que señale la Ordenanza General. En estas superficies quedarán incluidas las correspondientes áreas verdes de uso público, ensanches y apertura de calles, que se contemplaren en el Plan Regulador. La Municipalidad podrá permutar o enajenar los terrenos recibidos para equipamiento, con el objeto de instalar las obras correspondientes en una ubicación y espacio más adecuados.
>
> La exigencia establecida en el inciso anterior será aplicable proporcionalmente en relación a las densidades que establezca el Plan Regulador, bajo las condiciones que determine la Ordenanza General de esta ley".

A su vez, el art. 134 de esa versión de la LGUC[23] señalaba:

> "Para urbanizar un terreno, el propietario del mismo estará obligado a ejecutar, a su costa, el pavimento de las calles y pasajes, las instalaciones sanitarias y energéticas, con sus obras de alimentación y desagües, y las obras de defensa y de servicio del terreno.
>
> Sin embargo, cuando las obras de alimentación y desagüe que deban ejecutarse beneficien también a otros propietarios, el servicio respectivo determinará el pago proporcional que corresponda al propietario en estas obras, en la forma que determine la Ordenanza General".

Por último, el art. 135 de esa versión de la LGUC[24] prescribía:

> "Terminados los trabajos a que se refiere el artículo anterior, el urbanizador solicitará su recepción al Director de Obras. Cuando la Dirección de Obras Municipales acuerde la recepción indicada, se considerarán, por este solo hecho, incorporadas al dominio nacional de uso público todas las calles, avenidas, plazas y espacios públicos en general, que existieren en la nueva zona urbanizada".

[21] Este artículo fue modificado en 2001 por la Ley n.º 19712.

[22] El DS 458/1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, derogó el DFL 224/1953, cuyo texto definitivo había sido fijado por el DS 880/1963, del Ministerio de Obras Públicas (artículo 188). En este último se encontraba la versión definitiva de la Ley General de Construcciones y Urbanización vigente hasta entonces.

[23] Este artículo ha sido modificado por las Leyes n.º 19057 (1991), n.º 19525 (1997), n.º 20958 (2016) y n.º 21078 (2018).

[24] Este artículo fue modificado en 2007 por la Ley n.º 20218.

Las tres normas antes transcritas permitían concluir que, una vez concluido un proyecto habitacional con la recepción final de esas obras por la municipalidad respectiva, todas las calles, avenidas, plazas y espacios públicos en general (como los destinados a áreas de equipamiento) incluidos en la urbanización se transformaban en bienes nacionales de uso público (art. 589 II del *CC*). Esto significa la extinción del dominio privado sobre esas superficies se producía por el solo ministerio de la ley al ocurrir el hecho señalado, sin necesidad de ninguna cancelación registral[25]. Algo similar ocurría, por ejemplo, con la expropiación para fines de reforma agraria respecto de todos los gravámenes, prohibiciones o embargos que afectaban al predio o parte del predio expropiado, con excepción de las servidumbres legales, los cuales se consideraban extinguidos desde la fecha de la inscripción de dominio en favor de la Corporación de Reforma Agraria sin necesidad de cancelación expresa (art. 57 de la Ley n.º 16640).

Con el tiempo, la disciplina existente en materia de construcción fue estableciendo una serie de obligaciones respecto de los urbanizadores y empresas constructoras que desarrollaban conjuntos habitacionales. Entre esas obligaciones se encuentra aquella de dejar terrenos para áreas verdes y de equipamiento[26]. El problema residía en que los terrenos que se destinaba a ese fin podían acabar cedidos de manera gratuita a la municipalidad, ya sea en su totalidad, ya en la medida exigida por el respectivo plan regulador o, bien, permanecer en propiedad de la empresa inmobiliaria cuando esta, por razones de mercado, había decidido establecer en su proyecto una mayor superficie de áreas de equipamiento, las cuales pueden ser traspasadas con posterioridad sin limitaciones (por ejemplo, una placa destinada al rubro de comercio o restauración).

Esta situación llevó a los senadores Hosain Sabag Castillo, Jaime Naranjo Ortiz y Juan Pablo Letelier Morel a presentar una moción el 24 de enero de 2007 (*Boletín* núm. 4878-14), que estaba destinada a modificar el art. 135 de la LGUC en el sentido de disponer expresamente que, por el solo hecho de efectuarse la recepción final por parte de la Dirección de Obras Municipales, se incorporaban al dominio municipal los terrenos cedidos para equipamiento, sirviendo la recepción como título translaticio de dominio, permitiendo así la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces del predio a nombre del municipio[27].

Según se explicaba en la exposición de motivos, el fundamento de este proyecto residía en la coherencia que debía guardar esta transferencia con el régimen general previsto en el *Código Civil*:

> "Nuestro Código Civil contempla un régimen de propiedad raíz que se caracteriza por la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, salvo respecto de los bienes de propiedad del Estado, que conforme a este cuerpo legal son todos los que no tengan otro dueño. En el caso que se analiza se trataría de bienes de propiedad municipal[,] por lo que para acreditar el dominio y poder transarlos posteriormente se requiere dicha inscripción".

El proyecto acabó siendo sancionado a través de la Ley n.º 20218, de 29 de septiembre de 2007. Desde entonces, el art. 135 de la LGUC quedó redactado de la siguiente forma:

> "Terminados los trabajos a que se refiere el artículo anterior, o las obras de edificación, en su caso, el propietario y el arquitecto solicitarán su recepción al Director de Obras Municipales. Cuando la Dirección de Obras Municipales acuerde la recepción indicada, se considerarán, por este solo hecho, incorporadas:
> a) Al dominio nacional de uso público, todas las calles, avenidas, áreas verdes y espacios públicos en general, contemplados como tales en el proyecto, y
> b) Al dominio municipal, los terrenos cedidos de conformidad al artículo 70 de esta ley para localizar equipamientos. Para el solo efecto de mantener la historia de la propiedad raíz, dichos terrenos se inscribirán a nombre del municipio respectivo, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, presentando el certificado de recepción definitiva. La Ordenanza General indicará las menciones que deberá incluir el certificado para poder ser inscrito en el mencionado Registro".

Siendo así, no se podía considerar que la Cooperativa Alcantagua fuese dueña del inmueble donde se erige el Cesfam Cirujano Guzmán, porque este se convirtió en un bien nacional de uso público de pleno derecho por aplicación del art. 135 de la LGUC (según su redacción vigente hasta 2007) al otorgarse la recepción definitiva del proyecto habitacional y, más tarde, fue desafectado por el Ministerio de Bienes Nacionales para ser inscrito como bien fiscal (art. 64 del DL 1939/1977), con la finalidad de destinarlo a la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique para la operación del mencionado consultorio (art. 56 del DL 1939/1979). Al no ser dueña del bien raíz objeto del juicio la cooperativa demandante, tampoco podía ejercer la acción del art. 669 del *CC*: los supuestos de sus dos incisos parten de la base que el titular de los derechos que ahí se conceden es el propietario del terreno donde un tercero ha construido con materiales propios. Este no era el caso.

Al razonamiento expuesto por el voto disidente de la ministra María Sandoval cabe agregar algunas consideraciones de índole registral. En rigor, la cuestión discutida en el juicio suponía resolver "una superposición de inscripciones conservatorias" (cons. 9° de la sentencia de segunda instancia),

[25] En rigor, no había un modo de adquirir el dominio (art. 588 del *CC*), sino que se producía un cambio radical de régimen jurídico respecto de dichos bienes. En adelante, les era aplicable la disciplina del derecho público (art. 19, núm. 23 de la *CPR*). Véase Vergara (2001).

[26] El art. 1.1.2 OGUC define 'equipamiento' como las "construcciones destinadas a complementar las funciones básicas de habitar, producir y circular, cualquiera sea su clase o escala".

[27] Una situación similar sucedió con el art. 9° II (antes 11) de la Ley n.º 14908, donde se permite la constitución de un usufructo judicial en pago de una pensión alimenticia. Véase Alcalde (2013), pp. 381-383.

que usualmente se conoce como el problema de las inscripciones paralelas o de dobles inscripciones[28]. La Corte Suprema estimó que "debe estarse a la primitiva inscripción" (cons. 9°), que era aquella existente a nombre de la Cooperativa Alcantagua. Para dar primacía a esa inscripción se recurrió a un oficio de la Seremi de Bienes Nacionales de Tarapacá (ordinario núm. 1532, de 11 de octubre de 1990) y otro de la Contraloría Regional de dicha región (ordinario núm. 1987, de 26 de septiembre de 1988), donde se señalaba que el predio era propiedad de la cooperativa demandante. En rigor, la manera de resolver los problemas de inscripciones paralelas consiste en hacer prevalecer aquella que favorece a quien exhiba el derecho por sobre la posesión[29]. Eso supone una valoración de las inscripciones existentes a la luz de los antecedentes fácticos y jurídicos del caso.

Si ese análisis se hubiera acometido en el caso que se comenta, el resultado habría favorecido a la inscripción del Fisco de Chile por varias razones. Primero, porque ella había durado treinta años, no existiendo violencia, clandestinidad ni interrupción, de suerte que, incluso si existía algún defecto de origen, ella había acabado consolidando el dominio merced a la prescripción adquisitiva extraordinaria (arts. 2497, 2510 y 2511 del *CC*). Segundo, porque esa inscripción había estado acompañada de un efectivo aprovechamiento económico del inmueble mediante su destinación a la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique. Tercero, porque el criterio más ajustado a los principios registrales es aquel que da primacía a la inscripción que continúa la cadena de inscripciones, asegurando el tracto registral[30]. En la inscripción a favor del fisco, el inconveniente provenía de la situación legal existente en la época en que se efectuó el loteo por parte de la cooperativa y la Municipalidad de Iquique efectuó la recepción final de las obras, porque entonces los espacios destinados a finalidades de equipamiento (como aquel donde se emplazó el Cesfam Cirujano Videla) se convirtieron en bienes nacionales de uso público por el solo ministerio de la ley (art. 135 de la LGUC), saliendo del régimen propio de derecho privado (art. 19, núm. 23 de la *CPR*). Esto significó una ruptura de tracto, puesto que la inscripción del Fisco de Chile no procedía de la precedente a nombre de la Cooperativa Alcantagua, sino del acto de desafectación (art. 64 del DL 1939/1977) por el cual el inmueble dejó de ser un bien nacional de uso público y se convirtió en un bien fiscal (art. 589 del *CC*). El hecho de que el mentado bien pasó a pertenecer a la nación toda, supuso la cancelación virtual de la inscripción a nombre de la cooperativa, perdiendo ella cualquier valor. El art. 728 del *CC* resultaba, entonces, inaplicable en la especie por existir una regla especial que lo derrotaba mediante la introducción de una excepción implícita[31]. Con todo, quizá el aspecto más problemático

[28] Flores y Peña (2014), pp. 80-99.
[29] Peñailillo (2019), p. 849.
[30] Sepúlveda (2014), pp. 143-144.
[31] Bäcker (2014), p. 33.

consistió en que el Fisco de Chile no fue demandado en el juicio y, por ende, no le empecen sus resultados, pese a que el art. 12 del DL 1939/1979 ordenaba al juez de la causa a poner el juicio en conocimiento del Consejo de Defensa del Estado para la defensa del patrimonio fiscal.

Aunque por otros motivos, el razonamiento final de la Corte de Apelaciones de Iquique era correcto en este punto y las dos demandadas debieron ser rechazadas (cons. 7°, 9°, 10° y 11°).

III. Conclusiones

El caso comentado muestra la importancia de una correcta coordinación entre los distintos cuerpos legales que resultan aplicables, en especial cuando algunos de ellos provocan la derrotabilidad de las ciertas reglas sobre las que se asienta el sistema de la propiedad raíz. Esto cobra importancia cuando un inmueble abandona el régimen de derecho privado para formar parte del derecho administrativo de los bienes.

El resultado del juicio no deja de tener consecuencias prácticas importantes. Si se toma como referencia el informe pericial evacuado en primera instancia, el justo precio que la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique debe pagar asciende a 59 240 UF, más los intereses corrientes desde 1990. Todo ello sin que se haya dispuesto la cancelación, contra el pago, de la inscripción conservatoria a nombre de la Cooperativa Alcantagua. De esto se sigue que, al final, tampoco se resolverá el problema dominical sobre el inmueble, porque, incluso, si se ordena la inscripción a nombre de la corporación municipal en la fase de cumplimiento del fallo (lo que ya es discutible por un criterio de competencia), la consecuencia acabará siendo una nueva inscripción a favor de dicha persona jurídica de derecho privado (art. 12 del DFL 1-3063/1980, del Ministerio del Interior), subsistiendo otra anterior, de 1990, a nombre del Fisco de Chile.

La controversia llama a pensar con mayor cautela en el modo de resolver los problemas de dobles inscripciones y, sobre todo, de discriminar entre las dos acciones del art. 669 del *CC*, siempre teniendo detrás la dimensión registral y las funciones jurídicas que desempeña el registro inmobiliario.

Bibliografía citada

Alcalde Silva, Jaime (2013). "Derecho real de usufructo constituido por sentencia judicial. Título y modo en la adquisición de un derecho real de usufructo. Nulidad por objeto ilícito. Concepto de enajenación. Alcance de la prohibición de celebrar actos y contratos. Corte Suprema, sentencia de 17 de abril de 2012, rol núm. 7237-2010, WESTLAW: CL/JUR/802/2012; 602961". *Revista Chilena de Derecho Privado,* n.º 21. Santiago.

Alcalde Silva, Jaime (2015). "Las diversas acciones de restitución a favor del propietario de un bien raíz. La improcedencia de solicitar el lanzamiento a través de un juicio arbitral cuando han prescrito las acciones emanadas de la sentencia que condenó a la restitución del inmueble arrendado. La denuncia del litigio como medida protectora de los subarrendatarios. La aplicación de los artículos 915 y 2195 II CC como supuestos diferenciados de restitución. Tribunal arbitral (árbitro arbitrador Claudio Illanes Ríos), sentencia de 18 de junio de 2013, rol CAM núm. 1572-2012, cumplida mediante exhorto ante el 11° Juzgado Civil de Santiago, rol núm. E-42-2014". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 25. Santiago.

Alcalde Silva, Jaime (2016). "El saneamiento de la pequeña propiedad raíz. El sistema posesorio del Código Civil y el especial previsto por el DL 2695/1979. La interrupción civil de la prescripción. Momento a partir del cual se debe considerar que se ha producido el efecto interruptor de 'todo recurso judicial'. La notificación de la demanda como exigencia histórica y sistemática para que el dueño puede beneficiarse de dicha interrupción. Corte Suprema, sentencia de 31 de mayo de 2016 (rol núm. 6900-2015)". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 27. Santiago.

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 núm. 12.210-2017). WESTLAW: CL/JUR/7873/". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 30. Santiago.

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 núm. 41.935-2017 CL/JUR/6642/2018). *Revista Chilena de Derecho Privado,* n.º 32. Santiago.

Alcalde Silva, Jaime (2019b). "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, basado 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 núm. 35.127-2017 (CL/JUR/2620/2018)". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 33. Santiago.

Alcalde Silva, Jaime (2019c). "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: Thomson Reuters.

Bäcker, Carsten (2014). "Reglas, principios y derrotabilidad". *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 37. Alicante.

Bello López, Andrés (1954). *Código Civil de República de Chile.* Caracas: Ediciones del Ministerio de Educación. Tomo I.

Corral Talciani, Hernán (2020). *Curso de derecho civil. Bienes.* Santiago: Thomson Reuters.

Domínguez Benavente, Ramón (1983). "La réplica no es la defensa". *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n.º 173. Concepción.

Flores Durán, María Fernanda, Carlos Peña Henríquez (2014). *Sistema registral inmobiliario chileno: diagnóstico de sus problemas actuales e intentos de reforma.* Santiago: Thomson Reuters.

García Goyena, Florencio (1974): *Concordancia, motivos y cometarios del Código Civil español.* Reimpresión de la edición de Madrid de 1852. Zaragoza: Cometa.

González González, Manuel (2017). "Construcción en suelo ajeno a ciencia y paciencia del dueño del terreno: una aproximación dogmática". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 28. Santiago.

Peñailillo Arévalo, Daniel (2019). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales.* 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters.

Rams Albesa, Joaquín, Rosa María Moreno Flórez, José Ignacio Rubio San Román (2020). *Apuntes de Derecho inmobiliario registral.* Edición revisada por Jorge Ortega Doménech y José Luis Lacruz Bescós. Madrid: Dykinson.

Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio (2014). *Teoría general de Derecho registral inmobiliaria.* Santiago: Metropolitana.

Schiele Manzor, Carolina (2017). "La edificación en suelo ajeno: el problemático inciso 2° del artículo 669 del Código Civil". *El Mercurio Legal*, 27 de septiembre de 2017, edición electrónica. Disponible en www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2017/09/27/la-edificacion-en-suelo-ajeno-el-problematico-inciso-2-del-articulo-669-del-codigo-civil.aspx [fecha de consulta: 30 de junio de 2020].

Tapia Rodríguez, Mauricio (2015). "Reivindicación contra el injusto detentador. El controvertido y enigmático artículo 915 del Código Civil", en Manuel Barría Paredes *et al.* (ed.). *Estudios de derecho privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila.* Santiago: Thomson Reuters.

Vergara Blanco, Alejandro (2001). "La *summa divisio* de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980", en Enrique Navarro Beltrán (ed.). *20 años de la Constitución Chilena, 1981-2001.* Santiago: Conosur/Universidad Finis Terrae.

Vodanovic Haklicka, Antonio (2011). *Tratado de los derechos reales.* 6ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia citada

SCS de 29 de noviembre de 2018 (CL/JUR/6642/2018).

Siglas y abreviaturas

al.	*alii* (otros)
art.	artículo
arts.	artículos
CC	*Código Civil*
Cesfam	Centro de Salud Familiar
cfr.	confróntese
cons.	considerando *a veces* considerandos
CPC	*Código de Procedimiento Civil*
CPR	*Constitución Política de la República*
DFL	Decreto con fuerza de ley
DL	decreto ley
DS	decreto supremo
ed.	editor
inc.	inciso
LGUC	Ley General de Urbanismo y Construcciones
n.º *a veces* núm.	número
OGUC	Ordenanza General de Urbanismo Y Construcciones
p.	página
pp.	páginas
SCS	Sentencia de la Corte Suprema
Seremi	Secretaría Regional Ministerial
UF	Unidad de fomento

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 335-349 [julio 2020]

Derecho del consumo

Gabriel Hernández Paulsen
Profesor y Director del Departamento de Derecho Privado
Universidad de Chile

Sebastián Campos Micin
Académico del Departamento de Derecho Privado
Universidad de Chile

Abusividad por falta de transparencia, nulidad de cláusulas no incorporadas e improcedencia de responsabilidad infraccional

17° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, 27 de enero de 2017, rol n.° 15092-2015. Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de septiembre de 2018, rol n.° 8261-2017. Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019, rol n.° 114-2019[1]

I. El caso

A fin de concretar la venta de unidades de diversos proyectos inmobiliarios, Constructora Santa Beatriz S.A., a partir de 2002, desarrolló un modelo de contratación que, desde la perspectiva de cada consumidor interesado, comprendía la celebración de tres contratos diferentes: un contrato de reserva, uno de promesa de compraventa y uno de compraventa. De acuerdo con el modelo mencionado, el "proceso de compraventa de un departamento en modalidad verde" comenzaba por la celebración de un contrato de reserva, en cuya virtud el consumidor vinculado debía entregar en el mismo acto una suma de diez unidades de fomento, debiendo la inmobiliaria abstenerse de ofrecer en el mercado el departamento reservado por un plazo de quince días corridos. Una vez realizada la reserva y dentro de los quince días siguientes, el consumidor podía optar por desistirse del proceso de compra –siéndole restituidas las respectivas diez unidades de fomento–, o persistir en el mismo. En este último caso, la inmobiliaria lo citaba para la suscripción de un contrato de promesa, obligándose el consumidor a celebrar la compraventa prometida dentro del plazo establecido en la promesa, siempre que se hubieran cumplido las condiciones impuestas por la inmobiliaria. Finalmente, cumplidas las condiciones y, entre ellas, que el proyecto inmobiliario contara con una recepción definitiva y estuviesen inscritos los títulos pertinentes en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente, se procedía a la celebración del contrato de

[1] Este comentario ha sido sometido a single blind review, y fue recibido el 2 de abril de 2020 y aceptado para su publicación el 20 de mayo de 2020. Este comentario se inscribe en el proyecto Fondecyt de Iniciación n.° 11180826, del que Gabriel Hernández es investigador responsable.

compraventa, compareciendo en tal acto el banco en cuyo favor se encontrara hipotecado el predio sobre el cual se había desarrollado la edificación, con el fin de alzar la hipoteca y las prohibiciones establecidas en su beneficio.

El 28 de julio de 2014, luego de numerosas reclamaciones ante el Sernac y una mediación colectiva frustrada, el indicado Servicio dedujo una acción en beneficio del interés colectivo y difuso de los consumidores, solicitando, entre otras cosas, la apreciación de abusividad y la consecuente declaración de nulidad de diversas cláusulas no negociadas individualmente contenidas en los contratos de reserva, de promesa y de compraventa; y la declaración de la responsabilidad infraccional de la demandada y consecuente imposición, por cada consumidor afectado y cada una de las infracciones cometidas, del máximo de las multas que contempla la Ley n.° 19496 o aquellas multas que el tribunal determinara conforme a derecho.

El 27 de enero de 2017, luego de la tramitación del respectivo procedimiento, el 17° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago dictó sentencia acogiendo de forma parcial la demanda. En concreto, en lo que interesa, apreció la abusividad y declaró la nulidad de diversas cláusulas y condenó a la inmobiliaria al pago de una multa total ascendente a 350 UTM, compuesta por siete multas de 50 UTM cada una por infracciones a los arts. 3 b), 12, 16 a), c), e) y g), y 17 de la LPDC[2].

Contra la sentencia de primera instancia, Constructora Santa Beatriz S.A. interpuso recurso de apelación y, el Sernac, recursos de casación en la forma y de apelación. Además, se dedujo recurso de apelación por una consumidora que se hizo parte en primera instancia.

Por sentencia de 7 de septiembre de 2018 se rechazó el recurso de casación en la forma deducido por el Sernac y, respecto de los recursos de apelación, se confirmó la sentencia recurrida, extendiéndose la apreciación de abusividad a otras dos cláusulas y aumentándose el monto de la multa en 100 UTM (50 UTM por cada infracción)[3].

La sentencia de segunda instancia fue impugnada por la inmobiliaria y el Sernac a través de sendos recursos de casación en el fondo.

La Corte Suprema, mediante sentencia de 27 de diciembre de 2019, rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Sernac y acogió el deducido por la inmobiliaria, anulando la sentencia recurrida y procediendo a dictar, en acto continuo, sin nueva vista y de forma separada, sentencia de reemplazo. Esta última, revocó la sentencia de primera instancia, solo en cuanto a la aplicación de la multa de 350 UTM a la parte demandada, decidiendo, en su lugar, que Constructora Santa Beatriz S.A. es condenada a pagar una multa de 100 UTM, que se compone de dos multas de 50 UTM por infracciones a los arts. 3 b) y 12 de la LPDC (y no por infracción de los arts. 16 o 17). Respecto de las cláusulas apreciadas como abusivas y declaradas nulas,

[2] Parte resolutiva, Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2017).

[3] Parte resolutiva, Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2018).

la sentencia de reemplazo confirmó tanto la de primera como la de segunda instancia[4].

Sin perjuicio de que las sentencias referidas se pronuncian respecto de diversas materias susceptibles de ser comentadas –entre ellas, las cuestiones del ámbito de aplicación de la LPDC y las características que debe reunir una cláusula para ser reputada no negociada individualmente[5]–, en el presente comentario nos centraremos en tres asuntos:

1. la falta de transparencia como causal de abusividad de una cláusula no negociada individualmente;
2. la determinación de la sanción de ineficacia por insatisfacción de cargas de incorporación y
3. la improcedencia de responsabilidad infraccional ante cláusulas no negociadas que no superan los controles de incorporación o de contenido.

II. Comentario

1. La falta de transparencia como causal de abusividad de una cláusula no negociada individualmente

Entre las diversas cláusulas no negociadas individualmente que, en definitiva, fueron apreciadas como abusivas y declaradas nulas en la especie, dos ocuparán nuestra atención en lo sucesivo.

En primer lugar, en lo que atañe a los contratos de reserva, tiene relevancia una cláusula en cuya virtud el consumidor adherente le otorgaba un mandato

[4] Sentencias de nulidad y de reemplazo, Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2019).

[5] La demandada alega en su contestación que los contratos cuyas cláusulas se impugnan no califican como contratos por adhesión, puesto que los consumidores siempre tienen la oportunidad de influir en su contenido. En concreto, la demandada sostiene que los contratos son "rellenados" según las elecciones del cliente respecto al financiamiento, características de la vivienda elegida, fecha de entrega y nombre de los titulares del dominio, entre otros extremos. Al respecto, en una aproximación que compartimos, el tribunal de primera instancia estima que las mencionadas elecciones "representan el ejercicio básico del derecho a elección de los consumidores en orden a obtener el inmueble deseado, al precio más conveniente, mas no representan, en los hechos, haberse encontrado en igualdad de condiciones respecto del proveedor para negociar o discutir las demás cláusulas y condiciones de los contratos a los que accedan, ya que las cláusulas venían propuestas antemano por la demandada" (cons. 20º, Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2017)). Cabe añadir que la sola circunstancia de que un consumidor, respecto de uno o más aspectos del contrato, tenga la posibilidad de elegir, entre diversas cláusulas no negociadas individualmente, cuál o cuáles formarán parte de su vinculación con el proveedor, tampoco es una razón suficiente para concluir que las cláusulas elegidas han sido negociadas. En este sentido, cabe referir que los arts. II.-1:110(2) del DFCR y 7(2) del CESL aclaran de forma expresa que cuando una parte suministra un listado de cláusulas contractuales a la otra para que esta elija cuál o cuáles en concreto han de regir el contrato, no se considerará que el mero hecho de la elección transforme la cláusula en negociada individualmente.

especial, amplio e irrevocable a la inmobiliaria para que esta, actuando en nombre y representación de él, hiciera pago de los "distintos gastos operacionales y/o de administración y venta" y pudiera, asimismo, suscribir los documentos necesarios para el "eficaz desempeño de su cometido", quedando aquella liberada expresamente de la obligación de rendir cuenta de su gestión[6].

En segundo lugar, a propósito de los contratos de promesa de compraventa, tiene importancia una cláusula en cuya virtud los "gastos operacionales y/o de cualquier otra índole" que el promitente comprador adeudase a la promitente vendedora en relación con el inmueble objeto de la compraventa prometida debían ser pagados a lo menos sesenta días antes de la fecha de entrega material del bien que determinara la inmobiliaria[7].

El sentenciador de primera instancia, que es el único que realiza un verdadero examen de abusividad de las cláusulas antes referidas –examen cuyas conclusiones son avaladas por la Corte de Apelaciones[8] y la Corte Suprema[9]–, aprecia la abusividad de la primera cláusula mencionada porque:

> "otorga mandato de carácter irrevocable, liberando al mandatario de su obligación de rendir cuenta, el cual lo faculta para suscribir cualquier clase de documento tendiente a hacerse pago en razón de 'gastos operacionales' los cuales no han quedado clarificados ni detallados en la letra del contrato, todo lo cual importa, a su vez, un desbalance en el nivel de información de los contratantes al momento de la celebración del acto en cuestión" (cons. 27°).

De esta manera, a juicio del tribunal, se configura "un claro desequilibrio de derechos entre los contratantes, amén de lo dispuesto en el artículo 16 letra g) de la LPC" (cons. 27°).

En relación con la segunda cláusula mencionada, el sentenciador de primera instancia estima que:

> "importa un menoscabo al derecho de información de los consumidores, especialmente debido a la vaguedad e incertidumbre introducida por la frase 'y/o de cualquier otra índole', lo cual deja espacio a la demandada para proceder a cobros sorpresivos o por conceptos indeterminados, lo cual resulta contrario a la buena fe y a los derechos resguardados por la LPC, siendo menester declarar su abusividad" (cons. 35°).

[6] La señalada cláusula indica lo siguiente: "por la presente otorgo un mandato especial, amplio e irrevocable a Constructora Santa Beatriz S.A. para que actuando en mi nombre y en representación haga pago de los distintos Gastos Operacionales y/o de administración y ventas, como también para firmar todos los documentos necesarios para el eficaz desempeño de su cometido, liberándola expresamente de la obligación de rendir cuenta de su gestión".

[7] La indicada cláusula señala lo siguiente: "Todos los gastos ya sean Operacionales, y/o de cualquier otra índole, que el (la) promitente comprador (a) deba cancelar a la promitente vendedora en relación a la propiedad que por el presente instrumento se promete vender, deberán estar cancelados a lo menos 60 días antes de la fecha de entrega material del inmueble prometido vender que Constructora Santa Beatriz determine".

[8] Parte resolutiva, Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2018).

[9] Parte resolutiva, sentencia de reemplazo, Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2017).

En nuestra opinión, si bien es evidente que ninguna de las dos cláusulas debe considerarse eficaz, la razón de la ineficacia que las afecta, atendidos los argumentos que expondremos, no es, en ambos casos, el carácter de abusivas que se les atribuye.

En lo que atañe a la primera cláusula mencionada, la abusividad apreciada por el sentenciador no se sustenta solo en el desequilibrio normativo que implican la irrevocabilidad y la liberación de la obligación de rendir cuenta –el cual, sin duda, concurre, siendo por sí solo suficiente para la declaración de nulidad–, sino, también, en la indeterminación de los "gastos operacionales".

Otro tanto ocurre respecto de la segunda cláusula mencionada, pues, en su caso, la apreciación de abusividad se sustenta únicamente en la indeterminación de los gastos que el promitente comprador debe pagar al promitente vendedor.

La indeterminación que afecta a las señaladas cláusulas implica que no fueron redactadas con precisión, lo que, en rigor, debiese haber derivado en su no incorporación a los contratos de reserva y de promesa, respectivamente. En efecto, tal como ha sugerido cierta doctrina, cabe entender que la exigencia de que el clausulado esté redactado "de un modo claramente legible", contemplada en el art. 17 de la LPDC, supone que las cláusulas no negociadas de manera individual que el proveedor pretenda incorporar a los contratos que celebre en el marco de su actividad, deben satisfacer cargas de comprensibilidad, relativas, entre otros aspectos, a la claridad, la concreción y la precisión en la redacción, así como a la presentación adecuada y destacada de las cláusulas[10].

Si bien no compartimos el criterio sustentado en ella, es indudable que la sentencia del tribunal de primera instancia resulta interesante en el medio nacional al presentar cierta conexión con la doctrina de la "abusividad por falta de transparencia"[11]. En efecto, sin perjuicio de que la referida doctrina suela ser asociada a la excepcional extensión del control de contenido a cláusulas que, si bien determinan los elementos esenciales del contrato, presentan una falta de transparencia formal o material[12], existen otras manifestaciones de ella (incluso más antiguas), que, aunque referidas a contratos celebrados

[10] La base de esta tesis puede encontrarse en Tapia y Valdivia (1999), pp. 70-73. Véase también Barrientos (2018) pp. 1012-1015.

[11] Al respecto, Hernández (2014), pp. 368-382; (2015), pp. 372 y 373; (2018), pp. 626-628; (2019), pp. 908-909; Campos (2019), pp. 53-100.

[12] Para una revisión de la copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo español, Pazos (2017), pp. 415-446. En particular, sobre el alcance del deber de transparencia y su vinculación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con los deberes precontractuales de información, Campos (2019), pp. 68-75. Esta aproximación encuentra sus raíces en jurisprudencia alemana de la segunda mitad de la década de los ochenta del siglo pasado. Pertíñez (2004), pp. 113-119, Cámara (2006), pp. 27-28.

entre empresarios, se vinculan estrechamente con problemas de precisión en la redacción.

En relación con lo anterior, cabe considerar que, en sentencia de 29 de febrero de 1984, el Tribunal Federal alemán declaró la ineficacia de una condición general incorporada a un contrato de instalación de máquinas de juego, en cuya virtud se autorizaba al predisponente a cambiar o retirar una o varias máquinas en el plazo de una semana en caso de que no se obtuviesen "ingresos suficientes"[13]. En similar sentido, en sentencia de 26 de noviembre de 1984, el mismo tribunal estimó abusiva una condición general en cuya virtud, con ocasión de un contrato de concesión, se autorizaba a Opel para modificar en cualquier momento la prestación de garantía si lo consideraba conveniente por "razones económicas o de competencia"[14]. En ambos casos, la vaguedad de los presupuestos para la aplicación de las condiciones generales controladas ("ingresos suficientes", "razones económicas o de competencia") confería a los predisponentes un espacio de discrecionalidad demasiado amplio, que, en contra de las exigencias de la buena fe, implicaba para los adherentes un perjuicio injustificado. Aun más, siendo las apuntadas condiciones formalmente abusivas, resultaba reprochable que el empresario pudiese determinar el alcance del contrato, incluso en los casos en que el adherente hubiese conocido y comprendido la cláusula en cuestión[15].

Con todo, no debe perderse de vista que la reseñada doctrina, al menos en lo que atañe a los contratos celebrados entre empresarios, fue desarrollada en razón de que el control de incorporación en el sistema alemán, entonces regulado en el § 2 de la AGBG (y, en la actualidad, en los apartados 2 y 3 del § 305 del *BGB*), no se aplicaba, según el § 24 de la AGBG (hoy, apartado primero del § 310 del *BGB*), a las condiciones generales utilizadas en contratos celebrados entre empresarios, de modo que la jurisprudencia alemana, firme en su convicción de brindar tutela a todo adherente, se enfrentó a la disyuntiva de fundar la ineficacia de las cláusulas no transparentes en su *sorpresividad* (§ 3 de la AGBG; actual 305c del *BGB)* o en su *abusividad* (§ 9 de la AGBG; actual 307 del *BGB)*[16].

[13] Citada en Albiez (2009), p. 48.

[14] *Ibid.*

[15] Como señala Isabel González, para el caso de los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, "la falta de concreción o la oscuridad de la propia cláusula es un instrumento al servicio de un importante desequilibrio en contra de la buena fe. La transparencia se involucra como un factor más en el juicio sobre el carácter abusivo y es el contenido de la estipulación y el efecto que provoca sobre la posición de las partes lo que merece censura. El defecto inadvertido y que determina finalmente la nulidad no podría salvarse por más que se resalte formalmente la cláusula, se advierta al consumidor de los peligros que su aplicación conlleva, se garantice su reiterada lectura o la firma expresa. La sanción de nulidad persigue impedir lo que en el fondo merece tacha: que el predisponente pueda decidir o modificar el contenido o el alcance de las respectivas prestaciones sobre la base de criterios o datos que no se explicitan y el consumidor, a priori desconoce; o configurar de manera desequilibrada el contenido de las posiciones contractuales", González (2015), p. 1074.

[16] Albiez (2009), pp. 47, 49-50.

En el caso del derecho chileno, la situación es distinta de la reseñada respecto del alemán, ya que, en nuestro medio, sin perjuicio de que, en principio, podría recurrirse al control de fondo o de abusividad respecto de las cláusulas no transparentes (esgrimiendo el art. 16 g) de la LPDC), en definitiva, se protegerían de mejor forma los intereses de los consumidores mediante el control de incorporación regulado en el art. 17 de la LPDC (aplicable a favor de adherentes consumidores y de ciertas empresas[17]), que tiene un alcance amplio, al evaluar el cumplimiento de diversas cargas de comprensibilidad, entre las que –según dijéramos– se encuentra la de redactar las cláusulas de manera precisa. Así, en Chile, antes que realizar un juicio de abusividad respecto de las cláusulas no negociadas individualmente, cuyos supuestos o alcances no estén definidos con precisión, bastaría aplicar el control de inclusión al efecto de no tenerlas por incorporadas en el contrato.

2. La determinación de la sanción de ineficacia por insatisfacción de cargas de incorporación

Luego de anular el fallo de segunda instancia, la Corte Suprema, en su sentencia de reemplazo, dictaminó:

> "tanto el artículo 16 como el 17 de la Ley N° 19.496, establecen como sanción jurídica la declaración de nulidad, desde que el primero indica en su enunciado que 'no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que' y el segundo en su frase final de su inciso primero 'Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor'" (cons. 3°).

En relación con lo anterior, cabe señalar que en aquellos sistemas en que se contemplan controles de incorporación, si bien es pacífico que resultan ineficaces las cláusulas no negociadas que no satisfacen las cargas correspondientes, se ha presentado un intenso debate acerca de cuál es la específica sanción aplicable[18].

[17] El inc. 1º del art. noveno 2) de la Ley n.° 20416, que fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño, hace aplicables varios preceptos de la LPDC a los contratos cuyos adherentes sean micro o pequeñas empresas, siendo uno de tales preceptos el art. 17.

[18] En la doctrina italiana, se han planteado como opciones la nulidad por falta de consentimiento y la inoponibilidad, Patti e Patti (1993), pp. 344-346 y 356-361; Bianca (2000), p. 348. En Portugal, se ha sostenido que la no incorporación equivale a que las respectivas cláusulas se reputen no escritas, De Sá (2005), p. 251, o inexistentes, De Araújo (2010), p. 110, Morais (2013), pp. 184-185. En España, parte de la doctrina, aunque controvierta la decisión del legislador, estima que la sanción prevista por el art. 9.1 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, es una nulidad de pleno derecho relativa, Pasquau (2000), pp. 281-284. En Francia, ya antes de que el *Code de la Consommation* contemplara un capítulo específico dedicado a la *présentation des contrats*, la doctrina y la jurisprudencia habían ido entendiendo que no forman parte del contenido de la oferta y que, por tanto, son inoponibles a un no profesional aquellas cláusulas predispuestas que no hayan sido adecuadamente presentadas o redactadas de forma clara y comprensible (sobre este punto, con abundantes citas, Cámara (2015), pp. 582-585.

En Chile, cierta opinión postula la inexigibilidad de las correspondientes cláusulas respecto del consumidor[19].

En nuestro parecer, la precisión efectuada por la Corte Suprema acerca de la sanción de ineficacia aplicable en la especie (aunque sea *obiter dictum*, pues, como veremos, el interés del máximo tribunal fue dictaminar que la no superación de los controles de incorporación o de contenido no da lugar a responsabilidad infraccional) constituye un acierto por resultar consistente con la función informativa que desempeñan las cargas de incorporación[20], y con el hecho de que la insatisfacción de ellas torna inexigible el conocimiento de las cláusulas afectadas para un adherente de diligencia ordinaria, pudiendo reputarse no consentidas y, por tanto, nulas absolutamente (ex art. 1682 del *Código Civil*)[21].

3. Improcedencia de responsabilidad infraccional ante cláusulas no negociadas que no superan los controles de incorporación o de contenido

Entre las diversas alegaciones que hiciera Constructora Santa Beatriz S.A. en su contestación a la demanda, destaca que la apreciación de abusividad de una cláusula solo da lugar a la nulidad, pues es la sanción contemplada al efecto por el art. 16 A de la LPDC, debiendo descartarse la imposición de una multa a título de responsabilidad infraccional, en atención a que el art. 24 de la LPDC establece que las infracciones a ella serán sancionadas con la multa ahí indicada, "si no tuvieren señalada una sanción diferente".

Dicha alegación, de la que no se hacen cargo ni el sentenciador de primera instancia ni el de segunda, es planteada nuevamente por la inmobiliaria en el recurso de casación en el fondo que interpuso contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, arguyendo que esta infringe los arts. 16 A, 17, 24 y 50 de la LPDC. Según la recurrente, de haberse aplicado de forma correcta las disposiciones mencionadas, el tribunal de alzada debería haber concluido que los señalados arts. 16 A y 17 establecen sanciones específicas para la no superación de los controles de contenido o incorporación, de modo que, en virtud de lo dispuesto de forma expresa por el art. 24, inciso primero –que no distingue la naturaleza de la sanción–, no habría correspondido aplicar una multa. Además, la recurrente indica que la imposición de una multa por los sentenciadores de instancia supone una infracción al principio *non bis in idem*, pues implica sancionar doblemente un mismo hecho.

Enfrente de las apuntadas alegaciones, la Corte Suprema, luego de avalar que algunas infracciones a la LPDC tienen sanciones específicas (cons. 16°), sostiene que:

[19] Contardo (2014), pp. 125-127.

[20] Hernández (2014), pp. 184-185.

[21] En tanto que el consentimiento es exigido para la eficacia de todo acto, se configuraría, respecto de la cláusula afectada, la causal genérica de nulidad absoluta contemplada en el art. 1682 del *Código Civil*, esto es, la omisión de un requisito o formalidad que la ley exige para el valor en atención a la especie o naturaleza del acto o contrato. Alessandri (1949), pp. 238-239.

> "la decisión de los sentenciadores del grado de imponer una multa de 50 UTM por cada una de las infracciones constadas a los artículos 16 letra a), c), e) y g), 17 y 50 letra A) de la Ley N° 19.496, además de la sanción de nulidad, es errada pues establece una sanción no contemplada en la ley, infringiendo de este modo lo dispuesto en el artículo 24 inciso primero de la referida normativa" (cons. 17°).

A mayor abundamiento, tras anular la sentencia recurrida, la Corte Suprema hizo suyo el razonamiento de la inmobiliaria, dictaminando en la sentencia de reemplazo que

> "la expresión 'si la infracción no tuviere una sanción diferente', no distingue respecto de si la otra eventual sanción es pecuniaria o jurídica y donde el legislador no distingue, no le es lícito al interprete distinguir" (cons. 4°);

y que:

> "tanto el artículo 16 como el 17 de la Ley N° 19.496, establecen como sanción jurídica la declaración de nulidad, desde que el primero indica en su enunciado que 'no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que' y el segundo en su frase final de su inciso primero 'Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor', lo que hace aplicable la parte final del inciso 1° del artículo 24 de la ley en referencia" (cons. 5°).

En definitiva, la Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia solo en cuanto por ella se aplica una multa de 350 UTM a la parte demandada, decidiendo que Constructora Santa Beatriz S.A. debe pagar una multa de 100 UTM, que se compone de dos multas de 50 UTM por infracciones a los arts. 3 letra b) y 12 de la LPDC, pero no por infracción de los arts. 16, 17 o ambos.

A fin de comentar adecuadamente la decisión de la Corte Suprema, conviene aclarar que, tal como ha entendido cierta doctrina, la responsabilidad del proveedor a que se refiere el art. 24 de la LPDC es administrativa, pese a que no se haga efectiva mediante la instrucción de un procedimiento administrativo sancionador –que sería lo ideal–, sino a través de la tramitación de un procedimiento jurisdiccional de interés individual o colectivo[22].

Teniendo por base lo señalado, cabe formular algunas consideraciones críticas respecto de lo resuelto por la Corte Suprema en la especie, en el sen-

[22] Guerrero (2008), pp. 439-442. En un sentido diverso, que no compartimos, Jorge Bofill sugiere que la responsabilidad contemplada en la LPDC, concretada fundamentalmente en la imposición de sanciones pecuniarias, es contravencional, ubicándose en un punto medio entre la responsabilidad penal y la administrativa. Una consecuencia de este planteamiento es que a esta clase de responsabilidad se le aplican los principios del orden penal de manera más intensa que lo que ocurre a propósito de la responsabilidad administrativa. Bofill (1999), pp. 303-309.

tido de que la nulidad de cláusulas contractuales por incumplimiento de los controles de incorporación (art. 17 de la LPDC) o de contenido (art. 16 de la LPDC) no podría dar lugar a la aplicación de una sanción administrativa (*v. gr.*, una multa), por disponer el art. 24 de dicha ley que la que este establece se aplica salvo que la respectiva infracción tuviere señalada una sanción diferente.

En primer lugar, si acaso no se comparte que toda infracción a alguna disposición de la LPDC da lugar a responsabilidad administrativa[23], resulta claro que, como mínimo, dan lugar a dicha clase de responsabilidad las infracciones que afecten los intereses generales de los consumidores, consistiendo ellas, fundamentalmente, en la inobservancia de deberes que el proveedor ha de cumplir en beneficio tanto de consumidores en la actualidad interesados en contratar con él como de consumidores con quienes potencialmente resulte vinculado[24].

En este sentido, los controles de incorporación (art. 17 de la LPDC) y de contenido (art. 16 de la LPDC) imponen al proveedor deberes de conducta que se encaminan a la consecución de estándares mínimos de transparencia y confianza en los mercados. Así, no se trata de deberes fundados, ante todo, en el interés individual de los consumidores que hayan contratado con un proveedor, sino en el interés público de que el consumo se desarrolle bajo condiciones que permitan, en general, la libertad de elección –resguardada por el control de incorporación– y la satisfacción del propósito típico que determina a contratar –resguardada por el control de contenido–[25]. En consecuencia, la utilización de condiciones generales de contratación que no superen los controles instaurados en los arts. 17 o 16 de la LPDC, además de afectar a los consumidores que hayan contratado, perjudica a los que potencialmente celebrarán contratos con el proveedor infractor, lo que justifica la imposición de una sanción administrativa. Así, mientras la afectación del interés general de los consumidores por infracción de los indicados preceptos justifica la imposición de una sanción administrativa, la afectación del interés particular de los consumidores que hayan contratado con el proveedor incumplidor justifica la aplicación de la nulidad de las cláusulas que no hayan superado dichos controles; pudiendo y debiendo ambas sanciones aplicarse de manera conjunta.

En segundo lugar, el art. 24 de la LPDC solo se refiere a sanciones de carácter administrativo, y no a sanciones de otra índole, como la nulidad de las cláusulas de un contrato. En efecto, el señalado artículo es una norma propia

[23] Erika Isler, sobre la base del tenor de los arts. 50, inciso segundo, y 24, inciso primero, de la LPDC, sostiene que toda contravención a esta da lugar a responsabilidad infraccional, sin perjuicio de que, en su caso, pueda también dar lugar a acciones civiles. Isler (2015), pp. 82-86. En sentido contrario, José Luis Guerrero opina que, si bien la técnica legislativa da lugar a algunas dificultades interpretativas, en la LPDC es posible distinguir entre infracciones administrativas, contravenciones civiles y contravenciones mixtas. Esta distinción permitiría determinar, entre otros extremos, la naturaleza de las acciones que emanan de las infracciones o contravenciones, lo que, a su vez, permitiría determinar, respecto de cada una de ellas, la legitimación activa, los plazos de prescripción y los tribunales competentes, entre otros aspectos. Guerrero (2008), p. 442.

[24] En este sentido, Guerrero (2008), pp. 443-444.

[25] En un sentido afín, *op. cit.*, pp. 446-447.

del derecho administrativo sancionador por utilizar expresiones pertenecientes a dicha rama, como "infracciones", "multa", "procedimiento administrativo sancionador", "atenuantes", "agravantes", etc. Esta constatación revela que el precepto no se refiere a sanciones como la señalada nulidad, que es un tipo de ineficacia propio del derecho privado.

En relación con lo señalado y en orden a despejar toda duda, resulta claro que la nulidad de las cláusulas de un contrato, por ejemplo, la aplicable ante el incumplimiento de los arts. 16 o 17 de la LPDC, no tiene la naturaleza de una sanción administrativa, que es el tipo de sanción a que refiere el art. 24 de la señalada ley, por lo que aquella nulidad no puede considerarse como la clase de sanción que impide aplicar la multa instaurada por dicho precepto, al no ser –insistimos– una sanción administrativa. Esto es así porque la nulidad de las cláusulas de un contrato no constituye ni un gravamen ni un castigo ni una consecuencia disuasiva para el infractor, que son las características propias de las sanciones administrativas. En efecto, una sanción administrativa es un acto de gravamen que un órgano de la administración del Estado –o, excepcionalmente, uno jurisdiccional–, luego de la sustanciación de un procedimiento administrativo –o, excepcionalmente, de uno jurisdiccional–, impone a una persona natural o jurídica por incurrir en una infracción administrativa[26]. Como es evidente, la nulidad de cláusulas contractuales (que es absoluta y radical tratándose de las abusivas) no constituye un gravamen para el proveedor que incurre en una infracción a la LPDC al no implicar un auténtico perjuicio para él, sino solo la *constatación* de que una cláusula no ha producido jamás efectos jurídicos[27]. Además, cabe insistir en que la nulidad no constituye un acto de gravamen que sirva de castigo al infractor y amenaza disuasiva a los demás proveedores que participan en el respectivo mercado[28].

Luego, la nulidad de las cláusulas de un contrato, por ejemplo, la aplicable ante el incumplimiento de los arts. 16 o 17 de la LPDC, no constituye una de las sanciones a que se refiere el art. 24 de la LPDC porque, cuando este precepto dispone que las infracciones a lo dispuesto en dicha ley se sancionarán con la multa que especifica, "si no tuvieren señalada una sanción diferente", solo está precisando la sanción administrativa que, a falta de regla especial, debe soportar un proveedor por incurrir en una infracción administrativa[29]. Así, la expresión "si no tuvieren señalada una sanción diferente", utilizada por el señalado art. 24, solo impide la aplicación de la multa que él establece si la ley dispone una sanción administrativa distinta para el caso de que se trata (por ejemplo, una multa diferente), que, por ser especial, primaría sobre la general prescrita por

[26] Bermúdez (1998), pp. 324-326; Osorio (2017), pp. 27-30.

[27] Campos (2019), pp. 255-280 y 303-319.

[28] Refiriendo expresamente la finalidad preventiva asociada a las sanciones administrativas y, más en general, al derecho administrativo sancionador, Nieto (2012), p. 148. Entre nosotros, en el mismo sentido, Letelier (2017), p. 637.

[29] Guerrero (2008), p. 436; Isler (2015), p. 83. En opinión de Bofill (1999), pp. 306-308, la disposición especifica la sanción contravencional residual.

dicho precepto. De este modo, la sanción administrativa a que se refiere el indicado artículo solo podría no aplicarse si el legislador ha establecido otra sanción del mismo carácter respecto de la infracción que se haya materializado, pero no si ha establecido una sanción de otra índole, como la nulidad de cláusulas contractuales, *v. gr.*, por incumplimiento de los arts. 16 o 17 de la LPDC.

Con base en lo señalado, opinamos que la nulidad de cláusulas no negociadas que no superen alguno de los controles establecidos por la ley no obsta a la imposición de las correspondientes sanciones administrativas, sobre todo por ser dicha nulidad una sanción civil[30].

Terminamos señalando que la sentencia de la Corte Suprema dictada en la especie[31], al menos en lo que atañe a las cláusulas abusivas, tampoco se aviene con la evolución experimentada en el derecho comparado[32].

Bibliografía citada

Albiez, Klaus (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales.* Pamplona: Aranzadi.

Alessandri, Arturo (1949). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno.* Santiago: Imprenta Universitaria.

Barrientos, Francisca (2014). "El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión", en Francisca Barrientos (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.* Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Barrientos, Francisca (2018). "Repensando el control de forma de los contratos por adhesión: una mirada a su aplicación actual y la introducción de la transparencia", en Claudia Bahamondes, Leonor Etcheberry y Carlos Pizarro (eds.). *Estudios de derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil.* Santiago: Thomson Reuters.

[30] Isler (2015), p. 85. En contra, sobre la base del mismo razonamiento contenido en la sentencia que aquí criticamos, Cortez (2004), p. 26. Por su parte, Francisca Barrientos sostiene: "las disposiciones del párrafo 4°, que contienen las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, no son normas infraccionales, sino civiles. Por este motivo, la ineficacia de las cláusulas abusivas debería sancionarse solo con la nulidad parcial, sin necesidad de la imposición de una multa a beneficio fiscal", Barrientos (2014), p. 300. Con todo, si interpretamos bien a la autora, nos parece que su intención no es tanto negar que la utilización de cláusulas abusivas, además de dar lugar a la nulidad, dé lugar a una sanción administrativa, sino, más bien, fundar la idea de que el plazo para solicitar la declaración de la nulidad es el de diez años que establece el *Código Civil* para la nulidad absoluta y no el establecido en el art. 26 de la LPDC, Barrientos (2014), pp. 300-303.

[31] A la que se agrega otra del mismo tribunal: Sernac con Cencosud Retail S.A. (2019) (cons. 5º).

[32] Así, por ejemplo, la introducción de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores constituye una infracción administrativa en el derecho español (art. 49 i) del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) y en el derecho francés (art. L241-2 del *Code de la Consommation*).

Bermúdez, Jorge (1998). "Elementos para definir las sanciones administrativas". *Revista Chilena de Derecho.* Número especial. Santiago.

Bianca, Massimo (2000). *Il contratto.* 2ª ed. Milano: Giuffrè.

Bofill, Jorge (1999). "Sanciones contravencionales y responsabilidad penal en el sistema de protección al consumidor". *Cuadernos de Extensión Derecho del Consumo y Protección al Consumidor,* n.° 3. Santiago.

Cámara, Sergio (2006). *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato.* Navarra: Aranzadi.

Cámara, Sergio (2015). "Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas". *Anales de la Academia Matritense del Notariado.* Tomo lv. Madrid.

Campos, Sebastián (2019). *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas.* Santiago: Thomson Reuters.

Contardo, Juan Ignacio (2014). "Ensayo sobre el requisito de la escrituración y sus formas análogas en los contratos por adhesión regidos por la ley N° 19.496", en Francisca Barrientos (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.* Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Cortez, Gonzalo (2004). *El nuevo procedimiento regulado en la Ley Nº 19.496.* Santiago: Lexis Nexis.

De Araújo, José (2010). *Cláusulas contratuais gerais. DL N.° 446/85. Anotado. Recolha jurisprudencial.* Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora.

De Sá, Almeno (2005). *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas.* 2ª ed. revista e aumentada. Coimbra: Livraria Almedina.

González, Isabel (2015). "Art. 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente", en Rodrigo Bercovitz (coord). *Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.* 2ª ed. Navarra: Aranzadi Thomson.

Guerrero, José Luis (2008). "La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual", en Alejandro Guzmán (ed.). *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo.* Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Hernández, Gabriel (2014). *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión.* Madrid: Marcial Pons.

Hernández, Gabriel (2015). "La obligación precontractual de la entidad financiera de informar al cliente, especialmente a la luz de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores", en Álvaro Vidal, Gonzalo Severín y Claudia Mejías (eds.). *Estudios derecho civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso, 2014.* Santiago: Thomson Reuters.

Hernández, Gabriel (2018). "Consecuencias civiles aplicables ante el incumplimiento de la obligación precontractual de informar", en Claudia Bahamondes, Leonor Etcheberry y Carlos Pizarro (eds.). *Estudios de derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil.* Santiago: Thomson Reuters.

Hernández, Gabriel (2019). "Cláusulas abusivas por falta de transparencia respecto de los elementos económicos del contrato de consumo", en Maricruz Gómez de la Torre, Gabriel Hernández, Fabiola Lathrop y Mauricio Tapia (eds.). *Estudios de derecho civil XIV. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Coquimbo, 2018*. Santiago: Thomson Reuters.

Isler, Erika (2015). "Las normas que dan origen a la responsabilidad civil y a la responsabilidad infraccional en la Ley 19.496". *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política,* vol. 6, n.º 2. Temuco.

Letelier, Raúl (2017). "Garantías penales y sanciones administrativas". *Política criminal*, vol. 12, n.º 24. Talca.

Morais, Ana (2013). *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. Decreto-lei N° 446/85, de 25 de outubro.* Coimbra: Coimbra Editora.

Nieto, Fernando (2012). *Derecho administrativo sancionador. 5ª* ed. totalmente reformada. Madrid: Tecnos.

Osorio, Cristóbal (2017). *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte general.* 2ª ed. revisada, aumentada y actualizada. Santiago: Thomson Reuters.

Pasquau, Miguel (2000). "Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos", en Rodrigo Bercovitz (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.* Navarra: Aranzadi.

Patti, Salvatore e Guido Patti (1993). *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342.* Milano: Giuffrè.

Pazos, Ricardo (2017). *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.* Navarra: Aranzadi.

Pertíñez, Francisco (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia.* Navarra: Aranzadi.

Tapia, Mauricio y José Miguel Valdivia (1999). *Contrato por adhesión. Ley Nº 19.496.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia citada

Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2017): 17° Juzgado de letras en lo Civil de Santiago, 27 de enero de 2017 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), rol n.° 15092-2015.

Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de septiembre de 2018 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), rol n.° 8261-2017.

Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2019): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), rol N° 114-2019.

Sernac con Cencosud Retail S.A. (2019): Corte Suprema, 27 de noviembre de 2019 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), rol n.° 25.739-2019.

Siglas y abreviaturas

AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
art.	artículo
arts.	artículos
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch*
CESL	Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea
cons.	considerando
coord.	coordinador *a veces* coordinadora
DCFR	Marco Común de Referencia
ed.	edición *a veces* editor
eds.	editores
etc.	etcétera
ex art.	ex artículo
ibid	*ibidem*
inc.	inciso
LPC *a veces* LPDC	Ley n.° 19496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores
n.º *a veces* Nº	número
op. cit.	*opere citato* (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
RDL	Real Decreto Legislativo
S.A.	sociedad anónima
Sernac	Servicio Nacional del Consumidor
UTM	Unidad Tributaria Mensual
v. gr.	*verbi gratia*
Vol.	volumen

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 351-358 [julio 2020]

Derecho procesal civil

Maite Aguirrezabal Grünstein
Profesora investigadora
Universidad de los Andes

Tercería de prelación y prueba del hecho negativo. Corte Suprema, 3 de diciembre de 2019, rol n° 12.044-2019

I. Introducción

En el presente trabajo se analiza la sentencia pronunciada por la Primera Sala de la Corte Suprema con fecha 3 de diciembre de 2019, en la causa rol n.° 12.044-2019, referida a la exigencia de aportación de prueba por parte del tercerista de prelación.

El fallo resulta de gran relevancia por cuanto la decisión considera que, sobre el tercerista de prelación, en su calidad de demandante, pesa la carga de probar que se cumplen los requisitos establecidos en el art. 2478 del *Código Civil* en afinidad con el art. 527 del *Código de Procedimiento Civil*.

II. Hechos relevantes que motivan el fallo

En el juicio ejecutivo caratulado Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile con García Silva Claudia del Rosario, tramitado ante el Primer Juzgado de Letras de San Felipe bajo el rol n.° 215-2017, el ejecutante, hoy Scotiabank Chile, dedujo demanda ejecutiva contra Claudia del Rosario García Silva, solicitando se despache mandamiento de ejecución y embargo por la suma total de $21 885 253, más intereses y costas. Funda su pretensión en tres operaciones crediticias morosas que constan en el mutuo hipotecario n.° 05040004319600133763 y en los pagarés números 050400045000070304 y 050400045000070290.

Se procedió a trabar embargo sobre dos inmuebles de propiedad de la ejecutada, correspondientes a los lotes 6 y 7 de la subdivisión del resto de la parcela n.° 1 del proyecto de parcelación José de San Martín de la comuna de Rinconada, provincia de Los Andes.

En el mismo cuaderno de apremio, el banco ejecutante propuso bases para el remate e hizo valer su calidad de acreedor hipotecario, invocando la escritura pública de fecha 29 de junio de 2011, otorgada en la notaría de San Felipe de Alex Pérez de Tudela Vega, debidamente inscrita en el registro pertinente del Conservador de Bienes Raíces de Los Andes.

El Servicio de Tesorerías interpuso demanda de tercería de prelación y pago en contra del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile y de Claudia del Rosario García Silva, ejecutante y ejecutada respectivamente, fundando su pretensión en la morosidad de obligaciones tributarias de retención y recargo por concepto de los formularios 21 y 22.

Luego, amparándose en la preferencia de primera clase del art. 2472 n.° 9 del *Código Civil*, solicita se declare el derecho preferente del fisco a ser pagado con el producto de los bienes embargados, por un monto neto a su favor de $65 430 308, más reajustes, intereses y multas, deuda que liquidada al mes de mayo 2018 asciende a $176 950 328. En subsidio, y sobre la base de los mismos argumentos, dedujo demanda de tercería de pago.

El crédito de la tercerista goza de un privilegio de primera clase por tratarse de obligaciones de carácter tributario y los inmuebles embargados registran inscrita una hipoteca de primer grado a favor del banco ejecutante.

Por sentencia de fecha veintisiete de agosto de dos mil dieciocho se rechazó la demanda de tercería de prelación y pago interpuesta.

Apelada esta decisión, la Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó la sentencia de primera instancia, y por decisión de 21 de marzo de 2019 decidió, en su lugar, que se acogía la demanda de tercería de prelación sin costas.

En contra de este último pronunciamiento, el ejecutante dedujo recurso de casación en el fondo.

La Corte Suprema, conociendo de dicho recurso, acogió la casación y anuló la sentencia de segunda instancia. En sentencia de reemplazo, niega lugar a la tercería de prelación interpuesta por los motivos que se explican a continuación.

III. Naturaleza y finalidad de la tercería de prelación

La tercería de prelación es un procedimiento especial que, aunque recibe una tramitación incidental, se mantiene como un juicio independiente del procedimiento ejecutivo al que accede.

Como dispone el art. 518 del *Código de Procedimiento Civil*, tiene lugar cuando adviene al juicio ejecutivo un extraño, pretextando derecho para ser pagado preferentemente.

En este procedimiento, la parte demandante se encuentra constituida por el tercerista y los demandados vienen a ser el ejecutante y el ejecutado del procedimiento principal.

Como se señala en el considerando séptimo de la sentencia en comento:

> "su pretensión se dirige, en primer término, contra el ejecutado, para que se reconozca la existencia de su crédito; y, en segundo lugar, contra el ejecutante, para que se reconozca a su parte el derecho a pagar con primacía el crédito de que es titular con el producto de la realización de los bienes".

La finalidad de la tercería de prelación es obtener un pago preferente sobre el ejecutante con el producto de los bienes embargados que se realicen, siendo su fundamento el conseguir en la práctica que se respeten las reglas de preferencia de los créditos establecidos en las leyes substantivas[1].

Las preferencias que justifican la interposición de esta tercería son el privilegio y la hipoteca, en atención a lo dispuesto por el art. 2465 y siguientes del *Código Civil*.

Junto con la interposición de la tercería deberá acompañarse el título en que conste el crédito preferente cuyo pago requiere el tercerista, según lo dispone el art. 527 del *Código de Procedimiento Civil*.

IV. El art. 2478 del *Código Civil* y la carga de la prueba del hecho negativo

El problema de fondo en la sentencia que se comenta tiene especial relación con lo dispuesto por el art. 2478 del *Código Civil* y las cargas probatorias que recaen sobre el tercerista de prelación.

El mencionado artículo dispone en su inciso primero:

> "los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas sino en el caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor".

Cuando para obtener el pago existe solo una finca que está hipotecada y concurren el acreedor hipotecario y un acreedor de primera clase surge la interrogante de cuál de los dos prefiere.

La ley resuelve este punto en el art. 2478 del *Código Civil*, estableciendo que prefiere el acreedor de primera clase, pero para que así acontezca, es necesario que no haya otros bienes con los cuales pueda ser cubierto íntegramente su crédito. Solo entonces puede acudirse a la finca hipotecada y el de primera preferirá al acreedor hipotecario.

Para el caso en comento, y teniendo el ejecutante y el tercerista créditos de naturaleza preferente, la discusión radica en determinar cuál de los dos créditos preferentes debe pagarse con prelación sobre el producto de los inmuebles embargados, esto es, si el de primera clase a favor del Fisco de Chile o el crédito hipotecario a favor del banco ejecutante.

Como ya se señaló, la regla general es que los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas. La excepción corresponde al caso

[1] Casarino (2007), p. 111. Criterio reiterado en el cons. 4° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema con fecha 20 de marzo de 2007, en los autos caratulados Banco Internacional con Retamal Pino, Óscar y otros.

en que otros bienes del deudor no alcancen para cubrir el pago de la totalidad de la deuda.

Es decir, la norma exige como presupuesto para proceder al cobro de un crédito de primera clase en una finca hipotecada, que primero se acredite que los otros bienes del deudor no son suficientes para cubrir la totalidad del crédito.

En estas circunstancias, debe dilucidarse si hay otros bienes embargables del ejecutado con los cuales pueda solucionarse el crédito del tercerista, y ello plantea el problema de determinar quién debe soportar la carga de probar dicha circunstancia, esto es, si le corresponde al tercerista, acreedor preferente, probar que no hay otros bienes embargables o si le corresponde al ejecutante, acreedor hipotecario, probar que sí los hay.

Por lo tanto, el problema consiste en determinar a quién le corresponde la carga de probar el hecho negativo, si al ejecutante o al tercerista de prelación.

La prueba del hecho negativo resulta de difícil elaboración en la doctrina, ya que por regla general lo que debe probarse son los hechos afirmados, ya que como señala Eduardo Couture,

> "el objeto de prueba son los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende. No hay derecho que no provenga de un hecho y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos. Pero deben probarse únicamente los hechos controvertidos; la prueba de otros hechos que no sean controvertidos es inoficiosa para el resultado del proceso"[2].

De ahí entonces que se considere que la negación de un hecho no requiere de prueba, sino que bastaría con alegarlo[3].

Pero la regla anterior no resulta siempre aplicable, puesto que existen supuestos en que el hecho negativo deberá probarse mediante la afirmación de un hecho contrario[4],

> "ya que toda negación lleva implícitamente comprendida una afirmación, y por la inversa, toda afirmación comprende, consecuencialmente, una negación en contrario"[5].

Hugo Alsina destaca que la prueba de un hecho negativo dependerá de la forma en la cual se entable esta pretensión. De esta manera, cuando una parte alega la negativa de un hecho, pura y simplemente, no existe obligación de probar para ella.

En cambio, cuando se alega la omisión o inexistencia de un hecho que sirve de fundamento a una acción o excepción, la prueba dependerá de si la negativa

[2] Couture (2010), p. 105.
[3] Rodríguez (2009), p. 94.
[4] Los hechos negativos pueden probarse, ya que como lo señalan Planiol, Ripert (1981), toda proposición negativa implica una proposición afirmativa que es su antítesis. Agrega que lo que es posible probar es la proposición indefinida, ya sea positiva o negativa, como el hecho de no haberse encontrado nunca con una persona o haberse encontrado siempre con ella.
[5] Rodríguez (2009), p. 94.

recae en el derecho, la cualidad o el hecho, agregando

> "la negativa de derecho es aquella por la cual se afirma que una cosa no es conforme al derecho; en este caso, puede recaer la prueba sobre el hecho impugnado, pero no sobre la prohibición legal, porque respecto de ella bastará invocar el precepto pertinente. La negativa es de cualidad cuando se niega a una persona una cualidad determinada; en este caso se aplica el principio que quien sostiene algo contrario a lo normal es quien debe probarlo".

La negativa de hecho puede ser simple o calificada. La primera es la que no determina tiempo, lugar ni circunstancia alguna y no es necesario rendir prueba alguna acerca de la negación. En cuanto a la segunda, importa una afirmación que debe ser acreditada[6].

Iván Hunter coincide en que la prueba del hecho negativo es una de las hipótesis que puede calificarse como de dificultad probatoria, ya que

> "se trata, por regla general, de hechos que el legislador ha previsto para producir una consecuencia jurídica pero que carecen de materialidad y exteriorización (hechos síquicos como las intenciones, hechos negativos como la ausencia de una característica o cosa) o que resultan extremadamente difíciles de establecer mediante prueba directa (hechos íntimos, complejos, hechos antiguos, hechos futuros, hechos técnica o científicamente complicados, etc.)"[7].

Agrega el autor que la inexistencia de un hecho, como en el caso que se comenta, puede servir como fundamento para la aplicación de una norma cuando "contiene la negación de una identificación positiva o bien usa términos equivalentes a esa negación"[8].

En la jurisprudencia nacional los casos más frecuentes de dificultad en la prueba de un hecho negativo se han dado precisamente en el ámbito de las tercerías de pago, ya que estas exigen al tercerista probar que el ejecutado carece de bienes suficiente para cubrir la deuda, lo que plantea un desafío importante en el plano probatorio desde que ello supone, como señala Iván Hunter, establecer un hecho negativo indeterminado[9].

En ciertos casos, jurisprudencia chilena ha considerado que el hecho negativo no requiere de prueba, trasladando con ello la carga a la otra parte, porque la premisa de que el deudor no tiene otros bienes embargables constituye una negación indeterminada y, por lo tanto, no es posible demostrarla. Pero puede ser desvirtuada probando la premisa positiva contraria, esto es, que el deudor sí tiene otros bienes embargables. Así, ha llegado a la conclusión de que es

[6] Véase al respecto Alsina (1957), p. 188 y ss.
[7] Hunter (2015), p. 217.
[8] *Op. cit.*, p. 218.
[9] *Op. cit.*, p. 219.

el acreedor hipotecario quien debe probar que el deudor tiene otros bienes embargables suficientes; si lo demuestra, triunfa y el tercerista debe primero acudir a ellos. Si esa prueba no consta en el proceso, se tiene por cumplido el requisito de no haber otros bienes y se hace lugar a la tercería[10].

En otros casos, tribunales superiores chilenos han sostenido que, aunque la prueba del hecho negativo presente dificultades, ellas no eximen de la carga de probar a quien lo alega.

Como ya señalaba Eduardo Couture, si no hay dudas de que una proposición elaborada asertivamente debe ser acreditada por quien la alega, no existe ninguna regla lógica que permita eximir de prueba a quien formula una proposición con la regla inversa, esto es, una negación[11].

Siguiendo este último lineamiento, se puede señalar entonces que la carga de acreditar la existencia del crédito que se reclama y la insuficiencia de bienes del deudor corresponde en principio al tercerista, que para estos efectos posee la calidad de demandante en el procedimiento de tercería,

> "puesto que el objetivo específico de éste al intentar su demanda es el de anteponer su crédito al del ejecutante, buscando alterar los términos en que se ha constituido la relación procesal principal".

Este ha sido el criterio sustentado en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, cuando establece que la carga de la prueba en lo que respecta a la insuficiencia de bienes del deudor no corresponde al acreedor hipotecario, sino que a quien alegue una preferencia sobre el bien gravado con hipoteca, quien debe acreditar que el deudor carece de otros bienes o que estos no son suficientes para cobrar la totalidad de sus créditos[12].

Agrega nuestro máximo tribunal que lo anterior importa una prueba de hechos positivos y no negativos, ya que consiste

> "precisamente, en establecer cuántos y cuáles son los restantes bienes del deudor, diferentes de los gravados con hipoteca, sobre los cuales puede obtenerse parte del pago"[13].

[10] Corte Suprema, Primera Sala, 27 de agosto de 2019, rol 31588-2018. En este mismo sentido, sentencia de la Corte Suprema de fecha 24 de noviembre de 2008, dictada en los autos rol n.° 5281-2007, caratulados Acevedo Venegas, Gloria del Carmen con Banco de Santiago y Mardones Morales, José, en que considera que la carga de la prueba debe recaer sobre el acreedor hipotecario porque no se puede obligar al tercerista a probar un hecho negativo.

[11] Couture (2010), pp. 124-125. Aunque algunos autores defienden la liberación de la carga probatoria cuando se trata de este tipo de hechos. En este sentido, véase Cortés (1972).

[12] Sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 4 de abril de 2017, en los autos rol 4.007 de 2017, caratulados Sociedad Emprenort Limitada con Francisco Javier Matamoros García.

[13] Cons. 7° de la sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 4 de abril de 2017, en los autos rol 4007 de 2017, caratulados Sociedad Emprenort Limitada con Francisco Javier Matamoros García.

Reiterando este criterio en diversos fallos, ha establecido también que:

> "el noveno numeral del artículo 2472 del Código Civil, en relación al artículo 2476 del mismo ordenamiento, reconoce un privilegio al Fisco para el cobro de deudas provenientes de impuestos retenidos, prerrogativa que sólo opera en caso de no poder cubrirse en su totalidad esa deuda de índole tributaria con los otros bienes del deudor, en cuya hipótesis el legislador ha reconocido a los créditos de primera clase preferencia en cuanto al déficit. Corresponderá, por lo tanto, que aquel que quiera valerse del privilegio pruebe el acaecimiento de la condición contemplada en la ley, circunstancia que dará pábulo a la preferencia en el pago"[14].

Tal es la carga de probar que corresponde a la demandante de tercería de prelación, conforme lo dispone el art. 1698 del *Código Civil*.

Por los motivos expuestos, el fallo que se comenta estima que los jueces de fondo alteran inadecuadamente la regla del *onus probandi*, contraviniendo el correcto entendimiento de la relación existente entre las preferencias de primera y tercera clase, e infringiendo lo dispuesto por los arts. 1698 y 2478 del *Código Civil*.

V. Conclusiones

1) El art. 2478 del *Código Civil* plantea un problema relevante a la hora de determinar a quién le corresponde la carga de probar que los bienes del deudor son insuficientes para el pago de un crédito preferente.
2) La prueba de los hechos negativos se enmarca dentro de lo que la doctrina considera como un caso de dificultad probatoria, y nuestra jurisprudencia se ha dividido entre los que consideran que la negación de un hecho no requiere de prueba y los que consideran que no existe ninguna regla lógica que permita tal exoneración.
3) Se cree que la tercería de prelación posee la naturaleza de una demanda, donde es posible identificar un demandante y dos demandados, sin perjuicio de que reciba una tramitación incidental.
4) En atención a la conclusión anterior, se está de acuerdo con el criterio establecido por la Corte Suprema en el fallo que se comenta, en el sentido que corresponde al tercerista de prelación acreditar la falta de bienes suficientes del deudor para atender al crédito preferente, no siendo legítimo que se invierta el *onus probandi* si no existe una norma

[14] Cons. 8° de la resolución de fecha 28 de agosto de 2012, dictada por la Primera Sala de la Corte Suprema en los autos rol n.° 4258-2011, caratulados Forum Servicios Financieros S.A con Comercializadora de Máquinas y Equipos Agrícolas e Industriales y otros Limitada.

que así lo autorice.

Bibliografía citada

Alsina, Hugo (1957). *Derecho procesal civil y comercial.* Buenos Aires: Ediar. Tomo II.

Casarino Viterbo, Mario (2007). *Manual de Derecho Procesal.* 6° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo IV.

Cortés Domínguez, Valentín (1972). "Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, n.°s 2-3. Paraná.

Couture, Eduardo (2010). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* 4ª ed. Montevideo: Editorial B de la F.

Hunter Ampuero, Iván (2015). "Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte,* año 22. n.º 1. Coquimbo.

Planiol, Marcel, Georges Ripert (1981). *Tratado elemental de Derecho Civil.* 4ª ed., México: Cárdenas Editor y Distribuidor.

Rodríguez Papic, Ignacio (2009). *Procedimiento civil. El juicio ordinario de mayor cuantía.* 7ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
cons.	considerando
ed.	edición
etc.	etcétera
n.º *a veces* Nº	número
op. cit.	*opere citato* (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
S.A.	sociedad anónima
ss.	siguientes

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 361-364 [julio 2020]

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (2019). *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. 2016*. Edición preparada por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Desde su creación en el año 1994, los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales han experimentado una continua ampliación a través de las sucesivas ediciones aparecidas en los años 2004, 2010 y 2016. Es esta última la que ahora se presenta en una nueva publicación realizada por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso de la mano de Álvaro Vidal Olivares y Rodrigo Momberg Uribe.

La edición chilena toma como base el trabajo realizado por un grupo de académicos compuesto por Javier Rodríguez Olmos (Colombia), Núria Bouza Vidal (España), José Moreno Rodríguez (Paraguay), Jorge Oviedo Albán (Colombia), Pedro Mendoza Montano (Guatemala) y Eugenio Hernández Bretón (Venezuela), quienes se han encargado de la traducción de las normas y comentarios de la versión 2016. Este equipo de trabajo ha realizado su labor bajo la dirección de Alejandro Garro (Argentina, Universidad de Columbia), quien ha estado a cargo de la versión en español de este instrumento desde su creación el año 1994.

Estos *Principios* son el más importante instrumento elaborado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, organismo con sede en Roma cuyo propósito es el estudio de las necesidades y métodos para la modernización, armonización y coordinación del derecho privado entre Estados. Creado el año 1926, el organismo actual cuenta con 63 países miembros, ocupando su atención en temas de procedimiento civil, propiedad intelectual, mercado de valores y contratos, entre otros, destacando por la creación de cuerpos codificados destinados a armonizar y actualizar estas distintas áreas del derecho. Al menos en nuestro país, los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales son la obra más conocida de esta institución.

El inmenso prestigio y calidad técnica de los juristas colaboradores de dicho organismo internacional ha hecho a los Principios Unidroit un referente obligado para los estudiosos del denominado "nuevo derecho de los contratos", así como para los operadores jurídicos que requieren de una normativa moderna y consciente de la realidad de la contratación internacional. Si bien no se trata de un tratado internacional, su amplia aceptación ha llevado a su aplicación, ya sea por voluntad expresa de las partes o como un elemento auxiliar de interpretación e integración de los contratos comerciales internacionales.

Tal como señalan Álvaro Vidal y Rodrigo Momberg en su prefacio, los Principios Unidroit gozan de aceptación y aplicación universal, influencia de la que Chile no ha estado exento. En efecto, la dogmática del derecho civil los ha utilizado continuamente como modelo para efectos de realizar una relectura de las normas sobre contratos del *Código Civil* chileno. Asimismo, muchas de sus soluciones han servido de base a disposiciones del proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, iniciativa que ha ido cobrando cada vez mayor importancia en nuestro medio.

La publicación que rescensionamos tiene el mérito de presentar en lengua castellana no solo la traducción oficial de los artículos (*black-letter rules*), sino que, además, se han traducido los comentarios oficiales (los cuales hasta hoy están disponibles únicamente en inglés y en francés en el sitio web de Unidroit). La importancia de estos comentarios es que interpretan, explican y desarrollan las disposiciones, lo que, sin duda, constituye una herramienta útil desde un punto de vista tanto propedéutico como práctico, puesto que estos comentarios deben entenderse, por indicación de Unidroit, como parte integrante del texto normativo.

La principal novedad que presentan los *Principios UNIDROIT* en su versión 2016 es la inclusión de una serie de normas, o menciones dentro de normas ya existentes, aplicables a los que se denominan contratos de larga duración, definidos en el art. 1.11 como aquellos "cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo y que suele involucrar, en mayor o menor medida, una operación compleja y una relación continuada entre las partes". Tal como señala el comentario a su definición estos contratos se contraponen a los contratos ordinarios de intercambio, como la compraventa, dentro de los cuales pueden incluirse, a modo ejemplar, la agencia comercial, los contratos de distribución, franquicia, arrendamiento, construcción, hasta otras figuras asociativas como los acuerdos de inversión o los *joint ventures*.

Dentro de la definición de contrato de larga duración, se indica como la nota esencial de estos la extensión, siendo la complejidad de la operación y la relación continuada entre las partes elementos que pueden estar presentes o no. Por ende, habrá que atender a cada norma y comentario en particular para determinar en qué medida deben concurrir estos elementos adicionales a la duración para revisar su procedencia o cómo se aplican al caso concreto. Si bien los Principios Unidroit captan que en la vida de los negocios internacionales existen claras diferencias entre los contratos de intercambio –caracterizados por una ejecución única o instantánea– y los contratos de larga duración, pareciera que los criterios esbozados para distinguir entre uno y otro es una cuestión que la norma no quiso zanjar de modo absoluto, dando cierta flexibilidad a la hora de determinar que normas son aplicables a cada contrato en particular. En ese sentido, no debe entenderse la inclusión de la categoría de contrato de larga duración como la creación una *summa divisio* de los contratos, sino que como una flexibilización de ciertas instituciones para adaptarla a las necesidades del tráfico.

Dentro de las normas y comentarios que se han modificado en la versión 2016 de los Principios para hacer mención a los contratos de larga duración, son especialmente relevantes los que se refieren a los contratos con términos abiertos (art. 2.1.14), a las circunstancias relevantes para la interpretación e integración del contrato (arts. 4.3 y 4.8), a la determinación de los deberes de las partes y del contenido del contrato (arts. 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.7), la resolución en los contratos de tiempo indefinido (art. 5.1.8), a la fuerza mayor como eximente de responsabilidad (art. 7.1.7), a los efectos de la resolución por incumplimiento (art. 7.3.5) y las restituciones que se deben producto de esta resolución (art. 7.3.7).

En particular, resulta cuestionable que la traducción al castellano use el concepto de resolución para referirse tanto a un caso de desistimiento unilateral (como es el art. 5.1.8) como a otro que es de modo propio uno de resolución por incumplimiento (art. 7.3.5). Lo anterior se debe probablemente a una traducción poco adecuada del texto en inglés, el cual usa el concepto *termination* en ambos supuestos, siendo este lo suficientemente amplio como para incluir hipótesis de incumplimiento y de desistimiento unilateral. Podría haberse seguido aquí el ejemplo de la traducción italiana, la cual habla en el art. 5.1.8 de *recesso*, reservando el término *risoluzione* para la extinción del contrato cuyo origen está en el incumplimiento de una de las partes.

Fuera de las modificaciones anotadas, el texto conserva la estructura ya definida por la edición del año 2010, la cual, además de un preámbulo, contiene once capítulos destinados a disposiciones generales (I), formación del consentimiento y actuación por medio de representantes (II), cuestiones de validez y nulidad (III), interpretación e integración (IV), contenido del contrato (V), cumplimiento (VI), incumplimiento, con las acciones y derechos del contratante diligente (VII), compensación (VIII), cesión de créditos y contratos (IX), prescripción (X) y casos con pluralidad de acreedores y deudores (XI).

Junto con el texto y sus comentarios, la presente publicación incluye los documentos oficiales preparados por Unidroit que acompañan a las versiones disponibles en su sitio web, consistentes en los prólogos e introducciones a las ediciones anteriores, muy relevantes a efectos de entender e interpretar las disposiciones de conformidad al espíritu con el que fueron creadas en su momento. Se incluye, además, una tabla de correspondencia de la ubicación de los artículos en las distintas ediciones, lo que permite identificar el año de

introducción o modificación de cada una de las normas.

Además de estos documentos, se ha agregado a esta edición impresa un apéndice con el texto de los artículos o *black-letter rules*, lo que facilita la lectura del núcleo normativo de los Principios. Podría haberse agregado un segundo apéndice con las normas en inglés, tal como se ha hecho en otras ediciones latinoamericanas (como la preparada por el Centro de Estudios de Derecho Comparado de la Universidad de La Sabana). Considerando que uno de los propósitos del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado es tender puentes entre distintas regulaciones estatales, muchas decisiones sobre los conceptos o procedimientos siguen al acervo de una u otra tradición jurídica, por lo que recurrir al texto en inglés resulta fundamental a la hora de realizar un estudio a cabalidad de los alcances de las normas, por lo que es lamentable que no se haya incluido su texto en esta edición.

Echamos de menos también el que no se haya incluido un apéndice con las cláusulas modelo propuestas por Unidroit para el uso de los Principios en la práctica contractual, existiendo solo una remisión al sitio web del organismo que las contiene. Si bien la omisión se entiende por ser esta una obra realizada con el apoyo de Unidroit, el cual debe velar por que exista uniformidad entre las distintas versiones, gran cantidad de remisiones hechas en los comentarios a las cláusulas modelo hubiera justificado la innovación.

Por último, se ha agregado un índice analítico, el cual incluye los términos más relevantes en sus diferentes usos y aplicaciones. Las referencias son hechas tanto a los artículos como a la parte del respectivo comentario que trata el punto en específico, lo que se agradece atendida la extensión de ciertas disposiciones y sus sendas explicaciones.

Finalmente, no cabe sino agradecer a Álvaro Vidal y Rodrigo Momberg, a la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y a Unidroit por haber permitido e impulsado la publicación en Chile de esta edición completísima en español de los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales en su versión del año 2016, la cual, sin duda, permitirá una mayor difusión y estudio de este instrumento de armonización del derecho de los contratos en el ámbito latinoamericano. Esperamos que, asimismo, sea inspiradora de proyectos similares relativos a otros textos e iniciativas internacionales de la misma índole.

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
Unidroit	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

Francisco Álvarez Werth[1]

[1] Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Alumno regular del Programa de Doctorado en Derecho Universidad de los Andes.

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 365-371 [julio 2020]

Fitzpatrick, Brian T. (2019). *The Conservative Case For Class Actions*. Chicago: The University Of Chicago Press. 271 pp.

Esta ha sido una obra polémica en su país de origen. Como bien es sabido, en Estados Unidos el régimen de acciones colectivas desde hace muchos años ha sido objeto de un intenso debate y crítica. En dicho contexto fallos de la Corte Suprema estadounidense –en su mayoría conservadora– han dado inicio a su futura muerte, en especial en materia consumo. En este debate quienes de manera más fuerte han criticado esta herramienta procesal, haciendo un intenso *lobby* para su reforma e idealmente su supresión, ha sido la derecha republicana y el empresariado. Es por ello que el presente libro ha generado controversia, ya que es un republicano quien ha salido en defensa (moderada, por cierto) de las acciones colectivas.

La obra de Brian Fitzpatrick puede ser leída desde diversas perspectivas. Primero, como un ejemplo patente de lo que se ha denominado el *adversarial legalism*, es decir, una manifestación de cómo dicho país y su sistema legal se enfrenta a problemas legales contemporáneos desde perspectivas diversas al resto de los países occidentales, enfatizando una cultura de la litigación y adversarialidad[1].

Otra perspectiva puede ser la política. De hecho, el presente texto no tiene como destinatario a cualquier lector, sino que está escrito por un conservador que, de alguna manera, pretende convencer a gente de su propio sector que lo correcto no es la supresión de este instrumento y que, de hecho, mantenerlo es consistente con sus creencias. Al respecto, el autor afirma que la mirada conservadora siempre ha creído que quien está en la mejor posición para fiscalizar el cumplimiento de la ley (dotado de los mayores incentivos, coherente con una visión de un estado "pequeño" y eficiente fiscalmente hablando) son los abogados privados, por lo que resulta en particular contradictorio que dicho sector sea quien aboga con más fuerza por la supresión de este sistema, el cual, en gran medida, se basa en abogados particulares quienes apuestan por

[1] Véase Kagan (2003).

estos casos y asumen su litigación a cambio de un porcentaje de las futuras ganancias. Desde esta perspectiva, el libro es una puerta o ventana a la mente republicana, sus creencias y su visión del Estado y la economía, las que se leen con claridad en los capítulos 2, 3 y 4, donde se explora su filosofía.

Finalmente, este libro puede ser leído como una revisión panorámica de las principales discusiones contemporáneas respecto del sistema de acciones colectivas estadounidense, el cual, sin lugar a duda, ha sido y es un referente mundial[2]. Esta tercera lectura es posible gracias al enfoque que el autor asume y que impacta en la estructura del texto mismo. Dado que este desea defender este mecanismo procesal, diversos capítulos de la obra se hacen cargo de las principales discusiones y críticas que se verifican en la actualidad en dicho país sobre las acciones de clase. Destinaré el resto de la recensión a seguir este enfoque, que me parece es el más interesante para el lector que desea conocer más sobre estas acciones.

En esta línea, es fundamental mencionar el capítulo 1, el cual es titulado "La Irónica historia de las acciones colectivas" (The Ironic History of Class actions)[3]. Dicho capítulo es de particular interés primero porque explica los principales pilares conceptuales del régimen de acciones colectivas estadounidenses. También, porque da cuenta del origen de la institución y explica de manera muy clara por qué el fallo de la Corte Suprema Estadounidense en el caso At&T Mobility vs. Concepción dio pie al inicio al "fin" de las acciones colectivas.

En este capítulo hay dos ideas que resaltan con mucha fuerza. La primera se relaciona con el origen de las acciones de clase. Si bien existía un antecedente histórico, fue el cambio introducido en la década de 1960 a las reglas federales de procedimiento civil las que consagraron el régimen tal como hoy se conoce. En este escenario el texto muestra que la reforma legal no provino del congreso, ni de la sociedad civil, sino que desde el sistema de justicia o, como lo llama Brian Fitzpatrick de un "oscuro comité de abogados, profesores de derecho y jueces"[4]. Este resalta que todo el proceso de creación de estas reglas se difundió muy poco y por ello no muchas personas tenían información sobre esta reforma legal, lo que no favoreció un mayor debate. En este punto, al lector interesado en los procesos de reforma a la justicia de nuestro país le parecerá inevitable la comparación con los intentos (fallidos, por cierto) de reforma a la justicia civil, los cuales en su gran mayoría se han llevado de la misma manera.

[2] Gidi (2004), pp. 1, 17-19. Asimismo, Deborah Hensler destaca que, incluso, en el desarrollo europeo de sistemas de litigación colectiva el modelo estadounidense ha sido usado como un referente negativo, esto es, para evitar ciertos rasgos y problemas de dicho modelo. Incluso eso explica que en Europa no se hable de acciones colectivas, sino que de mecanismos de reparación colectiva (*collective redress*). Hensler (2017), p. 968.

[3] La idea de que la historia de las acciones colectivas es "irónica", según este autor, tiene relación con que al momento en que se propuso este mecanismo, había voces que creían que iba a favorecer a las empresas, lo que con el tiempo no ha sido así en lo más mínimo. Fitzpatrick (2019), pp. 10-11.

[4] *Op. cit.*, p. 9.

La segunda idea que resalta con fuerza tiene relación con la relevancia, dentro del esquema regulatorio de las acciones colectivas, que tiene la distinción entre *opt-in* y *opt-out*. Según Brian Fitzpatrick, el cambio que revolucionó el régimen de acciones colectivas estadounidense fue el paso de *opt-in*, esto es, que las personas que deseaban ser alcanzadas por el fallo o acuerdo debían solicitarlo, a un régimen de *opt-out,* donde todos eran alcanzados por el fallo o acuerdo, a menos de que explícitamente dijeran que no lo deseaban[5]. Esta sería, por un lado, la condición que haría a las acciones colectivas tan atractivas para los abogados al permitir la agregación masiva y, por otro, aquella característica que explica muchas otras del régimen, como la necesidad de tener un juez activo que supervise de manera intensa el procedimiento, el comportamiento de los abogados y en especial, la justicia de los acuerdos.

Al respecto, Brian Fitzpatrick explica con mucha claridad, que el problema central de las acciones colectivas son los potenciales escenarios de colusión entre los abogados demandantes y las empresas mismas, lo que justificará el papel del juez en esta materia. Asimismo, más adelante en el texto se indica que esta potencial colusión –y uno podría agregar, permanente situación de potencial conflicto de interés– se ve favorecida por la inevitable mayor lejanía (*more divorce from*) entre el abogado y sus clientes, dado que muchos de ellos ni siquiera saben que existe una demanda en su nombre[6].

Otro capítulo en el que es importante detenerse es el tercero, donde el autor presenta las distintas alternativas que se contemplan para asegurar el adecuado cumplimiento de la ley, indicando que estas se ubican entre dos polos, "abogados estatales o abogados particulares"[7].

En este capítulo se detalla de manera sencilla las principales teorías que apoyan la privatización del cumplimiento de la ley que subyace a la visión conservadora sobre la materia. Con independencia de que uno pueda o no compartir dicha visión, el capítulo hace un buen trabajo presentando de manera sintética las distintas razones para ello ("un estado más pequeño", "autonomía", "mejores incentivos", "mejor uso de los recursos" y "menor sesgo político")[8].

Ahora bien, este capítulo debería ser en especial interesante para el lector nacional, en la medida que permite hacer un contraste entre el sistema estadounidense y el chileno, el cual hasta no mucho tiempo atrás giraba completamente en torno al Sernac. La teoría presentada grafica muy bien algunos de los problemas a los que está expuesto el Servicio, como las acusaciones de sesgo político, al depender del Ministerio de Economía de turno.

Los capítulos 6 a 8 son muy relevantes en la obra, ya que en cada uno de ellos Brian Fitzpatrick se hace cargo de las principales críticas/problemas del régimen estadounidense de acciones de clase. El primero de ellos se titula "¿Ca-

[5] Fitzpatrick (2019), p. 11.

[6] *Op. cit.*, p. 70.

[7] *Op. cit.*, p. 29.

[8] *Op. cit.,* pp. 33-44.

recen de fundamento las demandas colectivas?" ("Are class actions meritless?"), el segundo "¿Es efectivo que los abogados se quedan con el dinero? ("Do class actions lawyers get all the money?") y "¿Las acciones colectivas desincentivan el mal comportamiento?" ("Do class actions deter wrongdoing?"). Al respecto, es necesario destacar uno de los aspectos que, en mi opinión, son más relevantes e interesantes de este trabajo, y en general de la academia estadounidense, que se refiere al uso de información empírica en conjunto con el análisis legal.

Es así como en cada uno de estos capítulos el autor no solo da cuenta de que conoce las principales discusiones jurídicas en cuanto a este instrumento procesal, sino que sus opiniones están basadas igualmente en estudios empíricos que permiten salir del anecdotismo y las "historias de guerra" que tanto abundan en la academia latinoamericana.

Por ejemplo, en el capítulo 6 referido al mérito "real" de las demandas colectivas, Brian Fitzpatrick explica con mucha claridad que en el sistema estadounidense existe una herramienta procesal a bajo costo que permite impedirlas (llamado *motion to dimiss*), a través de la cual la jueza, en un momento muy temprano del proceso, puede rechazar la demanda que no tiene plausibilidad real. En este contexto el autor expone diversos estudios que señalan que solo entre un 20% a 30% de dichas mociones son acogidas, por lo que la mayoría de las acciones colectivas presentadas tendrían algún mérito[9].

Luego, se da cuenta de un estudio empírico original que examinó el monto de los acuerdos alcanzados. En el estudio identificó el *quantum* por el cual tradicionalmente las compañías llegan a acuerdo en estos casos, solo con el fin de hacerlos desaparecer. Los resultados de su investigación mostraron que en la mayoría de los casos los montos acordados superaban dicho umbral, por lo que no solo se habría llegado al acuerdo por razones costo-oportunidad, sino que sugiere que dichos casos tendrían algún mérito adicional para justificar un acuerdo por sumas superiores.

Otro ejemplo se da en el capítulo sobre si los abogados se "quedan" con el dinero (capítulo 7). El autor examina los montos por concepto de *quota litis* que fueron pagados a los abogados, los cuales en promedio eran de un 25% del monto recuperado, muy por debajo del 40% que algunos indicaban. Asimismo, resalta la relevancia de los mecanismos de *fluid recovery*, en el cual las sumas no distribuidas se derivan a entidades de beneficencia.

Este capítulo es de particular interés por tres razones. Primero, porque muestra la profunda conexión que existe entre el régimen de acciones colectivas estadounidense y el sistema de cobro de los abogados. En esta línea él se da cuenta de que un elemento central de dicho régimen consiste en el sistema de *contigency fee*, el cual supone que quien asume el riesgo de litigar la acción de clase son en realidad los abogados, dado que estos solo se pagarán en el evento de un fallo favorable o un acuerdo. El autor explica con mucha claridad cómo el sistema estadounidense de acciones colectivas en gran medida se ha

[9] Fitzpatrick (2019), p. 75.

desarrollado producto de la interacción del cambio hacia un sistema *opt-out* y esta forma de cobro de honorarios.

Un segundo elemento a que el capítulo se refiere, explica las distintas medidas que los jueces han tomado con el fin de cambiar este sistema de honorarios, tratando de disminuirlos, dando pie al sistema de *lodestar,* que se basa en las horas de trabajo más que en los resultados obtenidos. En este punto el autor muestra, haciendo uso de ciertos conceptos del análisis económico del derecho, cómo este mecanismo es menos eficiente.

Con todo, lo más relevante del capítulo 7, y que considero es algo fundamental a tomar en cuenta en nuestro país, tiene relación con como medir la eficacia en cuanto a la reparación que proveen las acciones colectivas. Al respecto, el autor distingue que es fundamental en este análisis poner atención respecto de cuánto dinero o beneficios fueron efectivamente distribuidos a los beneficiarios por el acuerdo o el fallo y no quedarse en las sumas "nominales"[10]. En este capítulo el autor reconoce que esta es probablemente una de las críticas más fuertes a este sistema[11]. Este capítulo debería a llevar a reflexionar sobre qué tan efectivas son las reparaciones que se obtienen para los consumidores en Chile en la actualidad y qué tan efectivas son las actuales auditorías que el Sernac exige.

Para finalizar, en el capítulo 9 de la obra Brian Fitzpatrick reconoce que desea mantener este régimen de "cumplimiento privado" de la ley, pero asumiendo su tendencia conservadora propone algunas modificaciones a la legislación actual. Dentro de las que más llama la atención es aquella que afecta la naturaleza *transustantiva* de las acciones colectivas.

En Estados Unidos el régimen de acciones colectivas es de aplicación general, por lo que cualquier materia, no solo consumidor, sino que laboral o de otra índole, puede ser sometida al conocimiento del tribunal a través de este instrumento. Por eso se dice que es *transustantiva.* En este punto, Brian Fitzpratick propone mantener este régimen, pero quitarle esta naturaleza y, por tanto, que el Congreso estadounidense decida qué tipos de casos pueden litigarse de esta manera. Frente a esto uno podría preguntarse qué tanto impacto tendría este régimen especial de tramitación si pierde esta característica.

Asimismo, esta propuesta le resultará llamativa al lector nacional, ya que notará que se acerca de alguna manera a la situación de los países del derecho continental, donde lo normal es que estos regímenes procesales solo se autorizan para ciertas materias, típicamente consumo. También debería llamar la atención lo opuesto, es decir, qué otras materias en nuestro país podrían verse mejoradas en cuanto al acceso a la justicia y a la real vigencia del derecho si se estableciera un mecanismo de esta índole. En este escenario se podría pensar en la situación del recurso de protección o los juicios laborales.

[10] Más de algún lector recordará la más reciente versión criolla de este problema, el caso del papel *tissue* y las famosas "7 lucas". Dudas sobre cuánto finalmente recibirían los consumidores se plantearon durante todo el proceso de difusión e implementación.

[11] Fitzpatrick (2019), p. 88.

No quisiera dejar de mencionar algunas de las críticas que esta obra merece, en concreto, este trabajo no parece en su análisis darles la suficiente relevancia a dos problemas de las acciones colectivas estadounidenses, ampliamente documentados por la academia de dicho país.

Primero, destaca la obra el importante papel que los jueces tienen en todo el esquema, siendo aquellos llamados a evitar la colusión, los conflictos de interés y el asegurar un mínimo de debido proceso para los miembros "ausentes", muchos de los cuales están siendo representados sin saberlo. El autor parece poner mucha fe en los jueces, cuando es sabido que en este tipo de materias hay un porcentaje de jueces que solo de manera formal cumplen este papel. Parece difícil evaluar el régimen de acciones colectivas sin tener más información sobre el comportamiento real de los jueces.

Segundo, es llamativo que el autor no provea de más información tanto teórica como empírica acerca de los efectos que produce la combinación del sistema de *discovery* estadounidense y el régimen de acciones colectivas. De alguna manera, aquel lector de esta obra que tiene algo más de conocimiento de este sistema, tiene la percepción de que hay un elefante en la habitación del cual solo se habla de modo tangencial. En este punto, algunas de las defensas que el autor realiza sobre el régimen, como si los acuerdos a los que se llega son meritorios o no, no solo dependen del mérito de la acción misma, sino que de los costos que el proceso de *discovery* pueden suponer. Esto parece reconocerlo en su último capítulo, cuando proponer modificaciones a este sistema de intercambio de información, pero se echa de menos que carezca de un papel más protagónico.

A pesar de lo anterior, me parece que el aporte de la obra es indiscutible, no solo en la academia estadounidense, sino que, también, para aquellos abogados y académicos interesados en las acciones colectivas y su funcionamiento. La obra en un inglés sencillo y directo es capaz de proveer al lector de una visión panorámica actualizada sobre el estado de esta herramienta procesal, describiendo las principales discusiones y desarrollos. Igualmente, se presta para un ejercicio permanente de contraste con el régimen de acciones colectivas criollo, entregando herramientas conceptuales útiles para conducir a un análisis institucional y de dinámicas de litigio que beneficiará al lector nacional interesado en estas materias.

Bibliografía citada

Gidi, Antonio (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos individuales en Brasil: Un modelo para países de derecho civil.* México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Hensler, Deborah (2017). "From Sea to Shinning Sea: How and Why Class actions are spreading globally". *Kansas Law Review,* vol. 65. Kansas.

Kagan, Robert (2003). *Adversarial Legalism: The American Way of Law.* Cambrigde, Massachusetts: Harvard University Press.

Siglas y abreviaturas

op. cit.	*opere citato* (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
Sernac	Servicio Nacional del Consumidor
vs.	versus
Vol.	volumen

Claudio Fuentes Maureira[12]

[12] Abogado y Magister en Derecho Penal y Procesal Penal. Universidad Diego Portales. Master of the Science of Law (J.S.M). Profesor de Derecho Procesal e investigador Universidad Diego Portales.

Instrucciones a los autores

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 375-379 [julio 2020]

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 parágrafos señalados con números arábigos, seguidos de un punto (1.). Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los parágrafos, 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.° 20190, 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*. Nº 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 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 mencionarlas 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.

   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*, t. 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

Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 34, pp. 383-386 [julio 2020]

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 lo 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, informándoselo 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 julio de 2020
en Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile