

REVISTA CHILENA *de* DERECHO PRIVADO

N° 37

EDITORIAL | Christian Larroumet: un hombre sin fronteras | **ARTÍCULOS DE DOCTRINA** | Publicidad en pactos de transferencias de acciones en sociedades anónimas | Responsabilidad del Estado por falta de servicio | *Rawls and Tort Law: A Critique of Ripstein* | Función suplementaria de la buena fe contractual | Imprevisión y COVID-19 | Incumplimiento de deberes de seguridad en eventos masivos | **DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA** | El *dies a quo* en la acción de daños en el derecho ecuatoriano | Divorcios transfronterizos: la doctrina del TSE | **COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA** | Contratos especiales: mandato para el cobro como forma de cesión de créditos | Derechos reales: legitimación y publicidad registral | Derecho de familia: repudiación de filiación determinada por parto | Derecho del consumo: términos y condiciones en la contratación electrónica | Derecho Procesal Civil: facultades del juez en el control del procedimiento | **ACTUALIDAD LEGISLATIVA** | Ley 21.334, sobre determinación del orden de los apellidos.



Revista Chilena de Derecho Privado
Fernando Fueyo Laneri

N.º 37
DICIEMBRE 2021

Revista Chilena de Derecho Privado
Fernando Fueyo Laneri

DIRECTORA
Claudia Bahamondes Oyarzún
Profesora de Derecho Civil
Universidad Diego Portales

EDITOR ASOCIADO
Felipe Fernández Ortega
Universidad Diego Portales

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. Scopus

DISEÑO DE LA PORTADA
Ensamble Ltda.

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.º 37
Diciembre 2021

ISSN 0718-0233

EDITORIAL <i>por Claudia Bahamondes Oyarzún</i>	9	Divorcios transfronterizos y competencia judicial internacional: la doctrina del tribunal supremo español <i>por Alfonso Ybarra Bores</i>	273
Christian Larroumet: Un hombre sin fronteras <i>por Fabricio Mantilla Espinosa y Carlos Pizarro Wilson</i>	11	COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	
ARTÍCULOS DE DOCTRINA		Contratos especiales	
Efectos del cumplimiento de las formalidades de publicidad de pactos relativos a la transferencia de acciones en sociedades anónimas: estado de la cuestión y nueva propuesta <i>por Pablo Manterola</i>	15	El mandato para el cobro como forma de cesión de créditos y la aceptación de la cesión por litis contestación <i>por Javier Rodríguez Díez</i>	317
La influencia del derecho de daños en la responsabilidad del Estado por falta de servicio <i>por Gustavo Poblete Espíndola</i>	45	Bienes y derechos reales	
Rawls and Tort Law: A Critique of Ripstein <i>por Leandro Martins Zanitelli</i>	85	Legitimación y publicidad registral a propósito de la inscripción de una separación convencional de bienes <i>por Jaime Alcalde Silva</i>	331
Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos <i>por Sebastián Campos Micin</i>	105	Derecho del consumo	
Imprevisión y COVID-19: sobre el rol de los tribunales y la ley en tiempos de crisis <i>por Ernesto Vargas Weil</i>	161	Sobre los términos y condiciones en la contratación electrónica a partir del desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes <i>por Eduardo Reveco y Ricardo Reveco</i>	357
Los alcances del incumplimiento de los deberes de seguridad en los eventos masivos: una mirada desde el derecho de consumo <i>por Felipe Oyarzún Vargas</i>	185	Derecho de familia	
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA		De la repudiación de filiación determinada por parto <i>por Bernardita Conley Garrido</i>	377
Una aproximación conceptual del daño y su importancia en el <i>dies a quo</i> de la prescripción de la acción en la responsabilidad extracontractual. Una propuesta necesaria respecto del artículo 2235 del <i>Código Civil</i> ecuatoriano <i>por Leonardo Coronel Larrea</i>	231	Derecho procesal civil	
		Las facultades del juez en el control del procedimiento como garantía del principio <i>pro actione</i> <i>por Maite Aguirrezabal Grünstrein</i>	389
		ACTUALIDAD LEGISLATIVA	
		Ley n.º 21334, sobre determinación del orden de los apellidos <i>por Hernán Corral Talciani</i>	405
		INSTRUCCIONES PARA AUTORES Y AUTORAS	423
		DIRECTIVAS ÉTICAS DE LA PUBLICACIÓN Y DECLARACIÓN RESPECTO DE MALAS PRÁCTICAS	431

fff

FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

Editorial

El editorial de este número de la *Revista Chilena de Derecho Privado* no es fácil de escribir. Por cierto, han sido años complejos para académicos y académicas. Pero durante estos últimos meses el derecho privado ha debido dar un adiós a dos grandes personas, profesores e investigadores: Christian Larroumet y Alejandro Guzmán Brito.

Es complejo transmitir el desconuelo que provocaron sus partidas. Ambos, estudiosos, críticos, pero extremadamente generosos, siempre tuvieron tiempo y dedicación para quien se acercase a pedir su opinión, debatir temas de interés o, simplemente, comentar sobre la actualidad. Esa misma generosidad los llevó a depositar su confianza en esta publicación desde sus inicios, como integrantes del primer Comité Editorial que participó en ella, manteniéndose, don Alejandro Guzmán, como uno de sus miembros y director de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, hasta su fallecimiento.

No es posible expresar con palabras y en este breve espacio el legado que ambos dejan. Afortunadamente, su trabajo y dedicación fueron más allá de sus aulas, sus despachos, sus universidades e, incluso, sus países. Y dejan en quienes quedamos la tarea de perpetuar su memoria, transmitiendo, dentro de nuestras limitaciones, sus enseñanzas y su obra.

A nombre de todos y todas quienes hemos trabajado en esta revista y en la Fundación Fernando Fueyo Laneri, vaya al profesor Christian Larroumet y al profesor Alejandro Guzmán Brito nuestro profundo agradecimiento por su vida, su trabajo y su profunda pasión por la academia y el desarrollo del derecho privado.

CLAUDIA BAHAMONDES OYARZÚN

CHRISTIAN LARROUMET: UN HOMBRE SIN FRONTERAS*

“La vida es una forma de exageración”
(Oscar Wilde, *El retrato de Dorian Gray*)

Hay personas que por la firmeza de su carácter y la pasión que imprimen a todas las actuaciones de sus vidas se imponen irremediabilmente sobre todas las demás. Cuando, por azar, nos cruzamos en su camino, dejan en nosotros una marca indeleble, y sabemos que, de una u otra forma, siempre vamos a estar condicionados por la fuerza de sus ideas. Christian Larroumet es una de ellas.

Aún podemos recordar la primera de sus clases, a la que asistimos en una mañana fría de otoño. Con la ansiedad y la ilusión propias de los estudiantes latinoamericanos que llegan a París para recibir las enseñanzas de aquellos profesores cuyos nombres, a fuerza de verlos en letras de imprenta, se han tornado abstractos e incorpóreos. Nos bastó con oír la primera de sus sentencias agudas y tajantes para despertarnos del letargo y descubrir al profesor de carne y hueso, que se disponía a desafiar todos los conocimientos que habíamos recibido a lo largo de nuestros años de formación. Una a una expuso sus ideas de forma rigurosa e implacable y, en ese momento, en medio del desconcierto, supimos que él iba a determinar, en gran medida, el rumbo de nuestras vidas.

Y es que Christian Larroumet sólo ha sabido vivir de forma extrema, sin fronteras. Desde los inicios de su carrera docente se caracterizó por su sentido crítico y la originalidad de sus teorías, cualidades que, a lo largo de su vida, han despertado la admiración profunda de sus partidarios y el recelo de sus contradictores. Sin puntos intermedios.

Con esta misma pasión ha establecido todas sus relaciones personales, tanto en el seno de su familia y con sus amigos, como frente a sus estu-

* Texto publicado originalmente en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y Carlos PIZARRO WILSON (coords.). (2008). *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*. Bogotá-Santiago: Universidad del Rosario-Universidad Diego Portales, Fundación Fueyo, pp. 11-12. Se reproduce con autorización de sus autores.

diantes. Nuestras carreras universitarias se deben, en gran medida, a su determinación y tenacidad. Fue él, precisamente, quien, en un caso, gestionó la beca necesaria para continuar con nuestra formación académica y, en el otro, nos acogió en su despacho de abogados en París. Pero nosotros no hemos sido los únicos de sus antiguos estudiantes que han recibido su apoyo incondicional. Basta echar una mirada a los múltiples proyectos escolares que dirige en Latinoamérica y Francia para constatar que muchos de los nombres de sus integrantes coinciden con aquellos de las viejas listas de sus clases.

Resultaría completamente inútil recordar aquí su íntima relación con Latinoamérica y, en general, con el derecho de habla hispana, cuando resulta tan fácil encontrar su nombre citado en una sentencia judicial mexicana o en un libro de doctrina chileno o, simplemente, toparse con él en las calles de Santo Domingo o Bogotá.

Este sencillo homenaje que le rendimos sus amigos y discípulos debía hacerse en la que siempre ha considerado su casa y en su idioma: en Latinoamérica y en español.

* * *

- 12 El pasado 23 de julio de 2021 Christian Larroumet partió definitivamente. Ya no podremos volver a verlo sentado en los cafés de Buenos Aires con su sombrero de ala ancha, ni asistir a sus demoledoras y divertidas conferencias en las aulas universitarias, ni discutir con él sobre historia al calor de una copa de burdeos. Partió, pero dejó tras de sí su obra, sin fronteras, directa, crítica, conformada por todos aquellos que nos encontramos unidos por sus enseñanzas y su recuerdo perenne.

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA
CARLOS PIZARRO WILSON

EFECTOS DEL CUMPLIMIENTO
DE LAS FORMALIDADES DE PUBLICIDAD
DE PACTOS RELATIVOS
A LA TRANSFERENCIA DE ACCIONES
EN SOCIEDADES ANÓNIMAS:
ESTADO DE LA CUESTIÓN Y NUEVA PROPUESTA

EFFECTS OF FULFILLMENT OF DISCLOSURE
REQUIREMENTS FOR CORPORATION'S
SHARE TRANSFER AGREEMENTS:
STATE OF THE QUESTION AND NEW PROPOSAL

Pablo Manterola*

RESUMEN

En este trabajo se indaga el sentido de la oponibilidad que surten las formalidades de publicidad que la ley chilena sobre sociedades anónimas exige a los pactos de accionistas sobre cesión de acciones. Luego de revisar críticamente la literatura y jurisprudencia nacionales, se argumenta que la anotación del pacto en el registro de accionistas y su depósito en la compañía suponen en la práctica poca publicidad, coherente con que, en el resto de la ley, el registro de accionistas carece de proyección hacia terceros, como sería un cesionario de acciones. De este modo, la oponibilidad prevista en la norma no tiene un alcance distinto de la oponibilidad del derecho común: imponer la existencia del contrato –no su obligatoriedad– como parte de la realidad jurídica.

15

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes. Profesor Asistente de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile. Dirección postal: Avenida Angamos 610, Antofagasta, Chile. Correo electrónico: pablo.manterola@ucn.cl

Una versión preliminar de esta investigación fue expuesta en el seminario “Pactos de accionistas: una mirada interdisciplinaria” organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, el 25 de septiembre de 2019. Un borrador del trabajo fue luego discutido en el seminario del departamento de Derecho comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, de 05 de agosto de 2020. El autor agradece las críticas y sugerencias surgidas de ambas actividades, así como las de la profesora Constanza Andriola, quien tuvo la gentileza de leer ese borrador.

Recepción: 2020-10-08; aceptación: 2021-03-12.

PALABRAS CLAVE: sociedad anónima; pactos de accionistas; transferencia de acciones

ABSTRACT

The paper investigates the meaning of the enforceability provided by the disclosure requirements that Chilean Corporations Act demands in the shareholders' agreements on the transfer of shares. After critically reviewing the national literature and case law, it is argued that the annotation of the agreement in the firm records and its deposit in the company in practice involve little publicity, consistent with the fact that, in the rest of the statute, the register of shareholders lacks projection towards third parties, such as an acquirer of shares. In this way, the effectiveness provided in the norm does not have a different scope from the effectiveness of civil law: imposing the existence of the contract –not its obligatoriness– as part of the legal reality.

KEYWORDS: corporation; shareholders agreements; share transfer

16

INTRODUCCIÓN

Los accionistas de una sociedad anónima, sea abierta o cerrada, pueden celebrar contratos al margen de los estatutos sociales, que limiten la libre transferencia de sus acciones. Estas restricciones pueden adoptar las más diversas modalidades: obligaciones de enajenar sólo con el consentimiento de algún o algunos accionistas, o previa oferta a ellos (a un precio determinado o no con anterioridad), o conjuntamente con quienes deseen adherirse a esa enajenación, o sólo a personas que reúnan determinadas características, etc.

En cuanto al contenido de estos contratos, los accionistas gozan de libertad contractual sin otro límite que los generales. Respecto de la forma, el artículo 14 inciso 2.º LSA dispone que

“los pactos particulares entre accionistas relativos a cesión de acciones, deberán ser depositados en la compañía a disposición de los demás accionistas y terceros interesados, y se hará referencia a ellos en el Registro de Accionistas”.

El incumplimiento de estas formalidades trae aparejada la siguiente sanción: “si así no se hiciera, tales pactos serán inoponibles a terceros”. A continuación, el texto dispone:

“tales pactos no afectarán la obligación de la sociedad de inscribir sin más trámites los traspasos que se le presenten, de conformidad a lo establecido en el artículo 12”.

Por su parte, esta norma establece que “a la sociedad”, y, desde luego, a su directorio,

“no le corresponde pronunciarse sobre la transferencia de acciones y está obligada a inscribir sin más trámite los traspasos que se le presenten, siempre que éstos se ajusten a las formalidades mínimas que precise el Reglamento”

de la ley.

Como puede verse, el artículo 14 inciso 2.º no es claro. Si el incumplimiento de las formalidades de publicidad de un pacto extraestatutario que restringe la cesión de acciones –los “pactos particulares” a que se refiere la norma– se sanciona con la inoponibilidad del contrato, fluye como consecuencia lógica que el cumplimiento de esas formalidades da lugar a la oponibilidad del pacto¹. Pero si la sociedad, a través de su directorio, queda igualmente obligada a cursar los traspasos que se le presenten en virtud de la remisión al artículo 12, ¿en qué consiste esa oponibilidad?

La finalidad de este trabajo es revisar de forma crítica las decisiones jurisprudenciales –varias en sede de protección y un pronunciamiento reciente en sede de casación–, que puedan arrojar luz sobre cómo pueden conciliarse los artículos 12 y 14 inciso 2º LSA, para, a continuación, ofrecer una propuesta alternativa. Esta se puede enunciar como hipótesis en los siguientes términos: la oponibilidad que surte el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 14 inciso 2.º LSA consiste únicamente en que tanto las partes como terceros adquirentes de acciones deberán contar con la existencia del pacto como un dato de la realidad jurídica; pero, esos terceros no tienen un especial deber de velar por el cumplimiento del pacto, de modo que la inscripción del traspaso en el registro de accionistas no podrá ser cancelada, ni se les hará responsable de los perjuicios ocasionados por la infracción al contrato.

El restringido objeto de este estudio, relacionado con una disposición legal que no se encuentra en iguales términos en otras legislaciones comparables, justifica que la respuesta a esta pregunta se intente principalmente con la jurisprudencia y la literatura nacional más recientes, sin perjuicio

¹ Para efectos de este trabajo, se emplearán los conceptos de formalidades de publicidad, oponibilidad e inoponibilidad en el sentido en que las utilizan LEÓN (1990), pp. 23-24; ALESSANDRI (2010), p. 243; VIAL (2011), pp. 219-221; y VIDAL (2006), p. 65, que pueden considerarse en este punto opiniones relativamente pacíficas.

17

de incorporar algunas referencias a la opinión de autores extranjeros cuando sea oportuno. Para lograr el objetivo, se comenzará por describir el estado de la cuestión en la literatura nacional (I) y, con alguna mayor latitud, en la jurisprudencia (II). Las lecciones que esta deja exigen una propuesta alternativa a la interpretación de aquellos textos normativos (III). Al final se ofrecen las conclusiones de este estudio.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA LITERATURA

Los efectos que tiene el cumplimiento de las formalidades establecidas en el artículo 14 LSA respecto de los pactos sobre transferencia de acciones ha sido materia discutida por la doctrina. Fundamentalmente existen dos tesis, que, para facilitar su comprensión, pueden denominarse *tesis de la oponibilidad débil* y *tesis de la oponibilidad fuerte*.

La *tesis de la oponibilidad débil* sostiene que un traspaso de acciones otorgado conforme a la ley y a su reglamento es plenamente eficaz, y no puede invalidarse ni exigirse su revocación por haber sido otorgado en infracción a un pacto extraestatutario². Sea que este último contrato cumpla o no con las formalidades del artículo 14 inciso 2.º, la cesión de acciones deberá ser inscrita en el registro de accionistas sin más trámite por el directorio, como previene el artículo 12 al que el texto se remite, y esa inscripción quedará firme. En consecuencia, el efecto de oponibilidad del pacto que se desprende del artículo 14 *a contrario sensu* sólo permitiría fundar una indemnización de perjuicios por lesión del crédito ajeno, en casos calificados³. Se trata de una forma de oponibilidad *débil*, en relación con la propuesta de la siguiente tesis.

La *tesis de la oponibilidad fuerte* afirma que la oponibilidad establecida en el artículo 14 inciso 2.º permite exigir la cancelación del traspaso accionario efectuado en infracción al contrato⁴. Esta se efectuaría previa acción

² LAGOS (2014), pp. 96-100 y PUGA (2013), p. 242. Lagos se plantea la posibilidad de exigir, por vía de responsabilidad contractual, el cumplimiento del pacto al tercero adquirente. Esto exigiría revocar la transferencia de las acciones, a través de algún medio jurídico como podría serlo la corrección de la infracción al contrato. En opinión de Lagos, esta posibilidad no queda formalmente excluida del concepto de oponibilidad que se desprende del artículo 14 inciso 2.º LSA, pero debe descartarse vía interpretación, por coherencia con los propósitos de la regulación del mercado de valores.

³ Para Lagos, la oponibilidad asociada al cumplimiento de las formalidades, cualquiera sea su significado, no puede extenderse a transferencias de acciones en sociedades abiertas, que respondan a operaciones sustancialmente de mercado. LAGOS (2014), pp. 92-93.

⁴ UGARTE (2016), p. 315. El autor exceptúa las transacciones efectuadas en bolsa, cuando se ignora incluso la identidad del vendedor. UGARTE (2016), pp. 326-327. Antes fue esbozada por ILLANES (2011), p. 127.

de inoponibilidad o de nulidad absoluta, en este último caso cuando la mera declaración de inoponibilidad es insuficiente para dejar satisfecho el interés del accionista que se ha visto defraudado por el incumplimiento⁵. La nulidad se fundaría en el fraude contractual (y, en último término, en la causa ilícita) de que semejante negocio adolecería, no sólo de parte del vendedor, sino también del comprador, quien –por haberse cumplido aquellas medidas de publicidad– conoció o debió conocer la existencia de las restricciones a la cesión de las acciones⁶. La remisión al artículo 12 solo significaría que el pacto sigue siendo inoponible a la sociedad, regla cuyo fundamento se encontraría en que no es el directorio quien debe evaluar la oportunidad de exigir la cancelación del traspaso, sino el juez a solicitud de algún miembro del pacto infringido⁷.

Se ha criticado que si, sobre la sola base del fraude contractual, se concediera la nulidad absoluta de un contrato cuya celebración supone una infracción de otro contrato, podría llegarse a soluciones extremas⁸. Ugarte ha contrargumentado desde la doctrina del efecto absoluto de los contratos, que no son pocos los autores que admiten la posibilidad –al menos en ciertos casos– de declarar nulo un contrato que constituye una lesión del crédito ajeno⁹.

Tómese nota de que la diferencia entre ambas tesis se corresponde con una distinta lectura del artículo 12. La *tesis de la oponibilidad fuerte* supone que el artículo 12 no pretende convalidar los traspasos que infringen un pacto, sino evitar que sea el directorio quien valore esa circunstancia. En cambio, desde el punto de vista de la *oponibilidad débil*, el directorio debe inscribir todo traspaso que cumpla las formalidades establecidas para este acto, puesto que son válidos¹⁰.

Antes de continuar, nótese que la tesis aquí llamada de la *oponibilidad débil* parece acercarse con la doctrina, desarrollada tanto en Italia como en España, a propósito de la generalidad de los pactos de accionistas (llamados “parasociales”). En España, esta doctrina encontró recepción primero jurisprudencial y luego legal, cuando la LSA de 1989, como

⁵ UGARTE (2016), p. 325.

⁶ UGARTE (2016), pp. 281-284.

⁷ UGARTE (2016), pp. 308-310.

⁸ En especial, CORRAL (2016), p. 416.

⁹ Citados por UGARTE (2017), p. 439.

¹⁰ Sin embargo, sobre este último punto Lagos hace un matiz –que no afecta el fondo de este asunto–, pues sostiene que el directorio debe negarse a cursar un traspaso efectuado en infracción a un límite estatutario a la cesión de acciones. La razón no estriba en que el traspaso sea nulo, sino a que, en virtud del artículo 22 LSA, tal cláusula estatutaria vincula tanto al cedente como al cesionario de las acciones, y, por cierto, al mismo directorio. LAGOS (2014), pp. 73-74. A la misma solución arriba PUELMA (2006), p. 556.

luego la vigente LSC de 2010, declaró que “los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad” (artículo 29). Para la sociedad cotizada el artículo 530 y siguientes de ese cuerpo legal exigen la publicación (comunicación al regulador y depósito registral), entre otros, de pactos relativos a la transferencia de acciones, deber cuya omisión importa que el pacto no surta efecto alguno. En ese caso, se ha afirmado que la mera publicación surte sólo efectos informativos para el público¹¹, lo que resulta coherente con aquella regla general de inoponibilidad.

El TUF italiano incorpora análogas obligaciones de información al mercado (comunicación al regulador, depósito registral, publicación extractada en un periódico de circulación nacional), también en el contexto de sociedades cotizadas en que se han celebrado pactos sobre el voto o bien sobre la transferencia de las acciones. En este caso, la infracción de esos deberes es más grave: el pacto es nulo y, además, las acciones a que se refieren los pactos quedan privadas del derecho de voto en la junta de la sociedad respectiva (artículo 122). Y al igual que en España, se considera que el cumplimiento de las medidas de publicidad en caso alguno significa que el pacto importe a terceros¹². También el CC italiano establece obligaciones de publicar los pactos sobre transferencia de acciones (comunicación a la sociedad, depósito en sus oficinas y comunicación de su existencia al comenzar cada junta de accionistas), cuando la sociedad recurre al mercado de capital de riesgo. La omisión de esos deberes importará la privación del derecho de voto en la junta respectiva, con la consiguiente posibilidad de impugnar sus acuerdos de no respetarse la prohibición anterior; pero no se contempla, siquiera de forma indirecta, una oponibilidad del pacto publicado a terceros.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Este debate doctrinal no ha impactado aún en la jurisprudencia. Las sentencias relevantes, casi todas anteriores a los trabajos recién indicados, pueden reunirse en dos grupos. El primero se refiere a límites a la transferencia de acciones contenidos, no en pactos de accionistas, sino en el ins-

¹¹ LEÓN (2011), p. 3381. Para el régimen anterior a la LSC, similar al vigente, ROBLES (2006), pp. 64-66 y ALONSO (2006), p. 860. León, al igual que hiciera Robles, agrega que una eventual acción contra terceros exigirá acreditar no sólo la publicación, sino el conocimiento efectivo del contrato. LEÓN (2011), p. 3381 y ROBLES (2006), pp. 65-66.

¹² RIOLFO (2003), pp. 312-314, con los autores que cita (las modificaciones del TUF posteriores a este trabajo se han referido a puntos marginales). En el mismo sentido, respecto de la legislación anterior, FARENGA (1986), p. 483.

trumento estatutario –a los cuales no se refiere el artículo 14 inciso 2.º LSA–. Puesto que estos fallos, todos pronunciados en sede de protección, suponen alguna interpretación del artículo 12, y con el objeto de deslindar de manera adecuada el estado de la cuestión, la revisión crítica de estas sentencias será útil para comprender también el artículo 14 inciso 2.º. El segundo grupo de sentencias recae en pactos extraestatutarios relativos a la transferencia de acciones. Como podrá verse, los fallos de ambos grupos apuntan en direcciones divergentes.

1. Las cláusulas estatutarias que limitan la transferencia de acciones ante la jurisprudencia de protección

Dos casos, *Agrícola Norte*¹³ y *Lota*¹⁴, plantearon el siguiente problema: la junta de accionistas aprueba una modificación estatutaria con el objeto de restringir la cesión de los títulos de la sociedad, lo cual es válido en sociedades cerradas de conformidad al artículo 14 inciso 1.º (leído en sentido contrario). Luego, una persona adquiere acciones sin haberse observado lo dispuesto en los estatutos. En *Agrícola Norte*, el directorio inscribe pero la junta cancela la inscripción; en *Lota*, el directorio deniega la solicitud de inscripción. En ambos casos el adquirente de acciones recurrió de protección por lesión de garantías fundamentales, en especial del derecho de propiedad (artículo 19 n.º 24 CPR), y en ambos casos su acción fue rechazada. A continuación se verá con más detalle el caso *Agrícola Norte*.

Agrícola Norte S.A. es controlada por una asociación gremial, Asoagro, y tiene otros cuatrocientos once accionistas. En junta se celebra un “pacto de accionistas”, incorporado como cláusula estatutaria, en virtud del cual sólo podrán ingresar a la sociedad personas que hayan hecho iniciación de actividades ante el Servicio de Impuestos Internos bajo el giro agrícola, y que sean miembros de la gremial. La condición de accionista permitía a esos agricultores operar en un recinto ferial denominado “patio de transacción agrícola”. Una persona compra acciones sin cumplir las condiciones exigidas en los estatutos. Aunque antes se le había negado la inscripción en el registro de accionistas, acaba por obtenerla al parecer por medios ilegítimos. Al tomar conocimiento del hecho, la junta de accionistas acuerda eliminar la inscripción y el directorio efectúa la cancelación del traspaso.

¹³ C. C., T. con Sociedad Agrícola del Norte S.A. (2012a) y C. C., T. con Sociedad Agrícola del Norte S.A. (2012b).

¹⁴ P. M. L. R. con Sociedad de Transportes de Pasajeros Lota S.A. (2012a) y P. M. L. R. con Sociedad de Transportes de Pasajeros Lota S.A. (2012b).

La adquirente recurre de protección por lesión a las garantías fundamentales n.º 21, 23 y 24 del artículo 19 CPR. El informe del recurrido denuncia la mala fe de la actora, así como la contravención de lo dispuesto en este “pacto de accionistas” (es decir, en la cláusula estatutaria que limita la transferencia de acciones). En primera instancia se acogió el recurso, pero Agrícola Norte apela y la Corte Suprema revoca la sentencia, porque la cesión ha contravenido la restricción a la transferencia de acciones acordada por la junta de accionistas e incorporada a los estatutos.

Aunque en la sentencia se insiste en el conocimiento que la adquirente tenía de la restricción, esta consideración sobre la mala fe debe entenderse hecha a mayor abundamiento. La Corte Suprema falló del mismo modo el caso *Lota* sin atender a la buena o mala fe del adquirente, sobre la base de hechos similares, salvo que la inscripción no parece haberse obtenido por medios ilegítimos. Así se desprende de la referencia que hace el tribunal en *Agrícola Norte* al artículo 14 LSA, porque esta norma no pide mala fe para que se configure la oponibilidad.

La Corte Suprema sostuvo, en ambos casos, que

“el pacto de accionistas que restringe la libre cesibilidad de acciones [...] debe ser cumplido, pues éste no sólo es lícito conforme al artículo 14 de la Ley N° 18.046 sino además obligatorio para los socios y para quienes pretendan incorporarse a la sociedad”¹⁵.

Tanto en *Agrícola Norte* como en *Lota* el “pacto” no había sido celebrado al margen del contrato social, sino que era una cláusula estatutaria. De forma correcta el tribunal afirmó su obligatoriedad también “para quienes pretendan incorporarse a la sociedad”, peculiar eficacia de que carecen otros contratos. En efecto, las acciones en sociedades anónimas están de suyo orientadas a la circulación, lo que impone extender la obligatoriedad del contrato social a los adquirentes, para que un cambio en la composición del accionariado no lo transforme en letra muerta (artículo 22 LSA)¹⁶. Así, no se precisa de ninguna mención legal expresa que haga oponible a terceros el límite a la transferencia de acciones, pues la sola aplicación del artículo 22 es suficiente para resolver el conflicto: la junta, en el caso *Agrícola Norte*, y el directorio, en el caso *Lota*, habían ordenado la cancelación o denegaron

¹⁵ C. C., T. con Sociedad Agrícola del Norte S.A. (2012b), considerando 4.º.

¹⁶ LAGOS (2014), pp. 72-74. En contra de esta interpretación, PUGA (2013), p. 242. Para compensar esta extensión de la fuerza del contrato más allá de quienes concurren a su otorgamiento o modificación, el artículo 137 LSA previene que “las disposiciones de esta ley primarán sobre cualquiera norma de los estatutos sociales que les fuere contraria”, lo cual garantiza una mínima homogeneidad en el contenido jurídico de los títulos accionarios que los hace aptos para una amplia circulación.

la inscripción en el registro de accionistas, porque la adquisición de títulos en la sociedad implicaba la aceptación de sus estatutos¹⁷.

En *Feria Lo Valledor*¹⁸ y *Nueva Sol Yet*¹⁹, los hechos y la decisión fueron muy similares: una disposición estatutaria establecía una restricción a la cesión de acciones en la forma de un derecho de primera oferta, que no se observó. El directorio se negó a inscribir los traspasos, motivo por el cual se recurrió de protección. En ambos se rechazó la acción constitucional, tanto en primera como en segunda instancia, pues la cesión ha contravenido la restricción a la transferencia de acciones establecida en los estatutos, lo que no constituye acto ilegal o arbitrario conforme con el artículo 14, que de manera implícita las admite. No hay mayores diferencias con los casos antes descritos. Sin embargo, los votos disidentes de *Feria Lo Valledor* y *Nueva Sol Yet* merecen atención. En ambos se estuvo por acoger, dado que, si bien el artículo 14 permite los pactos de accionistas que limitan la cesibilidad de las acciones, su eficacia sólo se extiende a quienes los han suscrito. Respecto de terceros, debe tener preferencia la aplicación del artículo 12: el directorio debió inscribir sin más trámite.

Esta opinión equipara las cláusulas estatutarias y los pactos extraestatutarios que limitan la cesión de acciones. Unas y otros se designan con el nombre de “pactos de accionistas”, como hacían también las sentencias de *Agrícola Norte* y *Lota*. Los disidentes argumentan que aquellos

“sólo pueden tener plena aplicación entre las partes que los suscribieron en razón de las normas y principios del derecho común que los regulan”²⁰,

a pesar de que se trataba de cláusulas estatutarias que gozan de la especial eficacia prevista en el artículo 22. El artículo 12 se interpreta en el sentido de que el directorio debe inscribir todo traspaso que cumpla las formalidades establecidas para este acto, sin admitir como excepción ni la infracción de una cláusula estatutaria ni la de un contrato extraestatutario sobre transferencia de acciones. El razonamiento prescinde de la oponibilidad que fluye inequívocamente del artículo 14 inciso 2.º, leído *a contrario sensu*.

¹⁷ En *Agrícola Norte* un voto de minoría estuvo por confirmar la sentencia de primera instancia pero por razones bien diversas: la CPR prohíbe exigir la incorporación a una asociación gremial para desarrollar actividades económicas (artículo 19 n.º 16, inciso 4.º).

¹⁸ G. S., M. del C., con Comunidad Feria Lo Valledor S.A. (2009), donde se exigía que las acciones fueran ofrecidas a los demás socios, antes de que fueran vendidas a un tercero.

¹⁹ O. V., Ó., con Sociedad Comercial de Servicios de Transporte Nueva Sol Yet S.A. (2009), donde se exigía ofrecer las acciones primero a la sociedad, en subsidio a los demás socios, y sólo entonces podían venderse a un tercero.

²⁰ Considerando 6.º del voto de minoría.

Todas estas sentencias son anteriores a la discusión doctrinal reseñada en el capítulo anterior, y no se trata aquí de juzgarlas a la luz de las tesis allí descritas. Sin embargo, adviértase que la Corte Suprema, tanto en *Agrícola Norte* como en *Lota*, dió por supuesto que, además de los defectos formales del documento de cesión de acciones, el deber de cursar los traspasos establecido por el artículo 12 reconoce un límite implícito, al menos, en el clausulado de los estatutos (que incluso permitiría cancelar una cesión ya inscrita, por decisión de la junta de accionistas). Esta significativa restricción en el tenor literal del precepto es un rasgo que esta jurisprudencia comparte con la tesis de la oponibilidad débil. En cambio, los votos de minoría de las sentencias *Feria Lo Valledor* y *Nueva Sol Yet* afirman la irrestricta obligatoriedad del deber de inscribir los traspasos de acciones, a pesar de que infrinjan pactos estatutarios o extraestatutarios. Esta opinión todavía sería compatible con la tesis de la oponibilidad fuerte, si no se fundara en el efecto relativo del *límite a la cesión de acciones*, que impide que un tercero adquirente se vea vinculado por el pacto: “los efectos de estas convenciones no pueden alcanzar a los terceros”²¹.

2. *Pronunciamientos referidos a pactos extraestatutarios:*
la opinión de la jurisprudencia sobre la oponibilidad del artículo 14 inciso 2.º

Dos sentencias han planteado de forma directa el problema objeto de este estudio, en relación con pactos sobre transferencia de acciones celebrados al margen de los estatutos sociales. Se trata de los casos *Chile Factor Consortio*²² y *Plásticos Hoffens*²³. Ambos intentaron una lectura armónica de los artículos 12 y 14 inciso 2.º LSA, y en ambos la sanción de inoponibilidad de los pactos que no cumplían con el depósito o la anotación en el registro de accionistas condujo a extraños resultados.

Los accionistas de la Sociedad Chile Factor Consortio S.A., una sociedad cerrada, han otorgado un pacto por el que la cesión de acciones se sujeta al consentimiento de todos los accionistas. Se dio cumplimiento a las formalidades del artículo 14 inciso 2.º²⁴. Un accionista vende su parti-

²¹ Considerando 7.º.

²² Asset Investment Group S.A. con directorio y gerente general Sociedad Chile Factor Consortio S.A. (2006).

²³ Comercial e Industrial Plásticos Hoffens y otros con Inversiones Rentas Elmito y otros (2017).

²⁴ Ugarte lee la sentencia del caso *Chile Factor Consortio* como si se tratara de un caso sobre restricción estatutaria a la cesión de acciones, y no de un pacto extraestatutario: UGARTE (2016), p. 312. Sin embargo, de ser así, no tendría sentido haber dado cumplimiento a las formalidades del artículo 14 inciso 2.º, como de hecho ocurrió. Por otra parte, la memoria del año 2007 de la sociedad CFC Capital S.A. (sucesora de Chile Factor

Consortio) da somera cuenta de esta controversia (que luego dio lugar a un arbitraje), y se refiere al contrato en cuestión como un pacto extraestatutario. La memoria puede consultarse en <https://www.cfccapital.cl/wp-content/pdf/memoria2007.pdf> [Fecha de consulta: 29 de julio de 2020].

La Corte de Apelaciones de Santiago –en una decisión que no fue recurrida– acogió el recurso de protección. Estimó que las facultades del directorio para evaluar la formalidad de la cesión se agotan al inscribirla en el registro de accionistas, y una cancelación posterior constituiría una afectación del derecho de propiedad sobre las acciones. El argumento del arbitraje no podía acogerse porque, para tratarse de un conflicto entre accionistas en su calidad de tales, la recurrente habría debido ser accionista inscrita en el registro, y en este caso esa inscripción ha sido cancelada. Por otra parte, sentenció que la nulidad del consentimiento exigido por el pacto debe ser pronunciada por el juez, después de un proceso de lato conocimiento, y no por el directorio.

El tribunal de alzada parece dar por descontado, sin mayor argumentación, que el pacto de accionistas, al cumplirse lo dispuesto en el artículo 14 inciso 2.º LSA, se hizo oponible a la sociedad. Asume también que, por consiguiente, el directorio debía evaluar que el traspaso no contraviniera lo previsto en el contrato, aunque, emitido el consentimiento de los accionistas, quedara impedido de evaluar su carácter libre y espontáneo²⁵. De este modo, la sentencia destaca la oponibilidad del pacto en que se cumplen las formalidades, y se restringe el tenor literal del artículo 12.

Sin embargo, la razón que en forma inmediata justifica la decisión (*ratio decidendi*) no arroja mucha luz sobre la conciliación entre los artículos 12 y 14 inciso 2.º. En efecto, una cosa es admitir que pueda requerirse judicialmente la cancelación de un traspaso efectuado en infracción a un pacto de accionistas depositado y anotado en el registro, y otra distinta es que el directorio pueda cancelar una inscripción ya efectuada, cualesquiera sean los motivos de esa decisión. El fallo de la Corte Suprema encuentra su justificación inmediata en que la inscripción de un traspaso inhibe al

Consortio) da somera cuenta de esta controversia (que luego dio lugar a un arbitraje), y se refiere al contrato en cuestión como un pacto extraestatutario. La memoria puede consultarse en <https://www.cfccapital.cl/wp-content/pdf/memoria2007.pdf> [Fecha de consulta: 29 de julio de 2020].

²⁵ Lo que no deja de ser curioso, porque el redactor del fallo fue el mismo ministro que concurrió a los votos disidentes en los casos *Feria Lo Valledor Lo Valledor* y *Nueva Sol Yet*, descritos en el apartado anterior.

directorio de reevaluar esta decisión: esta parece ser la *ratio decidendi* de esta sentencia²⁶. Que, además, el directorio hubiera podido o no calificar ese traspaso como un incumplimiento del pacto, o que hubiera podido evaluar o no el carácter libre y espontáneo del consentimiento previo que este exigía, no son en rigor cuestiones indispensables para decidir el asunto: sea cual fuere su respuesta, la decisión del tribunal habría sido la misma.

Así, la *ratio decidendi* de este caso no puede invocarse como argumento para sostener la teoría de la *oponibilidad fuerte*, aunque sí se presten a ello las opiniones vertidas a mayor abundamiento. En efecto, la sentencia parece suponer dos cosas: primero, que habría podido requerirse la cancelación del registro de un traspaso efectuado en infracción a un pacto (en línea con la *tesis de la oponibilidad fuerte*); y segundo, que correspondía al directorio evaluar la conformidad del traspaso con el pacto, y eventualmente denegar esa inscripción. Ahora bien, los partidarios de la teoría de la *oponibilidad fuerte* no estarían dispuestos a admitir esto último, una suerte de *oponibilidad fortísima* que prescinde de forma muy directa del tenor literal del artículo 12²⁷.

La sentencia más relevante al tratar de la conciliación entre los artículos 12 y 14 inciso 2.º LSA es *Plásticos Hoffens*. Se trata –salvo inadvertencia– del único fallo dictado en sede de casación en el fondo sobre la materia, lo que sin duda reclama una especial atención.

Comercial e Industrial Plásticos Hoffens S.A. tiene como accionistas a Rentas Alfa Cruz Ltda., Inversiones y Rentas Las Camelias Ltda. e Inversiones y Rentas Elmito Ltda. Estos accionistas han suscrito un pacto extraestatutario que establece una “opción irrevocable de venta de acciones” de propiedad de Elmito en favor de Alfa Cruz y Las Camelias, por un plazo de diez años. Se han cumplido las formalidades del artículo 14 inc 2º LSA, pues el pacto se depositó y anotó; sin embargo, no quedó disponible para su inmediata consulta por parte de terceros interesados, como exige el texto legal. Alfa Cruz y Las Camelias comunican la fecha en que ejercerán la opción de que gozan para adquirir las acciones de propiedad de Elmito, pero esta última vende sus acciones a un tercero, Inversiones y Rentas Santa Catalina Ltda., en infracción del pacto, unos días antes.

Plásticos Hoffens (la sociedad), Alfa Cruz y Las Camelias (las dos accionistas titulares de la opción) demandan en sede arbitral a Elmito (deudora de la opción y vendedora de las acciones) y a Santa Catalina

(compradora de las acciones), con el objeto de que se declare la inoponibilidad de la compraventa, con indemnización de perjuicios. Respecto de la inoponibilidad, la demanda persigue la declaración de que la compraventa

“es inoponible a las Demandantes, y que por lo anterior sus efectos no les empecen y que debe dejarse por ello sin efecto la inscripción de transferencia de dichas acciones realizada en virtud de lo señalado en el Contrato, ordenando en cambio inscribir dichas acciones a nombre de las Demandantes”²⁸.

Como puede verse, esta demanda de inoponibilidad es bastante peculiar, pues, más que una declaración, se busca una *condena* a efectuar una cancelación en el registro de accionistas y una nueva inscripción a nombre de las accionistas demandantes. La demandada compradora deduce excepción de inoponibilidad, pues no es parte del pacto de accionistas.

El árbitro rechazó íntegramente la demanda, en cuanto a la inoponibilidad y a la indemnización de perjuicios, y respecto de ambas demandadas. Afirmó que los miembros del pacto debieron deducir en contra de su infractor las acciones del artículo 1489 CC, esto es, la resolución del contrato o su cumplimiento forzado, en uno u otro caso con indemnización de perjuicios. Sin embargo, rechazó también la excepción de inoponibilidad opuesta por la compradora demandada, pues el pacto es oponible a terceros *ex* artículo 14 inciso 2.º LSA.

La compradora, sin la vendedora, apela en sede ordinaria invocando como agravio la declaración de que el pacto de accionistas le es oponible, lo que puede llegar a afectarle en eventuales juicios futuros. Alega –como había hecho en el curso del proceso– que el pacto no cumplió en lo sustantivo con las formalidades del artículo 14 inciso 2.º, pues, aunque se depositó una copia en la sede de la compañía, este no quedó disponible para su inmediata consulta por los accionistas y terceros interesados: la compradora recién pudo examinarlo más de dos meses después de requerirlo, y dos semanas después de haberse materializado la compraventa de las acciones. La Corte de Santiago acoge la apelación fundando su sentencia en este argumento; y, en consecuencia, acoge la excepción de inoponibilidad (del pacto). En lo demás, el laudo queda firme, y la demanda rechazada en todos sus puntos.

Los demandantes deducen recurso de casación en el fondo por infracción al artículo 186 CPC, pues el apelante no ha experimentado agravio si el árbitro rechazó la demanda en todas sus partes; y en infracción tam-

²⁶ Considerando 6.º.

²⁷ Como ya queda indicado, Ugarte afirma que no corresponde al directorio denegar la inscripción de un traspaso que infringe un pacto de accionistas anotado y depositado, sino al tribunal, previo juicio de lato conocimiento. UGARTE (2016), pp. 308-310.

²⁸ Recurso de casación en el fondo de fecha 20 de marzo de 2017, disponible en www.pjud.cl, en rol n.º 8072-2016 seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago [fecha de consulta: 29 de julio de 2020].

bién al artículo 14 inciso 2.º LSA, ya que la disposición hace claramente oponibles los pactos que han cumplido con las formalidades de depósito y anotación.

La Corte Suprema acoge la casación y anula la sentencia. El árbitro ha rechazado la demanda de forma íntegra, de modo que no puede haber un agravio para el demandado que justifique la apelación. Aunque se desechó la alegación de inoponibilidad, de todas formas la demanda ha sido rechazada en forma total, solo que acudiendo a una argumentación distinta de la del demandado. De este modo, la Corte Suprema entiende que la inoponibilidad, al menos en este caso, no era realmente una excepción (cuyo rechazo habría supuesto un agravio) sino una mera alegación o defensa. En su sentencia de reemplazo, el máximo tribunal confirma el laudo en todas sus partes, haciendo suya así la argumentación del árbitro²⁹.

Este es un caso que aborda de forma nítida el problema de la conciliación entre los artículos 12 y 14 inciso 2.º, y lo hace –para aplicarle, aun a riesgo de ser injustos, los rótulos antes descritos– desde la perspectiva de una oponibilidad no débil, sino *debilísima*. Alfa Cruz y Las Camelias, los miembros del pacto víctimas del incumplimiento, debieron –en opinión del árbitro, y, en último término, de la propia Corte Suprema– pedir los remedios contractuales y no una declaración de inoponibilidad, que en este caso no los llevó a ningún sitio. Desde luego, no obtuvieron la pretendida cancelación de la inscripción ni menos una inscripción a su favor; pero tampoco se hizo lugar a la indemnización de perjuicios en contra de Santa Catalina, que podría haberse concedido a título de responsabilidad extracontractual por lesión del crédito ajeno³⁰. Así, el cumplimiento de las formalidades del artículo 14 inciso 2.º no supuso para Alfa Cruz y Las Camelias ninguna ventaja, fuera de una vacía declaración de la Corte Suprema obtenida después del arbitraje, la apelación y la casación en el fondo³¹. Una oponibilidad que remite a las acciones del artículo 1489 CC, es decir, a la relación *inter partes*, mal puede calificarse con este término.

Como ha podido verse, los pronunciamientos en que de forma más directa la Corte Suprema ha abordado el efecto que surte el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 14 inciso 2.º LSA, conducen

²⁹ A cuyo detalle, por cierto, sólo puede accederse a través de las sentencias posteriores.

³⁰ Que es la lectura alternativa que Lagos ofrece para comprender la oponibilidad del artículo 14 inciso 2.º LSA. LAGOS (2014), pp. 98-101.

³¹ Desde el punto de vista procesal, el caso envuelve una paradoja, que, sin embargo, aquí sólo quedará enunciada. ¿Qué es la inoponibilidad: una alegación o una excepción? Si es excepción, su rechazo constituye un agravio; si es alegación, no. Si esto último es así, la Corte Suprema tenía razón... y no la tenía, porque si la Corte de Apelaciones se limitó a corregir un argumento *obiter dicta*, aunque haya errado al hacerlo, ¿cómo este yerro pudo influir en lo dispositivo y justificar la casación acogida?

a dos soluciones virtualmente contradictorias. En *Chile Factor Consortio*, el tribunal admitió, si bien a mayor abundamiento, que la oponibilidad producida por el depósito del pacto y su anotación en el registro de accionistas, exige que el directorio de la sociedad evalúe si un traspaso se efectuó de conformidad con las limitaciones a la cesión de acciones: oponibilidad *fortísima*. En *Plásticos Hoffens*, la Corte Suprema –en sentencia de reemplazo, es decir, conociendo del fondo del asunto– afirmó que la misma oponibilidad era insuficiente para cancelar un traspaso por orden judicial, pues sólo daba lugar a las acciones ordinarias frente al incumplimiento contractual: oponibilidad *debilísima*.

III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Este desorientador panorama jurisprudencial invita a reconsiderar las propuestas que la literatura ofrece. Para elaborar una propuesta alternativa, es preciso reflexionar sobre el contenido concreto de las formalidades que pide el artículo 14 inciso 2.º.

1. Contenido de las formalidades del artículo 14 inciso 2.º LSA

Al evaluar el registro de accionistas puede experimentarse cierta tendencia a concebirlo en términos *registrales*. Viene a la mente una comparación entre la inscripción de los traspasos en el registro de accionistas y la inscripción de instrumentos públicos en un registro conservatorio. Del mismo modo que la inscripción en el registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces constituye la tradición de los bienes inmuebles, la garantía de su posesión y una presunción de su dominio, la inscripción de una cesión de acciones surtiría semejantes efectos.

En *Chile Factor Consortio* la Corte de Apelaciones de Santiago parece asumir este acercamiento registral al libro de accionistas. Sostener que el directorio se encuentra impedido de proceder a la cancelación de un traspaso ya inscrito, supone atribuirle efectos sustantivos a esa inscripción, de modo análogo a como sucede con la inscripción de inmuebles. Por lo demás, esta comparación ha sido refrendada por la Corte Suprema en otra sentencia, al afirmar que, aunque en rigor la cesión de acciones constituye el acto de tradición como modo de adquirir las acciones en una sociedad anónima, la inscripción de la cesión en el registro de accionistas sería “una exigencia de tipo constitutivo, como la inscripción conservatoria respecto del dominio de los inmuebles”³², aparentemente elevando el

³² G. T., C. con Sociedad Anónima Tulor (2013), considerando 17.º.

requerimiento a una verdadera solemnidad. Esto exigiría una disposición legal expresa que no existe³³.

El registro de accionistas, tal y como se encuentra regulado en la LSA y en el RSA, no reviste las cualidades que justificarían la atribución de tan graves efectos. Desde luego, la ley ni lo regula ni exige que el RSA lo haga; simplemente, lo da por supuesto. Fuera del caso del artículo 14 inciso 2.º LSA, las inscripciones o anotaciones en el registro que la ley contempla no son tanto una formalidad del traspaso (cuestión que se remite al RSA) como un deber de la sociedad (artículo 12 LSA). Así, la constitución de gravámenes y derechos reales sobre las acciones “no le serán oponibles a ésta [la sociedad], a menos que se le hubiere notificado por ministro de fe” (artículo 23 inciso 1.º); la inscripción es sólo un deber reflejo, que recae sobre los administradores de la sociedad “el cual [*sic*: la cual] deberá inscribir el derecho o gravamen en el Registro de Accionistas” (artículo 18). Es verdad que para ejercer los derechos de voto (artículo 62 inciso 1.º) y de retiro (artículo 70 inciso 2.º) es preciso que el accionista se encuentre inscrito en el registro con cierta antelación, lo que permitiría pensar que sin esa inscripción la calidad de accionista no puede oponerse a la sociedad. Sin embargo, se mantiene la conclusión: en el texto de la LSA, encontrarse inscrito en el registro de accionistas tiene efectos meramente internos en la relación entre la sociedad y sus accionistas. Si no fuera por el artículo 14 inciso 2.º, el registro carecería de toda proyección externa. Esto resulta coherente con que, de hecho, el registro no es de público y fácil acceso³⁴.

Debe admitirse que, a diferencia de la ley, el RSA asigna efectos a la inscripción en el registro de accionistas, que en cierta medida tienen relevancia externa. El artículo 10.º RSA extiende las reglas de los artículos 62 inciso 1.º y 70 inciso 2.º LSA a la generalidad de los derechos que puede

³³ Como afirma Caballero, la circulación de acciones de una sociedad anónima, aun de aquellas cuyos estatutos eximen de la impresión de láminas físicas e incorporan el sistema de anotación en cuenta en el registro de accionistas (conforme al artículo 15 RSA), se produce *extra tabulas*: “basta el acuerdo solemne entre cedente y cesionario para producir la transferencia de las acciones de un patrimonio a otro”. CABALLERO (2014), p. 302.

³⁴ CABALLERO (2014), p. 289. Sin perjuicio, naturalmente, de la información sobre identidad de accionistas que es preciso ofrecer en virtud de la regulación del mercado de valores respecto de sociedades anónimas abiertas. Un proyecto de ley, que se tramita mientras se escriben estas líneas, refrenda la idea de que el registro de accionistas tiene una eficacia meramente interna. El proyecto que modifica la ley n.º 20659 para perfeccionar y modernizar el Registro de Empresas y Sociedades (boletín n.º 13930-03) incorpora un artículo 13 bis, que establece que el registro de accionistas que se lleve de forma electrónica “será de acceso restringido a quienes tengan la calidad de accionistas, administradores o apoderados de la sociedad especialmente facultados para tal efecto”. El Mensaje agrega que “*al igual que en el sistema tradicional*, solo se permitirá que accedan a dicho Registro de Accionistas” las mencionadas personas (p. 12, énfasis agregado).

ejercer un accionista, y esto importa no sólo a la sociedad, sino también a los demás accionistas (aunque seguimos en un plano interno: no hay referencia a terceros). Por otra parte, el artículo 41 inciso 1.º afirma que

“la cesión de las acciones producirá efecto [...] respecto de la sociedad y de terceros, desde el momento de la inscripción del nuevo titular en el Registro de Accionistas”.

En este punto, es preciso advertir que la función del registro de accionistas varía si la sociedad es cerrada y se ha acogido al régimen de anotaciones en cuenta en el registro de accionistas, conforme al artículo 14 RSA. En este caso, el registro cumple una función de legitimación ante la sociedad, que en la generalidad de las sociedades cerradas se satisface mediante la tenencia de los títulos accionarios. Por otra parte, los certificados de accionista a que se refiere el artículo 15 RSA permiten acreditar la condición de accionista y sustituyen –de forma parcial: para efectos de la constitución de derechos reales– los títulos accionarios³⁵. Pero esto no altera lo afirmado antes en relación con el artículo 14 inciso 2.º LSA. Dado que para los terceros el acceso a la fuente de legitimación –el registro– se produce a través de estos certificados, y en ellos no se da cuenta de eventuales límites a la cesión de acciones, se subraya que la anotación de un pacto extraestatutario carece de proyección externa, e importa sólo a la sociedad.

Volviendo sobre el régimen general, la práctica atestigua que la llevanza de los registros de accionistas no sólo es objeto de frecuentes descuidos, sino que incluso es ocasión de abusos por parte del mayoritario, que actúa a través de la administración de la sociedad. Esta es la impresión que deja una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta: el tribunal prescindió de los registros de la sociedad, mal llevados por los administradores, para admitir la legitimación del actor al demandar la disolución de la sociedad conforme al artículo 105³⁶. En ese sentido, debe destacarse la diferencia que existe entre el registro de accionistas, llevado por una administración social no siempre imparcial, y el registro que lleva una empresa de depósito de valores, tercero independiente sujeto a la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero. Son las cualidades de independencia de entidades como estas (similares a las que concurren en un Conservador de Bienes Raíces), las que podrían justificar que sus anotaciones registrales surtan efectos contra terceros.

³⁵ Sobre estos puntos, véase CABALLERO (2014), pp. 285-296.

³⁶ G. con Sociedad Anónima Tulor (2012) (casación en el fondo rechazada por manifiesta falta de fundamento).

Una interpretación armónica del artículo 14 inciso 2.º debe tener en cuenta lo anterior. Es el único precepto del que se desprende que una anotación en el registro de accionistas surte efectos hacia terceros. La referencia al pacto en el libro de accionistas es una formalidad a que deberá dar cumplimiento la administración de la sociedad, quizás ligada a accionistas interesados o en su cumplimiento o en su infracción, pero que con dificultad será de verdad neutral. Y aunque se procediera de forma fiel a efectuar esa referencia, un tercero que pretendiera adquirir acciones en la sociedad no puede consultar fácilmente su libro de accionistas, para cuya exhibición depende –una vez más– de una administración interesada en la transacción. ¿Puede hacerse depender la validez o la eficacia de la cesión del cumplimiento de una formalidad que ofrece tan pocas garantías a la seguridad del tráfico?

Lo ya argumentado vale con mayor razón respecto de la segunda formalidad que exige el artículo 14 inciso 2.º LSA: el depósito del contrato en la compañía a disposición de los demás accionistas y de terceros interesados. Una vez más, se está ante un requisito cuyo cumplimiento depende exclusivamente de la administración. El artículo 16 inciso 1.º RSA se limita a entender depositado el pacto por la entrega de una copia autorizada ante notario “en el lugar en que funcione el Registro de Accionistas por un notario público que así lo certifique”. Que el pacto quede luego a disposición de terceros depende de las buenas disposiciones del directorio: los miembros del pacto sólo pueden llegar hasta las puertas de la oficina. Como muestra el caso *Plásticos Hoffens*, puede ocurrir que los miembros de la administración de la sociedad sean negligentes o renuentes al transmitir a terceros interesados el contenido de un pacto, en cuyo cumplimiento o infracción se encuentra interesada.

Por lo expuesto, no es lógico hacer pender la eficacia de un traspaso de acciones en estos medios de publicidad. Tampoco lo es hacer responsable de perjuicios al adquirente de acciones cuando la cesión infringió un pacto, por el mero hecho de que este cumplió con medidas de publicidad que, sin embargo, prácticamente están fuera del alcance de su conocimiento. De que un pacto se encuentre anotado en el registro de accionistas no se desprende que un tercero adquirente pueda haber accedido a su contenido (pues el texto pide una referencia al documento). Lo mismo debe decirse de que la administración de la sociedad deba mantener a su disposición el contrato en las dependencias de la sociedad, porque bien puede suceder que o no le permita acceder a su contenido, o se lo comunique de forma no fidedigna. Estas formalidades no son verdaderos *medios de publicidad* establecidos en beneficio de eventuales adquirentes de acciones y cuya omisión justificara una sanción de oponibilidad, que es como la doctrina

define las formalidades de publicidad³⁷. Nótese cuán diferentes son de las medidas de publicidad previstas en la LSC española, y en el TUF y en el CC italianos (depósito en registros públicos, comunicación al fiscalizador del mercado de valores), y cuyo cumplimiento, sin embargo, en nada importa a terceros adquirentes de las acciones. En síntesis, el cumplimiento de las formalidades del artículo 14 inciso 2.º LSA no permite, de manera razonable, suponer que un adquirente de acciones conoció o debió conocer el límite que afectaba a la cesión de esas acciones.

2. Sentido de las formalidades del artículo 14 inciso 2.º LSA

De lo argumentado se colige que el legislador, mediante estas formalidades, solo pudo procurar que el pacto gozara de publicidad en la sociedad, no fuera de ella. En realidad, sólo respecto de esta persona puede decirse que las formalidades constituyan un medio de publicidad. Pero ¿de qué forma podría incumbirle a la sociedad un pacto de accionistas respecto del cual esa sociedad es un tercero? La compañía debe mantenerse al margen de esta clase de contratos. Si el directorio, a su nombre, adoptara deberes en el marco de un pacto relativo a la transferencia de acciones, entonces vulneraría el artículo 39 inciso 3.º, pues esos deberes se adquirirían para con unos accionistas –los miembros del pacto– y no para con otros, ubicándoles en una posición inconciliable con su condición de fiduciarios. Por ejemplo, si se pretendiera a través de un pacto de accionistas suscrito por la sociedad que esta proporcionara información sobre sus negocios con el objeto de determinar el precio de las acciones en el marco de una cláusula de adquisición preferente, la sociedad se estaría obligando a infringir, a través del órgano administrador, el deber de reserva que pesa sobre sus integrantes (artículo 43 LSA). Y como hay un objeto ilícito en los contratos que la ley prohíbe (artículo 1466 CC), tal pacto de accionistas sería nulo.

El corolario de lo anterior parecería ser que las formalidades del artículo 14 inciso 2.º carecen de sentido. Como ha explicado Lagos, la modificación introducida por la ley n.º 20382, que sustituyó la sanción por omisión de formalidades de inexistencia (“tales pactos se tendrán por no escritos”) por la sanción de inoponibilidad, desvirtuó el sentido de una norma que propendía a la publicidad de los pactos de accionistas, por

³⁷ LEÓN (1990), pp. 23-24; ALESSANDRI (2010), p. 243; y VIDAL (2006), p. 65. Y, aunque esas formalidades fueran una verdadera publicidad, parece más adecuado considerar que los eventuales adquirentes son terceros *in genere* (no terceros con un interés actual, como lo sería el deudor de un crédito a quien hay que notificarle el acto de cesión); pero entonces lo más coherente sería establecer una formalidad no de oponibilidad sino de mera noticia, cuya omisión dé lugar a la obligación de indemnizar los perjuicios que se irroque. LEÓN (1990), p. 24 y ALESSANDRI (2010), pp. 243-244.

razones de buen gobierno corporativo³⁸. Sin embargo, las mismas razones que impiden considerar ineficaz la cesión de acciones que infringe un pacto anotado y depositado –el dato de que las formalidades de publicidad no garantizan la publicidad del pacto fuera de la sociedad–, impiden hacer responsable de perjuicios al cesionario.

El análisis jurisprudencial efectuado en el capítulo II concuerda con este resultado. En la única ocasión en que la Corte Suprema se pronunció sobre el fondo del problema, el caso *Plásticos Hoffens*, no se pudo dar interpretación alguna a la oponibilidad que alcanza el pacto depositado en la compañía y anotado en el registro de accionista. Y las demás sentencias, como se ha indicado, o no apuntan inequívocamente al problema, o bien apuntan en diversas direcciones.

Es preciso entonces volver a las categorías dogmáticas más fundamentales del derecho privado. Hasta aquí se ha supuesto que el cumplimiento de las formalidades del artículo 14 inciso 2.º LSA exige que, en alguna medida, el contrato que así se hace oponible quede especialmente protegido frente a una infracción en que intervengan terceros. Pero no consiste en eso la oponibilidad. La oponibilidad, una de las caras de la eficacia indirecta del contrato, consiste en que este forma parte de la realidad jurídica: su existencia es un dato que no sólo sus partes, sino tampoco los terceros, pueden pretender ignorar (salvo especial sanción de inoponibilidad)³⁹. La oponibilidad de ningún modo significa –por regla general, al menos– que los terceros hayan de esforzarse porque los contratos ajenos sean cumplidos; ni siquiera significa particulares deberes de respeto hacia el contrato ajeno⁴⁰.

De esta manera, el pacto extraestatutario que ha sido depositado en la compañía y al que se ha hecho referencia en el registro de accionistas, es perfectamente oponible a terceros, como cualquier otro contrato que no esté afecto a una sanción de inoponibilidad. De aquí no se sigue que los actos jurídicos en que se materializa la infracción al contrato sean susceptibles de una acción de nulidad. Tampoco se sigue que el tercero

³⁸ LAGOS (2014), pp. 61-62. Y no sólo la ley sino también su reglamento han conspirado contra este propósito, al reducir el objeto de la publicidad a las estipulaciones que efectivamente se refieran a la cesión de acciones, excusando de ella al resto del contrato (artículo 16 inciso final RSA).

³⁹ Por todos, VIDAL (2006), pp. 62-63. Adviértase que la oponibilidad se predica de los contratos y también de otros hechos jurídicos, que pueden ser o no oponibles. Tal es el caso de la disolución de una sociedad, que es, entre otros, el ejemplo que ofrecen LEÓN (1990), p. 24 y ALESSANDRI (2010), p. 243. Y entonces es claro que el concepto de oponibilidad no se refiere a una protección contra el incumplimiento, porque hechos jurídicos como la disolución no pueden incumplirse, sino que sólo acaecen.

⁴⁰ Como argumenta SCHOPF (2014), pp. 678-685.

cesionario deba indemnizar perjuicios a los demás miembros del pacto, por haber adquirido las acciones de manos de un accionista que ha infringido un límite a la cesión de acciones⁴¹. Solo se sigue que ni ese cesionario ni ningún otro tercero pueden afirmar que el pacto no ha sido celebrado por sus miembros.

Entonces, ¿qué papel desempeña la oponibilidad que el pacto alcanza mediante el cumplimiento de las formalidades del artículo 14 inciso 2.º LSA? Sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente apartado, ese cumplimiento sólo parece reportar utilidad en casos marginales, que no han llegado –salvo inadvertencia– a conocimiento de los tribunales superiores. Puede sugerirse que la oponibilidad alcanzada merced a la anotación del pacto y a su depósito en la compañía, será un presupuesto necesario para deducir una acción de perjuicios o incluso de nulidad absoluta del segundo contrato, pero siempre y cuando se verifique una hipótesis de inducción al incumplimiento contractual, es decir, cuando concurren graves circunstancias⁴², no por el mero hecho de haberse observado lo prescrito en la disposición legal.

3. Un caso especial:

pactos otorgados por la unanimidad de los accionistas en sociedades cerradas

Frente a lo razonado en los apartados anteriores, todavía podría ofrecerse un contrargumento. El control del registro de accionistas de que goza la administración, con la consiguiente posibilidad fáctica de denegar la anotación de pactos o bien el acceso al registro por terceros, tiene un propósito razonable que justifica el diseño legal, con independencia de la azarosa historia del precepto. Este diseño asigna al directorio el deber de velar por la eficacia del pacto, y el correlativo poder para dictaminar cuándo una cesión de acciones lo vulnera y cuándo no.

Es verdad que en principio no corresponde a los directores situarse en ese nivel, pues se deben a todos los accionistas. Constituirse en árbitros de la eficacia del pacto (decidir si anotar o no los traspasos, conceder o no acceso al registro) haría ineludible favorecer los intereses de unos accionistas en perjuicio de los otros, y ello en cumplimiento de un deber extraño a la regulación de la sociedad, que emana de un instrumento extraestatutario. Sin embargo, también es cierto que a veces la propia ley sitúa a los directores como árbitros del cumplimiento de obligaciones ajenas a

⁴¹ Salvo casos especiales, en que no basta que el tercero conociera la existencia del contrato, ni menos que haya debido conocerla, sino una positiva inducción al incumplimiento. En este sentido, BARROS (2010), pp. 997-999.

⁴² BARROS (2010), pp. 997-1000.

la sociedad, precisamente con ocasión de la inscripción de traspasos en el registro de accionistas. En efecto, el artículo 43 inciso 1.º de la ley n.º 16271 de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones establece que

“no podrán presentarse para su registro los traspasos de acciones firmados por una persona que hubiere fallecido con anterioridad a la fecha en que se solicite dicho registro, sin que éste haya sido autorizado previamente por el Servicio de Impuestos Internos”.

La ley exige –se entiende que al directorio– que el traspaso de acciones no se efectúe sin previa autorización del Servicio de Impuestos Internos, que, como es natural, velará por el cumplimiento de obligaciones asociadas al impuesto a la herencia. Una irregularidad tributaria de la que el cesionario de acciones no tuvo cómo tomar conocimiento, puede obstar a la inscripción y, en último término, impedir el ejercicio de los derechos del accionista.

Es difícil, sin embargo, sacar conclusiones inequívocas de una comparación entre ambas situaciones. Primero, porque la evaluación que efectúa el directorio en virtud del citado precepto solo exige constatar que el Servicio de Impuestos Internos ha otorgado o no una autorización; en cambio, determinar cuándo un traspaso ha vulnerado un límite convencional a la cesión de acciones puede ser materia más compleja. Y segundo, porque el artículo 43 inciso 2.º de la ley n.º 16271 agrega que

“el Servicio otorgará siempre esta autorización cuando se le acredite que se trata de una operación que se haya realizado efectivamente a título oneroso”.

Así, los derechos del cesionario se supeditan al interés fiscal sólo cuando la adquisición es gratuita, de modo que la seguridad en el tráfico no se ve comprometida de manera significativa (cabe exigir más diligencia al adquirente a título gratuito: “¿quién y por qué me querría hacer una liberalidad con la cesión de estas acciones?”).

Aun descartada la analogía con las obligaciones tributarias asociadas al pago del impuesto a la herencia, el contrargumento antes enunciado queda en pie: puede haber situaciones en que sea legítimo asignar a la administración de la sociedad un control sobre la efectividad del clausulado del pacto. Esas situaciones podrían presentarse en pactos suscritos por la unanimidad de los accionistas, en especial en sociedades anónimas cerradas y en sociedades por acciones. En estos casos, de forma frecuente los pactos relativos a la transferencia de acciones se integran en contratos más complejos, en que el pacto y los estatutos responden a un mismo

propósito común⁴³. De este modo, los administradores de la sociedad no se apartan del interés social cuando, al velar por la efectividad de las cláusulas del pacto, se niegan a inscribir un traspaso de acciones otorgado en contravención a la voluntad expresa de los accionistas⁴⁴. De alguna forma, el directorio se hace mediador no sólo de la administración del fondo común que corresponde a todos los accionistas en virtud del negocio societario, sino también del cumplimiento de pactos que, suscritos por todas las partes, integran ese negocio societario⁴⁵. Como es lógico, siempre que pudieran conocerlos, lo que se logra merced al cumplimiento de las formalidades del artículo 14 inciso 2.º LSA.

Esto parece contradecir el tenor del artículo 12, que establece que la sociedad inscribirá los traspasos que se le presenten con tal que cumplan las formalidades reglamentarias. Sin embargo, esta disposición se dictó pensando en una situación diversa: administradores que se negaban a cursar traspasos en atención a las facultades económicas del adquirente, con el riesgo que tales juicios de mérito pueden entrañar⁴⁶. De hecho, su texto es posterior al artículo 43 de la ley n.º 16271, que sin embargo constituye una excepción a la regla (y que no perdió vigencia con la dictación de la LSA). Además, ya se ha expuesto que la jurisprudencia con acierto ha restringido el sentido del artículo 12, al admitir en sede de protección que los directores deben negarse a cursar traspasos otorgados en contravención a los estatutos sociales⁴⁷. Y en este punto, cabría admitir que los pactos otorgados por la unanimidad de los accionistas no debieran recibir un tratamiento diverso, si se ha dado cumplimiento a las formalidades del artículo 14 inciso 2.º (que permiten y a la vez obligan al directorio a exhibir pruebas de que la negativa no obedece a una decisión arbitraria)⁴⁸.

⁴³ Sobre la función de los pactos sobre transferencia de acciones, véase LAGOS (2014), pp. 62-65.

⁴⁴ La integración del interés social a partir de pactos otorgados por todos los accionistas de sociedades cerradas ha sido argumentada a propósito de pactos sobre la administración de la sociedad, por LAGOS (2019), pp. 22-23; y a propósito de pactos sobre el voto en la junta, por MANTEROLA (2020), pp. 158-160 y pp. 323-328.

⁴⁵ En un sentido próximo al de NOVAL (2012), p. 136. Véase la nota 48.

⁴⁶ PUELMA (2006), p. 555.

⁴⁷ Y se entiende también que deben negarse cuando la persona que figura como vendedor de las acciones aparece representada, y no se aportan antecedentes suficientes sobre el poder del representante, aunque el traspaso en sí cumpla las formalidades del RSA. PUELMA (2006), pp. 555-556. Más dudoso parece que el directorio pueda negarse a inscribir un traspaso por hallarse en conocimiento de que la sociedad cedente estaba disuelta al tiempo de otorgarse el acto de cesión; sin embargo, tal negativa a inscribir fue refrendada en sede de protección por una antigua sentencia de la Corte Suprema: Doña Javiera Inversiones S.A. con Bolsa de Comercio de Santiago (1991).

⁴⁸ Cabe aquí mencionar, siquiera de forma breve, la propuesta de Noval, que argumenta una parcial equiparación entre estatutos y pactos suscritos por la unanimidad

De todos modos, el contrargumento esbozado no obsta a las conclusiones alcanzadas antes. Una cosa es que el directorio pueda legítimamente negarse a cursar un traspaso que infrinja un pacto unánime que cumple con las formalidades del artículo 14 inciso 2.º LSA, y otra cosa es que, inscrito ese traspaso, este pueda cancelarse o dar lugar a una indemnización de perjuicios. La negativa del directorio sería manifestación de la oponibilidad del contrato, tal y como este concepto es comprendido en el derecho común: el respeto a su existencia como parte de la realidad jurídica, que las partes (y quizás en casos calificados el directorio) deben cumplir y hacer cumplir, pero que jurídicamente no vincula a terceros adquirentes de las acciones. En cambio, si el traspaso ya fue inscrito en el registro, nada puede pretenderse contra el cesionario: la inscripción es un acto válido, amparado en un contrato –muchas veces el de compraventa de acciones– también válido y no menos legítimo que el pacto de accionistas. Este no goza de prioridad ni aun cuando se cumplan las formalidades del artículo 14 inciso 2.º LSA, porque, como ya se argumentó antes, estas no ofrecen garantías de publicidad respecto de personas ajenas a la sociedad.

En este último caso, los miembros del pacto podrán exigir responsabilidad de los administradores por infracción a deberes fiduciarios (artículo 41 LSA), y en este calificado supuesto la publicidad adquirida en virtud de las formalidades del artículo 14 inciso 2.º se vuelve significativa. En efecto, la anotación del pacto en el registro y su depósito en la compañía permite presumir que los administradores –no otros terceros– conocían o debieron conocer su existencia.

de los accionistas. Partiendo de la base de que los pactos de accionistas son inoponibles, por expresa disposición legal en el caso de España (artículo 29 LSC), el autor propone no considerar bajo el ámbito de aplicación de esta norma a los pactos que llama “omnilaterales”, es decir, suscritos por todos los accionistas. NOVAL (2012), p. 137. Si bien de cara a terceros la publicidad registral de que gozan las cláusulas estatutarias las dota de una peculiar eficacia *erga omnes* de que carecen los pactos extraestatutarios, de cara a los propios accionistas es indiferente esa publicidad registral, pues lo que importa es haber sido otorgadas por todos ellos, y en consecuencia cláusulas estatutarias y extraestatutarias pero adoptadas unánimemente tienen una eficacia similar frente a los accionistas. NOVAL (2012), pp. 38-39. La idea ha sido recogida, en el caso particular de los pactos para la administración de la sociedad en sociedades cerradas, por LAGOS (2019), pp. 9-10. En el ámbito inglés, que nunca afirmó una regla general de inoponibilidad de los pactos, la equiparación entre accionistas de instrumentos estatutarios y pactos unánimes es reconocida de la forma más espontánea. Por todos, REECE THOMAS y RYAN (2014), p. 51.

CONCLUSIONES

De esta investigación es posible concluir lo siguiente:

1. Las diversas interpretaciones sobre el alcance de la oponibilidad que surte el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 14 inciso 2.º LSA no han recibido todavía recepción jurisprudencial. Aunque esto puede explicarse porque estas interpretaciones son recientes, el estudio de las sentencias que se han referido al problema, de forma directa o indirecta, apuntan en direcciones bien distintas, y aún a extrañas soluciones.
2. La referencia al pacto extraestatutario en el registro de accionistas y su depósito en las oficinas de la sociedad en modo alguno ofrecen garantías de publicidad frente a terceros. El artículo 14 inciso 2.º es la única disposición de la LSA de la que pueda desprenderse que una actuación en el registro de accionistas surta algún efecto externo. Los requerimientos de la disposición legal de ninguna forma podrían surtir, respecto de terceros, más consecuencias que las que despliega todo acto jurídico por regla general.
3. El contrato que limita la cesión de acciones, depositado en la compañía y anotado en el registro de accionistas, es tan oponible a terceros como cualquier otro contrato sobre el que no pesa una sanción de inoponibilidad. Esta oponibilidad consiste en que los terceros, conozcan o no la celebración y contenido del pacto de accionistas, deben admitir su existencia, como dato que integra la realidad jurídica. El cumplimiento de las formalidades no es suficiente para que los miembros del pacto que lo han visto infringido puedan reclamar la nulidad de la cesión de acciones, ni tampoco una indemnización de perjuicios contra el tercero adquirente, salvo una positiva inducción al incumplimiento. Sin embargo, esa misma oponibilidad se vuelve relevante cuando el pacto ha sido otorgado por la unanimidad de los accionistas de una sociedad cerrada, pues entonces los administradores pueden legítimamente negarse a cursar un traspaso; de todos modos, una vez inscrito, este queda firme y salva la responsabilidad del cesionario.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2010). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. 3ª edición actualizada, reimpr. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- ALONSO LEDESMA, Carmen (2006). “Pactos parasociales”, en Carmen ALONSO (dir.). *Diccionario de derecho de sociedades*. Madrid: Iustel.

- BARROS BOURIE, Enrique (2010). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Reimp. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CABALLERO GERMAIN, Guillermo (2014). “Similitudes y diferencias entre el sistema de anotaciones en cuenta en el registro de accionistas y la representación contable de valores en custodia”, en Eduardo JEQUIER (ed.). *Estudios de Derecho Comercial. Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*. Santiago: Thomson Reuters/Legal Publishing.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2016). “Jorge Ugarte Vial (2016). Pactos sobre transferencia de acciones” [recensión]. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 26, Santiago. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722016000100017> [Fecha de consulta: 07 de octubre de 2020].
- FARENGA, Luigi (1986). “Sindacati di voto, sindacati di blocco e poteri della Consob in ordine alla trasparenza del mercato azionario”. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, vol. 84, Padova.
- ILLANES RÍOS, Claudio (2011). “Significación, objetivos y principales modificaciones introducidas por la Ley N° 20.382, publicada en el Diario Oficial de 20 de octubre de 2009, a la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas”, en *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Disponible en <https://vlex.cl/> [Fecha de consulta: 07 de octubre de 2020].
- LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (2014). “El mundo al revés: Pactos de accionistas, restricciones a la libre cesibilidad de las acciones y la reforma al artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 22, Santiago. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000100002> [Fecha de consulta: 07 de octubre de 2020].
- LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (2019). “La cuestión de la licitud o ilicitud de los pactos de accionistas relativos al voto de directores de sociedades anónimas”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, n.º 1, Santiago. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372019000100007> [Fecha de consulta: 07 de octubre de 2020].
- LEÓN HURTADO, Avelino (1990). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. 3ª edición, reimp. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LEÓN, Francisco (2011). “Publicidad de los pactos parasociales (art. 519)”, en Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN (dirs). *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. Cizur Menor: Civitas, tomo II.
- MANTEROLA DOMÍNGUEZ, Pablo (2020). *Pactos sobre el voto en la junta de accionistas de la sociedad de capital. Validez y eficacia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NOVAL PATO, Jorge (2012). *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*. Madrid: Civitas.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (2006). *Sociedades*. 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, vol. II.
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2013). *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, vol. I.

- REECE THOMAS, Katherine y Christopher RYAN (2014). *The Law and Practice of Shareholders' Agreements*. 4ª edición. London: LexisNexis.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio (2006). *Sindicación de acciones y mercado de control societario*. Cizur Menor: Thomson/Aranzadi.
- RIOLFO, Gianluca (2003). *I patti parasociali*. Padova: Cedam.
- SCHOPF OLEA, Adrián (2014). “Responsabilidad civil por inducir el incumplimiento contractual ajeno”, en Susan TURNER y Juan Andrés VARAS (eds.). *Estudios de Derecho Civil IX*. Santiago: Thomson Reuters/La Ley.
- UGARTE VIAL, Jorge (2016). *Pactos sobre transferencia de acciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- UGARTE VIAL, Jorge (2017). “Oponibilidad de los contratos frente a terceros y acciones a que da lugar. Notas sobre una reseña al libro Pactos sobre transferencia de acciones” [recensión]. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 28, Santiago.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2011). *Teoría general del acto jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006). “El efecto absoluto de los contratos”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 6, Santiago.

Normas citadas

- Constitución Política de la República*, 1980
- Código Civil*, 1855.
- Código de Procedimiento Civil*, 1902.
- Ley n.º 16271, sobre impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Texto refundido por el decreto con fuerza de ley n.º 1 del Ministerio de Justicia. *Diario Oficial*, Santiago, 30 de mayo de 2000.
- Ley n.º 18046, sobre sociedades anónimas. *Diario Oficial*, Santiago, 22 de octubre de 1981.
- Decreto n.º 702 del Ministerio de Hacienda, aprueba nuevo reglamento de sociedades anónimas. *Diario Oficial*, Santiago, 06 de julio de 2012.
- Ley n.º 20382, introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas. *Diario Oficial*, Santiago, 20 de octubre de 2009.
- Decreto legislativo n. 58, Testo Único della Finanza, Italia, 24 de febrero de 1998.
- Real decreto legislativo 1/2010, texto refundido de la ley de sociedades de capital, España, Boletín Oficial del Estado, 02 de julio de 2010.

Jurisprudencia citada

- Doña Javiera Inversiones S.A. con Bolsa de Comercio de Santiago (1991): Corte Suprema, 27 de noviembre de 1991 (recurso de protección), no se consigna rol, en CL/JUR/1104/1991 [fecha de consulta: 01 de diciembre de 2021].

- Asset Investment Group S.A. con directorio y gerente general Sociedad Chile Factor Consorcio S.A. (2006): Corte de Apelaciones de Santiago, 09 de agosto de 2006, rol n.º 2413-2006 (recurso de protección), en www.pjud.cl.
- G. S., M. del C., con Comunidad FERIA Lo Valledor S.A. (2009): Corte Suprema, 03 de noviembre de 2009, rol n.º 5130-2009 (recurso de protección), en www.pjud.cl.
- O. V., Ó., con Sociedad Comercial de Servicios de Transporte Nueva Sol Yet S.A. (2009): Corte Suprema, 03 de noviembre de 2009, rol n.º 6853-2009 (recurso de protección), en www.pjud.cl.
- G. con Sociedad Anónima TULOR (2012): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de julio de 2012, rol n.º 89-2012 (juicio ordinario de disolución de sociedad cerrada), en VLEX 395466074 [fecha de consulta: 07 de octubre de 2020].
- C. C., T. con Sociedad Agrícola del Norte S.A. (2012a): Corte de Apelaciones de Arica, 31 de agosto de 2012, rol n.º 39-2012 (recurso de protección), en VLEX 396845826 [fecha de consulta: 07 de octubre de 2020].
- P. M. L. R. con Sociedad de Transportes de Pasajeros Lota S.A. (2012a): Corte de Apelaciones de Concepción, 24 de septiembre de 2012, rol n.º 1714-2012 (recurso de protección), en www.pjud.cl.
- P. M. L. R. con Sociedad de Transportes de Pasajeros Lota S.A. (2012b): Corte Suprema, 23 de noviembre de 2012, rol n.º 7509-2012 (recurso de protección), en www.pjud.cl.
- C. C., T. con Sociedad Agrícola del Norte S.A. (2012b): Corte Suprema, 13 de diciembre de 2012, rol n.º 6956-2012 (recurso de protección), en www.pjud.cl.
- G. T., C., con Sociedad Anónima TULOR (2013): Corte Suprema, 12 de abril de 2013, rol n.º 7384-2011 (casación en el fondo), en www.pjud.cl.
- Comercial e Industrial Plásticos Hoffens y otros con Inversiones Rentas Elmito y otros (2017): Corte Suprema, 19 de diciembre de 2017, rol n.º 21901-2017 (casación en el fondo), en www.pjud.cl.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

- CC. *Código Civil* chileno, salvo indicación en contrario
- CPC *Código de Procedimiento Civil* chileno
- CPR *Constitución Política de la República de Chile*
- Dir. directora
- Dirs. directores
- Ed. editor
- Eds. editores

- LSA ley n.º 18046 sobre Sociedades Anónimas. Excepcionalmente, Ley de Sociedades de Capital española
- n.º número
- p. página
- pp. páginas
- Reimp. reimpresión
- RSA Reglamento de la ley n.º 18046
- TUF Testo Unico della Finanza italiano
- vol. volumen
- www World Wide Web

LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE DAÑOS EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO

THE INFLUENCE OF TORT LAW ON STATE LIABILITY FOR LACK OF SERVICE

Gustavo Poblete Espíndola*

RESUMEN

El presente artículo analiza la influencia del derecho de daños en la responsabilidad del Estado por falta de servicio desde la teoría de Peter Cane desarrollada en *Tort Law and Public Functions*. En este punto, la investigación analiza tres aspectos fundamentales: la estructura normativa en las relaciones de desigualdad jurídica, el rol del ideal igualitario en la responsabilidad estatal y el deber de indemnizar los daños causados por los agentes públicos. Primero, establece que la estructura normativa de la responsabilidad pública debe ser entendida en términos de justicia correctiva, puesto que existe una parte que debe corregir el daño ilegítimo causado por otra. Segundo, sostiene que la igualdad entre las partes funciona como criterio distributivo para contrarrestar la subordinación estatal ejercida sobre el administrado. Por último, contrasta los objetivos de la responsabilidad estatal y del derecho daños e identifica las razones generales por las cuales la Administración debería indemnizar los daños causados a los administrados.

45

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Alberto Hurtado, Chile. Doctor en derecho por la Universidad de Chile (Chile) y la Universitat de Girona (España). Profesor e investigador del departamento de derecho público, Universidad Alberto Hurtado. Dirección postal: Cienfuegos 41, Santiago. Correo electrónico: gpoblete@uahurtado.cl

El artículo forma parte del Proyecto “Hacia una consolidación de la Teoría de los Ilícitos Estatales en las actuaciones de la Administración Penitenciaria”, en el marco de los Fondos Internos de Fomento a la Investigación 2019-2020 de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, del cual el autor es investigador responsable. El autor agradece las observaciones de una versión preliminar a Raúl Letelier, Diego Papayannis, José Miguel Valdivia, Enrique Barros, Felipe Oyarzún, Carolina Meza, Claudio Agüero y Bárbara Chávez. También, los comentarios realizados por el arbitraje anónimo, los cuales ayudaron a mejorar el producto final de esta investigación.

Recepción: 2020-12-16; aceptación: 2021-04-19.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad del Estado; derecho de daños; filosofía del derecho administrativo; desigualdad jurídica; compensación monetaria

ABSTRACT

This article analyzes the influence of tort law on State liability for lack of service from Peter Cane's theory developed in Tort Law and Public Functions. At this point, the paper addresses three fundamental aspects: the normative structure in the relationships of juridical inequality, the role of egalitarianism in State responsibility, and the duty to compensate the damages caused by public agents. First, it states that the normative structure of public responsibility must be understood in terms of corrective justice since there is a party that must correct the illegitimate damage caused by another. Second, it proposes that equality between the parties functions as a distributive criterion to reduce the state subordination exercised on the administered. Finally, it contrasts the objectives of State responsibility and tort law and identifies the general reasons why the Administration should compensate for the damages caused to the administered.

46 KEYWORDS: state liability; tort law; philosophy of administrative law; juridical inequality; monetary compensation

INTRODUCCIÓN

Desde *D. con Fisco de Chile*¹, se encuentra instalado en la dogmática administrativista el debate sobre el lugar que ocupan las reglas y principios del derecho civil en la responsabilidad extracontractual del Estado. Esta discusión se particulariza cuando en *S. con Fisco de Chile*² se aplica el artículo 2314 del *Código Civil* ante la ausencia de una norma expresa que impute responsabilidad por falta de servicio a las Fuerzas Armadas³. El ejercicio argumentativo realizado por el tribunal comprendió el traslado de los elementos que conforman la noción de *culpa civil* hacia la *falta de servicio*, de tal forma que se completa el cuadro regulativo con el derecho común.

El diálogo entre el derecho administrativo y el derecho civil en esta materia es atribuido a Pierry, quien redactó *S. con Fisco de Chile* fortale-

ciendo el lugar de la falta de servicio como el título de imputación⁴. A partir de dicha interpretación, la discusión sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado fue relegada a un segundo plano, y se dio paso a la discusión sobre los alcances de la responsabilidad del Estado por falta de servicio⁵. En este nuevo escenario, la dogmática administrativista ha intentado dar fisonomía al régimen de responsabilidad estatal desde la *faute de service* desarrollada por la jurisprudencia francesa⁶, enfocando su análisis en los distintos sectores regulados⁷. No cabe duda de que los esfuerzos desplegados han sido útiles para vincular ambas parcelas del derecho. Sin embargo, persisten algunas preguntas sobre los fundamentos que justifican la aplicación específica del derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado.

El presente artículo se sitúa en este vacío normativo de la legislación chilena e intenta determinar la influencia del derecho de daños en la conformación y comprensión de la responsabilidad del Estado por falta de servicio. Para realizar este análisis, la investigación se posiciona en la teoría formulada por Peter Cane en *Tort Law and Public Functions*, que, para efectos de este trabajo, se denominará “teoría de los ilícitos estatales”. Este enfoque metodológico, permite dar una explicación teórica sobre la estructura y el funcionamiento de la responsabilidad pública en el *common law* y modelar dicha formulación al régimen de responsabilidad estatal nacional. De esta forma, los argumentos desplegados provienen desde lo que podría denominarse *filosofía del derecho administrativo*, pues buscan depurar los conceptos implícitos y el discurso científico del derecho administrativo en esta materia⁸.

La postura que defiende Cane sostiene que el marco teórico utilizado por el derecho de daños en las relaciones entre privados puede ser aplicado, con algunas variantes, a las relaciones entre el Estado y los particulares⁹. La investigación trabaja sobre esta hipótesis y desarrolla tres argumentos

⁴ Las ideas que sientan la postura jurisprudencial de Pierry se pueden encontrar en PIERRY (2004), pp. 11-19. El factor Pierry es decisivo para la consagración jurisprudencial de la falta de servicio como título de imputación subjetiva. Véase CORDERO (2018), pp. 78-80.

⁵ Para Letelier es bastante claro que la discusión sobre la responsabilidad del Estado debe centrarse en el análisis sectorizado de la falta de servicio. Véase LETELIER (2012), pp. 1-26.

⁶ Sobre los orígenes de la falta de servicio, véase VALDIVIA (2012), pp. 29-43.

⁷ Por ejemplo, véase AGÜERO *et al.* (2020), pp. 171-191; POBLETE (2015), pp. 243-251; VALDIVIA (2020), pp. 213-246; y, los trabajos de la sección *La falta de servicio en contexto* en LETELIER (2012), pp. 133-321.

⁸ Si bien no existe una obra que establezca las coordenadas exactas de la filosofía del derecho administrativo, bien vale destacar los esfuerzos realizados desde el *common law* por CANE (2011); HARLOW (2004); ENDICOTT (2018); y, CORNFORD (2008).

⁹ Véase CANE (2014), p. 150.

¹ M. D. con Fisco de Chile (2002), considerando décimo.

² Una visión crítica sobre los argumentos de la Corte Suprema, véase en ROMÁN (2009), pp. 310-317.

³ P. S. con Fisco de Chile (2009), considerando décimo sexto.

que corrigen, complejizan y consolidan la TIE como una teoría que sirve para comprender el régimen de responsabilidad estatal chileno basado en la falta de servicio.

Este trabajo presenta el siguiente orden. Primero, delimita el objeto de estudio y revela la necesidad de articular una explicación exhaustiva para justificar la presencia del derecho de daños en la responsabilidad del Estado por falta de servicio. Segundo, expone los elementos centrales de la TIE sobre los cuales se posiciona la investigación y que serán objeto de un análisis profundo: estructura relacional, componentes y propósitos. Tercero, determina la estructura normativa de las interacciones públicas, centrando la atención en la correlatividad de las partes involucradas en la interacción pública. Cuarto, dilucida el componente generador de equilibrio entre partes jurídicamente desiguales, mediante el análisis del principio de igualdad como criterio distributivo en relaciones jurídicas que manifiestan una asimetría de posiciones. Quinto, desde una explicación plural, asimila los objetivos del derecho administrativo y del derecho de daños como herramientas funcionales para explicar el carácter compensatorio de la responsabilidad por rendición de cuentas (*accountability*). Por último, entrega algunas conclusiones preliminares que reflejarán la incidencia del derecho de daños en la responsabilidad del Estado por falta de servicio.

48

Antes de comenzar se realizará una prevención metodológica. Esta investigación pretende rearticular una posición teórica que sea útil para la depuración del discurso científico del derecho administrativo. El camino trazado pretende seguir la empresa explicativa de la filosofía del derecho administrativo. Por esa razón, los argumentos que se confeccionan se encuentran sustentados en ideas desarrolladas por otras áreas consolidadas, tales como la filosofía del derecho privado, la filosofía política y la teoría analítica del derecho. En atención a lo antes señalado, se despeja la realización de un estudio de derecho comparado, aunque para facilitar la lectura del argumento principal, en algunos pasajes del trabajo, se fijan similitudes o diferencias explícitas entre el *common law* y el *civil law*.

I. LA AUSENCIA DE UNA EXPLICACIÓN EXHAUSTIVA: EL PUNTO DE PARTIDA

En la introducción se anticipó el diagnóstico general del presente trabajo: los administrativistas chilenos, en un ejercicio constante y uniformado, han intentado darle forma a la falta de servicio utilizando las reglas y principios del derecho de daños. Toda esta tendencia se consolida cuando la jurisprudencia asimila la falta de servicio a la culpa civil para responsabilizar

a las Fuerzas Armadas mediante una interpretación extensiva del artículo 2314 del *Código Civil*. Esto produce que los tribunales decidan casos de derecho público elaborando argumentos que incorporan instituciones del derecho civil. Se trata de un ejercicio interpretativo que exige distinguir las diferencias y semejanzas en dichos ámbitos, para obtener un producto que sea útil en el juicio de responsabilidad.

Según Barros, la responsabilidad civil se ordena sobre el principio de igualdad, donde ninguna de las partes tiene la potestad de ejercer control sobre otra. Por el contrario, en el derecho público es característico que las autoridades tengan la potestad de interferir en los intereses de los particulares para satisfacer el interés público¹⁰. En estos términos, la distancia entre un ámbito y otro es la potestad que tiene la Administración sobre el administrado *versus* la relación horizontal que prima entre los privados. Mientras que en el ámbito público la intervención de intereses particulares es legítimo, en el ámbito privado cualquier menoscabo en los intereses legítimos de los participantes de la interacción constituye un daño.

En cuanto a las analogías, bien vale recalcar el tardío reconocimiento de la responsabilidad del Estado respecto de la responsabilidad civil. Ello explica que el derecho de daños sea una fuente indispensable para la construcción del sistema de responsabilidad público chileno, ya que, con algunos ajustes, ha permitido la conformación de una doctrina administrativista capaz de dar cuenta de los daños provocados por las funciones que desempeñan las reparticiones públicas. Como expresa Barros,

49

“el complejo ordenamiento de la responsabilidad extracontractual actúa como *estatuto general y supletorio* en las materias que no son objeto de conceptos y reglas especiales de derecho público”¹¹.

Si bien los participantes de la relación son diferentes, la manera de enfrentar las demandas por indemnización de perjuicio tiene una raíz común. El sistema de responsabilidad público encuentra una base conceptual que no tan sólo es útil para atribuir responsabilidad sobre la base de reglas generales, sino que también en sectores donde la falta de servicio está contenida en leyes especiales, con reglas de atribución de responsabilidad propia.

Los conceptos de daño, culpa y causalidad vienen a demostrar que las interacciones públicas no se alejan jurídicamente de las dinámicas del derecho privado. Tampoco difieren en su autonomía conceptual. Esto quiere decir que la existencia de un presupuesto no determina la concurrencia de otros. Por ejemplo, es posible que una persona sufra un daño ilegítimo,

¹⁰ Véase BARROS (2020), p. 505.

¹¹ BARROS (2020), p. 506. Cursivas en original.

sin que sea posible establecer la negligencia de la actuación o identificar al causante. Las líneas que siguen buscan mostrar sucintamente la convergencia del daño, culpa y causalidad en el ámbito privado y público.

El daño cometido por el Estado, según las reglas de la responsabilidad civil, debe ser resarcido en su integridad¹². Esto quiere decir que tanto los daños sufridos en el patrimonio, como los daños morales deben ser compensados cuando se logra demostrar la falta de servicio de la repartición pública. Para Ferrada,

“la obligación reparatoria del Estado recae, en primer lugar, sobre los daños materiales o patrimoniales, que son aquellos que afectan bienes que tienen un significado económico que expresa un valor de cambio, lo que se traduce en una disminución del activo (daño emergente) o en la imposibilidad de su incremento (lucro cesante)”¹³.

En este plano, se sitúan algunos ejemplos que develan este tipo de menoscabo injustificado, como en los servicios de salud cuando después de una operación queda una aguja dentro del cuerpo del paciente causando un daño en su integridad física, o cuando por motivo de una acera que presenta defectos una persona sufre una caída y se lesiona una de sus extremidades.

La indemnización de perjuicios también comprende aquellos daños sufridos fuera del patrimonio de la víctima. El resarcimiento del daño moral viene a dar completitud a la obligación que tiene el Estado. Sin perjuicio de ello, y a diferencia del derecho civil, su conceptualización se ha ido ampliando y ha encontrado mayores planos de certeza para el pago de indemnizaciones. Según el artículo 41 de la ley n.º 19966, que regula las garantías en salud, el daño moral se determina en virtud de la gravedad del perjuicio y la modificación de las condiciones de existencia del afectado, en atención a su edad y condición física¹⁴. Aquello se ve fortalecido vía reglamentaria cuando se establecen montos máximos a pagar según el daño sufrido por la víctima¹⁵. En estos términos, la fijación de montos

¹² Véase BARROS (2020), p. 526. Para Barros, siguiendo el razonamiento de Chapus en Francia, no existen normas especiales ni razones jurídicas suficientes para hacer distinciones sustantivas entre la reparación civil y la administrativa.

¹³ FERRADA (2020), p. 399.

¹⁴ El artículo 41 de la ley n.º 19966 señala que: “La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas”.

¹⁵ Con ello se hace referencia a la resolución n.º 142 exenta, que fija los montos máximos a pagar por los prestadores institucionales públicos en virtud del procedimiento de mediación establecido por la ley n.º 19966.

aproximados es considerada como un criterio de razonabilidad para determinar los parámetros aceptables de una indemnización, constituyendo un límite a las indemnizaciones excesivamente onerosas en contra del Estado¹⁶. Por esa razón, el resarcimiento cumple una función reparatoria cuando, por ejemplo, la madre sufre la pérdida de su hijo en gestación debido a la atención médica negligente prestada por el hospital público.

Por su parte, la vinculación entre la culpa civil y la falta de servicio se encuentra establecida en razón de la regla de responsabilidad del artículo 2314 del *Código Civil*. Como se indicó antes, esta regla establece que *una persona es obligada a indemnizar cuando haya inferido daño a otra*. En el derecho administrativo, esta regla se traduce en que *el Estado es responsable de los daños causados por falta de servicio*. La aplicación en uno y otro ámbito responde a un patrón común: el causante de un perjuicio injustificado debe responder mediante su indemnización. No obstante, surgen algunos matices sobre el estatus jurídico del causante del daño que es menester precisar para completar la explicación.

Si bien la dogmática y la jurisprudencia administrativista chilena durante estos últimos años han asimilado la culpa civil y la falta de servicio, no es lo mismo determinar la negligencia de un particular y la falta de servicio de un órgano estatal. Los niveles de intervención son diferentes por el mandato jurídico que rige en uno y otro caso. Por un lado, la culpa en la responsabilidad extracontractual está determinada por aquellas actuaciones que no alcanzan el umbral del cuidado razonable, es decir, aquellas conductas que no respetan o transgreden ciertos estándares de diligencia dispuestos por el derecho civil¹⁷. Por otro lado, la falta de servicio está fijada por una obligación legal y el cumplimiento del interés público. La negligencia se produce cuando el servicio público no cumple con el deber legal impuesto y/o cuando se ejecutan conductas contrarias a la finalidad perseguida. En el primero, lo relevante es que no se modifique de manera indebida la relación de igualdad de las partes en la interacción. En tanto, en el segundo lo relevante es que la desigualdad originada legítimamente en la ley no se agudice producto de las potestades y obligaciones impuestas a la Administración.

Por último, en ambos planos el nexo causal se conjuga de una manera similar: el daño sufrido por la víctima debe haber sido producido por una actuación negligente del demandado. Según esta comprensión, en el derecho civil la causalidad estaría dada en razón de la vinculación entre la

¹⁶ Véase FERRADA (2020), p. 400.

¹⁷ Con esto se hace referencia a que la diligencia debida depende del cumplimiento de estándares de diligencia generales y particulares. Un análisis detallado sobre estándares de diligencia civil y razonabilidad, véase en PAPAYANNIS (2020), pp. 9-38.

culpa del demandado y el daño sufrido por el demandante. Lo relevante en todo esto es resolver la pregunta sobre cómo ocurrieron los hechos y si ellos poseen una conexión fáctica. Siguiendo a Papayannis, podría decirse que incluso en un caso sencillo nos preguntamos no tan sólo si la acción del agente fue, en las circunstancias que tuvo lugar, condición necesaria para la producción del daño, sino que también sería necesario resolver la conexión entre la acción u omisión del demandado y su resultado en la víctima¹⁸.

En el derecho público lo importante es constatar la relación entre la falta de servicio del órgano de la Administración y el daño sufrido por el administrado. Sobre este punto, Barros sostiene que la causalidad está determinada por el análisis de la falta de servicio desde la finalidad que la norma impone a cada repartición pública, y si esa finalidad está destinada a evitar el daño producido al administrado¹⁹. En estos términos, si una norma cualquiera impone a un servicio público la obligación de prestar un conjunto de atenciones sanitarias para resguardar la salud de la población, entonces cualquier conducta dañosa que se aleje de dicha obligación podría ser atribuible a la Administración. En este ámbito, el análisis del nexo causal requiere de la constatación entre una actuación administrativa negligente, en razón de que no persigue la finalidad legal impuesta, y un daño ilegítimo que la víctima no tiene la obligación jurídica de soportar.

Ubicadas las diferencias y similitudes entre ambos sistemas de responsabilidad, queda preguntarse si ello es suficiente para reducir los problemas de aplicación que presenta la responsabilidad del Estado por falta de servicio. En principio pareciera ser que no. Hasta ahora, los esfuerzos de los administrativistas se han centrado en trabajar sobre las similitudes y diferencias entre la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad del Estado por falta de servicio. Sin embargo, este trasplante de reglas y principios reclama colmar un vacío: hacen falta razones que justifiquen la aplicación del derecho de daños en las hipótesis de responsabilidad por falta de servicio. Se encuentra patente la ausencia de una explicación exhaustiva que permita dilucidar las razones para usar conceptos y categorías desde el derecho de daños a la responsabilidad estatal. Precisamente, este es el punto de partida de la presente investigación.

II. LA TIE EN EL PENSAMIENTO DE PETER CANE

La formulación teórica que desarrolla Cane intenta justificar la utilización de reglas y principios provenientes del derecho de daños en la responsa-

bilidad pública. Como se dijo antes, el argumento que sostiene el autor señala que para explicar el funcionamiento del derecho de daños entre los agentes privados y los agentes públicos se necesita un marco teórico diferente de aquel usado para explicar la aplicación del derecho de daños en las relaciones de igualdad jurídica. Para lograr aquello, analiza la estructura normativa, las características y los objetivos de las relaciones de desigualdad jurídica que se originan en las hipótesis de responsabilidad del Estado.

1. Estructura normativa

Para Cane, las RDJ tienen un origen funcional. En palabras sencillas, esto quiere decir que las funciones públicas desempeñadas, ya sea por un organismo gubernamental o no, van a determinar la interacción en este ámbito. La justificación de este argumento radica en lo que Cane entiende por función pública, esto es, aquella se realiza en beneficio de los intereses públicos, en lugar de satisfacer los propios del funcionario o de cualquier individuo o grupo de personas dentro de la sociedad²⁰. Por lo tanto, el autor se aparta de la clásica separación normativa que existe entre funcionarios o agentes públicos, que actúan en nombre del Gobierno, y agentes privados, que buscan satisfacer el interés propio.

Esta manera alternativa de mirar las relaciones entre Estado y ciudadanos permite incorporar a los organismos no gubernamentales que ejercen funciones públicas, y, a su vez, descartar a los organismos gubernamentales que ejercen funciones privadas. La razón para sostener que los organismos no gubernamentales son parte de una RDJ es porque pueden ejercer funciones públicas sin la necesidad de anteponer la fuerza estatal sobre los ciudadanos, mientras que los organismos gubernamentales dejan de ser parte de una RDJ porque pueden desempeñarse en un ámbito privado. En este último supuesto, el autor incorpora dos ejemplos: la suscripción de contratos y la función privada que ejerce un conductor que maneja desde un lugar a otro²¹.

En resumen, el objetivo de Cane es mostrar que la estructura normativa de las RDJ está compuesta por entidades gubernamentales y no gubernamentales que desempeñan funciones públicas mediante agentes públicos, y entidades privadas que persiguen sus propios proyectos mediante agentes privados²².

¹⁸ Véase PAPAYANNIS (2014), pp. 77-78.

¹⁹ Véase BARROS (2020), p. 527.

²⁰ Véase CANE (2014), p. 151.

²¹ En este cabe destacar la acotación que realiza Cane, cuando indica que en el *common law* no existe una distinción tajante entre el poder de contratación de los privados y el poder de contratación ejercido por las entidades estatales. Véase CANE (2014), p. 152.

²² Véase CANE (2014), p. 153.

2. Componentes

Uno de los aspectos que atrae la atención de los administrativistas es que desde las teorías no instrumentalistas no se descarta la aplicación del derecho de daños en las RDJ. Weinrib²³, Stevens²⁴ y Beever²⁵ piensan que el derecho de daños se entiende de mejor manera desde sus características jurídicas en lugar de sus funciones u objetivos. Esta perspectiva permite que exista un acuerdo, más bien implícito, para analizar la igualdad como un componente que genera equilibrios en las RDJ.

A partir de los flancos desarrollados por los teóricos no instrumentalistas, Cane comienza a demarcar el campo del derecho de daños y a teorizar sobre las RDJ. Así, Cane se pregunta por el modelo de justicia que debería utilizarse para comprender correctamente el régimen de responsabilidad civil extracontractual. Inicialmente, expone la postura de Weinrib que supone una posición totalmente apegada a un modelo de justicia correctiva, donde la noción de correlatividad expresa el derecho que posee una de las partes *versus* el deber que tiene la otra. Cane entiende que Weinrib adhiere a un internalismo que desestima las consideraciones distributivas, puesto que requieren de una elección política que afecta los intereses de los miembros de una comunidad, cuestión que no es propia de las relaciones entre privados²⁶. La férrea defensa que hace Weinrib por dar fisonomía propia al derecho privado desde una plataforma propia, sin recurrir a fundamentos externos, hace que toda cuestión distributiva quede fuera de su análisis formal²⁷.

Por el contrario, Cane identifica en las posturas de Wilberg y du Bois una apertura a las consideraciones distributivas en las relaciones de igualdad que se originan en el ámbito privado y, cuya consecuencia, lleva a contemplarlas en las RDJ. En ambas posiciones, destaca que los autores compatibilizan la incorporación de aspectos correctivos y distributivos tanto en la responsabilidad civil como en la responsabilidad estatal, aunque existe una diferencia en el camino adoptado para lograr dicho resultado. Wilberg estipula la posibilidad de incorporar en el terreno del derecho de daños las obligaciones estatales mediante la producción de normas²⁸, mientras que la perspectiva de du Bois no sostiene problemas para que

²³ Véase WEINRIB (2017).

²⁴ Véase STEVENS (2007).

²⁵ Véase BEEVER (2007).

²⁶ Véase CANE (2014), p. 155.

²⁷ Cabe recordar que la tesis que defiende Weinrib es que “el derecho privado solo puede ser captado desde dentro y no como la manifestación jurídica de un conjunto de objetivos extrínsecos”. WEINRIB (2017), p. 39.

²⁸ Véase CANE (2014), p. 156.

los tribunales decidan las controversias en términos distributivos, es decir, que resuelvan casos teniendo en cuenta el interés público que debe perseguir un funcionario²⁹.

Sobre esta base, Cane comienza a teorizar y propone una fórmula para integrar las RDJ en el derecho de daños. Este planteamiento confecciona un componente generador de equilibrio entre partes jurídicamente desiguales, a partir de la asimilación del principio de igualdad y el principio de proporcionalidad. Esta teoría, estima que en términos formales o estructurales la sociedad se organiza en relaciones bilaterales entre agentes jurídicamente iguales y, en términos sustanciales, refleja una igualdad entre agentes al lograr un equilibrio en la libertad de cada uno para perseguir sus propios proyectos y propósitos. En atención a la demarcación del derecho de daños, Cane se suma a la idea de que el derecho de daños se puede aplicar a las relaciones de desigualdad jurídica con la misma estructura bilateral y correlativa que cuando se aplica a las relaciones de igualdad jurídica. Por lo tanto, es posible aplicarlo en las relaciones que se producen entre agentes públicos y privados, tanto en la estructura como en la sustancia³⁰.

En este punto, Cane intenta dar una respuesta recurriendo al análisis que hacen Weinrib y Weinrib sobre el impacto horizontal de los derechos humanos en el derecho de daños³¹. En su análisis, ellos distinguen el rol que cumplen los derechos humanos en la regulación jurídica de las relaciones de desigualdad (entre ciudadanos y gobierno) y en las relaciones de igualdad (en el derecho privado). En estos dos casos, el componente diferenciador es la proporcionalidad, pues mientras que en el primero (aplicación directa) expresa un equilibrio entre el derecho protegido y el interés público, en el segundo (aplicación indirecta) entrega un equilibrio de intereses entre dos iguales jurídicos.

El último caso le interesa a Cane, puesto que en principio existe una posición simétrica entre ambas partes que buscan satisfacer sus propios intereses o proyectos. Sin embargo, cuando el interés protegido es un derecho humano la balanza se inclina por aquel agente que alega su protección (por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación), respecto de quien reclama tutela de un interés que podría considerarse marginal (por ejemplo, el deseo de prender fuego para cocinar una carne asada). El elemento que genera la desigualdad entre las partes en disputa es el derecho humano invocado por una de ellas, ya que

²⁹ Véase CANE (2014), p. 157.

³⁰ Véase CANE (2014), p. 161.

³¹ Véase CANE (2014), p. 161 argumenta su posición citando a WEINRIB y WEINRIB (2001), p. 58.

“la presencia de un valor constitucional da mayor peso al interés de una parte que el que tendría en su ausencia, podríamos decir plausiblemente que el valor constitucional introduce un elemento de inequidad en la relación entre las partes”³².

Desde esta perspectiva, una relación de igualdad entre dos agentes particulares puede transformarse en una RDJ en el ámbito privado. Para Cane este análisis es clave, porque se entrelaza el principio de igualdad del derecho de daños con la versión del principio de proporcionalidad del derecho privado de Weinrib y Weinrib, lo que fortalece la capacidad del derecho de daños para entregar soluciones a las RDJ que se originan tanto en un ámbito privado como en un ámbito público³³. De esta forma, si el derecho de daños es capaz de equilibrar los intereses de una RDJ originada entre privados, también lo podría hacer en una RDJ surgida entre el Estado y los ciudadanos.

3. Propósitos

El último aspecto que Cane analiza se relaciona con la aproximación instrumental adoptada en la TIE. En la identificación de problemas, observa la dificultad de trasladar las instituciones de compensación privada al ámbito de la Administración. En particular, destaca que la responsabilidad civil extracontractual posea diferentes herramientas para promover sus fines particulares, cuyas características:

- 1) crean o reconocen derechos e imponen deberes;
- 2) operan de manera bilateral;
- 3) son exigibles en contra de extraños; y,
- 4) compensan el daño causado al reclamante, entregando beneficios económicos a la víctima o reivindicando sus derechos.

Para el autor, todas esas características no son distintas cuando la litigación involucra a un ente estatal y, perfectamente, pueden promover una finalidad que enmiende las pérdidas sufridas de forma injusta por un particular³⁴.

El camino que Cane propone es la convergencia de los objetivos del derecho administrativo y los del derecho de daños como herramientas funcionales en la responsabilidad extracontractual del Estado³⁵. Según

³² CANE (2014), p. 162.

³³ CANE (2014), p. 162.

³⁴ Véase CANE (2014), pp. 158-159.

³⁵ Sin perjuicio de ello, Cane identifica los problemas que Cohen advierte si se toma este camino. Por un lado, estima que la ley de responsabilidad civil está destinada para disuadir a agentes privados, y, por lo tanto, no es útil para los agentes del Estado quienes verían frustrada la labor de perseguir el interés público; mientras que, por otro lado,

esta aproximación instrumentalista, habría que analizar las herramientas de ambas parcelas para determinar una finalidad o propósito específico de la responsabilidad estatal. Con frecuencia se sostiene que los objetivos del derecho de daños son la compensación, la disuasión, la distribución de pérdidas y la igualdad horizontal. En cambio, una de las finalidades en el derecho administrativo es la rendición de cuentas (*accountability*), que se concibe como un remedio no compensatorio. Esta última es importante en el derecho administrativo, porque permite justificar y legitimar el poder público, cuyo ejercicio en una democracia liberal se encuentra bajo el control de las personas individuales o grupos de personas³⁶.

Si bien el derecho administrativo proporciona una serie de herramientas para ejercer este control, Cane sugiere una teoría que destaque la contribución que el derecho de daños puede hacer para legitimar el poder coercitivo del Estado³⁷. El aporte conceptual en esta materia es mutuo en las RDJ. Por un lado, el derecho de daños puede entenderse como una herramienta para ejercer control sobre las actuaciones estatales, asegurando los derechos que éste necesita para perseguir el interés público y restringiendo el abuso de poder en detrimento de los ciudadanos. En este sentido, entiende que el régimen de responsabilidad civil provee herramientas útiles para responsabilizar a los agentes públicos en el ejercicio del poder público³⁸, por lo que la compensación opera como reacción a la producción de un daño en el incumplimiento de deberes públicos. Por otro lado, el derecho administrativo, mediante la responsabilidad basada en la rendición de cuentas, protege y reconoce derechos que los particulares tienen contra los agentes públicos, que el derecho de daños no reconoce en las relaciones entre privados³⁹. En razón de ello, refuerza la posición del particular, quien se encuentra en una situación jurídica desigual frente al agente público.

En términos instrumentalistas, una comprensión extendida del derecho de daños para las RDJ es posible mediante una teoría de la responsabilidad civil de los agentes públicos basada en la rendición de cuentas. Esto asegura que el Estado utilice las vías idóneas para perseguir el interés público y,

la misma ley no contempla criterios de atribución de responsabilidad claros para las infracciones cometidas por agentes públicos, por lo que dejaría sin compensación a las víctimas en algunas situaciones que deberían ser resarcidas. Véase CANE (2014), pp. 159-160.

³⁶ Véase CANE (2014), p. 164.

³⁷ Esta posición encuentra su origen en *Administrative Law*, donde Cane plantea argumentos preliminares que subrayan la importancia de incorporar los remedios monetarios del derecho privado en el ámbito del derecho administrativo. Véase CANE (2011), pp. 299-315.

³⁸ Véase CANE (2014), p. 164.

³⁹ Véase CANE (2014), p. 166.

a su vez, restringe el abuso de poder que ejerce de manera ilegítima en detrimento de los ciudadanos. Para Cane, la ventaja de esta convergencia conceptual se traduce en que

“toma en serio la distinción entre las relaciones de igualdad jurídica y las relaciones de desigualdad jurídica; y que puede adoptar fácilmente regímenes de responsabilidad tanto de derecho público como de derecho privado”⁴⁰.

III. ESTRUCTURA NORMATIVA

EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La correlatividad es una idea central para determinar la estructura normativa de las interacciones involuntarias. Desde la filosofía del derecho privado, Weinrib acuña un concepto de ésta bajo un modelo de justicia correctiva, que requiere ser justificado mediante consideraciones unificadoras, bilaterales e igualitarias en términos transaccionales. La unidad se verá reflejada si la misma norma se refiere a la ganancia y la pérdida; la bilateralidad es tal en la medida que la ganancia de una parte, es la pérdida de otra; y, la igualdad transaccional procederá si la norma no otorga posición preferente a ninguna de las partes en la interacción⁴¹.

Cada una de estas condiciones pueden ser utilizadas en la responsabilidad extracontractual de manera tal que la pérdida y la ganancia de esta interacción se traduzca, en términos kantianos, como una cuestión de derechos y deberes. Para Weinrib, esto se traduce en que

“[l]a exigencia de que la acción de un individuo sea consistente con la libertad de otro significa que todo agente está obligado a no violar los derechos de los demás”⁴².

De esta manera, la posición kantiana vincula a las partes en la interacción mediante el derecho de quien sufre el injusto y el deber de quien lo causa.

Esta idea de correlatividad se encuentra inserta en la TIE. Sin embargo, presenta dos inconsistencias. La primera se relaciona con el elenco que participa de las interacciones públicas, ya que incorpora a entidades no gubernamentales como a agentes públicos. La segunda se vincula con la distinción entre causante y responsable del daño.

⁴⁰ CANE (2014), p. 167.

⁴¹ Véase WEINRIB (2017), p. 151.

⁴² Véase WEINRIB (2017), pp. 153-154.

1. Los participantes en la responsabilidad pública

En la actualidad, el enfoque funcional predomina en las aproximaciones teóricas para imputar responsabilidad al Estado. En las distintas tradiciones jurídicas podemos ver este fenómeno. En la continental, la teoría del órgano presenta una serie de limitaciones que dificultan la correcta aplicación de la responsabilidad estatal. Sólo la vinculación entre la teoría del órgano y las reglas de responsabilidad pública da como resultado la concepción clásica de esta teoría, la cual se traduce en que el Estado es responsable de los daños causados por el funcionario porque este último actúa como una extensión del órgano estatal⁴³. Esta idea no es más que la incorporación de herramientas operativas a la teoría del órgano, ya que desde el funcionamiento de la Administración se demarca con claridad el régimen de responsabilidad que debe ser aplicado en un caso particular⁴⁴.

En la anglosajona, la aproximación funcional también se encuentra presente en la responsabilidad pública. Para Endicott, ésta se sostiene sobre cuatro principios básicos:

- 1) las autoridades administrativas son responsables de los daños causados por sí mismos (o principio de jerarquía);
- 2) las autoridades administrativas no gozan de inmunidad por los daños provocados a terceros;
- 3) las actuaciones ilegales no son en sí mismas un daño, más bien debe existir una razón jurídica para que la víctima sea compensada; y,
- 4) no hay daño cuando los tribunales tienen que juzgar cuestiones injustificables para sostener la responsabilidad de la autoridad pública⁴⁵.

Los dos primeros indican que los participantes son, por un lado, las autoridades administrativas, y, por otro lado, los ciudadanos o víctimas de los daños causados por los organismos gubernamentales. Los dos últimos muestran que las conductas de las autoridades son el punto central para fijar la responsabilidad pública.

Este enfoque funcional es sostenido por Cane desde *Responsibility in law and morality*. Sin embargo, el punto innovador que ofrece es que incorpora tanto a entidades gubernamentales como a aquellas que no lo son

⁴³ Si bien la teoría del órgano ha sido objeto de una serie de matices, en este trabajo se considera que logra su mayor poder explicativo en la última edición de la obra de HAUROU (2002).

⁴⁴ En Chile, Valdivia descarta que la teoría del órgano se encuentre expresada en ley de bases de la administración chilena, aludiendo a la interpretación errónea que realiza CALDERA (1979) cuando ubica e intenta explicar la operatividad de esta teoría en el derecho administrativo chileno. Véase la crítica en VALDIVIA (2006), pp. 133-159.

⁴⁵ Véase ENDICOTT (2018), pp. 532-533.

para establecer el ámbito de la responsabilidad pública. En esta versión, la propuesta del autor indica que la incorporación debe ser entendida en un sentido más bien reducido, esto es, que los organismos no gubernamentales deben ser vistos como delegados del Estado siempre que estos ejerzan una función pública⁴⁶. Si bien la función pública es un punto central en la idea que enarbola Cane para delimitar la frontera entre agentes públicos y privados, aquella postura pierde fuerza cuando no tan sólo incorpora de manera laxa a entidades no gubernamentales, sino que también cuando aparta actividades estatales que considera parte del ámbito privado. El problema se agudiza cuando refuerza su argumentación con ejemplos que diluyen el contorno dispuesto para distinguir entre uno y otro ámbito.

La primera dificultad que es posible identificar se relaciona con la incorporación de organismos no gubernamentales que ejercen funciones públicas. Cane no distingue las singularidades que estos presentan. Si el criterio para definir a los agentes públicos es la función pública que desempeñan, entonces se abre la puerta para que entidades con forma jurídica de derecho privado (por ejemplo: sociedades, universidades, empresas concesionarias de servicios públicos u otros semejantes) puedan entenderse como ocupantes de una posición pública.

Un ejemplo de lo antes señalado sería la conformación de universidades privadas, cuya misión sea servir a la sociedad entregando una formación profesional integral a sus estudiantes. Si tomamos las características generales de un organismo no gubernamental⁴⁷, podríamos conformar una corporación con giro educacional sin fines de lucro y que tenga vocación pública. Esta lógica nos lleva a pensar que una universidad privada es asimilable a un agente público, quien debería responder ante eventuales daños causados en contra de un estudiante por la función pública que desempeña. En estos casos no queda claro qué régimen de responsabilidad se aplica si, por ejemplo, en una obra de construcción dentro de la universidad se desprende material e impacta a un estudiante. Parece contradictorio que el Estado sea responsable de las actuaciones de una entidad que ejerce funciones públicas, pero que no puede controlar. Esto controvierte la necesidad de incorporar organismos no gubernamentales en la responsabilidad pública, cuando en estricto rigor la universidad podría responder civilmente ante el daño causado.

La segunda dificultad se vincula con la idea que intenta demostrar que habría actividades de los órganos gubernamentales que estarían dentro

de la esfera privada. El autor señala que no todo lo ejecutado por estos organismos es asimilable a una función pública. El ejemplo que entrega es la de un conductor que debe manejar un automóvil público de un lado a otro, encuadrando dicha función en un plano privado⁴⁸. Esto parece problemático si el conductor que traslada a una autoridad impacta y daña a un transeúnte que cruza la calle. Según Cane, esta interacción no sería una RDJ, sino que más bien una relación de igualdad cuya solución debiese encontrarse en el derecho de daños. Si esto es así, se originan una serie de contradicciones que desvirtúan la función que deben desempeñar los conductores fiscales.

En este punto, Cane minimiza la función de quienes finalmente operan o ejecutan las actuaciones administrativas. El mayor problema es que el límite de la función pública, desde la perspectiva analizada, no hace más que confundir los ámbitos de aplicación de la responsabilidad pública. En estricto rigor, se espera que dicho funcionario traslade a una autoridad desde un lugar a otro sin mayores contratiempos y que no obtenga beneficios propios utilizando un vehículo financiado con recursos públicos.

Nótese que las inconsistencias identificadas no consideran erróneo el marco de referencia propuesto por Cane. El problema no es la distribución de daños según las funciones públicas desempeñadas, sino que más bien la incorporación confusa de participantes para aplicar las reglas de la responsabilidad pública. Esto se presenta como una dificultad porque no habría un sustento jurídico que respaldase la actuación del agente que pertenece a una entidad no gubernamental. Al detenerse en el principio de jerarquía identificado por Endicott, se tiene que el derecho, a través de leyes y estatutos administrativos, impone a la autoridad administrativa una actuación que debe cumplir. En estos casos, se encuentra legitimada para incidir en los intereses de los ciudadanos, ya que una conducta diferente a la satisfacción del interés público la haría incurrir en daños⁴⁹. Sin embargo, ¿cuál sería la defensa de la entidad no gubernamental si es que se alega una actuación negligente? Este tipo de entidades se rigen por normas de derecho privado, que no le imponen el deber de cumplir una función pública. Por lo tanto, no podrían defenderse de las negligencias acusadas indicando que la norma mandataba o imponía una actuación en el marco de la función pública.

En Chile, el régimen de responsabilidad establece la correlatividad entre el Estado y los privados. Expresamente, el artículo 4º de la ley n.º 18575 señala que el Estado será responsable ante los daños causados por los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones. En estos tér-

⁴⁶ Véase CANE (2011), p. 254.

⁴⁷ Según el artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas se define a la ONG como “una agrupación de ciudadanos voluntarios, sin ánimo de lucro, que se organizan en un nivel local, nacional o internacional para abordar cuestiones de bienestar público”.

⁴⁸ Véase CANE (2014), p. 152.

⁴⁹ Véase ENDICOTT (2018), p. 531.

minos, la bilateralidad supone el enfrentamiento entre el ente estatal y los particulares, mientras que la unidad establece que el Estado es responsable del daño causado. Incluir en el ámbito público a una universidad privada por su compromiso social en la educación origina que, ante cualquier daño causado por ella, sea el Estado quien deba resarcir una actuación que no tuvo la posibilidad de controlar. A su vez, apartar al conductor del ámbito público es darle la oportunidad para que satisfaga intereses propios con un vehículo fiscal o que deba responder civilmente por atropellar a una persona que no pudo evitar cuando trasladaba rápido a una autoridad. El enfoque funcional demarca los contornos de aplicación del régimen de responsabilidad y, de paso, entrega herramientas para comprender la operatividad de la responsabilidad estatal.

2. El causante del daño y el responsable de resarcir

En la responsabilidad del Estado el causante del daño es distinto de quien responde mediante una compensación. Por lo general, el funcionario público es quien causa el daño a un particular y el Estado quien remedia el injusto cometido. Esta lógica se da siempre y cuando el funcionario actúe dentro de sus atribuciones. Sin embargo, la manera de entender esta lógica relacional varía según la tradición jurídica en que opere la acción en contra del poder público. En el *civil law*, la responsabilidad recae por regla general en el Estado, y, eventualmente, éste puede proseguir un juicio civil en contra del funcionario que cometió el daño. Desde ahí proviene la clásica distinción del derecho francés entre la falta de servicio y la falta personal. En el *common law*, recae en el funcionario, quien debe demostrar que actuó dentro de sus atribuciones para que, de manera subsidiaria o vicaria, el Estado se haga responsable de remediar el daño sufrido por la víctima⁵⁰.

En ambos sistemas el funcionario debe responder por el daño causado a la víctima. La diferencia que existe es la posición de quien responde directa y subsidiariamente. Mientras que la responsabilidad pública en el derecho continental se ejerce directamente contra el órgano estatal, en el derecho anglosajón se ejerce indirectamente contra el Estado. En el primero, la lógica es que sea el Estado quien remedie el daño sufrido por la víctima, y quien repita, posteriormente, en contra del funcionario. Para el segundo, la responsabilidad del Estado depende de la comprobación de que el funcionario haya actuado de acuerdo a las funciones públicas encomendadas, por lo tanto, la regla general es que sea el funcionario quien deba enfrentar los juicios en esta materia⁵¹.

Al contrastar estos dos sistemas surge una interrogante, que se relaciona con la razón que justifica que el Estado deba remediar los daños causados por el funcionario público. El derecho continental la responde desde una lógica de inmediatez de la responsabilidad pública. El camino que adopta es la utilización de la teoría del órgano como una herramienta que permite entender que el funcionario es una extensión del órgano estatal. Sin embargo, como se indicó antes, la falencia del argumento de la extensión del órgano es que la teoría que lo sustenta no puede dar cuenta por sí sola de una demarcación funcional entre la aplicación de un régimen público y privado. Este argumento depende de una interpretación que combine tanto la teoría del órgano como las reglas de responsabilidad pública.

Por su parte, el derecho anglosajón responde desde una lógica de comprobación de la responsabilidad pública. La relación entre Estado y funcionario no es una condición suficiente para que la responsabilidad recaiga directamente en el Estado, sino que es necesario que en atención a dicha relación se logre comprobar que el funcionario actuó dentro de sus funciones públicas tal como había sido ordenado. Así, debe acreditarse que el sujeto no actuó fuera de su esfera de atribuciones para imputar responsabilidad pública a la entidad estatal. En Inglaterra, esta lógica relacional es la que mayor adhesión tiene desde la formulación del principio de igualdad de Dicey, quien asimila las actuaciones ejercidas por un agente privado y un agente público⁵².

Desde la otra vereda, Cornford señala que aplicar el principio de igualdad, como lo propone Dicey, no hace más que ocultar la naturaleza pública de los poderes que interactúan con los ciudadanos⁵³. Para Cornford, la respuesta correcta para encuadrar la discusión sobre la inmediatez de la responsabilidad pública es a través de la asunción o suposición de responsabilidad. Esta idea, que debe ser entendida en términos amplios, abarca tanto los principios de reciprocidad y confianza entre quien se somete a la órbita organizacional y quien entrega prestaciones, como el principio de dependencia severa, entendido como la relación explícita que existe entre la Administración y el administrado⁵⁴. Según esta explicación, en las RDJ se puede apreciar un componente que debe ser combatido: el daño que se origina en razón de la profunda subordinación estatal.

La interpretación de Cornford reconoce la desventaja que sufre el particular cuando se enfrenta al Estado. Siguiendo esta manera de solucionar los problemas de inmediatez de responsabilidad, la presente investigación se inclina por una TIE que presuma la responsabilidad del Estado, y no en

⁵⁰ Véase FAIRGRIEVE (2003), p. 25.

⁵¹ Véase FAIRGRIEVE (2003), pp. 23-24.

⁵² Lo explica con detalle CANE (1999), pp. 489-517.

⁵³ Véase CORNFORD (2018), p. 57.

⁵⁴ Véase CORNFORD (2018), pp. 62-67.

el funcionario público. Esta forma de entender las interacciones públicas dota de contenido al artículo 4º de la Ley de Bases, puesto que fundamenta la inmediatez con la dependencia que sufre el administrado cuando se somete a la esfera organizativa de la Administración. Esto significa que la evaluación que hacen los tribunales sobre la diligencia deba contemplar dos grandes aspectos: el enfrentamiento entre posiciones asimétricas y la capacidad para resarcir monetariamente. En los próximos apartados, se revisarán las razones que justifican la aplicación de un criterio igualitario ante las actuaciones administrativas y el resarcimiento monetario ante daños o lesiones de derechos cometidos por la Administración.

IV. EQUILIBRIO ENTRE PARTES JURÍDICAMENTE DESIGUALES

El argumento que presenta Cane desde las teorías no-instrumentalistas refleja dos cosas:

- 1) las RDJ se encuentran presentes en el derecho público y privado;
- y,
- 2) el derecho de daños debería proporcionar herramientas para solucionar las controversias que se originan en ambas situaciones.

64

No obstante, esta aproximación no identifica correctamente el componente para equilibrar las RDJ en el ámbito público. El Estado y los ciudadanos persiguen distintos planos de intereses, por lo tanto, resulta indispensable abordar desde una perspectiva igualitaria la asimetría de posiciones que ambas partes presentan. El punto de partida será la distinción de los modelos de justicia aristotélicos, luego se expone una manera de armonizar los modelos de justicia correctivo y distributivo y, por último, se establecen los fundamentos teóricos que justifican la incorporación de una perspectiva igualitaria en las RDJ.

1. La igualdad en los modelos de justicia aristotélicos

Desde Aristóteles existe una tendencia por vincular el modelo de justicia correctiva con las relaciones entre particulares y el modelo de justicia distributiva con las relaciones entre el sujeto y la sociedad. Esta explicación nos entrega ciertas luces acerca del campo de aplicación de la responsabilidad civil y estatal. De manera simplificada, puede sostenerse que la responsabilidad civil extracontractual es más próxima al primer modelo y la responsabilidad extracontractual del Estado al segundo.

Aristóteles desarrolla el concepto de igualdad a partir de dos modelos de justicia que identifica: la correctiva y la distributiva. En la primera, la igualdad se expresa en términos aritméticos y opera de manera involuntaria cuando

se produce un daño en un sujeto⁵⁵. Según ella, no importan las características personales de las partes involucradas, por esa razón el derecho velaría porque el daño no altere la igualdad que en abstracto presentan las partes⁵⁶. Este modelo vela por el restablecimiento de la igualdad alterada, es decir, que se retorne la ganancia al afectado que injustamente le ha sido despojada por otro. De esta forma, la corrección busca reprochar al dañador, recomponer la posición del afectado y restablecer el equilibrio entre ambas partes.

Esto último, según Aristóteles, se logra mediante la intervención judicial. El rol del juez en estos casos es equilibrar la ganancia y pérdida de los involucrados en un conflicto, lo cual se explica de tal forma que

“cuando uno recibe y el otro da un golpe, o uno mata y otro muere, el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo quitando la ganancia”⁵⁷.

En estos términos, Aristóteles entiende que la ganancia es el golpe que se ha dado y la pérdida es el sufrimiento de quien lo recibe. En esta acción una de las partes se aprovecha de la otra, altera la igualdad entre ambas y el castigo opera como mecanismo de restablecimiento de la igualdad que ha sido lesionada. Según la explicación aristotélica,

65

“[e]l juez reestablece la igualdad, y es como si de una línea dividida en segmentos desiguales quitara del mayor el trozo que excede de la mitad y lo añadiera al segmento menor. Cuando el todo se divide en dos partes, se dice que cada una tiene lo suyo siempre que ambas sean iguales, y lo igual sea el término medio entre lo mayor y lo menor según la proporción aritmética”⁵⁸.

De esta forma, el juez debe determinar un término medio entre la ganancia y la pérdida para corregir la injusticia sufrida por una de las partes⁵⁹.

En el caso de la justicia distributiva, Aristóteles advierte que ésta se justifica mediante proporciones geométricas⁶⁰. Esto quiere decir que lo

⁵⁵ Véase ARISTÓTELES (1985), p. 247.

⁵⁶ En palabras de Aristóteles “[n]o importa, en efecto, que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés, o que un hombre bueno o malo hayan cometido un adulterio: la ley solo mira a la naturaleza del daño y trata ambas partes como iguales, al que comete la injusticia y al perjudicado”. ARISTÓTELES (1985), pp. 247-248.

⁵⁷ ARISTÓTELES (1985), p. 248.

⁵⁸ ARISTÓTELES (1985), p. 249.

⁵⁹ De los ejemplos entregados por Aristóteles se desprende que cuando hace alusión a ganancias y pérdidas se refiere tanto al ámbito civil como al penal.

⁶⁰ Véase ARISTÓTELES (1985), pp. 246-247.

justo será una distribución igualitaria de bienes que debe tener como criterio principal el mérito de aquellos sujetos que participan de una determinada interacción⁶¹. Para Aristóteles esta forma de entender la igualdad representa dos grandes características. La primera es que la igualdad se logra mediante una distribución proporcionada de un conjunto de bienes o recursos entre los participantes y, la segunda, es que el criterio de distribución debe ser capaz de incorporar los motivos y las circunstancias que rodean a los sujetos en una sociedad para determinar la prioridad en la búsqueda de sus respectivos méritos.

Según esta aproximación, la igualdad proporcionada es una manifestación distinta de la igualdad aritmética. En estricto rigor, la justicia distributiva propone que la igualdad entre los miembros de una sociedad refleje los diferentes planes de vida que cada uno persigue. Sobre esta idea, Aristóteles precisa que dependiendo de sus posiciones en la sociedad, los sujetos persiguen sus propios intereses pues

“no todos coinciden en cuanto al mérito mismo, sino que los demócratas lo ponen en la libertad, los oligárquicos en la riqueza o nobleza, y los aristócratas en la virtud”⁶².

66

Así, para determinar la igualdad proporcional es indispensable que el criterio distributivo envuelva “una cualidad interna de capacidad, condición, carácter o logros, o una cualidad externa de circunstancia, sea natural o social”⁶³ que rodeen al individuo. La búsqueda de justicia mediante una igualdad proporcional supone regular la estructura básica de la sociedad, más allá de las interacciones entre particulares.

Visto así, los casos de responsabilidad extracontractual del Estado se resolverían de mejor manera mediante un modelo de justicia distributiva (igualdad proporcionada). En este tipo de interacciones, la desigualdad se encuentra prestablecida y asumida por quienes han pactado obediencia mutua al ordenamiento jurídico, como un antecedente que advierte del poder que ejerce el Estado sobre la ciudadanía. En dicho contexto, los criterios de distribución resultan indispensables para reducir la distancia entre una y otra posición. Sin embargo, ajustar el análisis de las RDJ sólo a consideraciones distributivas mermaría las explicaciones fijadas sobre la estructura normativa en este tipo de relaciones. Dicho esto, resulta necesario buscar un punto de encuentro entre ambos modelos.

⁶¹ Véase ARISTÓTELES (1985), p. 245.

⁶² ARISTÓTELES (1985), p. 246.

⁶³ BENSON (1992), p. 535.

2. La justicia correctiva y la justicia distributiva en la TIE

La comprensión de la responsabilidad civil extracontractual desde un modelo de justicia correctivo y/o distributivo no resulta ser una cuestión pacífica. Las aproximaciones para interpretar esta parcela del derecho privado muestran dos grandes caminos. En la propuesta de Weinrib, el esfuerzo se centra en comprender las interacciones involuntarias de los privados sólo en razón de las consideraciones correctivas que justifican la reparación a un tercero⁶⁴. Las posiciones antagónicas sugieren cuestionarse si un modelo de justicia correctivo que sirve para establecer la estructura de las relaciones jurídicas es suficiente en este ámbito⁶⁵ y/o si es necesario incorporar criterios sustantivos que sean útiles en el plano de la comprensión funcional. Para Papayannis resulta claro que esta parcela del derecho privado debe ser interpretada no tan sólo bajo consideraciones correctivas, sino que también bajo criterios distributivos⁶⁶. Incluso, bajo el prisma del igualitarismo, Keren-Paz aventura una responsabilidad extracontractual que atienda a las posiciones anteriores de las partes involucradas en la interacción para equilibrar las asimetrías de posiciones⁶⁷.

En una aproximación unificadora de la responsabilidad civil extracontractual, Cane intenta compatibilizar la idea de justicia correctiva con su estructura relacional básica y la justicia distributiva con el contenido de las reglas y principios que se encuentran dentro de dicha conformación⁶⁸. Para este autor los modelos son complementarios en el ideario del derecho de daños. Así por lo menos lo considera cuando precisa que la justicia correctiva especifica la estructura del derecho de daños como un sistema de derechos y obligaciones correlativos entre hechos y sufridores de daños, mientras que la justicia distributiva opera dentro de esta estructura especificando en qué consisten estos derechos y obligaciones⁶⁹. Bajo el alero de esta posición, bien podría sostenerse que, por un lado, se consignan las consideraciones correctivas para establecer la estructura normativa en las relaciones privadas, posicionando a las partes con sus derechos y deberes

67

⁶⁴ Véase la propuesta teórica en WEINRIB (2017), pp. 176-199.

⁶⁵ Véase una de las principales críticas a las estructuras exclusivamente correctivas en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual en GARDNER (2011), pp. 1-50.

⁶⁶ Para dilucidar la manera en que la responsabilidad extracontractual implementa conjuntamente las ideas correctivas y distributivas, véase PAPAYANNIS (2014), pp. 271-348.

⁶⁷ Para la comprensión de un enfoque progresivo de la responsabilidad extracontractual, de corte igualitario, que toma en cuenta el efecto distributivo de las reglas para favorecer a los menos privilegiados, véase el marco teórico ofrecido por KEREN-PAZ (2016), pp. 21-41.

⁶⁸ Véase CANE (2001), pp. 414-415.

⁶⁹ Véase CANE (2001), p. 416.

correlativos, mientras que, por otro lado, se incorporan consideraciones distributivas que operarían dentro de esta estructura normativa.

En la responsabilidad extracontractual del Estado esta discusión no es ajena. Para Cornford, el modelo de justicia correctivo se encuentra inserto en la estructura de la responsabilidad pública. La explicación recalca la relación bilateral entre quien causa el daño y quien sufre la pérdida. Por esa razón, el autor estima que si una entidad estatal incurre en una carga ilegítima en contra de un privado, la norma jurídica pública debiese corregir ese daño injustificado mediante una reparación pecuniaria⁷⁰. Aunque la dimensión distributiva no está contemplada en esta comprensión de la responsabilidad pública, más bien es posible encontrar elementos que responden a una lógica relacional según lo que Weinrib plantea para la responsabilidad civil.

Desde la responsabilidad estatal, Cane conforma la TIE sobre la base de consideraciones pensadas en un primer momento para el derecho de daños. La similitud estructural entre ambas parcelas permite que la TIE pueda sostenerse sobre la correlatividad y los aspectos funcionales que recaen sobre ella. De esta manera, la relación entre Estado y ciudadanos puede entenderse en clave de derechos y obligaciones correlativas entre partes que se encuentran en disputa, y, a su vez, en relación con las características que rodean esta interacción mediante reglas y principios que precisan su operatividad.

En un sentido similar, Letelier profundiza el vínculo entre las consideraciones correctivas y distributivas en la esfera de la responsabilidad estatal. El autor sostiene que si bien la justicia correctiva ha sido comúnmente utilizada para justificar los objetivos y funciones de la responsabilidad del Estado, los criterios sustantivos extraídos desde la justicia distributiva juegan un papel primordial para comprender de forma completa este ámbito del derecho administrativo⁷¹. Para el autor es un problema que los tribunales den respuestas jurídicas, o neutrales, a cuestiones que tienen carácter político, ya que la función de los tribunales debiese centrarse en la especificación de los derechos que surgen en las interacciones involuntarias, y no en el simple reconocimiento de derechos⁷². En otras palabras, no basta con tener un acto u omisión estatal contrario a derecho, sino que es necesario que el tribunal evalúe la diligencia de la actuación según ciertos criterios sustantivos.

Letelier expone dos pasos que deben seguir los tribunales para construir correctamente los deberes de cuidado estatales y resolver los casos de responsabilidad pública. Por un lado, sostiene que los tribunales de justicia no sólo están llamados a decidir casos mediante un ejercicio de interpretación restringido, esto es, como meros aplicadores o ejecutores

de la norma jurídica. En el ámbito de la responsabilidad pública, la interpretación judicial debe resolver casos donde se debe especificar, por ejemplo, el alcance del interés público. El ejercicio interpretativo debe encontrar un contenido posible para un concepto indeterminado que la norma jurídica no es capaz de precisar por sí sola⁷³. Por otro lado, Letelier advierte que una manera de completar la construcción de deberes de cuidados es mediante la aplicación de criterios distributivos. Según el autor, en la responsabilidad pública los tribunales debiesen resolver casos utilizando argumentos creados mediante criterios sustantivos. Precisamente, las consideraciones distributivas se perfilan como una fuente argumentativa que da contenido a los conceptos oscuros de una norma. Si uno de los participantes es el Estado, entonces el deber de cuidado o la obligación estatal debiese definirse, mediante un alcance distributivo, según la magnitud de la falta cometida⁷⁴.

Un análisis formal que busca corregir perjuicios no parece suficiente para examinar la diligencia de una actuación administrativa. Por esta razón, la aplicación de criterios sustantivos y particulares como, por ejemplo, aquellos que analizan las circunstancias concretas que rodean las RDJ, resultan imprescindibles para establecer la responsabilidad del Estado. La utilización de criterios distributivos permite que los tribunales evalúen con mayor precisión la obligación que posee el Estado respecto de los administrados. Uno de esos criterios debería ser el criterio igualitario, entendido como un componente que equilibra las posiciones de asimetría que existen en las RDJ.

3. Equilibrio entre partes jurídicamente desiguales

Los intereses entre las partes que interactúan en el ámbito público no tan sólo son distintos, sino que también contrapuestos. Esto hace que las posiciones normativas entre el Estado y los ciudadanos se desarrollen en un plano de asimetría. Mientras los particulares ejercen su libertad para satisfacer sus propios planes de vida, las entidades estatales ejercen su poder político para satisfacer el interés público, incluso, interviniendo de manera legítima en los intereses particulares de la ciudadanía.

Sin embargo, la subordinación estatal no puede ser vista de manera homogénea. Para Fiss, la dominación que sufren ciertos grupos de personas se refleja a través de tres características. La primera, se relaciona con la pertenencia a un grupo social específico; la segunda, con la desventaja sufrida por un período de tiempo prolongado; y, por último, con que el ejercicio

⁷⁰ Véase CORNFORD (2013), pp. 131-132.

⁷¹ Véase LETELIER (2010), p. 11.

⁷² Véase LETELIER (2010), p. 12.

⁷³ Véase LETELIER (2010), p. 13.

⁷⁴ Véase LETELIER (2010), p. 14.

del poder político del grupo se encuentre severamente limitado⁷⁵. Una forma de reflejar la posición desfavorecida en una RDJ es la ubicación social que ocupan las personas en la sociedad, ya sea por su género, raza o etnia, capacidad económica, discapacidad física, sector etario y/o estatus jurídico.

En los términos de Fiss, esto quiere decir que la aplicación del criterio igualitario es variable. El rendimiento depende de quien enfrente al Estado, si un particular aventajado o desaventajado. Respecto del último caso, las decisiones judiciales debiesen aplicar el criterio igualitario para restablecer la desventaja injustificada que un modelo correctivo no logra corregir. El autor llama *proceso de asimilación* a la protección de derechos e intereses que ayuda a que desaparezca la desventaja del grupo o, en su defecto, mejore las capacidades políticas, sociales y/o económicas de sus miembros⁷⁶.

Desde Rawls se suele sostener que en estos casos los bienes sociales primarios han sido distribuidos de manera desigual, por lo tanto, resulta necesario incorporar desde el derecho medidas igualitarias que logren equilibrar las relaciones desiguales que surgen en una sociedad⁷⁷. En este escenario, las teorías igualitarias vienen a reivindicar los principios que expresan igual consideración y respeto por todos los ciudadanos. Se trata de aproximaciones que buscan terminar con un desequilibrio involuntario de quien lo sufre y, en razón de ello, intentan restablecer la capacidad para decidir con libertad lo que se desea. Esta manera de enfrentar el problema de la desigualdad supone que habrá casos donde la pérdida, irremediablemente, tendrá que ser asumida por la víctima. No obstante, la frontera que demarca la pérdida indemnizable presenta algunos matices que dependen de la teoría igualitaria adoptada. Las versiones que intentan dar cuenta de esta problemática son dos: el igualitarismo de la suerte⁷⁸ y la igualdad democrática.

⁷⁵ Véase FISS (1999), p. 144.

⁷⁶ Véase FISS (1999), p. 145.

⁷⁷ Véase RAWLS (1995), pp. 69-70. Para el autor, los bienes sociales primarios deben distribuirse de manera semejante en derechos y deberes. Ahora, si en esa distribución se produce una desigualdad que mejora las condiciones de vida de las personas más desfavorecidas, entonces debería permitirse esa medida.

⁷⁸ Esta aproximación presenta matices respecto de los ámbitos desde dónde se defienden. Por un lado, se encuentra la facción que acepta la transferencia de recursos de tal forma que las personas quedan igualadas en su bienestar. Véase ARNESON (1990); COHEN (1995); ROEMER (1994); y, NAGEL (1991). Mientras que, por otro lado, está la facción que promueve que exista responsabilidad por las elecciones personales que permita distinguir entre quienes deben beneficiarse del esquema distributivo y quienes no. Véase DWORKIN (1981a); DWORKIN (1981b); RAKOWSKI (1991); y, VAN PARIJS (1991). De esta forma, estas posiciones intentan resolver cuestiones tales como: la razón que tuvieron los desventajados para estar en esa posición y los mecanismos que se deben utilizar para la redistribución de recursos. Esta posición se cobija en una interpretación *rawlsiana* para asumir dos aspectos centrales: 1) que debe compensarse a los individuos por la mala suerte inmerecida; y, 2) que la compensación debe ser transferida desde quienes han obtenido bienes inmerecidamente. Véase RAWLS (1995), pp. 103-110.

Esta investigación se inclina por la teoría de la igualdad democrática desarrollada por Anderson para definir el criterio igualitario en las RDJ. Para la autora, la finalidad principal de la igualdad debiese ser asegurar la libertad de todas las personas y acabar con la opresión social⁷⁹. Esta pretensión muestra, en términos positivos, que la igualdad se debe reflejar en las relaciones entre personas con las mismas capacidades, y, en términos negativos, que se busca abolir cualquier tipo de vínculo que presente rasgos de dominación, explotación y/o marginalización⁸⁰. La relación entre individuos superiores e inferiores es una de las características de la opresión social, más aún cuando se expresa en marginalización, jerarquía de estatus, dominación, explotación e imperialismo cultural⁸¹. En estos términos, la distancia que marca la igualdad democrática es que no se presenta como una teoría moralizante que evalúa aspectos subjetivos, sino que más bien como una teoría que busca igualar las capacidades jurídicas entre los miembros de la sociedad⁸².

En razón de ello, los elementos que destaca Anderson para conformar un concepto de igualdad democrática son:

- 1) la garantía de condiciones mínimas para desempeñarse como un ciudadano libre en una comunidad política;
- 2) el posicionamiento de una teoría relacional, en donde las capacidades de los miembros de la sociedad son su preocupación principal para concebir una relación entre personas que se exigen cosas recíprocamente; y,
- 3) la distribución de bienes de acuerdo a principios y procesos que expresan respeto por todos⁸³.

Esta conceptualización abre dos grandes preguntas. La primera indica ¿qué es aquello que se debe igualar? En esto, Anderson adhiere a la postura de Sen, quien sostiene que una teoría igualitaria debe perseguir la igualdad para todos en el ámbito de las capacidades. Una persona goza de una mayor libertad mientras mayor sea el rango de oportunidades que efec-

⁷⁹ Véase ANDERSON (1999), p. 312.

⁸⁰ Véase ANDERSON (1999), p. 312.

⁸¹ En estos términos, véanse las manifestaciones de la opresión social que devela YOUNG (1990).

⁸² En este punto, Anderson critica el camino que utiliza el igualitarismo de la suerte para enfrentar el problema de la desigualdad. Las dificultades que identifica se relacionan con los aspectos moralizantes que esboza esta interpretación de la igualdad. Por ejemplo, dictando a las personas cómo usar sus oportunidades y evaluando el nivel de responsabilidad de las personas en aquellas elecciones que llevan a resultados negativos. Véase ANDERSON (1999), pp. 308-311. Esto se agudiza cuando el foco de atención se centra en redistribuir bienes desde personas superiores a otras catalogadas como estúpidas, poco talentosas, amargadas y/o feas. Véase NAGEL (1979), pp. 91-105.

⁸³ Véase ANDERSON (1999), p. 313.

tivamente posee para conformar su plan de vida de la manera que mejor estime. La idea de capacidad permite que las personas se encuentren en un plano de igualdad para perseguir libremente sus intereses particulares⁸⁴.

La segunda pregunta señala ¿cuáles serían las capacidades que la sociedad debiese igualar? La autora identifica tres aspectos que garantiza la igualdad democrática respecto de la estructura de las capacidades:

- 1) acceso efectivo a niveles de funcionamiento;
- 2) acceso a niveles de funcionalidad suficientes para el posicionamiento igualitario dentro de la sociedad; y,
- 3) acceso efectivo a un conjunto de capacidades suficientes durante el transcurso de una vida.

En cuanto al primero de ellos, Anderson señala que el acceso a un nivel de funcionalidad significa que los individuos pueden alcanzarlo al desplegar medios que ya se encuentran a su disposición⁸⁵. En este plano, la igualdad democrática articula un sistema de incentivos que propone la posibilidad de acceder a bienes, siempre que la persona desee hacerlo. Por ejemplo, nada impide que una persona pueda atenderse en el servicio público de salud, salvo que elija ser parte de una congregación religiosa que desaconseja ciertas intervenciones médicas⁸⁶.

Respecto al segundo aspecto, Anderson asume una posición moderada. La idea de garantizar un conjunto de capacidades suficientes es objeto de una interpretación amplia, y lleva a preguntarse por el alcance que tiene la expresión *capacidades suficientes*. Sin lugar a dudas, es una cuestión debatible, ya que no todas las funcionalidades requieren los mismos niveles de capacidad. Lo cierto es que deben abarcar un mínimo determinado que permita el ejercicio de derechos y desarrollo de las personas en la sociedad en un plano de igualdad sustantivo⁸⁷. En este sentido, un simulacro militar debe contemplar una serie de medidas destinadas para que no exista ningún lesionado; desde el transporte, hasta la utilización de armamento adecuado para no sufrir ningún daño grave en la integridad física de los participantes.

Por último, Anderson precisa que

“la igualdad democrática garantiza acceso efectivo a un paquete de capacidades suficiente para pararse como un igual frente a otros durante el transcurso de una vida”⁸⁸.

⁸⁴ Véase ANDERSON (1999), p. 316, citando a SEN (1992), pp. 39-42.

⁸⁵ ANDERSON (1999), p. 318.

⁸⁶ Sobre la responsabilidad estatal que se originan por transfusión de sangre y alimentación forzada, véase POBLETE (2019), pp. 33-36

⁸⁷ Véase ANDERSON (1999), p. 319.

⁸⁸ ANDERSON (1999), p. 319. Traducción propia.

Este conjunto permite que una persona pueda posicionarse frente a miembros de la sociedad con las mismas herramientas. La particularidad de esta visión, a diferencia del igualitarismo de la suerte, es que la fortuna no juega un rol protagónico, por lo tanto, la mala suerte de haber tomado una decisión con consecuencias negativas no obstruye a aquella persona de la posibilidad de gozar del conjunto de capacidades suficientes a lo largo de su vida. La igualdad democrática garantiza capacidades inalienables que perduran en el tiempo, derechos que se mantienen vigentes y disponibles para ser ejercidos por sus destinatarios⁸⁹. De esta forma, si una persona comete un delito, cualesquiera sean las razones que tuvo para hacerlo, aquello no obsta a que deba ser juzgada con todas las garantías de un debido proceso.

En el ámbito del derecho administrativo, el conjunto de capacidades suficiente depende del sector regulado analizado. La particularidad de los servicios, en su orgánica y funcionamiento, permite identificar, en algunos casos, desigualdades ilegítimas y la necesidad de incorporar dosis igualitarias. Por ejemplo, el sistema de responsabilidad por falta de servicio de la ley n.º 19966 (GES) es parcialmente especial en relación con la Ley de Bases de la Administración. Esta relación de especialidad implica que el juez tiene una carga de argumentación muy precisa: debe integrar los principios de acceso, oportunidad, costo y equidad del sistema sanitario al juicio de imputación de responsabilidad, pues este es el único modo de interpretar e integrar la cláusula falta de servicio de forma coherente con la legislación sanitaria. En este contexto, la perspectiva igualitaria busca garantizar que los particulares tengan acceso permanente y efectivo a un conjunto de medidas sanitarias costosas, propiciando un acceso a la salud y reduciendo el sometimiento a la esfera organizativa de la Administración⁹⁰.

Por su parte, la falta de servicio en contextos carcelarios también responde a una especialidad en razón de la relación jurídica penitenciaria. En este ámbito, la interacción se caracteriza por la confrontación constante entre los derechos de los reclusos y el deber de cuidado estatal. La dificultad que presenta esta fricción es que la intervención estatal está propensa a ser negligente, ya que los privados de libertad están sometidos a fuertes medidas de vigilancia. Esto supone una intervención estatal intrusiva que merma la capacidad de los reclusos para ejercer, por ejemplo, sus derechos en salud, integridad física y privacidad. De esta forma, el paquete de capacidades suficiente debe estar compuesto por medidas que logren

⁸⁹ Véase ANDERSON (1999), p. 320.

⁹⁰ Sobre la falta de servicio en la ley n.º 19966 (GES), véase AGÜERO *et al.* (2020), pp. 171-191. En estos términos, véase A. F. con Servicio de Salud de Talcahuano (2018) y B. U. con Servicio de Salud de la Región del Libertador Bernardo O'Higgins (2017).

armonizar la posición jurídica de los presos y las condiciones materiales de vida en las que se encuentran en las cárceles. Esto se traduce, por un lado, en la vigilancia apropiada por haber incumplido el derecho penal y, por otro lado, en la idea de brindar herramientas para que las capacidades jurídicas de los internos no se vean disminuidas considerablemente⁹¹.

V. LA CONVERGENCIA INSTRUMENTAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO DE DAÑOS

La última dificultad que se puede avizorar es la falta de una explicación para esclarecer el carácter compensatorio de la rendición de cuentas. En este punto no se entregará una respuesta alternativa, sino que se profundizará la estipulación plural esbozada por Cane en su formulación teórica. En lo que sigue, este trabajo centrará su atención en el análisis del carácter enmendador que implícitamente se encuentra inserto en la rendición de cuentas estatal y, a partir de ello, se vincularán conceptualmente los objetivos del derecho administrativo y de daños. Sin perjuicio de ello, antes se fijarán los nuevos paradigmas del derecho público que el mismo Cane desarrolla previamente en su obra *Responsibility in Law and Morality*.

1. Los paradigmas del derecho público: entre derecho civil y derecho penal

Para Cane los propósitos del derecho público se posicionan entre los objetivos del derecho civil, en cuanto a la prevención y reparación del daño, y los objetivos del derecho penal, en especial la disuasión de ciertos tipos de conducta que conforman la configuración de tipos penales⁹². En esta materia, Cane entiende que el derecho público centra su análisis en el desempeño de las funciones públicas que emanan de la Administración y que son ejecutadas por sus autoridades y funcionarios. Para este autor el derecho público se ocupa por un lado de las funciones, estructura, organización y procesos de los funcionarios públicos; y, por otro lado, se centra en la regulación, control y revisión en el ejercicio de las funciones

⁹¹ Sobre los deberes de custodia y resguardo en la actividad penitenciaria, véase POBLETE (2019), p. 25-29. En L. H. con Fisco de Chile (2012), la Corte Suprema responsabilizó al Estado por una negligencia médica sufrida por un recluso. En la argumentación, la Corte destacó que el recluso sufrió la amputación de una pierna por una atención médica tardía, lo cual limitó su fuerza laboral en libertad y comprometió su reinserción social. En un mismo sentido argumentativo, véase M. G. con Gendarmería de Chile (2020).

⁹² Véase CANE (2002), p. 251.

públicas cuando define y aplica las obligaciones que poseen los funcionarios públicos⁹³. Esta dualidad de perspectivas funcionales, nos permite delimitar el campo del derecho público en temas de responsabilidad.

La perspectiva que interesa en este trabajo es la segunda, principalmente, porque ayuda a dilucidar las actuaciones que son objeto de ser resarcidas según las funciones públicas ejercidas. A diferencia de lo que ocurre en el derecho penal y civil, que centran su atención en la disuasión de conductas y el resarcimiento a individuos particulares, el derecho público, mediante el principio de legalidad, evita que instituciones públicas tomen decisiones fuera del interés público perseguido. Esta diferencia es relevante porque demuestra que en este régimen la responsabilidad es estricta y, por consiguiente, la culpa posee rasgos diferentes en esta parcela. Este elemento en el derecho penal es determinante a la hora de fijar si, por ejemplo, una actuación reviste un delito de hurto o robo; en el caso del derecho civil por regla general la culpa también juega un rol central para determinar ilícitos civiles, como son los casos de daños o perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales.

En este punto, lo central es destacar el campo en el que se posiciona el derecho público, en particular el derecho administrativo, respecto del derecho civil y el derecho penal. La reubicación de los paradigmas del derecho público permite fijar un punto de referencia para la vinculación instrumental que se pretende desarrollar, entre el objetivo reparador o compensatorio del derecho de daños y el objetivo explicativo que propone el derecho público mediante la rendición de cuentas. En lo que sigue se ofrece una explicación que logre dar contenido al aspecto enmendador de la rendición de cuentas y, con ello, satisfacer la vinculación conceptual de ambos objetivos.

2. Deberes derivados de la responsabilidad por rendición de cuentas (accountability)

La rendición de cuentas tiene un alcance sobre todas las actividades públicas. El ámbito de aplicación es amplio y comprende todas las actuaciones que derivan de la función pública, dentro de ellas las actuaciones administrativas⁹⁴. En esta materia, Oliver entiende que la rendición de cuentas en el ámbito público es

“estar obligado a dar cuentas o explicaciones de las acciones y, cuando corresponda, a sufrir las consecuencias, asumir la culpa o

⁹³ Véase CANE (2002), p. 252.

⁹⁴ Los diferentes ejemplos de *accountability*, véanse en ENDICOTT (2018), p. 589.

el compromiso de restablecer los derechos si pareciera que se han cometido errores”⁹⁵.

Esta conceptualización entrega una aproximación adecuada para abordar el análisis de la rendición de cuentas en relación con los deberes contenidos en las actuaciones estatales. El estudio de Oliver desarrolla los deberes involucrados en esta materia, pero no diferencia entre una y otra obligación. Es por esa razón que puede distinguirse entre *deberes de aclaración*, como aquellas obligaciones que tiene el Estado de explicar y justificar sus actuaciones ante la ciudadanía, y *deberes de enmienda*, que son las obligaciones de restablecer jurídicamente a quien, por alguna actuación estatal, ha sufrido lesiones en sus derechos o daños en los intereses perseguidos.

En cuanto a los deberes de aclaración, Oliver considera que

“la rendición de cuentas implica, en este contexto, un deber legal, político, social o moral por parte de un agente público de explicar y justificar su acción o inacción ante particulares que exigen explicaciones de acuerdo con los estándares establecidos o asociados con su posición de ciudadanos”⁹⁶.

76

Dicho esto, la rendición de cuentas puede ser contemplada de dos maneras distintas dependiendo de la posición en la que se encuentren los involucrados. Por un lado, el deber que tiene el agente público de actuar de acuerdo con el interés público y, por otro lado, el derecho que tiene el ciudadano de exigir actuaciones que no involucren el interés particular de quien ejerce una función pública.

En palabras de Oliver, la actuación estatal debe estar revestida de altruismo a la hora de ejercer las funciones que el cargo público exige, lo cual es inverso a la idea de satisfacción de los intereses personales por medio de aprovechamiento de recursos públicos⁹⁷. Un Estado de derecho liberal debe contemplar dos grandes pilares que garanticen que el deber de aclaración no sea incumplido de manera arbitraria por quien ejerce a autoridad: el interés y la función públicos. Precisamente, el interés público es la finalidad que debe ser alcanzada por medio de la función pública, cuyo estándar de diligencia se asocia con las actuaciones de los funcionarios públicos o autoridades según las atribuciones normativas derivadas del cargo que ejerce⁹⁸.

⁹⁵ OLIVER (1991), p. 22. Traducción propia.

⁹⁶ OLIVER (2013), p. 289. Traducción propia.

⁹⁷ Véase OLIVER (2013), p. 289.

⁹⁸ En los mismos términos, véase PONCE (2019), p. 25.

En cuanto a su ámbito de aplicación, Oliver considera que la rendición de cuentas se aplica a autoridades, sean de elección popular o no, funcionarios y otros agentes que ejercen funciones públicas⁹⁹. En este orden de cosas, los obligados no tan sólo son aquellos quienes deben su posición por una elección directa de los ciudadanos, sino que también se obliga a todos los agentes designados o contratados que prestan un servicio público. En un primer nivel, las obligaciones que surgen de la rendición de cuentas consideran que el aparataje público se controle por sí mismo. El principio de pesos y contrapesos demuestra que si existe una actuación injustificada del poder ejecutivo, eventualmente, sea el poder legislativo o el judicial quien ejerza un control sobre dicha actuación. En un segundo nivel, las obligaciones que emanan del aparato público son controladas por los ciudadanos para no sufrir lesiones por actuaciones injustificadas del Estado.

Desde la concepción que el mismo Oliver entrega de rendición de cuentas se pueden extraer e interpretar los deberes de enmienda. En una primera acepción, enmendar se refiere a la acción de arreglar o quitar un defecto. En general, se puede entender que el Estado se encuentra obligado a arreglar un mal que produjo con su actuación y debe revertir la lesión de derechos producida. En una segunda acepción, la palabra hace alusión a resarcir o subsanar daños, típica del derecho de daños. Desde la responsabilidad extracontractual del Estado esta interpretación resulta relevante, puesto que Oliver entrega una noción de rendición de cuentas que contiene un elemento enmendador que se puede interpretar según esta segunda acepción. De esta forma, el Estado que produce un mal en un ciudadano o particular debe revertir la situación de afectación resarciendo el daño producido, que según el derecho de daños debiese traducirse en una indemnización de perjuicios.

Este elemento logra ser identificado por Harlow, quien vincula conceptualmente la rendición de cuentas estatal y la responsabilidad civil extracontractual. La autora nota que la definición de rendición de cuentas entregada por Oliver tiene un elemento enmendador cuando hace alusión al “compromiso de restablecer los derechos si pareciera que se han cometido errores”¹⁰⁰. Para Harlow esta definición es clave, porque entrega una comprensión total de las dimensiones de la rendición de cuentas y, por consiguiente, identifica la manera de enmendar aquellos perjuicios sufridos por la víctima. En este sentido, el deber de enmendar se encontraría implícito en la rendición de cuentas, puesto que impone un deber en el agente público que ha cometido un acto negligente o incurrido en una omisión indebida. Visto así, la Administración no sólo se obliga con

⁹⁹ Véase OLIVER (2013), p. 289.

¹⁰⁰ HARLOW (2004), p. 51. Traducción propia.

77

los ciudadanos a actuar de manera diligente rindiendo explicaciones si las acciones indebidas así lo ameritan, sino que también se compromete a la reparación pecuniaria de todos aquellos daños que se generan producto de su actuación ilegítima.

Estos deberes parecen suficientes para que los ciudadanos puedan limitar la actuación coactiva del Estado. Sin embargo, más allá de la interpretación extensiva que se identificó en este trabajo, la rendición de cuentas no estipula un mecanismo para restablecer el derecho o resarcir el daño causado por las actuaciones indebidas de la Administración. La interpretación que hace Harlow sobre el aspecto enmendador de la rendición de cuentas no especifica los tipos de daños que se debiesen reparar ante la existencia de un daño o vulneración de derechos. En este punto la irrupción del derecho de daños comienza a ser importante para determinar la responsabilidad de la Administración mediante el remedio compensatorio que ofrece la responsabilidad civil extracontractual: la indemnización de perjuicios. Si bien el derecho administrativo reconoce derechos a los particulares mediante la rendición de cuentas para ejercer un límite al poder coercitivo del Estado, el derecho de daños entrega las herramientas para ejercer dichos derechos mediante la responsabilidad extracontractual.

78

En estos términos, se reformulan los objetivos de la responsabilidad extracontractual del Estado. La rendición de cuentas estatal se presenta como un mecanismo que incorpora la dimensión compensatoria, por lo tanto, el Estado debe resarcir ante la producción de un daño. Precisamente, el elemento enmendador no lo desarrolla Cane para explicar la convergencia instrumental de los objetivos del derecho administrativo y derecho de daños¹⁰¹. No logra identificar que en ambos objetivos existe un carácter enmendador. Mientras que en el primero está presente de forma implícita en la ley que contempla la rendición de cuentas, en el segundo se encuentra explícito en la ley de responsabilidad extracontractual. De esta forma, en cuanto a la idea original de Cane sobre la visión instrumental pluralista de la rendición de cuentas, es posible afirmar que la ley no tan sólo obliga a la Administración a dar explicaciones sobre sus actos mediante los deberes de aclaración, sino que también a restablecer derechos o compensar perjuicios causados injustificadamente a terceros por medio de los deberes de enmienda.

¹⁰¹ Al autor no parece inquietarle mayormente este aspecto, pues en su trabajo asume que el *common law* carece de una distinción categórica y arraigada institucionalmente entre el derecho público y el derecho privado. Véase CANE (2014), p. 168. Es por ello por lo que cualquier problema que surja en aquella zona se debe al problema fronterizo que se evidencia entre ambas ramas del derecho.

Este enfoque instrumentalista pluralista sirve, en general, para repensar los paradigmas del derecho público y, en particular, para permear en los objetivos de la responsabilidad extracontractual del Estado mediante la compensación monetaria. Esto explica la vinculación entre los daños cometidos por el Estado y el consiguiente deber de resarcir. Si se entiende la falta de servicio como un símil de la culpa civil, entonces la reformulación desarrollada es útil para entender la incorporación de la indemnización de perjuicios como un remedio compensatorio disponible en el régimen de responsabilidad público nacional. En esto, el artículo 42 de la Ley de Bases no entrega muchas pistas, ni elementos para sostener ello, aunque el argumento entregado hasta acá posee la precisión conceptual necesaria para afirmar la convergencia instrumental entre los objetivos de ambas parcelas del derecho.

CONCLUSIONES

El presente trabajo analizó la influencia del derecho de años en la conformación y comprensión del régimen de responsabilidad por falta de servicio chileno. Para dar cuenta de ello, se descompuso la propuesta teórica de Cane y, posteriormente, se entregaron argumentos que consolidan el marco teórico que debiese ser aplicado en las RDJ originadas en las hipótesis de responsabilidad extracontractual del Estado.

79

La primera dificultad que se evidenció es la idea de correlatividad que se encuentra inserta en la TIE. Cane identifica que en las RDJ el agente privado tiene el derecho a ser remediado ante el daño sufrido y que el agente público tiene el deber de reparar el perjuicio causado. Sin embargo, esta confrontación supone incorporar entidades no gubernamentales como agentes públicos siempre que desempeñen funciones públicas. El problema de esta incorporación es que el Estado no posee ningún control sobre estas y, ante un eventual daño, debería responder con fondos fiscales una actividad de carácter privado. Para resolver esta inconsistencia de la TIE, por un lado, se descartó que las entidades no gubernamentales sean consideradas como agentes públicos y, a su vez, que los funcionarios públicos sean contemplados como agentes privados cuando desempeñan labores menores (como es el caso de los conductores); y, por otro lado, se establecieron las razones por las cuales el responsable del daño debiese ser el Estado y no el causante del daño, que en estos casos es el funcionario público.

La segunda dificultad que se identificó aborda el componente generador de equilibrio entre partes jurídicamente desiguales. Para Cane este componente se logra con la vinculación conceptual entre el principio de

igualdad y el de proporcionalidad. El argumento que se presentó para contrastar esta explicación supuso analizar el principio de igualdad desde la perspectiva de la asimetría de posiciones. De esta manera, se sostuvo que el equilibrio se logra si la igualdad es analizada desde la justicia distributiva en términos geométricos, y no sólo desde la justicia correctiva en términos aritméticos. El estudio realizado desde esta vereda permite descubrir las condiciones cualitativas que cada parte presenta. Por un lado, se logra evidenciar el grado de poder que tiene el Estado cuando interviene en los intereses propios perseguidos por los miembros de la sociedad y, por otro lado, la desventaja que presentan los agentes privados debido a la intervención estatal que limita la prosecución de su plan de vida. Desde esta perspectiva, la igualdad busca reducir la subordinación estatal cuando existe una interacción pública que involucra el sometimiento del administrado en la esfera organizacional de la Administración.

Por último, se sostuvo que el argumento entregado por Cane para asimilar los objetivos del derecho administrativo (rendición de cuentas) y el derecho de daños (compensación) carece de profundidad. Para contrarrestar este vacío se armonizaron los objetivos reubicando los paradigmas del derecho público entre el derecho civil y el derecho penal, y reinterpretando el carácter compensatorio de la responsabilidad por rendición de cuentas. Esta conclusión se pudo extraer de la distinción que se hizo entre deberes de aclaración, que consisten en la explicación de una actuación, y deberes de enmienda, que consisten en la obligación de enmendar o restablecer los derechos lesionados de un tercero o, de manera más precisa, resarcir los daños ocasionados a un particular. Esta interpretación da cuenta de una explicación instrumental pluralista que incorpora la compensación en la responsabilidad por rendición de cuentas.

Los argumentos entregados permiten concluir que el derecho de daños ha asumido un rol importante para la comprensión del régimen de responsabilidad estatal por falta de servicio en Chile. Específicamente, el derecho de daños ha funcionado como una caja de herramientas conceptuales desde donde se obtienen los elementos básicos para modelar una teoría que da cuenta de las particularidades que se presentan en el ámbito público. Resulta evidente que el derecho de daños no puede ser trasplantado complemente al derecho administrativo, aunque su contribución resulta útil y necesaria para conformar una teoría de los ilícitos estatales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGÜERO, Claudio, Sebastián SANDOVAL y Juan Pablo ZAMBRANO (2020). “La falta de servicio en la Ley N°19.966 (GES)”. *Ius et Praxis*, año 26, n.º 1, Talca.

- ANDERSON, Elizabeth (1999). “What is the point of equality?”. *Ethics*, 109, Chicago.
- ARISTÓTELES (1985). *Ética Nicomáquea*. Madrid: Gredos.
- ARNESON, Richard (1990). “Liberalism, Distributive Subjectivism, and Equal Opportunity for Welfare”. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 19, n.º 2, Princeton, New Jersey.
- BARROS, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- BEEVER, Allan (2007). *Rediscovering the Law of Negligence*. Oxford: Hart Publishing.
- BENSON, Peter (1992). “The basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice”. *Iowa Law Review*, 77 (2), Iowa.
- CANE, Peter (2014). “Tort Law and Public Functions”, en John OBERDIECK. *Philosophical Foundations of the Law of Torts*. Oxford: Oxford University Press.
- CANE, Peter (2011). *Administrative Law*. 5ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- CANE, Peter (2002). *Responsibility in law and morality*. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing.
- CANE, Peter (2001). “Distributive Justice and Tort Law”. *New Zealand Law Review*, n.º 401, Auckland.
- CANE, Peter (1999). “Damages in Public Law”. *Otago Law Review*, vol. 9, n.º 3, Otago.
- CALDERA, Hugo (1979). “Teoría del órgano, Estado de derecho y responsabilidad del Estado: notas sobre su formulación en el derecho chileno”. *Revista de Derecho Público*, n.º 25-26, Santiago.
- COHEN, Gerald (1995). “Incentives, Inequality, and Community”, en Stephen DARWALL (ed.). *Equal Freedom*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- CORDERO, Luis (2019). *Responsabilidad extracontractual de la administración del Estado*. 2ª ed. Santiago: DER Ediciones.
- CORNFORD, Tom (2018). “Assumption of responsibility by public authorities”. *The Denning Law Journal*, vol. 30, Buckingham.
- CORNFORD, Tom (2013). “The public law dimension of public authority liability”. *The Denning Law Journal*, vol. 25, Buckingham.
- CORNFORD, Tom (2008). *Towards a public law a tort*. Aldershot: Ashgate Publishing.
- DWORKIN, Ronald (1981a). “What is Equality? Part 1: Equality of Welfare”. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, n.º 3, Princeton, New Jersey.
- DWORKIN, Ronald (1981b). “What is Equality? Part 2: Equality of Resources”. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, n.º 4, Princeton, New Jersey.
- ENDICOTT, Timothy (2018). *Administrative Law*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- FAIRGRIEVE, Duncan (2003). *State Liability in Tort*. Oxford: Oxford University Press.
- FERRADA, Juan Carlos (2020). “La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema”. *Revista de Administración Pública*, n.º 211, Madrid.

- GARDNER, John (2011). "What is Tort Law for? Part. 1. The Place of Corrective Justice". *Law and Philosophy*, n.º 30, New York.
- HARLOW, Carol (2004). *State Liability: Tort Law and Beyond*. Oxford: Oxford University Press.
- HAURIOU, Maurice (2002). *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. París: Éditions Dalloz.
- KEREN-Paz, Tsachi (2016). *Derecho de daños, igualdad y justiciar distributiva*. (trad.) Griselda PERROTA. Madrid: Marcial Pons.
- LETELIER, Raúl (2012). *La falta de servicio*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot Chile.
- LETELIER, Raúl (2012). "A modo de presentación. La falta de servicio. Aciertos y desafíos pendientes, en Raúl LETELIER (coord.). *La falta de servicio*. Santiago: Abeledo Perrot Chile.
- LETELIER, Raúl (2010). "Non-contractual Liability for Breaches of EU Law. Tensión beetwen Corrective and Distributive Justice". *RECON Online Working Paper*. Disponible en http://www.reconproject.eu/main.php/RECON_wp_1024.pdf?fileitem=50512007 [Fecha de consulta: 06 de diciembre de 2021].
- NAGEL, Thomas (1991). *Equality and Partiality*. Nueva York-Oxford: Oxford University Press.
- NAGEL, Thomas (1979). *Mortal Question*. Cambridge: Cambridge University Press.
- OLIVER, Dawn (2013). "Accountability and the Foundations of British Democracy – The Public Interest and Public Service Principles", en Nicholas BAMFORTH y Peter LEYLAND. *Accountability in the Contemporary Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- OLIVER, Dawn (1991). *Government in the United Kingdom: The Search for Accountability, Effectiveness and Citizenship*. Milton Keynes: Open University Press.
- PAPAYANNIS, Diego (2020). "Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia". *Réplica*, vol. 1, n.º 1, Santiago.
- PAPAYANNIS, Diego (2014). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Marcial Pons.
- PIERRY, Pedro (2004). "¿Es Objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado Actual de la Jurisprudencia". *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, n.º 11.
- POBLETE, Gustavo (2019). "Bases conceptuales para resarcir los daños causados por la Administración Penitenciaria", en Jonatan VALENZUELA (dir.). *Desafíos Globales para la Democracia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- POBLETE, Gustavo (2015). "La falta de servicio ante los daños generados por desastres naturales (Corte Suprema)". *Revista de Derecho (Austral)*, vol. 28, n.º 1, Valdivia.
- PONCE, Juli (2019). *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una Buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*. Alcalá de Henares: Universidad Alcalá de Henares.
- RAWLS, John (1995). *Teoría de la justicia*. (trad.) María Dolores GONZÁLEZ. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

- RAWOSKI, Eric (1991). *Equal Justice*. New York: Oxford University Press.
- ROEMER, John (1994). *Egalitarian perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SEN, Amartya (1992). *Inequality Reexamined*. Cambridge: Oxford University Press.
- STEVENS, Robert (2007). *Torts and Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- VALDIVIA, José Miguel (2020). "La responsabilidad por falta de servicio en la Administración Hospitalaria en la jurisprudencia chilena". *Revista de Derecho (Concepción)*, vol. 87, n.º 246, Concepción.
- VALDIVIA, José Miguel (2012). "Orígenes de la noción falta de servicio", en Raúl LETELIER (coord.). *La falta de servicio*. Santiago: Abeledo Perrot Chile.
- VALDIVIA, José Miguel (2006). "Teoría del Órgano y Responsabilidad Pública en la Ley de Bases de la Administración del Estado". *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XIX, n.º 2, Valdivia.
- VAN PARIJS, Philippe (1991). "Why Surfers Should be Fed: The Liberal Case for an Unconditional Basic Income". *Philosophy and Public Affairs*, vol. 20, n.º 2, Princeton, New Jersey.
- WEINRIB, Ernest (2017). *La Idea del Derecho Privado*. (trad.) Eze PAÉZ, y revisión de Diego PAPAYANNIS. Madrid: Marcial Pons.
- WEINRIB, Laura y Ernest WEINRIB (2001). "Constitutional Values and Private Law in Canada", en Daniel FRIEDMANN y Daphne BARAK-EREZ (eds.). *Human Rights in Private Law*. Oxford: Hart Publishing.
- YOUNG, Iris (1990). *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press.

Jurisprudencia citada

- M. D. con Fisco de Chile (2002): Corte Suprema, 15 de mayo 2002, rol n.º 4753-2001. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [Fecha de consulta: 05 de diciembre de 2021].
- P. S. con Fisco de Chile (2009): Corte Suprema, 30 de julio de 2009, rol n.º 371-2008. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [Fecha de consulta: 05 de diciembre de 2021].
- L. H. con Fisco de Chile (2012): Corte Suprema, 28 de diciembre de 2012, rol n.º 2618-2012. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [Fecha de consulta: 05 de diciembre de 2021].
- B. U. con Servicio de Salud de la Región del Libertador Bernardo O'Higgins (2017): Corte Suprema, 09 de agosto de 2017, rol n.º 10254-2017. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [Fecha de consulta: 05 de diciembre de 2021].
- A. F. con Servicio de Salud de Talcahuano (2018): Corte Suprema, 27 de febrero de 2018, rol n.º 21599-2017. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [Fecha de consulta: 05 de diciembre de 2021].

M. G. con Gendarmería de Chile (2020): Corte Suprema, 19 de junio de 2020, rol n.º 384-2019. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [Fecha de consulta: 05 de diciembre de 2021].

SIGLAS Y ABREVIATURAS

Ley n.º 18575	Ley de Bases
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
RDJ	relaciones de desigualdad jurídica
TIE	teoría de los ilícitos estatales
vol.	volumen

RAWLS AND TORT LAW: A CRITIQUE OF RIPSTEIN

RAWLS Y RESPONSABILIDAD CIVIL: UNA CRÍTICA DE RIPSTEIN

Leandro Martins Zanitelli*

ABSTRACT

The article challenges Arthur Ripstein's theses on the place of private law (and tort law in particular) in John Rawls' theory of justice. According to Ripstein, Rawls' theory of justice grants private law a certain independence by exempting it from the distributive injunctions of the principles chosen in the original position. This conclusion has two bases, one negative and the other positive. On the negative side of the argument, Ripstein claims that Rawls' original position does not lend itself to guiding the design of institutions, especially those institutions with a deontological structure such as tort law. On the positive side, Ripstein resorts to the idea of a division of responsibility between citizens and social institutions (an idea that Rawls presents in "Social Unity and Primary Goods") to demonstrate Rawls' commitment to a pre-institutional conception of ownership and to the independence of private law that would ensue. The article argues that Ripstein is wrong in neglecting the role of the original position and the principles chosen in that position and exaggerates the consequences for private law of the division of responsibility between citizens and institutions.

KEYWORDS: tort law; Rawls; Ripstein; distributive justice; corrective justice

RESUMEN

El artículo cuestiona las tesis de Arthur Ripstein sobre el lugar del derecho privado (y, en particular, del derecho de daños) en la teoría de la justicia

* Adjunct Professor at the Federal University of the State of Minas Gerais. Correo electrónico: leandrozanitelliufmg.br

The author thanks two anonymous reviewers of *Revista Chilena de Derecho Privado* for their critiques and suggestions about an earlier version of the article. All remaining errors are mine.

Recepción: 2021-03-25; aceptación: 2021-05-17.

de John Rawls. Según Ripstein, la teoría de la justicia de Rawls otorga al derecho privado una cierta independencia, al no someterlo a los mandatos distributivos de los principios elegidos en la posición original. Esta conclusión tiene dos bases, una negativa y otra positiva. En el lado negativo del argumento, Ripstein afirma que la posición original de Rawls no se presta a guiar el diseño de instituciones, especialmente instituciones, como la ley de responsabilidad civil, con una estructura deontológica. En el lado positivo, Ripstein recurre a la idea de una división de responsabilidades entre ciudadanos e instituciones sociales (idea que Rawls presenta en el artículo *Social Unity and Primary Goods*) para demostrar el compromiso de Rawls con una concepción preinstitucional de propiedad y con la independencia del derecho privado que se derivaría. El artículo sostiene que Ripstein se equivoca al descuidar el papel de la posición original y los principios elegidos en esa posición, así como exagera las consecuencias para el derecho privado de la división de responsabilidades entre ciudadanos e instituciones.

PALABRAS CLAVE: derecho de daños; Rawls; Ripstein; justicia distributiva; justicia correctiva

86

INTRODUCTION

In an article published some years ago, Arthur Ripstein advocates an original interpretation of John Rawls' theory of justice¹. Ripstein's attention is focused on private law and tort law in particular. Contrary to the idea that Rawls' conception of justice— as fairness— would subordinate private law to distributive objectives², Ripstein claims that the division of responsibility between social institutions and citizens (a division that Rawls alludes to in "Social Unity and Primary Goods"³) implies a conception of private law that, while not libertarian (because it is compatible with the accumulated

¹ The article is "The Division of Responsibility and the Law of Tort". RIPSTEIN (2004). In this article, I deal exclusively with Ripstein's analysis of the implications of Rawls' theory of justice for private law in general and, in particular, for tort law. Therefore, I am not concerned with more recent works, such as *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009) and *Private Wrongs* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016), in which Ripstein develops a peculiar conception of private law based on Kant's *Rechtslehre* and without further references to Rawls' writings.

² I have myself defended this idea over the past few years — see, for example, ZANITELLI (2019). See also SCHEFFLER (2015) and FREEMAN (2018, cap. 5).

³ Included in *Collected Papers*. RAWLS (1999a).

results of voluntary and involuntary transactions and distributive standards), is also incompatible with private law as mere instrument to meet distributive demands. According to Ripstein, justice, as Rawls conceives it, requires private law to enjoy a certain independence⁴.

Ripstein's argument consists of three parts. In the first two, he endeavors to demonstrate that the place of tort law (the area of private law that he primarily envisions) in Rawls' theory of justice cannot be determined from the original position — i.e., Rawls' version of the moral point of view from which the principles for the basic structure of society are justified. Opposing the idea that the choice of principles in the original position has anything to contribute to tort law and private law as a whole, Ripstein makes two claims. The first is that the original position is a mere rhetorical device, incapable —as such— of any guidance on the design of institutions that is not already predetermined by how that position is characterized and by the substantial decisions that this characterization involves. The second claim is that if —in opposition to the preceding claim— the original position had any heuristic role, it would nonetheless be inappropriate to consider the principles chosen in that position for private law purposes since the deliberation of the parties in the original position is consequentialist and, therefore, incompatible with private law's deontological nature. Lastly, in the third part of his argument, Ripstein puts aside the original position, seeking to define the place of private law in Rawls' theory of justice based on the idea of a division of responsibility between citizens and institutions. According to Ripstein, this division of responsibility implies an institutional property regime (which includes tort law and, presumably, contract law) structured in a fashion alien to the distributive demands stemming from the principles of justice, such as justice as fairness, but whose accumulated results may have to be corrected to meet these same demands.

The present article is divided into three sections with each addressing one part of Ripstein's argument. My conclusion is that Ripstein is correct in stating that the division of responsibility to which Rawls alludes —and the conceptions of person and primary goods that underlie this division— imply pre-institutional property rights, that is, rights independent of the basic structure molded in accordance with the principles chosen in the original position. These pre-institutional property rights are, however, too indeterminate for the purpose of justifying private law. Thus, contrary to what Ripstein claims, the general contours of a Rawlsian regime of tort law and private law in general must conform to the distributive prescriptions of the conception of justice —justice as fairness— which, according to Rawls, would be chosen in the original position.

⁴ RIPSTEIN (2004), pp. 1814-1815.

87

I. ORIGINAL POSITION
AS A MERE RHETORICAL DEVICE

The first thesis Ripstein posits is that the place of tort law (and, by extension, private law in general) in Rawls' theory of justice cannot be determined from the original position. This thesis is supported by two arguments. First, the original position per se does not lend itself to support conclusions on the tort law regime (for example, on whether and to what extent tort liability should be conditional on fault), since it consists of a mere rhetorical device. This is the argument that will be examined in this section.

Ripstein argues that tort law is not guided by the choice of parties in Rawls' original position and that such position is devoid of substance. As a mere rhetorical device, there is nothing that can be constructed through the original position. All the burden of justification falls on rules that predate this position and are incorporated into it only for the purpose of explanation. Since these norms are of substantive importance, it is erroneous to believe that the original position itself – that is, regardless of the norms that infuse it with content – is the basis for resolving policy issues.

88

“It does a serious disservice to Rawls' many contributions to political philosophy to imagine that he means to be offering [*via the original position*] anything resembling an algorithm for determining how society's institutions should work”⁵.

Ripstein exemplifies the merely formal nature of the original position in the case of tort law⁶. The choice between negligence and strict liability regimes is a choice between a regime that favors freedom (the former) and one that favors security (the latter). The question of which of these regimes would be chosen by the parties in the original position depends, therefore, on which of the interests involved –freedom or security– is decisive to the choice. But for Ripstein, this question cannot be answered solely with the resources of the original position, that is, exclusively based on the idea of a deliberation made under conditions of ignorance that is, as such, impartial. In the original position, the parties are driven by interests grounded in certain normative considerations. Therefore, depending on the relative weight that these considerations attribute to the interests for freedom and security, the original position can be constituted in such a fashion as to lean toward one tort law regime or the other. This “game of marked cards” has, of course, no force of justification. Its role is simply

⁵ RIPSTEIN (2004), p. 1812.

⁶ RIPSTEIN (2004), p. 1819.

to highlight the normative conflict of substance –in this case, the conflict between the norms of security and freedom.

Ripstein is correct to deny that the original position is an algorithm for social institutions, construed as any question of institutional design –such as the choice between negligence and strict liability regimes– must be answered accordingly with the prospective decision under the conditions of the original position. Yet, the reason the original position cannot be treated as an algorithm in this sense is that it is designed with a view toward deciding not on institutional design issues in general, but on one of those issues in particular: determining what Rawls calls the basic structure of society. This structure is made up of the primary social institutions whose effects on citizens' expectations are most notable. Rawls explains:

“The intuitive notion here is that this structure contains various social positions and that men born into different positions have different expectatives of life determined, in part, by the political system as well as by economic and social circumstances. [...] It is these inequalities, presumably inevitable in the basic structure of any society, to which the principles of social justice must in the first instance apply”⁷.

89

The reason that the principles chosen in the original position are principles for the basic structure of society –principles with which this structure, in its entirety, must conform– is not therefore fortuitous. Rawls has in mind the impact of society's basic institutions on citizens' expectations, that is, how these institutions determine the distribution of the benefits and burdens of social cooperation. There are at least two problems, then, in resorting to the original position –as Rawls conceives it– to resolve specific issues of institutional design, such as the choice between negligence and strict liability regimes. The first is that, by focusing on an issue like this, we neglect the fact that social institutions operate *in tandem*, that is, that these institutions constitute a relatively articulated whole. The second problem is that the information restrictions characteristic of Rawls' original position may not be defensible when it comes to a choice other than the basic terms of social cooperation. For matters alien to the basic structure of society, considerations that are necessarily foreign to the deliberation of the parties in the original position –such as certain valuation considerations or even the simple satisfaction of non-generalizable interests– may prove pertinent.

Yet, these observations do not place us squarely before Ripstein's objection to the original position. Although the caveat is made about the

⁷ RAWLS (1999b), p. 7.

uniqueness of the choice to be made –among the principles regulating the basic structure of society– it is still necessary to face the allegation that the original position is nothing more than a rhetorical device, that is, that no argument itself in favor of principles of justice can be deduced from this position since its design apparently already makes use of rules that determine the outcome of the deliberation – a result that would, therefore, need to be justified independently.

Ripstein bases this allegation of redundancy on a passage in which Rawls states that “for each traditional conception of justice there exists an interpretation of the initial situation in which its principles are the preferred solution⁸.” But, Ripstein claims that if the initial situation⁹ is malleable in such a way that it does not rule out any of several traditional conceptions of political justice, starting with different versions of utilitarianism –i.e. if everything depends on how this initial situation is delineated– then it does seem that the simple fact that justice as fairness is the conception of justice chosen under a particular characterization of the initial situation (i.e. Rawls’ original position) says nothing about the relative merit of this conception of justice vis-à-vis others.

That said, it is erroneous to infer that the initial situation is malleable in the sense Ripstein cogitates –that is, that it is licit to manipulate the initial situation to arrive at a conception of justice justified on independent grounds. This is not, at least, how Rawls treats the initial situation and the original position, that is, the particular interpretation of the initial situation defended in TJ. In a passage immediately preceding the one transcribed above, Rawls says:

“But the question of justification is settled, as far as it can be, by showing that there is one interpretation of the initial situation which best expresses the conditions that are widely thought reasonable to impose on the choice of principles yet which, at the same time, leads to a conception that characterizes our considered judgments in reflective equilibrium. This most favored, or standard, interpretation I shall refer to as the original position”¹⁰.

As such, for Rawls the conditions for choosing principles of justice that characterize each of the possible versions of the initial situation can

⁸ RAWLS (1999b), p. 105.

⁹ Rawls designates as initial situation any point of view from which principles of justice are chosen. The original position, that is, the point of view from which the principles of justice are chosen, is a particular version of this situation.

¹⁰ RAWLS (1999b), p. 105.

be considered more or less reasonable. Therefore, the reasons for preferring the original position over other versions of the initial situation –for example, over versions under which some utilitarian principle would be chosen– are not related solely to the result of the choice, that is, to the merits of justice as fairness compared to other conceptions of justice. In contrast, it is true that the argument in favor of the original position (as the most reasonable initial situation) is not at all insensitive to the outcome of the choice, that is, to the question of whether the original position leads to a conception of justice in harmony with our intuitions. In another passage, Rawls also refers to the possibility of revising the original position in view of the chosen conception of justice:

“In searching for the most favored description of this situation [the initial situation] we work from both ends. We begin by describing it so that it represents generally shared and preferably weak conditions. We then see if these conditions are strong enough to yield a significant set of principles. If not, we look for further premises equally reasonable. But if so, and these principles match our considered convictions of justice, then so far well and good. But presumably there will be discrepancies. In this case we have a choice. We can either modify the account of the initial situation or we can revise our existing judgments, for even the judgments we take provisionally as fixed points are liable to revision. By going back and forth, sometimes altering the conditions of the contractual circumstances, at others withdrawing our judgments and conforming them to principle, I assume that eventually we shall find a description of the initial situation that both expresses reasonable conditions and yields principles which match our considered judgments duly pruned and adjusted. This state of affairs I refer to as reflective equilibrium (footnote omitted)”¹¹.

Even if we decide to “go backwards” that is, if dissatisfaction with the resulting conception of justice convinces us to change the conditions of the choice, it is not necessary to conclude that there is a “short circuit” i.e., that these conditions are changed or –worse yet– manipulated to give rise to an independently preferred conception of justice. The question of the initial situation in Rawls is that of the most reasonable conditions for the choice of principles of justice. It is in these terms –those of the most reasonable conditions of choice– that the merits of different versions of the initial situation are compared. Thus, if a certain version of the initial

¹¹ RAWLS (1999b), p. 18.

situation is ultimately rejected by the incompatibility between the conception of justice that results from it and our convictions, the reasons for replacing one version of the initial situation with another cannot be based solely on the outcome of the choice. It would be odd to say that certain conditions of choice are more reasonable only because of what is chosen under those same conditions¹².

II. ORIGINAL POSITION AND CONSEQUENTIALISM

According to Ripstein, another reason that the law of tort remains outside deliberations in the original position has to do with a sort of structural incompatibility. While tort law is deontological in nature, the original position subjects the design of institutions solely to the consequences to which these institutions give rise. Thus, an incompatibility exists between the deontological nature of tort law and the institutional consequentialism that arises from the conditions of choice in the original position.

“This deontological structure of tort doctrine poses an immediate difficulty for any explication or adjudication of it within the structure of a Rawlsian contract argument. The problem is that this structure will always be invisible from the point of view of the contract argument. Parties behind the veil of ignorance have an interest in being free of injury, especially bodily injury, and an interest in being free to engage in activities that have the potential to injure others. Parallel to these two interests, but distinct from

them, is a pair of interests in receiving compensation if injured, and in spending as little as possible to compensate others. In addition to these four interests, parties will also have an interest in avoiding what economists call transaction costs – they will want to use no more resources than are necessary to achieve the desired levels of liberty, security, compensation, and economy. Indeed, as rational choosers concerned to protect their own means with which to pursue their own purposes, they must be prepared to forego liberty or security if the price is too high”¹³.

An initial response to this argument is that it misinterprets the original position in supposing that it proposes to account for certain social institutions or practices. This intent would be doomed to failure whenever the practice in question boasted a kind of structure to which the original position is necessarily insensitive. The problem is that the deliberation in the original position is not a deliberation on the best interpretation of current institutions, but on the principles to which the main institutions (those that largely determine citizens’ expectations regarding the distribution of the benefits and burdens of social cooperation) of a just society must conform. From this perspective, the fact that existing institutions are not supported by the principles chosen in the original position is a reason to reform them, no to endeavor to support these institutions on any other grounds¹⁴.

Another question is whether there is, in fact, the alleged incompatibility between the consequentialism of the original position and the deontological character of tort law. The fact that the choice in the original position is oriented towards the consequences of principles and institutions is an obstacle to the question of whether among the institutions of a well-ordered society (that is, a society whose institutions meet the principles chosen in the original position) tort law as we know it exists. Given their consequences, why couldn’t the principles chosen in the original position be realized through an institutional arrangement that includes tort law? To exemplify, suppose that Rawls is correct in stating that the conception of justice chosen in the original position includes a principle such as the difference principle¹⁵ and that, to satisfy this principle, a society

¹² Anthony Simon LADEN (2014) defends an interpretation according to which Rawls’ constructivism is merely rhetorical, since Rawls’ metaethical solution (a “self-effacing” solution, that is, which is metaethical without being it) is that of reflexive equilibrium. In other words, according to Laden, Rawls would have relieved himself of the burden of justifying his conception of justice by the procedure of the original position, appealing instead to shared beliefs (thus reducing the original position to the methodological role of bringing to light the implications of those beliefs). The sense of “rhetorical” in the case of Laden is not, however, that of a manipulative persuasion device. “In adjusting what I say to my particular audience, I attend to their specificity and position, and thus reach out to them, trying to find a way to move toward where they are, rather than insist they come to me. Moreover, this willingness to adjust to my audience is itself persuasive, not in the sense that it gives me access to the levers by which I can more effectively manipulate them, but because by showing my respect for where they stand in the way I choose to address them, I give them reason to trust me and reach out to me”. LADEN (2014), p. 66. My impression is that Ripstein underestimates the role of the original position in Rawls’ theory of justice because he understands that position as manipulative in the sense that Laden rules out in the above passage.

¹³ RIPSTEIN (2004), p. 1821.

¹⁴ This, in summary, is the argument with which KORDANA y TABACHNICK (2006a).

¹⁵ RAWLS (2001), pp. 42-43, enunciates the two principles of his conception of justice as follows: “(a) [e]ach person has the same inalienable claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all; and (b) [s]ocial and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity;

must choose to deal with accidents through tort law or social insurance. Would it not be possible, depending on the circumstances, for tort law to be chosen? That is, compared to social insurance wouldn't tort law be part of an institutional arrangement under which the expectations of the worst-off citizens are the highest?

Perhaps the conclusion regarding the incompatibility between the consequentialism of the original position and the law of tort can be confirmed at least as regards Rawls' conception of justice¹⁶ for the very reason that this conception includes a principle of maximization as the difference principle¹⁷. The problem is that a principle such as this makes it possible, within certain limits (in the case of justice as fairness, the limits arising from the principles of basic liberties and fair equality of opportunities), for the institutions of the basic structure to be arranged to maximize the expectations of the worst-off citizens. This maximization purpose appears incompatible, however, with non-consequentialist considerations guiding the design of certain institutions. Therefore, a law of tort governed by the difference principle could not be a law of tort as we know it, that is, an area of deontologically structured regulation in which concepts such as those of duty and cause have a prominent place. Instead of the question of whether the defendant has breached a duty and caused the harm suffered by the plaintiff, a tort law regulated by the difference principle would deal only with the consequences of civil liability. The question, then, would be how to delineate the tort regime in such a way that, together with the other institutions of the basic structure of society, the expectations of the worst-off citizens are as high as possible. From this perspective, questions concerning duty and the cause of harm would seem irrelevant¹⁸.

But the fear that a law of tort guided by justice as fairness could end up "colonized" by the difference principle (that is, that the objective of

and second, they are to be the greatest benefit of the least-advantaged members of society". The second part of the second principle ("b") is the difference principle.

¹⁶ The incompatibility would be, in this case, not between tort law and the original position itself, but between tort law and the conception of justice that, according to Rawls, would be chosen in that position. Obviously, if Rawls is right and justice as fairness is, in fact, the conception of justice that the parties in the original position would prefer, this would be the same. Otherwise, it would be necessary to verify whether any other conception of justice arising from the original position is afflicted by the same problem mentioned above, as well as whether this is a mere contingency or, as Ripstein wants, a problem whose root is in the selection procedure itself.

¹⁷ That the best interpretation of the difference principle is, in fact, the one that treats it as a maximization principle is a question that we can set aside here. For considerations similar in content to the paragraph above, see SCHEFFLER (2015), pp. 222-225.

¹⁸ For a similar criticism addressed to the economic analysis of tort law, see COLEMAN (1988).

maximizing the expectations of the worst-off citizens overrunning the deontological structure of tort law) ignores how restricted the scope of application of the principles chosen in the original position is. The mistake here is to assume that an area of regulation such as tort law is either part of what Rawls calls the basic structure or it is not, so that, once belonging to the basic structure, the entirety of its rules must conform to the principles chosen in the original position. It is clear, however, that this interpretation hypostasizes tort law (as well as any other rules to which the same treatment applies). From the point of view of a conception of justice limited to the basic structure of society, what matters is not the –historically contingent– way in which the legal system is usually segmented, but certain rules for social cooperation and the distribution of its respective benefits and burdens. It is perfectly possible to conclude, in this vein, that certain parts of the tort regime, and only they, have to meet the distributive demands of justice as fairness, because those are the parts of that regime that have a considerable impact on the worst-off citizens' expectations.

Since subjecting tort law to justice as fairness does not mean subjecting each of its details to this conception of justice, the difference principle can be applied to tort law without depriving it of its deontological character and thus without supplanting or, at best, disfiguring ideas such as those of duty and cause. Whether this is actually true, of course, is something that can only be said considering the circumstances of application of that principle. To reject the thesis of a categorical incompatibility between the consequentialism of the original position and tort law, in any case, suffice it to note that the application of the principles chosen in that position does not imply that the totality of tort law (as well as its judicial application) should be guided by consequentialist reasons.

Lastly, I would like to address the alleged consequentialism of the original position. According to Ripstein¹⁹:

"Thomas Pogge underscores this point by describing the contractarian approach as 'consequentialist,' because the contract argument shares with familiar forms of consequentialism its exclusive focus on outcomes. Indeed, as Pogge points out, in the one place that Rawls imagines the parties considering a case that Locke, Rousseau, or Kant might have taken up, that is, the topic of punishment, he presents them as reasoning in just this sort of way. Rawls considers the possibility that, were the proliferation of firearms a sufficiently serious threat to personal security and social stability, citizens might adopt a regime of strict liability for mere possession of a firearm.

¹⁹ RIPSTEIN (2004), pp. 1822-1823.

Anyone caught in violation of the prohibition would be subject to criminal punishment, even though they presumably intended to do no harm, and perhaps cause no harm and, moreover, may not have even been aware of their possession of it. A number of commentators, notably Thomas Pogge and George Fletcher, have pointed out that this is among the least satisfactory aspects of Rawls' argument. And it is unsatisfactory for a completely straightforward reason: The parties are concerned only with outcomes, and, because they are concerned only with outcomes, must be prepared to trade liberty off against security in whatever way will best protect their interests (footnotes omitted)."

There are two ways in which the original position can be associated with a consequentialist morality which, in my view, are not sufficiently differentiated in the above passage. In one, the original position is deemed consequentialist because, as described, the considerations that determine the choice of principles are necessarily consequentialist. In the other, consequentialism is only present in the application of the principles chosen in the original position, that is, in the design of the institutions of the basic structure. Although one consequentialism does not exclude the other, we should not assume that one implies the other. When referring to the control of firearms, Ripstein seems to have a consequentialist view of the application of the principles. Yet, the "parties" to which the end of the passage refers can be construed as those in Rawls' original position, whose deliberation is on the principles themselves rather than their application²⁰. This difference between consequentialism in the justification of the principles (that is, in the deliberation of the parties in the original position) and in their application to the institutions of the basic structure is important because, even if the choice of principles in the original position is consequentialist, Ripstein's argument for disregarding the original position would only be successful if the application of the principles chosen in that position had also to be based exclusively on consequences.

There is, however, one way in which the deliberation of the parties in the original position is consequentialist. Rawls characterizes contractors in their original position as agents driven by three interests (which he designates as higher-order interests): interest in the development and exercise of the two moral capacities; capacity for a conception of good and for a sense of justice; and interest in the realization of a certain conception of

²⁰ Thomas POGGE's (1995) article quoted by Ripstein, on the other hand, clearly deals with the problem of application.

good²¹. Different conceptions of justice are assessed in the original position, therefore, according to their consequences for these interests. The additional stipulation of mutual indifference²² –that is, that each contractor is solely concerned with their interests– also implies that the choice of principles is not subject to deontological limits (which does not mean that Rawls' theory of justice ignores these limits, but rather that they are previously incorporated into the conditions of the original position, so that they do not interfere with the parties' decision).

The fact that the deliberation in the original position is guided by such higher-order interests –and that the principles chosen are, therefore, principles in line with them– does not imply, however, that the application of these principles also obeys consequentialist considerations. Rawls pays little attention to the problem of applying principles (in comparison to the attention he gives to the problem justifying them). In § 31 of *A Theory of Justice*²³, we learn only that this application begins in the second of a sequence of four stages (the first stage is the choice of principles in the original position), that of the constitutional convention. In late writings (for example, in *Political Liberalism*²⁴), Rawls goes on to argue that the application of principles of justice to constitutional and basic justice matters is regulated by a principle of public reason. None of this is very illuminating about the nature –consequentialist or not– of the reasons at the basis of the application of the principles of justice as fairness to the institutions of the basic structure. Bearing in mind, however, the content of some of the principles of the conception of justice defended by Rawls, it is at least plausible that the application of these principles obeys, at least in part, non-consequentialist considerations (or that are not consequentialist in a more than trivial sense). For example, certain basic rights such as the constitutional freedom of conscience and belief can be justified simply because they comply with the basic liberties principle, that is, regardless of any state of affairs resulting from the safeguard of those rights²⁵.

²¹ RAWLS (1996), pp. 73-74.

²² RAWLS (1999b), p. 125.

²³ RAWLS (1999b).

²⁴ RAWLS (1996).

²⁵ The problem that POGGE (1995) alludes to is that, in non-ideal conditions –that is, in conditions in which disobedience to the law is considerable– basic freedoms can be threatened by the action of both the state and other citizens. For Pogge, the application of the principle of basic liberties in such circumstances imposes a consequentialist calculation: certain legal restrictions on freedom would be justified if, by inhibiting offenses against freedoms practiced by other citizens, they result in a total number of violations lower than those that would occur if those restrictions were not imposed. Correct or not, note that this argument is limited to the hypothesis of applying the principles chosen in the original position under non-ideal conditions. Pogge does not say, therefore, as Ripstein

In the realm of tort law, while the regime may have little relation to the parts of justice as fairness (as the principle of basic liberties) it is more likely to be applied in a non-consequentialist manner. If, in the case of tort law, the principle at stake is really the difference principle –that is, if the considerations on the law of tort’s structural features and its very suitability in comparison with alternative measures, such as social insurance, are exclusively associated with the difference principle– then it is quite possible that the considerations in question are consequentialist in the sense of having in mind the impact of tort law on the expectations of the worst-off citizens. As noted previously, however, it is a mistake to assume that the consequentialist nature of the reasons that eventually lead to including tort law among the institutions of a well-ordered society and that determine the most important characteristics (important for the expectations of citizens with regard to distribution of primary goods) under the tort law regime are incompatible with the deontological structure that characterizes this area of law.

III. DIVISION OF RESPONSIBILITY AND TORT LAW

98

According to Ripstein, the belief that the original position has nothing to contribute to the contours of a tort law regime does not mean that Rawls’ theory of justice lacks resources to deal with this area of law. A justification for tort law can be found in the idea of the division of responsibility between social institutions and citizens that Rawls presents in the article “Social Unity and Primary Goods”²⁶.

In that article, Rawls highlights the difference between justice as fairness and teleological conceptions of justice. Teleological conceptions of justice start from a certain conception about the good of the citizens, defining the just according to this conception (as occurs, for example, in utilitarianism, where the just is defined as the maximization of total or average utility)²⁷. By using the original position, Rawls’ theory of justice refrains from appealing to a robust conception of good, contenting itself rather with a partial conception of good that includes the idea of primary goods as those necessary for the realization of the higher-order interests.

Without involving a complete conception of good, justice as fairness is necessarily insensitive to the extent to which each citizen’s good is

seems to understand, that principles justified through the device of the original position are necessarily (that is, even under ideal conditions) applied in a consequentialist way.

²⁶ RAWLS (1999a).

²⁷ On teleological conceptions of justice, see RAWLS (1999b), pp. 21-22.

achieved. It is a conception of justice that is limited, therefore, to defining fair terms for social cooperation under which each citizen must pursue his/her ends. The division of responsibility referred to by Rawls is none other than the division between the responsibility of the institutions of the basic structure for ensuring fair terms of social cooperation and the responsibility of each citizen for the realization of their own good²⁸.

Ripstein’s original thesis is that this same division of responsibility, which limits what citizens can legitimately claim from social institutions, implies a system of tort law independent from the distributive objectives associated with the conception of justice chosen in the original position. In sum, the argument is as follows: the same idea of each citizen’s responsibility for the realization of her own ends that serves as a limit to the demands that can be made on social institutions also limits what citizens are allowed *to do* to each other. Just as I am not able to demand from institutions that the satisfaction of my preferences, whatever they may be, be assured to me, it is equally not permissible for me to use what belongs to others to achieve my purposes. The citizen who endangers the lives of others or violates their property to achieve her ends acts as unreasonably as the one who claims from social institutions more resources than those due to him under fair terms of social cooperation.

99

“Absent contractual arrangements, or some peculiar set of private arrangements deemed by law, such as those between parents and children, others can make no demands on my person or property. Conversely, I can make no demands on theirs. To allow me to make further demands on others –to allow me, for example, to injure them, or damage their goods as I go about my pursuit of my own plan of life– would be inconsistent with the idea that each of us has a special responsibility for his or her own life, because it would allow me to displace the costs of my own pursuit of my own plan of life on to others. I also cannot make further demands on others by using what is theirs in pursuit of purposes that they do not share, borrowing their property without their consent, or tricking them into doing something on my behalf. In the same way, to allow others to make further demands on me would saddle me with the responsibility for how well those other people find that their lives go”²⁹.

²⁸ RAWLS (1999a), p. 371, clarifies that this division of responsibility is based on the concept of a person incorporated into justice as fairness: “[t]his division of responsibility relies on the capacity of persons to assume responsibility for their ends and to moderate the claims they make on their social institutions in accordance with the use of primary goods”.

²⁹ RIPSTEIN (2004), p. 1833.

But what, after all, is the relationship between the idea of division of responsibility –as Ripstein interprets it– and tort law? More precisely, why would the division of responsibility imply a regime of tort law immune to the distributive injunctions characteristic of a conception of justice such as justice as fairness? Note that, for Ripstein the division of responsibility is one of the foundations of Rawls’ theory of justice. This division, along with other ideas that shape the original position –such as the idea of free and equal citizens– is one of the assumptions of Rawls’ theory of justice because a non-teleological theory of justice concerned only with defining fair terms of social cooperation necessarily treats these terms as limits to what citizens can claim from each other in what comes to justice.

Given that the division of responsibility also implies, as Ripstein suggests, that citizens refrain from pursuing their ends by misusing what belongs to other people, that division therefore imposes a system of tort law through which that objective –that no citizen interfere illegitimately with what belongs to another– is achieved. For Ripstein, therefore, tort law –as a necessary implication of the division of responsibility that Rawls’ original position presupposes– is logically prior to the principles of justice chosen in that position.

One can agree with Ripstein that a non-teleological conception of justice like Rawls’ must really be based on property rights –rights that are not, therefore, mere implications of the principles that constitute the conception in question. In other words, a conception of justice occupied exclusively with defining fair terms of cooperation between citizens who pursue different ends is inevitably committed to property rights that enable these citizens –under whatever terms the conception of justice itself stipulates as fair– to pursue their ends (whatever they may be). There is a case, therefore, in which a conception of justice like Rawls’ cannot dispense with property rights that are logically prior to –and independent of– the principles of that conception.

The difficulty with Ripstein’s thesis lies in the fact that it implies that these property rights prior to the principles of justice as fairness necessarily involve a system of tort law. While it is true, as noted above, that the idea of fair terms of cooperation implies certain rights of exclusion –that is, that citizens can pursue their ends with the resources at their disposal without being subject to interference from other citizens. However, there also seems to be no reason to claim that this “free space” against interference must be ensured through the compensatory rights that characterize a tort law regime. Why should we not limit ourselves, if appropriate, to ensuring that each person uses what is his or her own through a reasonably effective criminal system –or through a reasonably effective criminal system combined with indemnity rights, albeit ones different from those

usually granted by a system of tort law organized as a system of corrective justice? One question, in short, is whether the property rights to which Rawls’ conception of justice is necessarily committed are not too abstract to validate Ripstein’s thesis about the necessary relation between division of responsibility and tort law.

Ripstein could well reply that the division of responsibility depends on the fact that every citizen whose resources are improperly used or destroyed by the action of another person is fully compensated and that this duty of compensation falls on the author of the undue interference. Suppose that B causes an accident while driving your car negligently and that a vehicle belonging to another person, A, is destroyed. Suppose also that, in such cases, the law is content to impose a fine on B (or, depending on the circumstances, to imprison him), without offering A compensation (or, at least, not complete compensation) for the loss of the vehicle and other damages resulting from the accident. The division of responsibility would be compromised, in such a hypothesis by the fact that B’s action unduly deprived A of what belonged to him and by the refusal (by the legal system) to give A the right to complete reparation.

The argument in the previous paragraph reflects the error in Ripstein’s description of the idea of the division of responsibility and tort law. Note that the argument rests on a premise that fair terms of cooperation necessarily imply that A’s ownership rights to the car destroyed in the accident includes that of full reparation in the event of negligent damage caused by someone else. Imagine a system of property rights in which ownership of a car does not include that right to reparation; that is, a system in which the claim for reparation against wrongfully caused damage is not included among the claims, liberties and other prerogatives that make up the property right. In such a hypothesis, we simply would not be allowed to claim that, in causing the accident, B illegitimately interfered with A’s resources, since those resources –in particular, A’s right over her car– do not include the claim to be compensated for damages caused by someone else.

The question here is not whether a property rights system such as the one described above is desirable or not, but whether the system in question is incompatible with the idea of division of responsibility. It is not. A system of property rights that does not include tort law can still be a system that allocates rights among citizens and enforces the division of responsibility in the way idealized by Rawls and Ripstein. It is a system in which institutions are responsible for defining fair terms of cooperation under which each citizen is responsible for the realization of their own ends (Rawls). It is also a system under which this division of responsibility is enforced by prohibiting each one from being illegitimately deprived of what is her

own by the action of another (Ripstein). Under this system, there may be several ways in which the car destroyed in the accident belonged to A and in which, therefore, A is protected against unlawful interference from others with regard to the vehicle. This unlawful interference would not, however, include the accident culpably caused by B³⁰.

In short, Ripstein is correct to say that the fundamental idea of division of responsibility of a conception of justice like Rawls' involves some system of property rights. Without such a system, we would not be able to define what belongs to each one citizen –the resources that each has to pursue his ends– nor, consequently, to characterize certain actions of others as illicit interventions. The property rights implied by the idea of division of responsibility are, however, too abstract to endorse the conclusion sought by Ripstein, namely, that the place of tort law in Rawls' theory of justice is logically antecedent to the principles chosen in the position original. The idea of the division of responsibility does not, therefore, support the conclusion that tort law is not subject to these principles and their distributive injunctions.

CONCLUSION

Ripstein uses three theses to conclude that Rawls' theory of justice assigns a special place to tort law. The first is that Rawls' original position has no justification function, that is, that the justification of the principles in Rawls' theory of justice does not depend on the choices that would be made from the point of view of the original position. The second is that, even if the original position played some justification role, that justification –in light of the characteristics of that position– would be necessarily consequentialist and, therefore, inappropriate to dealing with private law in general and tort law in particular. These first two theses are thus opposed to the conclusion that tort law is subject to the principles of distributive justice –such as the difference principle– which, according to Rawls, would be chosen in the original position. Neither the original position would be able per se to justify these principles, nor would it be an adequate perspective to determine the principles of an area of law with the characteristics of tort law.

³⁰ Note that the claim that the idea of division of responsibility does not imply that Rawlsian institutions include a system of tort law does not contradict the argument of the previous section. This argument is that the original position is compatible with deontological institutions such as tort law, and not that the original position implies principles that necessarily require institutions with that character. I am grateful to an anonymous reviewer of *Revista Chilena de Derecho Privado* for urging me to be clearer on this point.

The third thesis proposes to demonstrate why the place of tort law in Rawls' theory of justice is not that of an area of law designed to address the distributive injunctions of justice as fairness (in particular, the distributive injunctions of the difference principle). Rawls' theory of justice is based on a division of responsibility between social institutions and citizens. According to Ripstein, this division would imply a private law occupied exclusively with ensuring each citizen the use of their resources, ie. those to which each is entitled under fair terms of social cooperation.

This article has sought to demonstrate that these three theses fail. It is inaccurate to say that Rawls' original position is a mere display device, without any justifying force. The principles of justice as fairness are justified because they are the principles that we would choose in the circumstances of the original position. Although the characteristics of this position (that is, the conditions of choice) can be reviewed, such study can only take place for the reasons that are specific to the case –in other words, for the reasons that are consistent with the task of describing a point of view that is suitable for the choice of principles of justice. Therefore, the original position cannot be modified only to provide principles whose justification is completely independent of that position.

The second thesis is mistaken for failing to consider that the principles of Rawls' conception of justice apply only to the basic structure of society, that is, to institutions whose impact on citizens' expectations regarding primary goods is considerable. Thus, subjecting areas of private law, such as tort law, to the principles of justice as fairness does not mean subjecting all these areas to the principles in question. A tort law regime governed by principles of justice like the difference principle could, despite this, maintain the deontological structure –and the centrality of the idea of causality– that traditionally characterizes tort law systems. It is also important to underline, contrary to Ripstein, the restricted sense in which the use of the original position makes justice as fairness a consequentialist conception of justice. It serves as such only in the sense that its principles are chosen according to their consequences for the distribution of primary goods. The principles thus justified, however, can give rise to institutions and rules insensitive to consequences (for example, the rule that the agent causing harm must compensate her victim) both in its content and in the way in which these rules are applied.

Finally, on the division of responsibility thesis, Ripstein is correct to claim that Rawls' conception of justice presupposes certain property rights –rights without which it would not be possible to assign to every citizen the responsibility of pursuing their own ends under institutions that ensure fair terms of social cooperation. Ripstein exaggerates, however, in claiming that these property rights would have to include something

like a tort law system. The idea that each person has what is her own to pursue her ends remains intelligible even though the resources available to each are not protected by rights to reparation such as those that are usually conferred by tort law rules.

REFERENCES

- COLEMAN, Jules L. (1988). "The Structure of Tort Law". *Yale Law Journal*, vol. 97. New Haven, CT.
- FREEMAN, Samuel (2018). *Liberalism and Distributive Justice*. Nova York: Oxford University Press.
- KORDANA, Kevin A. y David H. TABACHNICK (2006a). "On Belling the Cat: Rawls and Tort as Corrective Justice". *Virginia Law Review*, vol. 92, n.º 7. Charlottesville, VA
- KORDANA, Kevin A. y David H. TABACHNICK (2006b). "Taxation, the Private law, and Distributive Justice". *Social Philosophy and Policy*, vol. 23. Cambridge.
- LADEN, Anthony Simon (2014). "Constructivism as Rhetoric", in Jon MANDLE y David A. REIDY (coords.). *A Companion to Rawls*. Malden, MA: Wiley Blackwell.
- PERRY, Stephen (2004). "Ripstein, Rawls, and Responsibility". *Fordham Law Review*, vol. 72, n.º 5. New York, NY.
- POGGE, Thomas W. (1995). "Three Problems with Contractarian-Consequentialist Ways of Assessing Social Institutions". *Social Philosophy and Policy*, vol. 12, n.º 2. Cambridge.
- RAWLS, John (1996). *Political Liberalism*. New York, NY: Columbia University Press.
- RAWLS, John (1999a). *Collected Papers* (Samuel Freeman ed.). Cambridge, MA: Harvard University Press.
- RAWLS, John (1999b). *A Theory of Justice*. 2 ed. rev. Cambridge, MA: Belknap Press.
- RAWLS, John (2001). *Justice as Fairness: A restatement*. Cambridge, MA: Belknap Press.
- RIPSTEIN, Arthur (2004). "The Division of Responsibility and the Law of Tort". *Fordham Law Review*, vol. 72, n.º 5. New York, NY.
- SCHEFFLER, Samuel (2015). "Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, n.º 2. Oxford.
- VALLENTYNE, Peter, Hillel STEINER y Michael OTSUKA (2005). "Why Left-Liberalism is not Incoherent, Indeterminate, or Irrelevant: A Reply to Fried". *Philosophy & Public Affairs*, vol. 33, n.º 2. Hoboken, NJ.
- ZANITELLI, Leandro Martins (2019). "Direito Privado e Justiça: o Argumento da Divisão Institucional do Trabalho". *Philosophos*, vol. 24, n.º 2. Goiânia.

FUNCIÓN SUPLEMENTARIA DE LA BUENA FE CONTRACTUAL Y DEBERES DE CONDUCTA DERIVADOS. UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

SUPPLEMENTARY FUNCTION OF CONTRACTUAL GOOD FAITH AND DERIVED DUTIES OF CONDUCT. AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF MODERN CONTRACT LAW

Sebastián Campos Micin*

RESUMEN

El presente artículo, luego de identificar y referir las funciones institucionales desempeñadas por la buena fe contractual, se concentra en la función suplementaria y los deberes de conducta derivados. La primera parte del trabajo está abocada a la discusión relativa a las ventajas y desventajas de reconocer una función suplementaria a la buena fe. La segunda parte, teniendo a la vista el contenido de diversos instrumentos de armonización, presenta un catálogo no taxativo de deberes de conducta que podrían derivarse de tal función, haciendo referencia a su actual o potencial reconocimiento en Chile.

PALABRAS CLAVE: buena fe; función suplementaria; deberes de conducta

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Máster en Economía y Derecho del Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha. Instructor del departamento de derecho privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia. N.º ORCID: 0000-0002-3236-8630. Correo electrónico: scampos@derecho.uchile.cl

Recepción: 2021-02-07; aceptación: 2021-05-18.

ABSTRACT

This article, after identifying and referring to the institutional functions performed by contractual good faith, focus on the supplementary function and the derived duties of conduct. The first part of the work is devoted to the discussion regarding the disadvantages and disadvantages of recognizing a supplementary function to good faith. The second part, bearing in mind the content of various harmonization instruments, presents a non-exhaustive catalog of duties of conduct that could derive from the supplementary function attributed to good faith, making reference to its current or potential recognition in Chile.

KEYWORDS: good faith; supplementary function; duties of conduct

INTRODUCCIÓN

Como es sabido, en la mayoría de los sistemas jurídicos de inspiración continental se distingue entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva¹. Aunque, desde una perspectiva analítica, existan buenas razones para estimar que la buena fe es una sola², en este estudio se hará alusión a la denominada buena fe objetiva –esto es, a la buena fe como norma de conducta– y su proyección en materia contractual. De esta guisa, la buena fe será tratada como un criterio de comportamiento que, en el marco de las relaciones precontractuales, contractuales e incluso postcontractuales, exige la consideración de los legítimos intereses y expectativas del otro³.

¹ HESSELINK (2011), pp. 619 y 620; BIANCA (2000), p. 500; y, GALLO (2017), p. 627.

² Entre nosotros, Peñailillo afirma que la fe es una sola y que la denominada buena fe objetiva no es más que un método para evaluar la fe de un sujeto. No obstante, el autor sugiere que una auténtica buena fe (que para él es subjetiva) implica no sólo un comportamiento conforme a la norma, sino también una convicción. El autor declara expresamente que el comportamiento siempre está ligado a la convicción y, de hecho, deriva de ésta. PEÑAILILLO (1993), pp. 69-71 y PEÑAILILLO (2003), pp. 52 y 53.

En una aproximación diversa, Guzmán, si bien también afirma que la buena fe es una sola, estima que siempre es objetiva. En su visión, la “conciencia” con que se asocia la llamada “buena fe subjetiva” debe apreciarse a la luz del comportamiento del agente. Si la conducta del agente es irregular, entonces deberá tener conciencia de su contravención a las exigencias de la buena fe. Si no tiene tal conciencia, ello será porque ha padecido un error de hecho, el que sólo hará subsistir la buena fe en caso de que sea excusable (excusabilidad que, a su vez, se deberá apreciar objetivamente). GUZMÁN (2002), p. 22.

³ Sobre esta noción, STORME (2003), p. 3; HESSELINK (2011), p. 621; BIANCA (2000), p. 503; EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 144 y 180; y, SCHOPF (2018), pp. 113-117. En una aproximación diversa, Betti distingue entre *correttezza* y *buona fede*. Según el jurista

En este sentido, se asumirá que la observancia de la buena fe supone la adecuación de la conducta de cada parte a un modelo abstracto de comportamiento (el de una persona media razonable que actúa leal y rectamente), con independencia de las motivaciones o convicciones que, en los hechos, determinen que la conducta adoptada sea conforme o no a la norma⁴.

Desde una perspectiva histórica, la buena fe hunde sus raíces en el derecho romano, especialmente en relación con la *exceptio doli* y la *formula* asociada a los contratos consensuales⁵.

Con el fin de hacer frente a los rigores de los *iudicia stricti iuris*, la *exceptio doli* fue una cláusula incorporada por el pretor, a petición del demandado, en la fórmula que definía el asunto a ser juzgado por el juez. La cláusula, especialmente operativa en casos de *stipulatio*, decía *si in ea re nihil dolo malo a' a' factum sit neque fiat*⁶. Fue sobre todo la segunda alternativa (*neque fiat*) la que hizo de la *exceptio doli* un poderoso instrumento al servicio de la justicia, pues colocó el acento no tanto en la conducta del demandante, sino en la inequidad que se provocaría de ser acogida la acción. Mediante esta alternativa de la *exceptio doli*, conocida usualmente como *exceptio doli generalis*, se atribuía al juez cierta medida de discreción para resolver el caso acorde con lo que pareciera razonable y justo, delimitando, de esta manera, el ejercicio de los derechos del demandante⁷.

En el caso de los contratos consensuales⁸, la referencia a la buena fe fue expresa. La fórmula aplicable a este tipo de contratos instruyó la condena al demandado en *quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona*⁹. En consecuencia, la buena fe operó como una exigencia de reciprocidad y justicia material conforme con la cual la disputa debía ser decidida, dando lugar a los denominados *bonae fidei iudicia*¹⁰. Muchas de

italiano, la *correttezza* sólo operaría en sentido negativo, imponiendo fundamentalmente el deber de no lesionar el interés ajeno; la *buona fede*, en cambio, podría operar también en sentido positivo, imponiendo deberes de actuación dirigidos a salvaguardar el interés del otro, cooperando así a su satisfacción. BETTI (1953), p. 63.

⁴ HESSELINK (2011), pp. 619 y 620; BIANCA (2000), p. 500; DIEZ-PICAZO (1996), p. 50; y, CORRAL (2018), p. 32.

⁵ WHITTAKER y ZIMMERMANN (2000), pp. 16-18.

⁶ Gai. 4, 119.

⁷ WHITTAKER y ZIMMERMANN (2000), p. 16.

⁸ En el derecho romano, el concepto de contrato consensual quedó reducido a cuatro contratos: la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato. GUZMÁN (1996), p. 120 y D'ORS (2004), pp. 550-554.

⁹ Al respecto, GUZMÁN (1996), pp. 105-108 y GUZMÁN (2002), pp. 12-14.

¹⁰ D'ORS (2004), p. 545 y BIANCA (2000), p. 504. En estos juicios ya no era necesario insertar excepciones en la fórmula, pues éstas podían hacerse valer directamente *apud iudicem*. D'ORS (2004), p. 140.

las instituciones del moderno derecho de contratos, como los vicios de error y fuerza, los vicios redhibitorios en la compraventa, la indemnización por evicción, entre otras, encuentran su origen en los *iudicia bonae fidei* del derecho romano, manteniéndose posteriormente, bajo el alero de la *aequitas*, durante toda la edad media y el período moderno temprano¹¹.

En la actualidad se afirma que la buena fe, en la mayoría de los sistemas jurídicos de inspiración continental¹², desempeña fundamentalmente tres funciones institucionales:

- 1) sirve como criterio de interpretación y concretización de normas (*adiuvare*);
- 2) opera como fuente suplementaria de deberes de conducta (*supplere*); y,
- 3) permite la delimitación del ejercicio de los derechos subjetivos o incluso la corrección de su contenido (*corrigerere*)¹³.

Llevado ello al derecho de contratos, la buena fe serviría como criterio orientador de la interpretación del sentido y alcance de las cláusulas de un contrato; como fuente material de deberes de conducta en las distintas etapas del iter contractual; y, como criterio que permite la delimitación del ejercicio de derechos, prerrogativas o remedios contractuales, o incluso la corrección del contenido del contrato¹⁴.

Por cierto, la nomenclatura aquí utilizada, si bien difundida, no es la única existente¹⁵. En particular, la función suplementaria a veces es refe-

rida como integradora, aludiéndose así, fundamentalmente, a la función desempeñada por la buena fe en la determinación del contenido de un contrato¹⁶. Tal función integradora del contenido del contrato serviría tanto para la determinación de la prestación debida como para la creación de deberes secundarios de conducta¹⁷. En la práctica, una noción tan amplia de integración puede conducir a ciertas dificultades a la hora de distinguir entre ella y la interpretación del sentido y alcance de sus cláusulas, sobre todo en lo que se refiere a la determinación de la prestación debida¹⁸.

En opinión del autor, la expresión *función suplementaria* presenta una ventaja comparativa que justifica su preferencia respecto de la expresión *función integradora*: la primera, al no presuponer un contrato ya celebrado, confiere un ámbito de aplicación más amplio a la buena fe como fuente material y subsidiaria de deberes de conducta, permitiendo explicar, por ejemplo, la exigibilidad de deberes precontractuales o postcontractuales.

Desde otro punto de vista, las funciones de la buena fe podrían ser reformuladas en la interpretativa/concretizadora, la suplementaria, la limitativa y la propiamente correctiva¹⁹. Después de todo, la delimitación de las condiciones de ejercicio de un derecho subjetivo y la eventual corrección de su contenido son dos fenómenos diversos²⁰.

desempeña las siguientes funciones: suplementaria, limitativa y correctiva. WHITTAKER y ZIMMERMANN (2000), pp. 24-26. En Italia, Gallo estima que la buena fe, en materia contractual, desempeña una función integrativa, limitativa y correctiva del contenido de un contrato. GALLO (2017), p. 634. A estas funciones habría que añadir la función que desempeña en la interpretación del contrato *ex* artículo 1366 del *Codice Civile*. Respecto de esta última, BIANCA (2000), pp. 422-425. En España, a partir de los artículos 7.º, 1258 y 1.4 del *Código Civil*, Carrasco sugiere que la buena fe desempeña tres funciones: integradora, limitativa e interpretativa. CARRASCO (2017), pp. 507-509 y 512. En una línea similar, Diez-Picazo afirma que “[e]n un sentido muy amplio, podemos esbozar tres vías de concreción: como un canon o criterio hermenéutico; como un criterio de conducta conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones; como un canon o criterio al que debe someterse el ejercicio de los derechos subjetivos”. DIEZ-PICAZO (1996), p. 50. En Chile, Boetsch atribuye cinco funciones a la buena fe contractual: integradora, correctora, modificadora, extintiva e interpretativa. BOETSCH (2015), pp. 93-112.

¹⁶ En Italia es bien conocida la denominada *funzione integrativa* de la buena fe. BIANCA (2000), pp. 500-504 y GALLO (2017), pp. 637-647. También en España se suele aludir a la función que la buena fe desempeña en la integración del contenido del contrato. CARRASCO (2017), p. 507. Atendida la influencia que el Código de Bello –y, en particular, el artículo 1546– ha tenido en diversos sistemas jurídicos latinoamericanos, la función integradora resulta también bastante difundida en esta parte del mundo. EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 142 y 184-188.

¹⁷ DIEZ-PICAZO (1996), pp. 50 y 51.

¹⁸ EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 188 y 189.

¹⁹ Esta distinción se ha hecho, por ejemplo, en Bélgica. HESSELINK (2011), pp. 625 y 626.

²⁰ Distinguiendo también entre las funciones limitativa y correctora, WIEACKER (2019), p. 36; WHITTAKER y ZIMMERMANN (2000), pp. 24-26; y, STORME (2003), pp. 4 y 5. Este autor,

¹¹ ZIMMERMANN (2009), pp. 74 y 75 y WHITTAKER y ZIMMERMANN (2000), pp. 16-18.

¹² En lo que concierne a los sistemas jurídicos que adscriben al *common law*, la atribución de funciones institucionales a la buena fe ha sido dispar. Mientras en el derecho inglés existe cierta reticencia a la utilización de un estándar tan vago y riesgoso para la seguridad jurídica y la libertad contractual (ZIMMERMANN [2009], p. 75), en el derecho estadounidense la buena fe encuentra consagración tanto en el derecho estatutario (concretamente, en el *Uniform Commercial Code*) como en el *common law* (véase *Restatement [second] of contracts*). Al respecto, para una revisión crítica y propositiva de la regulación, BURTON (1994), pp. 1533-1564.

¹³ HESSELINK (2011), p. 627; STORME (2003), p. 4; y, EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), p. 184.

¹⁴ Así, por ejemplo, el artículo 1:102 (1) de los PECL dispone que “las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios” (función limitativa). Luego, el artículo 1:201 del mismo instrumento señala que “[c]ada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe” (función suplementaria). Más adelante, el artículo 5:102 establece que “[p]ara interpretar el contrato se atenderá en especial a lo siguiente: [...] (g) Las exigencias de la buena fe” (función de criterio de interpretación)

¹⁵ Al respecto, HESSELINK (2011), pp. 624-627. Sabido es que Wieacker, siguiendo algunos planteamientos de Siebert, distingue entre la función concretizadora, la limitativa y la correctiva. WIEACKER (2019), p. 36. Por su parte, Whittaker y Zimmermann estiman que la buena fe, al menos en el ordenamiento alemán y bajo el parágrafo 242 BGB,

Finalmente, es posible defender que las funciones de la buena fe son en realidad tres:

- 1) interpretativa/concretizadora;
- 2) suplementaria; y,
- 3) propiamente correctiva.

En efecto, la denominada función limitativa impone al titular de un derecho subjetivo ciertos deberes negativos o prohibiciones para el ejercicio de su derecho que perfectamente pueden ser incardinados en la función suplementaria²¹.

Siguiendo este último esquema (que distingue entre funciones interpretativa/concretizadora, suplementaria y propiamente correctiva), este trabajo se referirá fundamentalmente a la función suplementaria y estará estructurado del siguiente modo: en primer lugar, se pondrán de relieve las ventajas y desventajas que involucra el reconocimiento de tal función, presentando una serie de argumentos estereotipados que sirven para su admisión o rechazo; en segundo lugar, procurando delimitar los riesgos asociados a la práctica de la referida función, se presentará un catálogo no taxativo de deberes de conducta que encuentran su fuente material en la buena fe y que hoy en día están consagrados en diversos instrumentos de armonización, indicándose, en cada caso, su actual o potencial reconocimiento en Chile; y finalmente, se expondrán las conclusiones.

Un trabajo como este encuentra justificación en Chile, pues, si bien existen sustantivos avances en torno a las funciones desempeñadas por la buena fe y sus límites²², todavía falta concreción a la hora de ensayar catálogos de deberes de conducta derivados de la función suplementaria y atisbar su reconocimiento actual o potencial en el sistema nacional. Insistir en tal ejercicio de concreción es relevante, pues un catálogo más amplio y definido de deberes de conducta podría servir como guía o pauta de orientación para la jurisprudencia, delimitando, de esa manera, el riesgo de arbitrariedad judicial que subyace a la atribución de funciones institucionales a un estándar tan genérico e indeterminado como la buena fe.

A mayor abundamiento, este trabajo, junto con presentar un panorama general más completo que el que hasta ahora se divisa en la doctrina nacional en torno a la función suplementaria de la buena fe, examina cuestiones que no han recibido atención sustantiva o suficiente y que resultan de alto interés práctico, como ocurre, ejemplarmente, con el encuadramiento en

no obstante, se refiere a la función limitativa como función correctiva y a la correctiva como modificativa. STORME (2003), pp. 4 y 5.

²¹ En similar sentido, STORME (2003), p. 5.

²² BOETSCH (2015), pp. 93-112 y EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 175-200.

las reglas y principios del CC de los deberes de transparencia y de utilizar cláusulas no negociadas de contenido equilibrado²³.

I. VENTAJAS Y DESVENTAJAS ASOCIADAS AL RECONOCIMIENTO DE LA FUNCIÓN SUPLEMENTARIA DE LA BUENA FE

Auer, en un famoso e interesante estudio, afirma que la discusión en torno a la atribución de funciones institucionales a la buena fe puede reducirse a unos pocos pares de argumentos estereotipados que compiten entre sí, perfilándose estructuras discursivas bastante definidas y con igual grado de validez formal. Según la autora, sin perjuicio de eventuales matices o adaptaciones, el grupo de argumentos favorables a la buena fe puede utilizarse para justificar, sea separada, sea conjuntamente, las funciones institucionales que se le puedan atribuir. Por su parte, el grupo de argumentos desfavorables a la buena fe no sólo puede utilizarse para rechazar su consagración en el ordenamiento jurídico respectivo, sino también, en una medida más mesurada, para restringir o delimitar algunas funciones institucionales que esta pueda cumplir en él²⁴.

Centrando la atención en la función suplementaria, los argumentos que típicamente se aducen para su justificación son:

- 1) la imposición de deberes de conducta con base en la buena fe contribuye a resguardar el trato justo (*fair dealing*) en las negociaciones precontractuales y en el contenido de los contratos;
- 2) la referida imposición permite, además, una tutela más eficaz de los legítimos intereses de cada parte contra comportamientos oportunistas o de mala fe de la otra;
- 3) la determinación del contenido del contrato a la luz de las exigencias de la buena fe permite una protección más eficaz de las expectativas razonables de las partes;
- 4) la determinación del contenido del contrato conforme con las exigencias de la buena fe permite que las partes eviten el costo de discutir, diseñar e incorporar cláusulas que regulen todas las eventualidades imaginables que podrían suscitarse durante la ejecución del acuerdo;

²³ Al respecto, conviene tener presente que la contratación por adhesión a cláusulas no negociadas constituye un fenómeno que va más allá de los ámbitos de aplicación de los controles de incorporación y contenido contemplados en la LPDC, siendo, por tanto, necesario (y útil) mostrar en qué sentido algunas reglas y principios del CC podrían resultar adecuados para hacer frente a algunos problemas que se presentan en tal ámbito y que no se encuentran resueltos por la referida ley ni por la ley n.º 20416.

²⁴ AUER (2017), pp. 181-206.

- 5) reconocer a la buena fe una función suplementaria dota al derecho contractual de un grado razonable de flexibilidad para alcanzar soluciones equitativas en el caso concreto;
- 6) la función suplementaria de la buena fe permite proteger aquellos intereses que, pese a su legitimidad y merecimiento de tutela jurídica, no están adecuadamente resguardados por reglas o doctrinas específicas, aumentando, por esta vía, la racionalización y estabilidad generales del derecho de contratos; y,
- 7) la función suplementaria permite un crecimiento sostenido del derecho contractual y su adecuada adaptación a las necesidades comerciales y éticas del tráfico²⁵.

Por su parte, en contra de la atribución de una función suplementaria a la buena fe suele aducirse que:

- 1) la imposición de deberes de conducta no contemplados expresamente por la ley o el contrato no encuentra justificación en el derecho de contratos, pues este no reconoce un principio general de justo trato ni de justicia material;
- 2) las partes, por regla general, tienen libertad para actuar dentro de la esfera de los derechos y deberes que la ley o ellas mismos han creado, sin que se justifique la imposición de deberes adicionales, no expresamente reconocidos, que coarten la conducta de alguna de ellas;
- 3) el contenido del contrato debe determinarse a partir de lo pactado por las partes, respetando el ejercicio de autonomía privada por ellas realizado;
- 4) la imposición de deberes adicionales con un afán de mayor equidad y completitud del contenido del contrato puede desvirtuar el acuerdo alcanzado, causando costos adicionales e imprevisibles a las partes contratantes;
- 5) atribuir una función suplementaria a la buena fe acarrea un importante riesgo de arbitrariedad y sesgos judiciales;
- 6) en aras de una mayor certeza jurídica, las vicisitudes que puedan generarse durante la ejecución del contrato deben encontrar su solución en las reglas o doctrinas consolidadas que sean aplicables, por muy favorables o desfavorables que ellas puedan ser para los intereses de alguna de las partes; y,
- 7) otorgar a los jueces una discrecionalidad ilimitada puede conducir a una legislación judicial ilegítima²⁶.

²⁵ Cfr. AUER (2017), pp. 202 y 203.

²⁶ Cfr. AUER (2017), pp. 203 y 204.

En opinión del autor, es claro que atribuir a la buena fe una función suplementaria involucra riesgos importantes contra la seguridad jurídica y la autonomía privada. En concreto, las genéricas máximas de lealtad y corrección en el comportamiento podrían dar pie para desvirtuar el sentido del acuerdo expresamente alcanzado en un contrato y justificar la imposición de los más variados y caprichosos deberes de conducta²⁷. Como indica Gallo,

“[i]l rischio è peraltro che si possa eccedere trasformando el principio di buona fe in una sorta di vaso di Pandora, dal quale far scaturire le soluzioni più disparate”²⁸.

No obstante, el papel que ha desempeñado la buena fe en el desarrollo normativo y dogmático del moderno derecho de contratos resulta indesmentible. En términos generales, las funciones institucionales atribuidas a la buena fe por diversos sistemas jurídicos, de la mano de judicaturas maduras y conectadas con la realidad social, han permitido la adaptación del derecho de contratos a los requerimientos comerciales y éticos del tráfico jurídico contemporáneo²⁹. En particular, en lo que atañe a la función suplementaria, la buena fe ha servido de sustento para el reconocimiento y desarrollo dogmático de numerosos y variados deberes de conducta que, según se verá, están expresamente reconocidos en el moderno derecho de contratos³⁰.

En lo que atañe al déficit de legitimidad, este resulta más aparente que real desde un doble punto de vista. En primer lugar, si bien es cierto que la sentencia judicial –que sería la verdadera fuente formal de las normas *derivadas* de la buena fe– por regla general no constituye una fuente formal que manifieste un ejercicio democrático del poder político, la premisa de que la única función de los jueces es aplicar el derecho positivo ha sido fuertemente rebatida³¹, afirmándose que la buena fe –al igual que otros

²⁷ En Chile, el riesgo de inasibilidad de la buena fe es puesta de manifiesto en DE LA MAZA y VIDAL (2017), p. 24.

²⁸ GALLO (2017), p. 627.

²⁹ SCHOPF (2018), pp. 129, 141 y 142.

³⁰ LARENZ (1985), p. 96; STORME (2003), p. 6; y, LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), pp. 438 y 439.

³¹ Famosa en Chile es la discusión a este respecto entre Atria y Bulygin. Según Atria, en una visión que el autor de este trabajo no comparte, no es del todo correcta la distinción entre producción y aplicación del derecho para distinguir las funciones institucionales del poder legislativo y del poder judicial. La diferencia, en su opinión, se encontraría en que el legislador, mediante la discusión y aprobación de leyes, justifica las normas que produce, mientras que el juez no está facultado para objetar tal justificación, debiendo aplicar las normas producidas por aquel. Según el jurista chileno, en el caso de lagunas normativas, el juez debe rechazar la demanda, pues no existe una norma que lo autorice a condenar al

principios generales del derecho— permite que el juzgador, mediante la producción de nuevas normas, integre los vacíos legales y/o contractuales, brindando una solución al caso particular³². En segundo lugar, suelen ser los propios ordenamientos jurídicos los que atribuyen una función suplementaria a la buena fe (sea de aplicación general o acotada a la integración del contenido del contrato), dotando al juez de facultades para concretar sus exigencias³³.

En el cometido de esta función, los jueces, por lo general, han estado sometidos a los límites del derecho positivo y del razonamiento jurídico, sin que pueda apreciarse una real invasión en las esferas de otros poderes del Estado³⁴. En este sentido, el límite esencial que a este respecto han de observar los jueces consiste en “fundamentar debidamente su solución en el contexto del ordenamiento jurídico respectivo”³⁵.

Como es evidente, una mera alusión a la buena fe como fuente material de los deberes no constituye una fundamentación suficiente. Idealmente, el juez debiese referir los valores y principios que, manifestados en el respectivo sistema jurídico, justifican la decisión. Para estos efectos, podría resultar útil que el juzgador identifique los valores y principios constitucionales que orientan su decisión, los principios informadores del

demandado. La función del juez no sería otra que declarar que los hechos operativos de una norma han sido realizados y por consiguiente su consecuencia normativa es debida. Si no existe tal norma, no hay nada debido. En otras palabras, el juez no estaría facultado para construir una norma general y luego aplicarla al caso concreto. ATRIA (2005), pp. 15-27. Por su parte, Bulygin afirma que, salvo en materia penal (en que el principio de legalidad, al operar como una norma general que ordena que nadie puede ser condenado por un hecho que no haya sido legalmente caracterizado como delito con anterioridad a su perpetración, excluye la existencia de lagunas normativas), si una demanda es rechazada por la inexistencia de una norma que obligue a condenar al demandado es justamente porque el juez, en la parte considerativa de su sentencia, construye la norma general de que no existe una obligación de realizar la conducta requerida por el demandante (norma de permisión). Esa norma no existe previamente en el ordenamiento jurídico. Además, según el jurista argentino, no existe realmente una obligación de rechazar la demanda ante un caso que no esté regulado por una norma general preexistente, pues tanto la decisión de rechazarla como la de acogerla se sustentarían, en definitiva, en normas generales construidas por el propio juez, lo que demuestra que este es soberano para decidir cuál es la solución aplicable. A mayor abundamiento, Bulygin sostiene que las normas generales que crea un juez para los casos en que no exista una norma general preexistente, si bien resultan obligatorias solamente para las partes, constituyen precedentes que, eventualmente, pueden dar pie a líneas jurisprudenciales en el evento de que tales normas sean también aplicadas por otros tribunales. De darse este último escenario, según el jurista argentino, podría afirmarse la existencia de una norma general de origen jurisprudencial. BULYGIN (2005), pp. 29-44.

³² En similar sentido, EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 159-162.

³³ HESSELINK (2011), pp. 636, 645 y 646

³⁴ En similar sentido, AUER (2017), p. 201 y EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 178 y 201.

³⁵ EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), p. 201.

sector del ordenamiento jurídico en que se enmarca el conflicto que sean funcionales para su resolución, así como también las eventuales reglas específicas que estén inspiradas en tales principios y puedan servir como base para la construcción de una regla implícita³⁶.

En suma, tal como afirma Schopf,

“al insertar una cláusula general como la buena fe contractual en el conjunto de normas que configuran el derecho de contratos, el legislador traspasa o delega en la judicatura la tarea de determinar en concreto, y de acuerdo con un conjunto de valores y fines previamente definidos, los deberes de conducta y demás efectos jurídicos específicos que rigen una determinada relación contractual”³⁷.

II. DEBERES DE CONDUCTA DERIVADOS DE LA BUENA FE

1. Preliminar

Dado que la buena fe es una norma de conducta de contenido poco definido y que los deberes que derivan de ella responden a las necesidades comerciales y éticas del tráfico (que son variables), la fecundidad de la función suplementaria parece, a primera vista, ilimitada, generando ello un importante riesgo de falta de certeza jurídica. En este orden, la identificación de deberes de conducta que respondan a desarrollos dogmáticos comparados y encuentren consagración en instrumentos de armonización constituye una vía atractiva para conciliar los valores de adaptabilidad y seguridad. En concreto, la presentación de deberes de conducta expresamente reconocidos por los referidos instrumentos podría servir a la judicatura como un insumo revestido de *autoritas* y densidad dogmática suficientes para una práctica equilibrada y razonable de la función suplementaria atribuida a la buena fe.

Cabe advertir que este trabajo no persigue realizar un análisis exhaustivo de los deberes de conducta que, consagrados en los instrumentos de armonización, constituyan desarrollos dogmáticos derivados de la buena fe³⁸. Tampoco se pretende agotar la operatividad de la función suplemen-

³⁶ Para una mayor indagación sobre este extremo, con referencia a otros posibles métodos de fundamentación, EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 201-207.

³⁷ SCHOPF (2018), p. 142.

³⁸ Así, por ejemplo, no se tratará aquí el deber de no aprovecharse injustamente de la dependencia, confianza, dificultades económicas, necesidades urgentes, falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de poder negociador de la otra parte al momento de la celebración de un contrato (artículos 3.10 de los PICC, 4:109 de los PECL, II.-7:207 del

taria en el sistema jurídico chileno. El objetivo no es más que identificar algunos deberes que resultan muy valiosos para el moderno derecho de contratos y vislumbrar su reconocimiento actual o potencial en el sistema jurídico nacional.

El referido objetivo, si bien modesto, no sólo no ha sido hasta ahora satisfecho en Chile, sino que, además, presupone tratar algunas temáticas a las que la doctrina nacional ha prestado nula o muy escasa atención, como ocurre, ejemplarmente, en lo relativo al encuadramiento de los deberes de transparencia y de no utilizar cláusulas no negociadas de contenido desequilibrado en las reglas y principios del CC.

Antes de comenzar el análisis de los deberes seleccionados, conviene hacer presente que, aunque el Código de Bello únicamente reconozca una función integradora del contenido del contrato (*ex* artículo 1546)³⁹, gran parte de la doctrina y cierta jurisprudencia estiman que la buena fe es un principio general del derecho⁴⁰, cumpliendo diversas funciones a lo largo de todo el iter contractual⁴¹. En su calidad de principio general, la

DCFR y 37 de los PLDC), ni tampoco el deber del acreedor de cooperar con la ejecución de la prestación del deudor en los casos y en la medida en que dicha colaboración sea razonable esperable para tal ejecución (artículos 5.1.3 de los PICC, 1:202 de los PECL, 7:104 de los ACQP y III.-1:104 del DCFR).

En relación con la lesión, pese a existir doctrina autorizada en contrario (DUCCI [2007], pp. 263-269 y LÓPEZ [2015b], pp. 157-164), la jurisprudencia nacional ha estimado que la adaptación o rescisión por lesión no es procedente más allá de los casos expresamente regulados en el CC. En lo que atañe al deber de cooperación y la buena fe como base para su reconocimiento en el sistema jurídico chileno, PRADO (2015), pp. 134-143 y SAN MARTÍN (2015), pp. 149-152.

³⁹ En relación con los antecedentes históricos y el sentido dogmático del artículo 1546 del CC, especialmente en lo que atañe a “las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación”, GUZMÁN (2002), pp. 11-23.

⁴⁰ FUEYO (1990), pp. 144-146; BOETSCH (2015), pp. 45, 87 y 88; LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), pp. 426-430; y, DUCCI (2007), p. 31. En una aproximación más mesurada, hay quienes solamente afirman que la buena fe es un principio informador del ordenamiento jurídico. CORRAL (2018), pp. 31 y 32. En la jurisprudencia, entre otras numerosas sentencias que tratan a la buena fe como un principio, véanse F. J. con Canteras Lonco S.A. (2011); Muebles López & López Limitada con Banco Itaú Chile (2014); P. G. y otro con Banco Security (2019); y, B. J. con Municipalidad de Valparaíso (2020).

⁴¹ Según Fueyo, la buena fe “desempeña el papel de fuente de norma positiva y de fijación de los límites de esta última. Es al mismo tiempo fuente de interpretación de la norma, dándole mayor o menor extensión, según el caso”. FUEYO (1990), p. 153. Para un análisis más acabado, BOETSCH (2015), pp. 93-132 y LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), pp. 438-460. Véase también EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 175-200 y CORRAL (2007), pp. 146-152. En la jurisprudencia, véase especialmente Muebles López & López Limitada con Banco Itaú Chile (2014). En términos más concretos, la jurisprudencia ha asignado numerosas y diversas funciones a la buena fe, utilizando el principio en cuestión para, entre otras cosas, reforzar la fuerza obligatoria del vínculo contractual; imponer deberes adicionales a la prestación

buena fe permitiría integrar los vacíos legales y/o contractuales *ex* artículo 170 n.º 5 del *Código de Procedimiento Civil*, haciendo efectiva la garantía de inexcusabilidad que han de observar los tribunales⁴².

2. Deberes precontractuales de conducta

a) Deber de negociar correcta y lealmente

El deber general de observar las exigencias de la buena fe durante las tratativas preliminares ha sido reconocido en diversos sistemas de derecho continental⁴³. Entre los instrumentos de armonización, una tipificación clara de este deber se encuentra, por ejemplo, en el artículo II. – 3:301 (2) del DCFR:

“a person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract”⁴⁴.

Aunque el deber de negociar de buena fe esté orientado a resguardar la legítima confianza que el estado avanzado de una negociación podría suscitar en una de las partes en cuanto a que existe una probabilidad alta de concluir el contrato⁴⁵, ello no significa que las partes tengan efectivamente el deber de concluirlo, pues, salvo que ya exista una oferta irrevocable, su libertad en este extremo es absoluta (artículos 2.1.15 [1] de los PICC,

debidamente; determinar la calificación jurídica del contrato celebrado; interpretar el sentido y alcance de las cláusulas; morigerar el sentido literal de las cláusulas; determinar el contenido del contrato; y, facilitar la prueba de un contrato. Al respecto, CORRAL (2007), pp. 152-165.

⁴² EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), p. 195 y FUEYO (1990), pp. 160-162.

⁴³ Artículos 1337 del *Codice Civile*, 227 del *Código Civil* portugués, 197 del *Código Civil* griego, 1104 y 1112 del *Code Civil* y § 311.2 (1) del BGB. Al respecto, BEALE *et al.* (2019), pp. 423-427.

⁴⁴ Sin perjuicio de ello, en el ámbito de los instrumentos de armonización, la primera regulación de la responsabilidad por infracción al deber de negociar correcta y lealmente se encuentra en los PICC (actualmente el artículo pertinente es el 2.1.15 [2]), aunque bajo el rótulo de *negotiations in bad faith*. En todo caso, el “deber de no negociar de mala fe” ha sido entendido como una concreción del deber de buena fe y trato justo establecido en el 1.7 de los PICC, de modo que la formulación negativa contemplada en el referido artículo 2.1.15 (2), aunque ha generado alguna duda, no ha aparejado una interpretación restrictiva predominante. A mayor abundamiento, aunque los PECL, los ACQP y los DCFR se refieren, con mejor técnica, a la responsabilidad por infracción al deber de negociar conforme con la buena fe y el trato justo, la regulación de los PICC ciertamente influyó en ellos y les sirvió de base. BABUSIAUX (2018a), pp. 360-362 y ZULOAGA (2015a), pp. 351-354.

⁴⁵ Al respecto, INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012), p. 71; BABUSIAUX (2018a), p. 364; DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 22-25; BARROS (2020), pp. 1119-1124; y, LÓPEZ (2019a), pp. 66 y 67.

2:301 [1] de los PECL, 2:103 [1] de los ACQP, II. – 3:301 [1] del DCFR y 10 de los PLDC)⁴⁶. No obstante, en caso de que una parte hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte (artículos 2.1.15 [2] de los PICC, 2:301 [2] de los PECL, 2:103 [2] de los ACQP, II. – 3:301 [3] del DCFR y 11 [1] de los PLDC)⁴⁷. Estará especialmente obligado a esta reparación quien entable negociaciones o prosiga en ellas sin una verdadera intención de llegar a un acuerdo con la otra parte (artículos 2.1.15 [3] de los PICC, 2:301 [3] de los PECL, 2:103 [3] de los ACQP, II. – 3:301 [4] del DCFR y 11 [2] de los PLDC)⁴⁸.

En un sentido amplio, son varias las conductas que pueden estimarse contrarias al deber de negociar de buena fe, destacando entre ellas:

- 1) negociar sin intención de concluir un contrato;
- 2) sostener negociaciones paralelas aparentando en alguna de ellas que existe exclusividad;
- 3) retirarse o interrumpir injustificada o intempestivamente una negociación ya avanzada;
- 4) inducir consciente o negligentemente a otro, sin advertencia alguna, a la celebración de un contrato nulo; y,
- 5) revelar a terceros información confidencial⁴⁹.

118

⁴⁶ BEALE *et al.* (2019), p. 431; ZULOAGA (2015a), p. 357; DE LA MAZA (2020), pp. 128 y 129; DOMÍNGUEZ *et al.* (1998), p. 181; y, DOMÍNGUEZ (2020), p. 88. En alguna medida, esta absoluta libertad resguarda un adecuado funcionamiento de la libre competencia. INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012), p. 69. No obstante, existen algunos sistemas de derecho continental en que la infracción al deber de negociar de buena fe podría eventualmente llevar a una orden judicial de concluir el contrato. BEALE *et al.* (2019), p. 466.

⁴⁷ En la mayoría de los sistemas de derecho continental, los daños resarcibles son los de confianza, consistentes, fundamentalmente, en los gastos en que incurrió la parte agraviada durante las negociaciones y la eventual pérdida de oportunidad de celebrar el mismo contrato con un tercero. BEALE *et al.* (2019), p. 464; BABUSIAUX (2018a), pp. 371-373; ZULOAGA (2015a), pp. 361 y 362; DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 26 y 27; BARROS (2020), pp. 1117, 1118 y 1120; y, LÓPEZ (2019a), pp. 68 y 69. Véanse también los comentarios oficiales al artículo 2.1.15 de los PICC. INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012), p. 69. Una disposición particularmente clara, que rechaza expresamente la reparación de los *expectation damages* es el artículo 11 (3) de los PLDC, que dispone “[e]n ningún caso se indemniza la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado”. DE LA MAZA (2020), p. 137. Controvertiendo el punto, especialmente respecto de aquellos casos en que, de no existir la infracción, el contrato habría sido con toda seguridad celebrado, KÖTZ (2017), pp. 35 y 36.

⁴⁸ Un ejemplo de ello consiste en que una parte entre en una negociación con el sólo propósito de obtener información confidencial de la otra parte o de impedirle que contrate con un competidor de aquella. BEALE *et al.* (2019), p. 428 y BABUSIAUX (2018a), p. 368.

⁴⁹ Para una revisión de derecho comparado, doctrina y jurisprudencia, BEALE *et al.* (2019), pp. 427-479. En una aproximación similar, señalando que el deber de negociar correcta y lealmente es un deber general que se concreta en diversos deberes

En un sentido restringido, el deber de negociar de buena fe se traduce en el deber de no retirarse o interrumpir injustificada o intempestivamente una negociación ya avanzada⁵⁰. En general, el punto de no retorno, esto es, el punto en que el retiro o interrupción sin una justificación razonable genera responsabilidad, depende de las circunstancias del caso y, en particular, de la medida en la cual la otra parte, como resultado de la conducta de la primera, tuviera razones para confiar en un desenlace positivo de la negociación, así como también del número de asuntos sobre los cuales ya se hubiese alcanzado un acuerdo⁵¹.

En consecuencia, para que el retiro o interrupción de las negociaciones sea contrario a la buena fe es necesario que se cumplan dos condiciones:

- 1) que el estado de la negociación y la conducta previa de quien se retira o interrumpe las tratativas hayan generado en la otra parte una confianza razonable en que el contrato sería concluido; y,
- 2) que el retiro o interrupción carezca de una justificación razonable⁵².

En todo caso, en un modelo de libre competencia, la sola circunstancia de haberse recibido una mejor oferta podría configurar una justificación razonable, por muy avanzadas que estén las negociaciones⁵³.

En el ordenamiento jurídico chileno, si bien no existe una norma expresa que lo consagre, la jurisprudencia, en varios casos, ha reconocido un deber de negociar correcta y lealmente⁵⁴, señalando en forma explícita que la buena fe es el fundamento de tal deber y también de la responsabilidad precontractual⁵⁵.

119

precontractuales, NASARRE (2012b), pp. 252 y 253. Por cierto, la negociación sin una real intención de celebrar un contrato es el supuesto típicamente regulado como una hipótesis particular (y no única) que genera responsabilidad precontractual. BABUSIAUX (2018a), pp. 367 y 368 y ZULOAGA (2015a), p. 355.

⁵⁰ Al respecto, KÖTZ (2017), pp. 32-39.

⁵¹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012), p. 71. BEALE *et al.* (2019), pp. 463-466.

⁵² BEALE *et al.* (2019), pp. 463 y 464 y BARROS (2020), pp. 1122 y 1123. En similar sentido, ZULOAGA (2015a), pp. 358-360.

⁵³ BEALE *et al.* (2019), p. 465 y ZULOAGA (2015a), p. 360.

⁵⁴ Véase, entre otros, Forestal Bío-Bío S.A. y otra con Madesal y otra (1996); M. C. con Metalúrgica San Vicente Limitada (2011); J. D. con A. A. (2011); U. C. con Corpbanca (2012); Territorio S.A. con Inmobiliaria Leja Limitada y otra (2012); F. P. y otros con Parque Arauco S.A. (2014); y, Constructora Salva S.A. con Fisco (2019), voto de disidencia. Comentando algunos de estos fallos, DOMÍNGUEZ *et al.* (1998), pp. 180-185; SAN MARTÍN (2013), pp. 315-322; BARRIENTOS (2012), pp. 829-847; PRADO (2015), pp. 170 y 171; y, DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 13-27.

⁵⁵ Forestal Bío-Bío S.A. y otra con Madesal y otra (1996); U. C. con Corpbanca (2012); Territorio S.A. con Inmobiliaria Leja Limitada y otra (2012); M. C. con Metalúrgica San Vicente Limitada (2011).

La jurisprudencia, siguiendo a Barrientos⁵⁶, ha precisado que para la configuración de tal responsabilidad es necesario que concurren los siguientes requisitos:

“a) la creación de una razonable confianza en la conclusión o perfeccionamiento del contrato proyectado; b) El carácter injustificado e intempestivo de la ruptura de los tratos preliminares; c) La producción de un daño en el patrimonio de una de las partes y d) La relación de causalidad entre el daño al patrimonio por un lado y la confianza que fue promovida y resultó defraudada por el otro negociante”⁵⁷.

A mayor abundamiento, los tribunales han mostrado preferencia por canalizar la pretensión indemnizatoria bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual⁵⁸, acotándose la reparación a los denominados daños de confianza⁵⁹.

b) Deberes de información

A partir de la segunda mitad del siglo XX comenzó a afirmarse que la existencia de asimetrías informativas justificaba, a la luz de las exigencias de la buena fe contractual, la imposición de deberes precontractuales de información adicionales a los presentes en los códigos decimonónicos⁶⁰. Actualmente, en una aproximación que ha sido criticada, algunos instrumentos de armonización han llegado a consagrar un deber genérico de información⁶¹. En esta línea, el artículo 2:201 de los ACQP,

⁵⁶ BARRIENTOS (2008), p. 51.

⁵⁷ J. D. con A. A. (2011). En similar sentido, Sociedad Comercial Timbres Timbres con Banco Itaú Chile (2018).

⁵⁸ Forestal Bío-Bío S.A. y otra con Madesal y otra (1996); J. D. con A. A. (2011); F. P. y otros con Parque Arauco S.A. (2014); Sociedad Comercial Timbres Timbres con Banco Itaú Chile (2018); e, Inmobiliaria y Administradora CGL con Petrobras Chile Dist. Ltda. (2020).

⁵⁹ Forestal Bío-Bío S.A. y otra con Madesal y otra (1996); J. D. con A. A. (2011); U. C. con Corpbanca (2012); Sociedad Comercial Timbres Timbres con Banco Itaú Chile (2018); y, V. R. con Inmobiliaria e Inversiones R.P.M. (2020).

⁶⁰ SCHULZE y ZOLL (2018), pp. 106 y 107; HESSELINK (2011), p. 628; LLOBET (1996), p. 38; DE LA MAZA (2010a), p. 93; BOETSCH (2015), pp. 116-118; y, MUNITA (2019), pp. 200-202. En relación con los deberes de información atípicos, un completo análisis en DE LA MAZA (2009), pp. 307-393.

⁶¹ En contra de la imposición de un deber de información tan amplio, de la Maza sostiene que los ACQP y el DCFR han extrapolado injustificadamente principios propios del derecho del consumo al derecho civil. DE LA MAZA (2009), pp. 367-369. Además, un deber genérico de información puede desincentivar desproporcionadamente el ejercicio de la iniciativa privada. DE LA MAZA (2009), pp. 360-364. En una línea similar, manifestándose en contra de un deber genérico de información, BARROS (2020), pp. 1128-1130.

fundado dogmáticamente en la buena fe⁶², dispone en términos bastante amplios que

“[b]efore the conclusion of a contract, a party has a duty to give to the other party such information concerning the goods or services to be provided as the other party can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances”.

En la misma línea se mueve el artículo II.-3:101 (1) del DCFR⁶³, que sigue de cerca a los ACQP⁶⁴.

En una aproximación menos ambiciosa, los PICC y los PECL imponen deberes de información a propósito de la regulación del error y el dolo por omisión⁶⁵. En relación con el error, los artículos 3.2.2 de los PICC⁶⁶ y 4:103 de los PECL⁶⁷ contemplan, entre otras, la hipótesis en que,

⁶² En el comentario 3 al artículo 2:101, titulado “In pre-contractual dealings, parties must act in accordance with good faith”, se afirma que: “[t]he duty to act in good faith encompasses the duty of a business to act with the special skill and care that may reasonably be expected to be used with regard, in particular, to the legitimate expectations of consumers”.

⁶³ Article II.-3:101: Duty to disclose information about goods, other assets and services.

(1) Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can [...]. Al respecto, SCHULZE y ZOLL (2018), p. 124. Para una crítica, NASARRE (2012a), pp. 183-185.

⁶⁴ NASARRE (2012a), p. 184.

⁶⁵ DE LA MAZA (2009), pp. 327 y 328.

⁶⁶ Artículo 3.2.2.

(1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y: (a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o (b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún razonablemente de conformidad con el contrato.

(2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si: (a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o (b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo.

⁶⁷ Artículo 4:103: Error esencial de hecho o de derecho

(1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si: (a) (i) el error se debe a una información de la otra parte, (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la

al momento de la celebración del contrato, una de las partes sabe o debe saber que la otra ha incurrido en un error. Si, en contra de las exigencias de la buena fe, tal parte no informa de manera adecuada a la otra para que salga del error, este error, en la medida que sea determinante (3.2.2 [1] de los PICC y 4:103 [1.b] de los PECL), excusable (3.2.2 [2.a] de los PICC y 4:103 [2.a] de los PECL) y ajeno a los riesgos asumidos expresa o tácitamente en el contrato por la víctima (3.2.2 [2.b] de los PICC y 4:103 [2.b] de los PECL), permitirá a anular el contrato. A su turno, en lo que respecta al dolo por omisión, los artículos 3.2.5 de los PICC⁶⁸ y 4:107 de los PECL⁶⁹, junto con la regulación del dolo positivo, se refieren a la hipótesis en que una parte omite dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios a las exigencias de la buena fe, habilitándose a la víctima para anular el contrato. Particularmente ilustrador a este respecto es el artículo 4:107 (3) de los PECL:

“[p]ara determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial: (a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia; (b) el coste de obtener dicha información; (c) si la otra parte podía razonablemente obtener la

víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y (b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.

(2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando: (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias.

⁶⁸ Artículo 3.2.5. Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

⁶⁹ Artículo 4:107: Dolo

(1) Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.

(2) La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.

(3) Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:

- (a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;
- (b) el coste de obtener dicha información;
- (c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y
- (d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte.

información por sí misma, y (d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte”.

Está fuera de duda que los deberes de información, sean genéricos o específicos, están enderezados, fundamentalmente, a reforzar la libertad de conclusión⁷⁰. En esta línea, se ha sostenido que las razones para el establecimiento de deberes precontractuales de información son, en esencia, tres:

- 1) el aseguramiento de las bases indispensables para un ejercicio adecuado de la libertad de elección;
- 2) el aseguramiento de un conocimiento adecuado de los alcances jurídicos y económicos del compromiso; y,
- 3) el aseguramiento de un conocimiento adecuado de las cualidades del bien o servicio ofrecido⁷¹.

Se trata, en suma, de tornar posible la autodeterminación de determinados agentes del mercado⁷².

Con todo, dejando total o parcialmente a un lado el reforzamiento de la autonomía privada, algunos particulares deberes de información se orientan a la protección de la salud, seguridad y bienes de quien pretende adquirir un bien o servicio, como ocurre, por ejemplo, con el deber de suministrar determinada información en el etiquetado de ciertos productos, con el deber de suministrar instrucciones de uso en relación con productos peligrosos y con el deber del vendedor de informar que la cosa entregada pertenece a un tercero o que está afecta a un vicio redhibitorio que conoce o debe conocer⁷³.

En lo que respecta a los remedios, la infracción a deberes de información puede dar lugar a una indemnización de perjuicios y, en hipótesis de

⁷⁰ SCHULZE y ZOLL (2018), p. 106; NASARRE (2012a), p. 185; AUER (2017), p. 191; DE LA MAZA (2009), pp. 62 y 174; DOMÍNGUEZ (2020), p. 90; y, MUNITA (2019), pp. 198 y 199. En lo que respecta a las relaciones de consumo, GARCÍA (2015) p. 822; DE LA MAZA (2010b), p. 39; ISLER (2019), pp. 207 y 208; y, BARRIENTOS (2013), p. 98.

⁷¹ GARCÍA (2015), pp. 825-830.

⁷² Como es sabido, esta aproximación ha sido fuertemente criticada. En concreto, según autorizados estudios de economía conductual, los consumidores y las micro y pequeñas empresas tienen una racionalidad limitada que no les permite llevar a cabo el falaz ideal del *homo economicus*. Al respecto, SIMON (1955), pp. 99-118; SUNSTEIN y THALER (2003), pp. 1159-1202; y, LOEWENSTEIN y O'DONOGHUE (2006), pp. 183-206. Schulze y Zoll sintetizan muy bien el punto en relación al derecho de consumo: “[T]he performance of the information duty is therefore reduced to a formality that has no positive influence on improving the consumer’s actual level of information. The consumer will only become an ‘informed consumer’ in theory, whereas the practical reality is that it will be ‘struck down’ by the information without being able to make actual use thereof”. SCHULZE y ZOLL (2018), p. 111. Véase también MUNITA (2019), pp. 216-217.

⁷³ DE LA MAZA (2009), pp. 174, 175, 196, 243 y 244.

error o dolo omisivo, a la nulidad relativa del contrato⁷⁴. A mayor abundamiento, específicamente en hipótesis de error, un remedio adicional es la adaptación del contrato. En concreto, en caso de que el error haya sido sufrido por una sola de las partes, la adaptación operaría previa propuesta de la otra, la que, en principio, deberá ser aceptada si consiste en la ejecución del contrato en los términos en que el *errans* había entendido el acuerdo (artículos 4:105 [1] de los PECL y II.-7:203 [1] del DCFR). Si el error, en cambio, es compartido, el juez, a petición de cualquiera de las partes, deberá otorgar al acuerdo el sentido que, en buena lógica, estas le habrían dado de no haber existido el error (artículos 4:105 [3] de los PECL y II.-7:203 [3] del DCFR)⁷⁵.

Tal como ocurre en la mayoría de los sistemas jurídicos, en el sistema nacional puede distinguirse entre deberes de información típicos y atípicos. Son típicos aquellos expresamente previstos en el ordenamiento jurídico y atípicos los que impone el juez en concreción de las exigencias de la buena fe⁷⁶. Como deberes típicos de información contemplados en leyes especiales pueden mencionarse, entre otros, los establecidos en los artículos 3.º letra b), 14, 30, 32 y 35 de la LPDC; 10 de la ley n.º 20584; 514 del *Código de Comercio*; y 6.º y 7.º de la ley n.º 20606. Indirectamente, el CC también establece tal clase de deberes, como puede extraerse de la indemnización prevista para casos de evicción (artículos 1849 inciso 2.º, 1930 inciso 4.º y 2188) y de aquella prevista para casos de vicios redhibitorios (artículos 1861, 1933, 2192 y 2203)⁷⁷.

Ciertamente, los deberes que más interesan en este trabajo son los atípicos, pues ellos son los que, al menos desde una perspectiva formal, se enmarcan en la función suplementaria atribuida a la buena fe.

La posibilidad de sustentar deberes precontractuales de información atípicos derivados de la buena fe ha sido reconocida en varias oportunidades por la jurisprudencia⁷⁸. Aquí conviene hacer mención especial a dos casos.

En *Glide Diversiones Ltda. con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A.*⁷⁹, la Corte de Apelaciones de Santiago, sostuvo que existe una

⁷⁴ En lo que atañe a la indemnización, LÓPEZ (2019a), pp. 93-108 y HERNÁNDEZ (2018), pp. 620, 621, 623, 624, 628 y 629.

⁷⁵ Al respecto, LÓPEZ (2019a), pp. 115-121.

⁷⁶ DE LA MAZA (2010a), p. 87.

⁷⁷ LÓPEZ (2019a), pp. 23, 93 y 94.

⁷⁸ Entre otros casos, véanse *Torres con Axa Seguros de Vida S.A.* (2001); *Glide Diversiones Ltda. con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A.* (2007); *Muebles López & López Limitada con Banco Itaú Chile* (2014); *F. P. y otros con Parque Arauco S.A.* (2014); *Sociedad Comercial Timbres Timbres con Banco Itaú Chile* (2018); y, *Constructora Salfa S.A. con Fisco* (2019), voto de disidencia.

⁷⁹ *Glide Diversiones Ltda. con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A.* (2007).

“obligación de informar que surge como una exigencia impuesta por el principio de buena fe” y que tal información se extiende a la “necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad”. Si bien puede sostenerse que la decisión encuentra justificación a la luz de los hechos del caso⁸⁰, los términos de la sentencia son desafortunados, pues pareciera que la Corte, a partir de la buena fe, coligió la existencia de un deber genérico de informar, exigible en abstracto y aplicable incluso en contratos entre partes que se encuentran en un relativo plano de igualdad⁸¹.

Distinta es la aproximación en *Muebles López & López Limitada con Banco Itaú Chile*⁸². En tal caso, la Corte Suprema, en una aproximación que parece más razonable, sostuvo que la buena fe sólo excepcionalmente impone deberes precontractuales de información atípicos. En palabras del máximo tribunal,

“[e]n la etapa previa existen deberes precontractuales que pueden hacerse descansar en la buena fe objetiva, de forma de imponer, *en determinadas circunstancias*, peculiares deberes de información, que aseguren una negociación justa y no basada en un aprovechamiento que el derecho no tolere”⁸³.

En cuanto a las sanciones, no cabe duda de que la infracción a deberes de información puede dar lugar a hipótesis de nulidad relativa por error o dolo (*ex* artículos 1453, 1454, 1455 y 1458 del CC). Es claro también que, si la infracción ha generado perjuicios, habrá derecho a indemnización⁸⁴.

En lo que atañe a la adaptación (remedio acotado a hipótesis de error), es necesario distinguir. Según doctrina autorizada, si el error es unilateral, las exigencias de la buena fe son suficientes para afirmar el deber del *errans* de aceptar la adaptación propuesta por la otra parte cuando tal propuesta consiste en la ejecución del contrato en los términos en que el

⁸⁰ En concreto, *Glide Diversiones Ltda.* había arrendado a *Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A.* un inmueble con la finalidad, explicitada en el contrato, de habilitar y explotar económicamente una cancha de minigolf. Conforme con lo pactado, las autorizaciones administrativas pertinentes debían ser solicitadas por el propio arrendatario. En tal marco, el arrendatario presentó los antecedentes a la Dirección de Obras de la Municipalidad de Vitacura para la aprobación de su proyecto de habilitación de la referida cancha. Su solicitud, sin embargo, fue rechazada, pues el predio no se encontraba urbanizado, no contaba con permiso de edificación ni tampoco con recepción final. Además, una franja del precio estaba sujeta a utilidad pública.

⁸¹ DE LA MAZA (2010a), pp. 93 y 94.

⁸² *Muebles López & López Limitada con Banco Itaú Chile* (2014).

⁸³ *Muebles López & López Limitada con Banco Itaú Chile* (2014).

⁸⁴ *Glide Diversiones Ltda. con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A.* (2007).

errans había entendido el acuerdo. La aceptación, en tal caso, implica una renuncia a la acción rescisoria y la adaptación, en consecuencia, opera extrajudicialmente⁸⁵. A su turno, si el error es compartido, las partes, si no están de acuerdo en el modo en que el contrato debe ser adaptado, podrán facultar al juez para ello⁸⁶. Esta última alternativa, si bien plausible teóricamente, parece difícil de ser llevada a la práctica, máxime teniendo en cuenta la reticencia de los tribunales nacionales a la revisión o adaptación del contenido de un contrato.

c) Deber de confidencialidad

En el curso de una negociación, una parte podría revelar cierta información confidencial que motive o convenza a la otra acerca de la conveniencia de celebrar un contrato. Si tal información corresponde a una idea u obra protegida por una patente, modelo de utilidad, derecho de autor u otro derecho de exclusiva, todo uso inapropiado o divulgación a terceros por parte del destinatario de la información lo hará responsable de indemnizar perjuicios y/o de restituir el enriquecimiento injustificado, todo ello bajo las reglas de los ordenamientos de propiedad industrial e intelectual⁸⁷. Asimismo, si existe un acuerdo expreso o tácito de confidencialidad, entonces habrá un vínculo contractual y la revelación de la información a terceros supondrá un incumplimiento contractual que, en su caso, dará lugar a responsabilidad⁸⁸.

No obstante, si la información revelada no está protegida por un derecho de exclusiva ni tampoco existe una declaración expresa de que la información entregada es confidencial (que daría lugar a un acuerdo tácito de confidencialidad), la buena fe tiene la potencialidad de justificar igualmente la imposición de un deber de no revelar a terceros la información recibida ni utilizarla para fines propios, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no⁸⁹.

Como es evidente, no existe una regla general que imponga que la información recibida deba ser tratada como si fuera confidencial. De hecho, las partes, en su libertad para conducir las negociaciones, pueden decidir qué información intercambiar, de modo que resulta razonable asumir que la información intercambiada puede ser revelada a terceros

⁸⁵ LÓPEZ (2019a), pp. 132-134.

⁸⁶ LÓPEZ (2019a), pp. 134-136.

⁸⁷ BEALE *et al.* (2019), p. 478. Por cierto, el deber de confidencialidad que deriva de la buena fe puede servir como un reforzamiento de la protección dispensada por los ordenamientos de propiedad industrial e intelectual. BABUSIAUX (2018b), p. 376.

⁸⁸ BEALE *et al.* (2019), p. 478 y ZULOAGA (2015b), pp. 367 y 369.

⁸⁹ BEALE *et al.* (2019), p. 478; BABUSIAUX (2018b), p. 379; ZULOAGA (2015b), pp. 366 y 367; y, BOETSCH (2015), p. 118

o incluso utilizada para fines propios, se celebre o no el contrato⁹⁰. De ahí que el deber de confidencialidad sea excepcional, surgiendo cuando, atendida la naturaleza de la información recibida o las calidades de las partes, la revelación a terceros o la utilización en provecho propio después de interrumpir las negociaciones lesione el interés de quien la ha entregado⁹¹. Ejemplos de información cuya naturaleza es potencialmente confidencial son el *know-how*, las estrategias comerciales, las listas de clientes o proveedores, los balances privados y los resultados de una auditoría o investigación⁹². El ejemplo típico en que determinadas calidades personales pueden tornar cierta información confidencial es aquel en que las partes o los terceros que reciben la información son actuales o potenciales competidores⁹³. Otro caso que puede añadirse, derivado también de la calidad de las partes, es el del secreto profesional⁹⁴.

Resulta interesante que la infracción del deber de confidencialidad no sólo puede dar lugar a una indemnización de perjuicios, sino también a una pretensión restitutoria por enriquecimiento injustificado⁹⁵ e incluso a una acción de cesación y prohibición de infracción futura⁹⁶. Estos remedios, por cierto, son de opción de la víctima. Además, la acción de cesación puede acumularse a la indemnizatoria o a la restitutoria⁹⁷.

Asimismo, resulta destacable que el deber de confidencialidad no sólo opera en las tratativas preliminares, sino también, en caso de concluirse el contrato, durante su ejecución y en la etapa postcontractual⁹⁸.

En el ámbito de los instrumentos de armonización, el deber que se está analizando se encuentra en los artículos 2.1.16⁹⁹ de los PICC, 2:302¹⁰⁰

⁹⁰ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012), p. 72 y BABUSIAUX (2018b), p. 378.

⁹¹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012), p. 73. Véase también, BABUSIAUX (2018b), pp. 378 y 379 y ZULOAGA (2015b), pp. 367 y 368.

⁹² BEALE *et al.* (2019), p. 478 y ZULOAGA (2015b), p. 368.

⁹³ BEALE *et al.* (2019), p. 478 y LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 443.

⁹⁴ LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 460.

⁹⁵ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012), p. 73; NASARRE (2012b), p. 258; BABUSIAUX (2018b), pp. 381 y 382; y, ZULOAGA (2015b), pp. 369 y 370.

⁹⁶ BABUSIAUX (2018b), pp. 381 y 382 y ZULOAGA (2015b), p. 370.

⁹⁷ BABUSIAUX (2018b), p. 382.

⁹⁸ LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 460 y NASARRE (2012b), p. 258.

⁹⁹ Artículo 2.1.16. Deber de confidencialidad. Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

¹⁰⁰ Artículo 2:302: Quebrada de la confidencialidad. Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene

de los PECL, II. – 3:302¹⁰¹ del DCFR y 12¹⁰² de los PLDC. En una línea similar, el actual artículo 1112-2 del *Code Civil* dispone que

“[c]elui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l’occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun”.

En el ordenamiento jurídico chileno, salvo algunas reglas especiales¹⁰³, no existe una norma general que consagre un deber de confidencialidad. No obstante, tal deber ha sido reconocido por la doctrina, amparándose en la exigencia de buena fe que rige en la fase precontractual¹⁰⁴. En la jurisprudencia, el sindicado deber ha sido reconocido, *obiter dictum*, en Sociedad Comercial Timbres Timbres con Banco Itaú Chile¹⁰⁵. Más allá, dicho deber ha sido también reconocido en el marco de la relación de confianza que surge entre un abogado y su cliente¹⁰⁶, así como también en materia laboral¹⁰⁷. Con todo, cabe tener presente que el deber de con-

la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte.

¹⁰¹ Article II. – 3:302. Breach of confidentiality.

(1) If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for that party’s own purposes whether or not a contract is subsequently concluded.

(2) In this Article, “confidential information” means information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the party receiving the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the other party.

(3) A party who reasonably anticipates a breach of the duty may obtain a court order prohibiting it.

(4) A party who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach and may be ordered to pay over to the other party any benefit obtained by the breach.

¹⁰² Artículo 12. Deber de confidencialidad Quien recibe información confidencial con ocasión de las negociaciones del contrato no puede usarla ni revelarla, so pena de indemnizar los daños y restituir los beneficios obtenidos.

¹⁰³ Véanse los artículos 42 n.º 6 de la ley n.º 18046 y 164 y 165 de la ley n.º 18045.

¹⁰⁴ BARRIENTOS (2008), pp. 100-109; BOETSCH (2015), p. 118; y, LÓPEZ (2019a), p. 93.

¹⁰⁵ Sociedad Comercial Timbres Timbres con Banco Itaú Chile (2018).

¹⁰⁶ Consejo de la Transparencia con C. M. (2012) y Consejo de Defensa del Estado con M. J., B. Y. y B. E. (2014).

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, se ha reconocido un deber de confidencialidad en relación con las claves dadas por un empleador a una trabajadora para acceder al sistema de la empresa, en V. S. con Forum Servicios Financieros S.A. (2013). No obstante, según consta en el fallo, en el contrato de trabajo constaba expresamente un deber de no divulgar ni compartir con terceros las claves de acceso, de modo que el caso en cuestión no corresponde realmente a uno en que se haya reconocido un deber precontractual de confidencialidad.

fidencialidad, según autorizada doctrina, puede subsumirse en el deber de negociar lealmente¹⁰⁸, el que sí ha sido reconocido en términos más amplios por la jurisprudencia¹⁰⁹.

d) Deber de transparencia

El deber precontractual de transparencia, cuya observancia corresponde a quien se sirve de cláusulas no negociadas, es un deber de alcance amplio, emparentado con los deberes de información, que está orientado a resguardar una adecuada formación del consentimiento y, con ello, un auténtico ejercicio de la libertad de elección por parte de los potenciales adherentes¹¹⁰.

El deber de transparencia, en sentido amplio, se traduce en una serie de deberes más específicos, todos los cuales encuentran sustento en la buena fe contractual¹¹¹: dar al adherente la posibilidad de conocer la existencia y contenido de las cláusulas no negociadas individualmente de forma previa o simultánea a la conclusión del contrato; redactar las cláusulas de manera clara, comprensible, precisa y concreta; destacar las cláusulas que desempeñen un rol importante en la determinación de los alcances económicos y jurídicos del contrato; y, no alterar subrepticamente la relación entre el precio o retribución y el respectivo bien o servicio¹¹².

Técnicamente, el control orientado a resguardar la transparencia del clausulado es el denominado control de incorporación¹¹³. Concebido con alcance amplio, tal control se integra por cargas dirigidas a resguardar la cognoscibilidad, comprensibilidad y razonable previsibilidad del clausulado¹¹⁴.

No obstante, si bien existen sistemas jurídicos en que el referido control tiene un amplio alcance¹¹⁵, los instrumentos de armonización, siguiendo

¹⁰⁸ LÓPEZ (2019a), pp. 21, 91-93.

¹⁰⁹ Véanse, por ejemplo, F. P. y otros con Parque Arauco S.A. (2014) y Constructora Salta S.A. con Fisco (2019), voto de disidencia.

¹¹⁰ En palabras de Pertúñez, “si el cliente no puede evaluar los términos de la operación que está por concluir y por lo tanto comparar las ofertas en competición, faltan las bases mínimas para la operatividad de un mercado en el que pueda desenvolverse la autonomía privada”. PERTÚÑEZ (2004), pp. 28 y 29.

¹¹¹ PERTÚÑEZ (2004), pp. 27 y 28.

¹¹² HERNÁNDEZ y CAMPOS (2020), p. 146 y PERTÚÑEZ (2004), p. 32.

¹¹³ Con todo, al menos en el marco del derecho europeo de contratos, la transparencia es examinada, según el respectivo sistema, ya en el marco del control de incorporación, ya en el de contenido. Al respecto, entre otros, JANSSEN (2018), pp. 275-277.

¹¹⁴ HERNÁNDEZ y CAMPOS (2020), pp. 146-148.

¹¹⁵ En el ámbito portugués, el capítulo II del *Decreto-Lei* N° 446/85, de 25 de octubre de 1985, intitulado “inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares”, regula un control que, sobre la base de los denominados deberes de comunicación e

el modelo de la Directiva 93/13/CEE¹¹⁶, fraccionan el deber de transparencia, evaluando su cumplimiento, en una parte, con ocasión del control de incorporación, y en la otra, con ocasión del control de contenido. En términos más concretos, la posibilidad de conocer la existencia y contenido de las cláusulas no negociadas individualmente de forma previa o simultánea a la conclusión del contrato es evaluada con ocasión del control de incorporación (artículos 2:104¹¹⁷ de los PECL, 6:201¹¹⁸ de los ACQP

información, resguarda no sólo la posibilidad de conocer y comprender el contenido de las cláusulas no negociadas individualmente, sino también su razonable previsibilidad. En el caso estonés, el § 37 de la *Law of Obligations Act*, además de establecer cargas de cognoscibilidad en su apartado primero, dispone en su apartado tercero que “standard terms the contents, wording or presentation of which are so uncommon or unintelligible that the other party cannot, based on the principle of reasonableness, have expected them to be included in the contract or which the party cannot understand without considerable effort are not deemed to be part of the contract”.

¹¹⁶ A la luz de la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado en torno a los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, el cumplimiento del deber de transparencia material no sólo presupone la entrega oportuna de información veraz, suficiente, clara y comprensible en relación con los elementos económicos del contrato, sino también, eventualmente, una adecuada ilustración y advertencia de los riesgos o peligros que entraña el vínculo. Sobre el alcance de este deber en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, CAMPOS (2019), pp. 68-75. En lo que concierne a un eventual deber de advertir e ilustrar los riesgos asociados al contrato, HERNÁNDEZ y CAMPOS (2020), p. 152; PERTÍÑEZ (2013), pp. 4 y 18; y, sobre todo, LÓPEZ (2019b), pp. 937-943. Esta última autora explica que la advertencia consiste en atraer la atención de una de las partes a determinados riesgos o peligros que subyacen a la celebración o ejecución de un contrato.

Desde una perspectiva histórica, cabe referir que el deber relativo a no alterar subrepticamente la relación entre el precio o retribución y el respectivo bien o servicio ha sido denominado deber de transparencia material, y ha dado lugar al denominado control de transparencia material, el cual hunde sus raíces en jurisprudencia alemana de la segunda mitad del siglo XX. PERTÍÑEZ (2004), pp. 113-119 y CÁMARA (2006), pp. 27 y 28.

¹¹⁷ Artículo 2:104: Términos no negociados de manera individual (1) Los términos de un contrato que no hayan sido objeto de negociación individual sólo podrán oponerse contra una parte que no tuviera conocimiento de ellos cuando la parte que los invoca hubiera adoptado medidas suficientes para que la otra parte repare en ellos antes de la conclusión del contrato o en el momento de dicha conclusión. (2) La mera referencia en el texto del contrato a una cláusula, no es suficiente para considerar que se ha destacado de manera conveniente, aunque la otra parte haya firmado el documento.

¹¹⁸ Article 6:201: Acquaintance with terms not individually negotiated (1) Contract terms which have not been individually negotiated bind a party who was unaware of them only if the user took reasonable steps to draw the other party's attention to them before or when the contract was concluded. (2) Terms are not brought appropriately to the other party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document. (3) If a contract is to be concluded by electronic means, contract terms are not binding on the other party unless the user makes them available to the other party in textual form. (4) Consumers are not bound to terms to which they had no real opportunity to become acquainted before the conclusion of the contract.

y II.-9:103¹¹⁹ del DCFR), mientras que la claridad y comprensibilidad en la redacción y, en su caso, el deber de no alterar subrepticamente la relación entre el precio o retribución y el respectivo bien o servicio, con ocasión del control de abusividad (artículos 6:302¹²⁰ y 6:303 [2]¹²¹ de los ACQP y II.- II.-9:402¹²² y II.-9:406 [2]¹²³ del DFCR)¹²⁴.

Cabe destacar que, sin perjuicio de algunas reglas aplicables únicamente en los contratos de consumo (artículos 6:201 [4] de los PECL y II.-9:402 [2] del DFCR), los instrumentos de derecho uniforme exigen la observancia del deber de transparencia en todo contrato al que se pretendan incorporar cláusulas no negociadas, con independencia de la calidad del adherente (sea o no consumidor).

En Chile, el deber de transparencia no encuentra una regulación adecuada ni tampoco la atención de la doctrina. En la LPDC se contemplan algunas modestas cargas de incorporación. El artículo 17 establece, en general, algunas cargas de comprensibilidad (relativas a la legibilidad, idioma y tamaño de letra) que deben cumplir las cláusulas no negociadas para su incorporación en un contrato por adhesión, cualquiera sea la modalidad de contratación que se aplique en el caso particular. Por su parte, el artículo 12 A contempla un par de cargas de cognoscibilidad para la contratación electrónica o bajo cualquiera otra forma de comunicación a distancia¹²⁵.

¹¹⁹ II.-9:103: Terms not individually negotiated. (1) Terms supplied by one party and not individually negotiated may be invoked against the other party only if the other party was aware of them, or if the party supplying the terms took reasonable steps to draw the other party's attention to them, before or when the contract was concluded. (2) If a contract is to be concluded by electronic means, the party supplying any terms which have not been individually negotiated may invoke them against the other party only if they are made available to the other party in textual form. (3) For the purposes of this Article (a) “not individually negotiated” has the meaning given by II. - 1:110 (Terms “not individually negotiated”); and (b) terms are not sufficiently brought to the other party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document.

¹²⁰ Article 6:302: Transparency of terms. Not individually negotiated terms must be drafted and communicated in plain, intelligible language.

¹²¹ Article 6:303: Scope of the unfairness test [...] (2) For contract terms which are drafted in plain and intelligible language, the unfairness test extends neither to the definition of the main subject matter of the contract, nor to the adequacy of the price to be paid.

¹²² Article II.-9:402: Duty of transparency in terms not individually negotiated (1) A person who supplies terms which have not been individually negotiated has a duty to ensure that they are drafted and communicated in plain, intelligible language. (2) In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair.

¹²³ Article II.-9:406.2: For contract terms which are drafted in plain and intelligible language, the unfairness test extends neither to the definition of the main subject matter of the contract, nor to the adequacy of the price to be paid.

¹²⁴ Para una revisión crítica a esta aproximación, CAMPOS (2019), pp. 90-100.

¹²⁵ Al respecto, HERNÁNDEZ y CAMPOS (2020), pp. 158 y 159.

En lo que concierne al ámbito de aplicación subjetivo del control, este no sólo es procedente tratándose de contratos cuyos adherentes tengan la calidad de consumidores, sino también, en virtud del artículo noveno n.º 2 de la ley n.º 20416, de 2010, en aquellos contratos por adhesión celebrados entre proveedores y micros o pequeñas empresas.

En opinión del autor, las deficiencias de la regulación legislativa del control de incorporación, tanto en lo que respecta a las cargas como en lo relativo a su ámbito de aplicación subjetivo, podrían ser corregidas merced a la función suplementaria de la buena fe. En concreto, en la hipótesis en que, desde la perspectiva de un adherente de diligencia ordinaria (considerando el carácter profesional o no profesional del mismo y el marco en que se celebra el contrato), una cláusula no negociada no pudo ser conocida de forma previa o simultánea a la conclusión del contrato, o su contenido no es comprensible o, según las circunstancias, no resulta razonablemente previsible, tal cláusula no debiese estimarse siquiera tácitamente consentida. Luego, la falta de consentimiento configurará la causal genérica de nulidad absoluta contemplada en el artículo 1682 del CC, consistente en la omisión de un requisito o formalidad que la ley exige para el valor en atención a la especie o naturaleza del acto o contrato¹²⁶. Por cierto, la nulidad absoluta afectará únicamente a la cláusula o estipulación abusiva, subsistiendo el resto del contrato en la medida que sea posible aún satisfacer las legítimas expectativas del adherente¹²⁷.

Lamentablemente, no existe en la jurisprudencia ni en la doctrina nacional un verdadero desarrollo del control de incorporación más allá de los límites de la LPDC.

e) Deber de utilizar cláusulas no negociadas con un contenido equilibrado

Las cláusulas que satisfagan las cargas de incorporación y sean, por tanto, transparentes, podrán estimarse, al menos, presuntivamente consentidas, pues resultarán cognoscibles, comprensibles y razonablemente previsibles para un adherente de diligencia ordinaria. Sin embargo, la mentada superación no asegurará siempre que las cláusulas respectivas sean eficaces. Sólo lo hará en relación con aquellas que determinan los elementos esenciales del contrato¹²⁸. En lo que atañe a las demás, la superación del control de incorporación

¹²⁶ Las bases de esta tesis pueden verse en CAMPOS (2019), pp. 287-291. Por cierto, la nulidad absoluta afectará únicamente a la cláusula o estipulación abusiva, subsistiendo el resto del contrato en la medida que sea posible aún satisfacer las legítimas expectativas del adherente.

¹²⁷ Según doctrina nacional autorizada, la nulidad regulada en el CC puede ser parcial incluso más allá de los casos expresamente contemplados en tal cuerpo legal. TAPIA y VALDIVIA (1999), p. 165 y DOMÍNGUEZ (2016), pp. 183 y 184.

¹²⁸ En relación con la cuestión de cuáles son cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato, CAMPOS (2019), pp. 232-234.

sólo permitirá que las cláusulas sean sometidas a un control subsecuente, el de contenido, que ya no se dirige a la comprobación de un consentimiento real o presuntivo por parte del adherente, sino a resguardar que exista cierta medida de equilibrio en el contenido normativo del contrato¹²⁹.

El control de contenido suele estructurarse sobre la base de una lista negra y una cláusula abierta¹³⁰. En general, en virtud de esta última, una cláusula es abusiva cuando se desvía en tal medida del derecho dispositivo que pone en riesgo la satisfacción de las expectativas típicas del adherente¹³¹.

Probablemente la primera formulación técnica de una cláusula abierta de abusividad se deba a la línea jurisprudencial desarrollada en la segunda parte del siglo XX por el Tribunal Supremo Federal alemán. Según dicha línea, son ineficaces las condiciones generales que, en contra de las exigencias de la buena fe, impongan al adherente una situación de excesiva desventaja. Tal situación puede apreciarse cuando las condiciones generales impuestas se aparten de tal forma del derecho dispositivo que ya no puedan conciliarse con las nociones básicas de justicia y equidad, o cuando restrinjan derechos o deberes fundamentales derivados de la naturaleza del contrato¹³².

Más tarde, la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo vería consagración positiva en la AGBG, de 09 de diciembre de 1976. Dicha ley consagró una lista gris (§ 10) y una negra (§11) de condiciones generales abusivas¹³³. Por su parte, el § 9.1 estableció que

“las cláusulas en condiciones generales de contratación son ineficaces si, en contra de las exigencias de la buena fe, perjudican injustificadamente a la contraparte contractual del predisponente”.

En este orden, reconociendo los parámetros que antes perfilara el Tribunal Supremo Federal para la apreciación de abusividad, el § 9.2 dispuso que

“en la duda, se presume un perjuicio injustificado: 1. cuando la cláusula no sea compatible con los principios fundamentales de la legislación de que se aparta; 2. cuando limite los derechos y deberes esenciales derivados de la naturaleza del contrato poniendo en peligro la realización de su propia finalidad”¹³⁴.

¹²⁹ Entre otros, ALFARO (1991), p. 254; PERTÍÑEZ (2004), pp. 40-42; BLANDINO (2012), p. 678; GONZÁLEZ (2015), p. 1143; BIANCA (2000), pp. 369 y 370; y, RIZZO (2013), p. 56. Para una distinción entre el control de sorpresividad y el de contenido, CAMPOS (2020b), pp. 758-808.

¹³⁰ Así ocurre, en general, en todos los sistemas modernos. Para una visión panorámica de diversos sistemas de tradición continental, CAMPOS (2019), pp. 107-181.

¹³¹ Al respecto, CAMPOS (2019), pp. 37-46.

¹³² ZIMMERMANN (2008), p. 202.

¹³³ EBERS (2016), p. 145.

¹³⁴ ZIMMERMANN (2008), p. 202.

Ante el éxito del modelo instaurado, el legislador alemán, una vez que decidió la integración del derecho de las condiciones generales de contratación en el BGB, incorporó a este último el contenido íntegro de la AGBG mediante la reforma de enero de 2002¹³⁵. En la materia que aquí interesa, los parágrafos 9, 10 y 11 de la AGBG pasaron a ser los parágrafos 307, 308 y 309 del BGB.

Como puede advertirse, en el sistema alemán, la función atribuida a la buena fe en la contratación por adhesión a cláusulas no negociadas se traduce en el control de cómo y en qué medida la estructura jurídica predispuesta satisface los intereses del adherente. Tal control se realiza en torno a los intereses típicos del adherente, que no son sino aquellos tutelados mediante las reglas del derecho dispositivo¹³⁶. En otras palabras, las exigencias de la buena fe se concretan en el deber del empresario de servirse de un contenido predispuesto equilibrado, que no entorpezca la satisfacción de las expectativas que, a la luz de la naturaleza del contrato, el adherente alberga en la ejecución. Por ello se afirma que la constatación de un desequilibrio normativo importante en el contenido de una cláusula no negociada revela *per se* una contravención a la buena fe¹³⁷.

Más modernamente, en el ámbito de los instrumentos de armonización, el control de abusividad, aplicable a todo contrato por adhesión –cualquiera sea la calidad del adherente–, se encuentra reconocido en los artículos 4:110¹³⁸ de los PECL, 6:301¹³⁹ de los ACQP y II-

9:403¹⁴⁰, II.-9:404¹⁴¹ y II.-9:405¹⁴² del DCFR. Los PLDC, en cambio, guardan silencio al respecto¹⁴³.

En general, en lo que concierne al modelo de apreciación de abusividad, los instrumentos de armonización europeos siguen a la Directiva 93/13/CEE, cuyo artículo 4.1 establece tres parámetros que orientan la apreciación de abusividad:

- 1) la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato;
- 2) todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración; y
- 3) todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa.

Los mentados parámetros, y en particular la consideración de las circunstancias concurrentes, sirven para concretizar la tutela al adherente, sustentándose en la premisa de que los contratos por adhesión, aunque se alejen del modelo clásico de contratación, siguen teniendo naturaleza contractual, debiendo ser consideradas las particularidades de cada concreta relación¹⁴⁴.

Con todo, conforme ha sostenido doctrina autorizada, la consideración de las circunstancias concurrentes –y, en particular, la información suministrada al adherente– no impide la apreciación de abusividad a la luz de parámetros abstractos, sino que sirve como complemento para apreciar la abusividad –*rectius*, sorpresividad– de aquellas cláusulas que, sin desviarse ostensiblemente del derecho dispositivo, provocan una defraudación de las expectativas que el adherente se ha forjado en función de las concretas y singulares circunstancias que han concurrido a la celebración del contrato¹⁴⁵. Ello es consistente con el hecho de que la entrega de la mejor y

¹³⁵ ALBIEZ (2002), pp. 1147-1151.

¹³⁶ ALBANESE (2013), p. 702.

¹³⁷ GONZÁLEZ (2015), p. 1113.

¹³⁸ Artículo 4:110: Cláusulas abusivas no negociadas individualmente. (1) Una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo. (2) Este artículo no se aplica: (a) A una cláusula que concrete el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible. (b) A la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte.

¹³⁹ Article 6:301: Unfairness of terms

(1) A contract term which has not been individually negotiated is considered unfair if it disadvantages the other party, contrary to the requirement of good faith, by creating a significant imbalance in the rights and obligations of the parties under the contract. Without prejudice to provisions on collective proceedings, when assessing the unfairness of a contractual term, regard is to be given to the nature of the goods or services to be provided under the contract, to all circumstances prevailing during the conclusion of the contract, to all other terms of the contract, and to all terms of any other contract on which the contract depends.

(2) A term in a contract between businesses which has not been individually negotiated is considered unfair only if using that term amounts to a gross deviation from good commercial practice.

¹⁴⁰ Article II. – 9:403: Meaning of “unfair” in contracts between a business and a consumer. In a contract between a business and a consumer, a term [which has not been individually negotiated] is unfair for the purposes of this Section if it is supplied by the business and if it significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing.

¹⁴¹ Article II. – 9:404: Meaning of “unfair” in contracts between non-business parties. In a contract between parties neither of whom is a business, a term is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and significantly disadvantages the other party, contrary to good faith and fair dealing.

¹⁴² Article II. – 9:405: Meaning of “unfair” in contracts between businesses. A term in a contract between businesses is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing.

¹⁴³ Para una crítica constructiva frente a este silencio, CAMPOS (2020c), disponible en: <https://www.redchilenadederechocomparado.cl/post/hacia-el-control-de-contenido-de-las-cl%C3%A1usulas-no-negociadas-en-los-pldc-una-propuesta-desde-el-der> [fecha de consulta: 06 de diciembre de 2021].

¹⁴⁴ BALLESTEROS (1999), p. 210.

¹⁴⁵ PAGADOR (1998), pp. 72-74.

más completa información no justifica la eficacia de una cláusula que no haya superado una apreciación abstracta de abusividad, pues, como se ha señalado previamente, el control de contenido no se dirige a la comprobación de un consentimiento real o presuntivo por parte del adherente, sino a resguardar que exista cierta medida de equilibrio en el contenido normativo del contrato¹⁴⁶.

En el sistema jurídico chileno, el control de contenido también se estructura sobre la base de una lista negra –letras a) a f) del artículo 16 de la LPDC– y una cláusula abierta –letra g) del artículo 16 de la misma ley–. En virtud de esta última, una cláusula es abusiva cuando, en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, cause, en perjuicio del adherente, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. La jurisprudencia, en línea con la evolución comparada¹⁴⁷ y con la doctrina nacional¹⁴⁸, ha centrado la apreciación de abusividad en la constatación del desequilibrio normativo importante¹⁴⁹. Particularmente claras a este respecto son las sentencias dictadas por la Corte Suprema en SERNAC con Ticketmaster Chile S.A.¹⁵⁰, SERNAC con Corporación Educacional Universidad del Mar¹⁵¹ y SERNAC con Constructora Santa Beatriz S.A.¹⁵², que, sin hacer referencia a la buena fe, afirman

“que el carácter abusivo de las estipulaciones contractuales está determinado por el desequilibrio notable e injustificado en las prestaciones que la estipulación impone, en perjuicio del adherente consumidor y en beneficio del predisponente proveedor”.

En relación con el modelo de apreciación de abusividad, la referida letra g) dispone que “se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”. De esta manera, la LPDC consagra un modelo de apreciación abstracta, pues la remisión a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen puede entenderse referida a las expectativas típicas que alberga el adherente en función de la naturaleza del contrato y a las reglas de derecho dispositivo que lo regulan. En este sentido, el control resguarda la finalidad típica que subyace al contrato, plasmada en la regulación contemplada en el derecho dispositivo¹⁵³.

Pese a que alguna jurisprudencia y cierta parte de la doctrina nacional han confundido o acercado en demasía el control de contenido y el de sorpresividad¹⁵⁴, la Corte Suprema, en el último tiempo, ha ido asentando que el control de contenido es abstracto y que puede realizarse prescindiendo de las circunstancias concurrentes a la celebración del contrato¹⁵⁵.

En lo que respecta al ámbito de aplicación del control, este no sólo es procedente tratándose de contratos cuyos adherentes tengan la calidad de consumidores, sino también, en virtud del artículo noveno n.º 2 de la ley n.º 20416, de 2010, en aquellos contratos por adhesión celebrados entre proveedores y micros o pequeñas empresas. A mayor abundamiento, en virtud de la función suplementaria de la buena fe, es posible generalizar el control y aplicarlo en todo contrato por adhesión, cualquiera sea la calidad del adherente. Esta opción, aunque parezca extraña, no es del todo desconocida por la jurisprudencia nacional¹⁵⁶.

¹⁴⁶ Entre otros, ALFARO (1991), p. 254; PERTÍNEZ (2004), pp. 40-42; BLANDINO (2012), p. 678; GONZÁLEZ (2015), p. 1143; BIANCA (2000), pp. 369 y 370; y, RIZZO (2013), p. 56.

¹⁴⁷ Más allá del caso alemán, en el marco de la Directiva 93/13/CEE también se plantea la cuestión de si acaso la buena fe realmente desempeña un rol importante en la apreciación de la abusividad o si simplemente constituye su fundamento y criterio de justificación. GONZÁLEZ (2015), p. 1113. Algunos Estados, a la hora de transponer el artículo 3.1 de la Directiva, han consagrado cláusulas generales que, requiriendo expresamente el desequilibrio significativo, omiten toda remisión a la buena fe. Así ocurre, por ejemplo, en Bélgica, Dinamarca, Estonia y Grecia. EBERS (2016), p. 153. Así ocurre también en Francia. El artículo L 132-1 del *Code de la Consommation* dispone: “sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat”.

¹⁴⁸ De la Maza sostiene que la constatación de un desequilibrio importante podría servir de base de una presunción de mala fe. DE LA MAZA (2004), pp. 18 y 19. Por su parte, Momberg y Pizarro sugieren que todo desequilibrio importante implica en sí una contravención a la buena fe o es al menos indiciario de ella. MOMBERG y PIZARRO (2013), pp. 343-347.

¹⁴⁹ Hubner y Juárez con Universidad Mayor (2008); P. P. con Universidad Andrés Bello (2008); R. C. con Universidad Andrés Bello (2012); SERNAC con Cencosud (2013); y, SERNAC con Ticket Fácil S.A. (2018). Para una revisión de estas sentencias, MOMBERG y PIZARRO (2013), pp. 348 y 349 y CAMPOS (2019), pp. 242-244.

¹⁵⁰ SERNAC con Ticketmaster Chile S.A. (2018).

¹⁵¹ SERNAC con Corporación Educacional Universidad del Mar (2019).

¹⁵² SERNAC con Constructora Santa Beatriz S.A. (2019).

¹⁵³ LORENZINI y POLIT (2013), pp. 468-472.

¹⁵⁴ Para una crítica a este acercamiento, CAMPOS (2020b), pp. 785-808.

¹⁵⁵ SERNAC con Banco BBVA (2018) y Asociación de consumidores de Tarapacá con Banco Santander Chile (2019).

¹⁵⁶ En diversas sentencias, la Corte de Apelaciones de Santiago desarrolló una línea jurisprudencial de conformidad con la cual, a propósito de contratos de *leasing*, estimaba que carecía de causa la cláusula penal que permitiese al arrendador, junto con la resolución del contrato por falta de pago de rentas y consecuencial restitución de la cosa, exigir al arrendatario el pago de un porcentaje o de todas las rentas que el primero percibiría en caso de que se ejecutase el contrato por todo el tiempo previsto por las partes. La falta de causa se sustentó en que el pago de la pena no encontraba ninguna prestación recíproca por parte del arrendador, desvirtuándose el equilibrio de intereses que debe existir en todo contrato bilateral. Entre otras, véanse, Santiago Leasing S.A. con Industrias de Remolques Indurem S.A. (2005); Santander Factoring S.A. con G. L. (2006); Santiago Leasing S.A. con

La extensión del control de contenido a todo contrato por adhesión, pese a no estar sustentada en reglas expresas, es un fenómeno usual en el derecho comparado, atisbándose en este punto una importante concreción de las exigencias de la buena fe¹⁵⁷. Por cierto, esta extensión no implica, en el caso chileno, aplicar por analogía el artículo 16 de la LPDC. En realidad, el régimen contemplado al respecto en la LPDC no es más que una concreción legislativa de las exigencias de la buena fe, y son estas exigencias las que, en su función suplementaria, justifican la extensión del control a los contratos no cubiertos por la LPDC y la ley n.º 20416¹⁵⁸. Por lo demás, las exigencias de la buena fe son de orden público, de modo que toda cláusula no negociada que, apartándose de tales exigencias, pretenda introducir al contrato un desequilibrio significativo importante en perjuicio del adherente, adolece de objeto ilícito y es, por tanto, nula absolutamente (*ex* artículo 1682 del CC)¹⁵⁹.

Rimpex Chile S.A. (2008); Banco Crédito e Inversiones con Comercial Traim Alimentos S.A. y otros (2008); y, Hns. Banco S.A. con M. M. (2008).

La doctrina nacional criticó duramente esta línea jurisprudencial fundamentalmente por la inclusión de una frase en ellas en que, más allá de la falta de causa, se esgrimía que “[d]esde luego que esta situación pugna con la licitud de la causa como elemento del acto jurídico”. La Corte, en rigor, confundió la falta de causa con su ilicitud. La línea fue truncada por una sentencia de nulidad de la Corte Suprema en Banco Crédito e Inversiones con Comercial Traim Alimentos S.A. y otros (2010). Para una síntesis de la evolución y una revisión de los argumentos de la Corte Suprema, SELMAN (2011), pp. 611-622.

Un fallo que merece una mención aparte es la dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en V. C. con S.J. (2010). Allí, a propósito de un contrato de arrendamiento de 10 ómnibus, se estimó abusiva una cláusula que permitía al arrendador, en caso de no pago de las rentas, poner término anticipado al contrato, pudiendo exigir la restitución de los bienes y el pago de las rentas vencidas más un porcentaje de las rentas pendientes a título de cláusula penal. La Corte, en el considerando 12.º de la resolución, señaló expresamente que “aparece de manifiesto la falta de reciprocidad en las obligaciones y derechos de ambos contratantes, con desequilibrio importante para uno de ellos, y afectación de los principios básicos de libertad contractual, que impiden que se considere la existencia de un justo equilibrio de las contraprestaciones, generando en consecuencia una cláusula abusiva”. Criticando esta sentencia, en una aproximación que el autor de este trabajo no comparte, BARRIENTOS (2014), pp. 309 y 310.

¹⁵⁷ Al respecto, CAMPOS (2019), pp. 16-28.

¹⁵⁸ Lo mismo se ha planteado en España en relación con el régimen allí vigente, en MARÍN (2018), p. 11. Carrasco, jurista influyente en el medio español, afirma que “al final se aprecia un horizonte de razonabilidad en el que tarde o temprano tendrán que instalarse los tribunales y la doctrina que carezca de prejuicios. Existirá control de contenido sobre toda cláusula de la cual el adherente no sea su autor (o coautor) y toda cláusula de esta suerte será llamada cláusula no individualmente negociada. Todo lo demás es exceso de teoría y mixtificación, inútil para el Derecho”. CARRASCO (2017), p. 784.

¹⁵⁹ Sobre esta construcción, CAMPOS (2019), pp. 197-210, 303-319.

3. Deberes de conducta asociados a la etapa de ejecución del contrato

a) Deber de no abusar de prerrogativas y remedios contractuales

En los contratos de larga o indefinida duración es usual la existencia de cláusulas o disposiciones legales que habilitan a una de las partes para poner fin o modificar unilateralmente los términos del contrato. En la medida que tales cláusulas superen el control de contenido, las exigencias de la buena fe estarán centradas en que el ejercicio de la prerrogativa contractual no sea abusivo¹⁶⁰.

En el caso de una prerrogativa de terminación unilateral, las exigencias de la buena fe se concretarán en la necesidad de una comunicación mediante un medio que asegure el conocimiento de la otra y el otorgamiento de un plazo razonable para que la relación contractual pueda ser adecuadamente finiquitada, causando el menor perjuicio posible a los intereses implicados¹⁶¹. Si la cláusula que reconoce la prerrogativa es de terminación *ad nutum*, bastará con el cumplimiento de los requisitos recién enunciados, sin que sea necesario que la terminación esté fundada en razones determinadas, pues la cláusula reconoce un derecho potestativo a una de las partes¹⁶².

Por su parte, en lo que concierne a las prerrogativas de modificación unilateral, las exigencias de la buena fe se concretarán en que la modificación pretendida sea anunciada con una antelación razonable y por un medio que asegure el conocimiento de la otra; que se especifiquen las opciones concedidas (normalmente se concederá la opción de poner término al contrato); y que, en caso de que el contrato sea de consumo, la notificación de la modificación no atribuya al silencio el valor de ma-

¹⁶⁰ En lo que concierne al abuso de una prerrogativa de terminación unilateral, atañe al abuso de una prerrogativa de modificación unilateral, MOMBERG (2014), p. 180; PERTIÑEZ (2011), p. 803; y, LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 459.

¹⁶¹ CAPRILE (2011), pp. 288-294. En una aproximación diversa, Severin postula que, en el caso de las cláusulas de terminación *ad nutum*, la exigencia de una comunicación mediante un medio que asegure el conocimiento de la otra parte deriva de la propia naturaleza de la cláusula, pues esta confiere un derecho potestativo que se ejerce mediante un acto jurídico unilateral recepticio. En lo respecta a la determinación de la forma del aviso, si nada ha dicho el contrato, el autor propone acudir a la aplicación que las partes han hecho del contrato, constatando cuáles son los medios de comunicación que normalmente han utilizado durante la vigencia de la relación. Con todo, en lo que atañe a un eventual deber de otorgar un plazo razonable (el autor no estima que sea siempre exigible), Severin sí estima adecuado su justificación en la buena fe. SEVERIN (2020), pp. 714 y 715.

¹⁶² CAPRILE (2011), pp. 292 y 293 y SEVERIN (2020), pp. 723 y 724.

nifestación de voluntad¹⁶³. El cumplimiento de estas exigencias permitirá que la otra parte pueda conocer y comprender la modificación pretendida y disponer del tiempo suficiente para reflexionar acerca de cuál de las opciones que se le confieren es la más conveniente.

En lo que atañe a los remedios contractuales, la buena fe ha servido como criterio delimitador de las condiciones de procedencia de los medios de tutela que el ordenamiento reconoce al acreedor ante el incumplimiento¹⁶⁴. En esta línea, la buena fe ha servido para supeditar la procedencia de *exceptio non adimpleti contractus* y de la resolución a hipótesis de incumplimientos significativos o graves¹⁶⁵. Asimismo, ha servido para justificar la denegación del cumplimiento específico si este resulta desproporcionado de cara a los intereses de las partes¹⁶⁶.

En el ámbito de los instrumentos de armonización, el deber de no abusar de las prerrogativas contractuales se enmarca con claridad en el deber de cada parte de actuar conforme a las exigencias de la buena fe (artículos 1:201 de los PECL y 7 [1] de los PLDC). Por su parte, el deber de no abusar de remedios contractuales encuentra consagración específica en los artículos 7:102 de los ACQP y III.-1:103 (1) del DCFR. El primero dispone que “[t]he creditor must exercise its rights to performance and remedies for non-performance in accordance with good faith”. Por su parte, el segundo señala que

“[a] person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship”.

En Chile, el deber de no abusar de prerrogativas contractuales ha sido reconocido, acaso excesivamente, en *Ingeniería y Movimientos de*

*Tierra Tranex Ltda. con Anglo American Sur S.A.*¹⁶⁷ y también, de modo implícito, en *ST Rent Transportes Limitada con Sociedad Melón áridos Limitada*¹⁶⁸. En el primero, a propósito de una cláusula de terminación *ad nutum*, la Corte Suprema, avalando la sentencia arbitral de segunda instancia, afirmó que

“no parece posible abstraerse sin más de la ulterior responsabilidad que podría conllevar esa unilateral decisión por la sola circunstancia de haberse convenido en el contrato, ya que un término intempestivo, abrupto o abusivo bien podría importar una infracción de la obligación de ejecutar el contrato de buena fe [...] aun cuando se estimara que la cláusula contiene un derecho potestativo no sometido a una condición suspensiva, como sugiere quien recurre, todavía en esa hipótesis su ejercicio podría ser revisado evaluando las razones que lo motivaron si así fuere reclamado, como de hecho sucedió, y obedece a una intención desviada o una temeraria desconsideración del interés de la contraparte”¹⁶⁹.

Por su parte, en materia de remedios contractuales, los tribunales, con base expresa en la buena fe, han supeditado la procedencia de la resolución a incumplimientos graves¹⁷⁰, así como también la excepción de contrato no cumplido a incumplimientos también graves o cuanto menos significativos¹⁷¹. No obstante, pese a ser un tema que también ha llamado

¹⁶⁷ *Ingeniería y Movimientos de Tierra Tranex Ltda. con Anglo American Sur S.A.* (2019).

¹⁶⁸ *ST Rent Transportes Limitada con Sociedad Melón áridos Limitada* (2019). Véase especialmente el considerando 8.º.

¹⁶⁹ Para una crítica a esta aproximación, SEVERIN (2020), pp. 723 y 724. En palabras del autor, “[e]n el caso conocido por la Corte Suprema al que me refería al comienzo de este trabajo (*Tranex con Anglo*), tal vez es posible que existieran algunos antecedentes que llevaron al tribunal de segunda instancia, y a la Corte Suprema, a entender que, en el caso concreto, el cliente o mandante (*Anglo*) había actuado de mala fe al terminar el contrato, y que, precisamente por esa razón, el Derecho no podía amparar su conducta. Pero, eso es muy distinto a sostener, como doctrina, que la buena fe objetiva imponga que la terminación de un contrato, en virtud de una cláusula de terminación *ad nutum*, exija justificar una ‘causa legítima’”. SEVERIN (2020), p. 724.

¹⁷⁰ *Seguridad Vialher Chile Limitada con Convenio Servicio de Salud Talcahuano* (2007) y *R. A. con Comercial Automotriz ExpoAutos Limitada* (2007).

¹⁷¹ Véanse, entre otras sentencias, *Enami con Incomin S.A.* (2003); *D. J. con F. J.* (2008); *F. J. con Canteras Lonco S.A.* (2011); *Administradora de Recursos Humanos y Marketing Adepex Ltda. con Distribución y Servicio D y S S.A.* (2012); *M. K. con G. E.* (2012); y, *S. A. con Christel y Nicolás Mazet Ltda.* (2015). Comentando algunas de estas sentencias, DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 558-563.

¹⁶³ En similar sentido, en lo que atañe a contratos de consumo, TAPIA (2014), pp. 51-57.

¹⁶⁴ HESSELINK (2011), pp. 633 y 634; AEDO (2020), pp. 876-879; y, LÓPEZ (2015a), pp. 113-120. Véase también, LÓPEZ (2012), pp. 33-40.

¹⁶⁵ STORME (2003), p. 10; CAPRILE (2012), pp. 58 y 59; CÁRDENAS y REVECO (2018), pp. 519 y 520; AEDO (2019), p. 83; LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 450; y, BOETSCH (2015), pp. 126-129.

¹⁶⁶ En Alemania, el § 275 (2) del BGB establece que el deudor puede denegar la prestación en la medida que esta requiera un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, resulta desproporcionado en relación con el interés del acreedor. Al respecto, ZIMMERMANN (2008), p. 48. Con la reforma de febrero de 2016, el artículo 1221 del *Code Civil* también reconoce esta exclusión. Véase también, entre otros instrumentos de armonización, el artículo 94 (2) de los PLDC; en la presentación de tales principios se hace una expresa alusión a la buena fe como fundamento de la regla. DE LA MAZA y VIDAL (2017), p. 66.

la atención de la doctrina nacional¹⁷², no existen pronunciamientos que, con base en la buena fe, limiten el cumplimiento específico cuando el coste de este resulta desproporcionado de cara a los intereses de las partes¹⁷³.

b) Deber de renegociación por excesiva onerosidad sobrevenida

En países como Francia y Bélgica, con base en las reglas originarias del *Code*¹⁷⁴, la jurisprudencia tradicional solía rechazar la aplicación de la teoría de la imprevisión, sosteniendo que el deber de ejecutar los contratos de buena fe no implica que, ante un cambio sobrevenido e imprevisible de circunstancias que torne excesivamente onerosa la obligación de alguna de las partes, el acreedor no pueda hacer efectivo su crédito en los términos pactados¹⁷⁵. No obstante, sobre la base del referido deber, en algunos casos se estimó que el cambio sobrevenido e imprevisible de circunstancias impone a las partes un deber de renegociación, cuya infracción da lugar a una indemnización de perjuicios¹⁷⁶. Muchos años más tarde, en lo que respecta a Francia, mediante la ordenanza de 10 de febrero de 2016, se reformó el *Code Civil*, incorporando el artículo 1195, que reconoce expresamente el deber renegociación y, en términos más generales, la teoría de la imprevisión.

142

En el *Codice Civile*, pese a existir una regulación específica sobre la excesiva onerosidad sobrevenida que no hace alusión expresa a un deber de renegociación (artículos 1467 a 1469), doctrina autorizada ha sostenido que tal deber resulta exigible y que encuentra su fundamento en la función integradora de la equidad (*ex* artículo 1374 del *Codice Civile*) y en el deber de ejecutar el contrato conforme la buena fe (*ex* artículo 1375 del *Codice Civile*). La infracción de tal deber daría derecho a una indemnización e incluso permitiría a la parte afectada oponer la excepción de contrato no cumplido¹⁷⁷.

Actualmente, en el ámbito de instrumentos de armonización, el artículo 6:111 de los PECL establece que las partes tienen el deber de negociar una adaptación de los términos del contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento resulta excesivamente gravoso debido a un cambio sobrevenido e imprevisible de circunstancias. Luego, si, en un plazo razonable,

¹⁷² Véanse, entre otros, DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 376-382; CÁRDENAS y REVECO (2018), pp. 312-314; y, especialmente, BAHAMONDES (2019), pp. 178-213.

¹⁷³ CÁRDENAS y REVECO (2018), p. 313.

¹⁷⁴ Cabe tener presente que el Código de Napoleón no sólo fue adoptado en Francia, sino también en Bélgica y Luxemburgo.

¹⁷⁵ CABRILLAC (2016), p. 117 y RUFNER (2018), p. 907.

¹⁷⁶ CABRILLAC (2016), pp. 118 y 129 y MOMBERG (2010), p. 51.

¹⁷⁷ GALLO (2017), pp. 1038-1042.

las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, se puede pedir al juez que ponga fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuados o que lo adapte, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes del cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. En cualquier caso, el juez podrá ordenar que la parte que se negó a renegociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o ruptura¹⁷⁸.

El DCFR, aunque con algunos matices¹⁷⁹, adopta una solución similar en el artículo III.-1:110, y lo propio hacen los PICC (artículo 6.2.3)¹⁸⁰ y los PLDC (artículo 84)¹⁸¹.

El actual artículo 1195 del *Code Civil* sigue la línea recién referida, estableciendo que la parte afectada puede solicitar a la otra la renegociación de los términos del contrato, manteniéndose el contrato en los mismos términos durante la renegociación. Luego, en caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes pueden acordar la resolución del contrato, en la fecha y bajo las condiciones que determinen, o pedirle al juez que lo adapte. En ausencia de un acuerdo dentro de un tiempo razonable, el juez puede, a solicitud de una parte, revisar el contrato o declarar su extinción en la fecha y en las condiciones que fije¹⁸².

En términos generales, la renegociación debe ser ejecutada con una intención seria de lograr una solución equitativa y no extenderse más allá de un plazo razonable¹⁸³.

143

En cuanto a su contenido, el deber de renegociación se traduce en:

- 1) el deber de la parte afectada con la excesiva onerosidad sobrevenida de requerir la renegociación en el más breve plazo y sin dilación injustificada;

¹⁷⁸ Al respecto, GARCÍA (2014), pp. 404-408.

¹⁷⁹ En la disciplina del DCFR, la renegociación no se mira tanto como un deber, sino como un requisito o carga para que luego la parte afectada pueda solicitar la revisión o resolución judicial. Además, en un cambio de nomenclatura con el que el autor de este trabajo simpatiza (que restablece la nomenclatura propia de la tradición continental), la disposición, en vez de asumir la premisa de que el cumplimiento se predica respecto del contrato, habla de que “la obligación debe cumplirse”, “cumplimiento de una obligación”, “modificar la obligación” o “resolver la obligación”. Refiriendo estos matices, GARCÍA (2014), pp. 410-412.

¹⁸⁰ Al respecto, MCKENDRICK (2015), pp. 819-822.

¹⁸¹ DE LA MAZA (2011), pp. 315 y 316 y MOMBERG (2010), pp. 54-56. La versión de 2015 de los PLDC sólo establecía un derecho a renegociar, sin dejar claro si su ejercicio constituía o no una carga para solicitar una eventual adaptación o resolución judicial. La versión de 2017, en cambio, perfecciona el tenor de la disposición. Al respecto, SAN MIGUEL (2020), pp. 404, 410 y 411.

¹⁸² CABRILLAC (2016), pp. 120-122.

¹⁸³ CABRILLAC (2016), p. 121.

- 2) el deber de fundar la necesidad de una renegociación en circunstancias concretas que den cuenta de un cambio sobrevenido e imprevisible que genera una excesiva onerosidad;
- 3) el deber de que las propuestas y contrapropuestas que se formulen en el marco de la renegociación sean serias, sin omitir información que sea útil para arribar a una solución adecuada;
- 4) el deber de cada parte de considerar los intereses de la otra a la hora de formular propuestas; y,
- 5) el deber de que la renegociación se realice sin dilaciones injustificadas y sin que existan retiros intempestivos o injustificados¹⁸⁴.

En el sistema jurídico chileno, si bien el deber de renegociación ha sido defendido en la doctrina como una concreción de las exigencias de la buena fe (*ex* artículo 1546 del CC)¹⁸⁵, no ha existido hasta el momento un reconocimiento jurisprudencial. Obviamente, tal falta de reconocimiento es consistente con la reticencia predominante que existe en los tribunales en relación con la teoría de la imprevisión¹⁸⁶. Habrá que ver si los desastrosos efectos asociados a la pandemia flexibilizarán, en su caso, el criterio jurisprudencial. El último precedente al respecto¹⁸⁷, dictado ya en el estado de excepción constitucional de catástrofe, no descarta que la teoría de la imprevisión tenga asidero en el ordenamiento jurídico¹⁸⁸.

144

c) Deber de comunicación de impedimento temporal

En el ámbito de los instrumentos de derecho uniforme y de armonización, la configuración de un impedimento temporal por hechos que escapan a la esfera de control del deudor excusa el incumplimiento y libera de responsabilidad al deudor (artículos 79 [1] de la CISG; 7.1.7 de los PICC; 8:108 y 9:510 [1] de los PECL; III.-3:104 y III.-3:701 [1] del DCFR).

En general, la apuntada liberación se explica por el hecho de que el caso fortuito excluye la imputabilidad e indirectamente la relación causal, frustrándose la concurrencia de tales requisitos de la indemnización de perjuicios¹⁸⁹.

Ahora bien, conforme entendieran juristas tan prestigiosos e influyentes como Ulpiano, Gayo, Domat y Pothier, la liberación de responsabilidad, para que sea plena, está supeditada a que el deudor comunique

¹⁸⁴ MOMBERG (2010), pp. 57 y 58; MOMBERG (2011), pp. 88 y 89; y, CAMPOS (2020a), p. 143. En similar sentido, DE LA MAZA (2011), pp. 316 y 317. A propósito de los PICC, haciendo una especial alusión a los 2 primeros deberes mencionados, MCKENDRICK (2015), pp. 819 y 820.

¹⁸⁵ MOMBERG (2010), pp. 56 y 57; MOMBERG (2011), p. 92; y, CAMPOS (2020a), pp. 142-144.

¹⁸⁶ Para una revisión de la jurisprudencia, CAMPOS (2020a), pp. 149-158.

¹⁸⁷ ForexChile S.A con G. V. (2020).

¹⁸⁸ Al respecto, CAMPOS (2020a), pp. 157 y 158.

¹⁸⁹ BRANTT (2010), pp. 212-217 y CAMPOS (2020a), pp. 30 y 31.

sin dilación irrazonable la configuración del impedimento temporal¹⁹⁰.

Como explica San Martín, el referido deber de comunicación o aviso constituye un deber secundario de conducta, derivado del deber de ejecutar los contratos de buena fe. Se trata de un deber que permite hacer frente a las dificultades y coadyuvar en la satisfacción de las expectativas del otro, cuya exigibilidad depende de que el aviso sea posible conforme con el estándar de diligencia aplicable¹⁹¹. Tal deber se emparenta con aquel más general de comunicar a la otra parte las circunstancias de las cuales se haya tenido conocimiento en caso de que ellas sean relevantes para la ejecución del contrato¹⁹².

En el derecho comparado, el deber de aviso está reconocido en los artículos 79 (4) de la CISG, 7.1.7 (3) de los PICC, 8:108 (3) de los PECL, III.-3:104 (5) del DCFR. Conforme con estas disposiciones, la parte imposibilitada de cumplir debe asegurarse de que, en un plazo razonable desde que supo o hubiera debido enterarse de las circunstancias que configuran el impedimento, la otra parte reciba una comunicación de la existencia del referido impedimento y de sus efectos. De lo contrario, el acreedor tiene derecho a una indemnización por las pérdidas que pudieran resultar de no recibir esa comunicación¹⁹³.

Cabe aclarar que, ante la falta de aviso, el deudor sólo responderá de los perjuicios que de ello deriven, y no de los perjuicios resultantes del incumplimiento, el que está excusado por el impedimento temporal¹⁹⁴. Ello, además de ser coherente con la circunstancia de que no resulta posible establecer una relación causal entre la falta de aviso y todos los perjuicios derivados de la imposibilidad actual de cumplimiento, demuestra que el deber de aviso está orientado únicamente a resguardar los intereses del acreedor¹⁹⁵.

En Chile, el deber del deudor de comunicar la configuración de un impedimento temporal no encuentra consagración expresa en una regla general ni tampoco ha sido reconocido por la jurisprudencia. Por el contrario, en Agrícola Ariztía Ltda. y Royal & Sun Alliance Seguros S.A. con Emeléctric S.A.¹⁹⁶, la Corte Suprema, avalando al sentenciador de

¹⁹⁰ SAN MARTÍN (2012), pp. 549 y 550.

¹⁹¹ SAN MARTÍN (2012), pp. 551-554 y 560. En similar sentido, MARÍN (2020), p. 258. Refiriendo asimismo a las exigencias de la buena fe y al deber de cooperación que compete a las partes, SCHWENZER (2016), p. 1147 y PICHONNAZ (2015), p. 877.

¹⁹² BIANCA (2000), p. 509 y GALLO (2017), pp. 639 y 640.

¹⁹³ SCHWENZER (2016), p. 1148.

¹⁹⁴ SCHWENZER (2016), p. 1148; PICHONNAZ (2015), p. 878; y, SAN MARTÍN (2012), p. 559.

¹⁹⁵ Así lo entiende también GALLO (2017), pp. 639 y 640.

¹⁹⁶ Agrícola Ariztía Ltda. y Royal & Sun Alliance Seguros S.A. con Emeléctric S.A. (2009).

145

instancia, estimó que, ante la concurrencia de un caso fortuito que impedía el suministro de energía eléctrica, la buena fe no imponía realmente un deber de comunicación exigible a la empresa prestadora del servicio, máxime teniendo presente que esta procuró desde un primer momento la superación del impedimento.

A juicio del autor, la sentencia recién referida yerra profundamente, pues, en el contexto de un contrato relacional como el de suministro, un mínimo de consideración y lealtad por el legítimo interés del otro impone el deber de comunicar cualquiera circunstancia que conocidamente pueda perjudicarlo. El deber de superar el impedimento no supe el de comunicación, pues aquel dice relación con la diligencia promotora exigible y con la posibilidad fáctica y normativa de predicar la existencia de un caso fortuito, que presupone un evento irresistible¹⁹⁷.

CONCLUSIONES

La buena fe desempeña, al menos, tres funciones institucionales en el derecho de contratos:

- 1) sirve como criterio de interpretación y concretización del contenido del contrato (*adiuvare*);
- 2) opera como fuente suplementaria de deberes positivos y negativos de conducta (*supplere*); y,
- 3) permite, excepcionalmente, la corrección de lo acordado (*corrige-re*). Este trabajo se ha centrado fundamentalmente en la función suplementaria.

El debate en torno a la admisión o rechazo del principio de buena fe –y la consecuencial atribución de más o menos funciones institucionales– se encuentra, en cierto sentido, agotado, distinguiéndose estructuras discursivas claramente definidas que, con igual grado de validez formal, compiten entre sí. En este orden, una práctica judicial de la función suplementaria centrada en ciertos deberes de conducta que encuentran consagración en instrumentos de armonización constituye una vía atractiva, revestida de *auctoritas* y densidad dogmática suficientes, para lograr una salida razonable al indicado debate y alcanzar un punto de equilibrio entre los valores de adaptabilidad y seguridad jurídicas.

Entre los diversos deberes sustentados en la buena fe que integran el moderno derecho de contratos se ha hecho alusión a algunos que resultan exigibles en la etapa de precontractual y a otros que operan en la de ejecución del contrato.

¹⁹⁷ Al respecto, BRANTT (2010), pp. 145-159 y CAMPOS (2020a), pp. 18-24.

En relación con la etapa precontractual, se han tratado los deberes de negociar correcta y lealmente, de información, de confidencialidad, de transparencia y de no utilizar cláusulas no negociadas de contenido desequilibrado. La jurisprudencia chilena, en general, está en sintonía con la evolución dogmática comparada en lo que atañe al deber de negociar correcta y lealmente. Respecto del deber de información, todavía no se aprecia claridad en cuanto a las hipótesis en que encuentra justificación ni tampoco en relación con su alcance, existiendo precedentes contradictorios. En cuanto al deber de confidencialidad, existe un reconocimiento más bien aislado, aunque pareciera que la jurisprudencia que se ha desarrollado en torno al deber de negociar correcta y lealmente resulta lo suficientemente amplia para hacer frente a los problemas que, en su caso, podría generar la infracción de aquel (del deber de confidencialidad). Finalmente, en lo que atañe a los deberes de transparencia y de no utilizar cláusulas no negociadas de contenido desequilibrado, falta un importante trecho por recorrer, siendo este un ámbito en que la función suplementaria, de la mano de otras reglas del CC, podría servir para complementar la regulación existente en la LPDC y la ley n.º 20416 y, de esa manera, integrar los vacíos existentes en nuestro ordenamiento jurídico. La propuesta de este trabajo al respecto, según se expresara oportunamente, es que las cláusulas no transparentes se miren como no consentidas y, por tanto, nulas absolutamente (*ex* artículo 1682 del CC) y que las cláusulas no negociadas de contenido significativamente desequilibrado se reputen como cláusulas que, por resultar contrarias al orden público y a las buenas costumbres, adolecen de objeto ilícito, siendo, por tanto, también nulas absolutamente (*ex* artículo 1682 CC).

En lo que concierne a la etapa de ejecución del contrato, se han examinado los deberes de no abusar de prerrogativas y remedios contractuales, de renegociación por excesiva onerosidad sobrevenida y de comunicación por impedimento temporal. De los tres, el único que ha encontrado reconocimiento y desarrollo jurisprudencial es el de no abusar de prerrogativas y remedios contractuales. En relación con los demás, cabe esperar que la función suplementaria atribuida a la buena fe pueda, en un futuro no tan lejano, lograr los resultados que demanda un derecho de contratos justo y equilibrado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AEDO, Cristián (2019). “Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 33, Santiago.
- AEDO, Cristián (2020). “Límites de la responsabilidad contractual. Contornos a la luz de sus requisitos”, en Fabián ELORRIAGA DE BONIS (coord.). *Estudios de Derecho Civil XV*. Santiago: Thomson Reuters.

- ALBANESE, Antonio (2013). “Le clause vessatorie nel diritto europeo dei contratti”. *Europa e Diritto privato*, n.º 3.
- ALFARO, Jesús (1991). *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*. Madrid: Civitas.
- ATRIA, Fernando (2005). “Sobre las lagunas”, en Fernando ATRIA, Eugenio BULIGYN, José Juan MORESO, Pablo NAVARRO, Jorge RODRÍGUEZ y Juan RUIZ (autores). *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- AUER, Marietta (2017). “Good faith: a semiotic approach”. *Argumentum*, v. 18, n.º 1.
- BABUSIAUX, Ulrike (2018a). “Art 2:301: Negotiations Contrary to Good Faith”, en Nils JANSEN y Reinhard ZIMMERMANN (eds.). *Commentaries on european contract laws*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- BABUSIAUX, Ulrike (2018b). “Art 2:302: Breach of Confidentiality”, en Nils JANSEN y Reinhard ZIMMERMANN (eds.). *Commentaries on european contract laws*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- BAHAMONDES, Claudia (2019). *El cumplimiento específico de los contratos*. Santiago: DER ediciones.
- 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, Marcelo (2008). *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*. Santiago: Legal Publishing.
- BARRIENTOS, Marcelo (2012). “Culpa in contrahendo en mutuo hipotecario”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n.º 3, Santiago.
- BARRIENTOS, Marcelo (2013). “Artículo 3º b)”, 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: Legal Publishing.
- BARROS, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. 2ª edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomos I y II.
- BEALE, Hugh, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Jacobien RUTGERS y Stefan VOGELNAUER (2019). *Cases, materiales and text on Contract Law*. 3ª edición. Oxford: Hard Publishing.
- BETTI, Emilio (1953). *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè.
- BIANCA, Massimo (2000). *Il contratto*. 2ª edición. Milano: Giuffrè Editore S.p.A.
- BLANDINO, María (2012). “Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos”, en Antoni VAQUER, Esteve BOSCH y María SÁNCHEZ (coords.). *Derecho europeo de los contratos. Libros II y IV del marco común de referencia*. Barcelona: Atelier.
- BOETSCH, Cristián (2015). *La buena fe contractual*. Santiago: Ediciones UC.
- BRANTT, 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.
- BULYGIN, Eugenio (2005). “Sobre las lagunas”, en Fernando ATRIA, Eugenio BULIGYN, José Juan MORESO, Pablo NAVARRO, Jorge RODRÍGUEZ y Juan RUIZ (autores). *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- BURTON, Steven (1994). “Good Faith in Articles 1 and 2 of the U.C.C.: The Practice View”. *William & Mary Law Review*, vol. 35.
- CABRILLAC, Rémy (2016). *Droit européen compare des contrats*. 2ª edición. Issy-les Moulineaux: LGDJ Lextenso Éditions.
- CÁMARA, Sergio (2006). *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*. Navarra: Aranzadi.
- CAMPOS, Sebastián (2019). *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas*. Santiago: Thomson Reuters.
- CAMPOS, Sebastián (2020a). *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos*. Santiago: DER ediciones.
- CAMPOS, Sebastián (2020b). “Sobre el modelo de apreciación de abusividad en la ley N° 19.496, con especial referencia a su artículo 16 letra g). Bases para una diferenciación entre el control de contenido y el de sorpresividad”. *Revista chilena de Derecho*, n.º 3, Santiago.
- CAMPOS, Sebastián (2020c). “Hacia el control de contenido de las cláusulas no-negociadas en los PLDC”. *Blog de la red chilena de derecho comparado*. Disponible en: <https://www.redchilenadederechocomparado.cl/post/hacia-el-control-de-contenido-de-las-cl%C3%A1usulas-no-negociadas-en-los-pldc-una-propuesta-desde-el-der> [Fecha de consulta: 07 de febrero de 2021].
- CAPRILE, Bruno (2011). “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos”, en Gonzalo FIGUEROA, Enrique BARROS y Mauricio TAPIA (coords.). *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: AbeledoPerrot.
- CAPRILE, Bruno (2012). “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 39, Valparaíso.
- CÁRDENAS, Hugo y Ricardo REVECO (2018). *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*. Santiago: Thomson Reuters.
- CARRASCO, Ángel (2017). *Derecho de contratos*. 2ª edición actualizada. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- CORRAL, Hernán (2007). “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno”. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n.º 12-13.
- CORRAL, Hernán (2018). *Curso de derecho civil. Parte general*. Santiago: Thomson Reuters.
- DE LA MAZA, Iñigo (2004). “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”. *Revista chilena de Derecho privado*, n.º 1, Santiago.

- DE LA MAZA, Iñigo (2009). *Los límites del deber precontractual de información*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, tesis doctoral. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3190/23023_maza_i%0c3%b1igo_de_la.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Fecha de consulta: 07 de febrero de 2021].
- DE LA MAZA, Iñigo (2010a). “Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 34, Valparaíso.
- DE LA MAZA, Iñigo (2010b). “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, n.º 2, Coquimbo.
- DE LA MAZA, Iñigo (2011). “Las consecuencias de la alteración sobrevenida de circunstancias”, en Gonzalo FIGUEROA *et al.* (coords.). *Estudios de Derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2010*. Santiago: Legal Publishing.
- DE LA MAZA, Iñigo (2020). “El retiro unilateral de las negociaciones en los PLDC”, en Álvaro VIDAL y Gonzalo SEVERIN (eds. y coords.). *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica*. Santiago: Thomson Reuters.
- DE LA MAZA, Iñigo y Álvaro VIDAL (2017). “El contenido: una primera aproximación”, en Iñigo DE LA MAZA *et al.* (eds. y coords.). *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- DE LA MAZA, Iñigo y Álvaro VIDAL (2018). *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Thomson Reuters.
- DIEZ-PICAZO, Luis (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría General del Contrato*. 5ª edición. Madrid: Civitas.
- DOMÍNGUEZ, Ramón *et al.* (1998). “Comentario de jurisprudencia, N° 3: Responsabilidad precontractual. Ruptura injustificada de negociaciones. Daños causados”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 204, año LXVI, Concepción.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (2020). *Teoría general del negocio jurídico*. 3ª edición. Santiago: Prolibros ediciones.
- D’ORS, Álvaro (2004). *Derecho Privado Romano*. 10ª edición. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra.
- DUCCI, Carlos (2007). *Derecho civil. Parte general*. 4ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- EBERS, Martín (2016). *Obligaciones, Contratos y Protección del Consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados Miembros*. Santiago: Ara Editores.
- EYZAGUIRRE, Cristóbal y Javier RODRÍGUEZ (2013). “Expansión y límites de la buena fe – A propósito del “Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos””. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21, Santiago.
- FUEYO, Fernando (1990). *Instituciones de Derecho Civil moderno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- GALLO, Paolo (2017). *Il contratto*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- GARCÍA, Manuel (2014). *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*. Madrid: Dykinson.
- GARCÍA, José (2015). “Art. 60. Información previa al contrato”, 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 edición. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- GONZÁLEZ, Isabel (2015). “Art. 82. Concepto de cláusulas abusivas”, 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 edición. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- GUZMÁN, Alejandro (1996). *Derecho Privado Romano*. Santiago: Editorial Jurídica, tomo II.
- GUZMÁN, Alejandro (2002). “La buena fe en el Código Civil de Chile”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, n.º 1, Santiago.
- 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 y Sebastián CAMPOS (2020). “Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno”. *Revista de Derecho Privado (Externado)*, n.º 39.
- HESSELINK, Martijn (2011). “The concept of good faith”, en Arthur HARTKAMP, Martijn HESSELINK, Ewoud HONDIUS, Chantal MAK, y Edgar DU PERRON (eds.). *Towards a European Civil Code*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012). *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010*. Madrid: La Ley.
- ISLER, Erika (2019). *Derecho del consumo. Nociones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- JANSEN, Nils (2018). “Art 2:104: Terms not Individually Negotiated”, en Nils JANSEN y Reinhard ZIMMERMANN (eds.). *Commentaries on european contract laws*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- KÖTZ, Hein (2017). *European contract law*. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press.
- LARENZ, Karl (1985). *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. (trad.) Luis Diez-Picazo. Madrid: Civitas.
- LLOBET, Josep (1996). *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons.
- LOEWENSTEIN, George y Ted O’DONOGHUE (2006). “We can do this the easy way or the hard way: Negative emotions, self-regulation, and the law”. *The University of Chicago Law Review*, n.º 73.

- LÓPEZ, Jorge y Fabián ELORRIAGA (2017). *Los contratos. Parte general*. 6ª edición actualizada. Santiago: Thomson Reuters.
- LÓPEZ, Patricia (2012). “El Abuso del Derecho de Opción del Acreedor y su Importancia en la Construcción de un Sistema Equilibrado de Remedios por Incumplimiento Contractual”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 19, Santiago.
- LÓPEZ, Patricia (2015a). *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- LÓPEZ, Patricia (2015b). “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.º 25, Santiago.
- LÓPEZ, Patricia (2019a). *La tutela precontractual del acreedor. Una aproximación desde el Código Civil chileno y su interrelación con la tutela contractual*. Santiago: Thomson Reuters.
- LÓPEZ, Patricia (2019b). “¿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 Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE, Gabriel HERNÁNDEZ, Fabiola LATHROP y Mauricio TAPIA (coords.). *Estudios de Derecho Civil XIV*. Santiago: Thomson Reuters.
- LORENZINI, Jaime y Joaquín POLIT (2013). “El régimen de la nulidad y la resolución en el derecho del consumidor chileno”, en Carmen DOMÍNGUEZ, Joel GONZÁLEZ, Marcelo BARRIENTOS y Juan GOLDENBERG (coords.). *Estudios de Derecho Civil VIII*. Santiago: Legal Publishing.
- MARÍN, Juan Carlos (2020). “Caso fortuito, imposibilidad y remedios del acreedor. Regulación en los principios latinoamericanos de derecho de los contratos”, en Álvaro VIDAL y Gonzalo SEVERIN (eds. y coords.). *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica*. Santiago: Thomson Reuters.
- MARÍN, Manuel (2018). “Los controles de transparencia y de contenido en los contratos entre empresarios”. *Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha*. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Los_controles_de_transparencia_y_de_contenido_en_los_contratos_entre_empresarios.pdf [Fecha de consulta: 07 de febrero de 2021].
- MCKENDRICK, Ewan (2015). “Article 6.2.3”, en Stefan VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press.
- MOMBERG, Rodrigo (2010). “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.º 1, Santiago.
- MOMBERG, Rodrigo (2011). “El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias”, en Iñigo DE LA MAZA (coord.). *Cuadernos de análisis jurídico, Colección de Derecho Privado VII, Incumplimiento contractual y nuevas perspectivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

- MOMBERG, Rodrigo (2014). “Las cláusulas de modificación unilateral en los contratos de consumo”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- MOMBERG, Rodrigo y Carlos PIZARRO (2013). “Artículo 16 g)”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.) y Francisca BARRIENTOS (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Legal Publishing.
- MUNITA, Renzo (2019). “Reflexiones en torno al deber precontractual de informar y su formalismo típico”, en Carlos CÉSPEDES (dir.). *Temas actuales de Derecho Patrimonial*. Santiago: Thomson Reuters.
- NASARRE, Sergio (2012a). “1.-3:101: Deber de aportar información sobre bienes muebles, otros activos y servicio”, en Antoni VAQUER, Esteve BOSCH y María SÁNCHEZ (coords.). *Derecho europeo de los contratos. Libros II y IV del marco común de referencia*. Barcelona: Atelier.
- NASARRE, Sergio (2012b). “Sección 3. Deberes de negociación y confidencialidad”, en Antoni VAQUER, Esteve BOSCH y María SÁNCHEZ (coords.). *Derecho europeo de los contratos. Libros II y IV del marco común de referencia*. Barcelona: Atelier.
- PAGADOR, Javier (1998). *La Directiva Comunitaria sobre las Cláusulas Contractuales Abusivas*. Madrid: Marcial Pons.
- PEÑAILILLO, Daniel (1993). “La apreciación de la buena fe”. *Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción*, vol. II, n.º 1, Concepción.
- PEÑAILILLO, Daniel (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PERTÍÑEZ, Francisco (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Navarra: Aranzadi.
- PERTÍÑEZ, Francisco (2011). “Artículo 85”, en Sergio CÁMARA (dir.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1(2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex.
- PERTÍÑEZ, Francisco (2013). “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”. *InDret*, n.º 3.
- PICHONNAZ, Pascal (2015). “Article 7.1.7”, en Stefan VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press.
- PRADO, Arturo (2015). “Sobre la responsabilidad civil precontractual”. *Revista Actualidad jurídica*, n.º 32.
- PRADO, Pamela (2015). “La colaboración del acreedor: una aplicación concreta de la buena fe”, en Lilian SAN MARTÍN (ed.). *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*. Santiago: Thomson Reuters.
- RIZZO, Vito (2013). “La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici” en Alessandra BELLELLI, Lorenzo MEZZASOMA y Francesco RIZZO (dirs.). *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla Direttiva CEE 93/13*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane.

- RÜFNER, Thomas (2018). “Art 6:111: Change of Circumstances”, en Nils JANSEN y Reinhard ZIMMERMANN (eds.). *Commentaries on european contract laws*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- SAN MARTÍN, Lilian (2012). “El ‘deber de aviso’ ante la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor: ¿tiene aplicación en Chile?”, en Fabián ELORRIAGA (coord.). *Estudios de Derecho Civil VII*. Santiago: Thomson Reuters.
- SAN MARTÍN, Lilian (2013). “Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones. Jiménez Mira, David Alejandro con Armijo Cerda, Antonio de los Ángeles. Corte suprema, rol 1872/2010”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n.º 1, Santiago.
- SAN MARTÍN, Lilian (2015). “La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria a propósito de ‘Julio Fritz Vidal con Banco Santander Chile’. Corte Suprema, Rol N° 137-2010”, en Lilian SAN MARTÍN (ed.). *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*. Santiago: Thomson Reuters.
- SAN MIGUEL, Lis (2020). “De la imprevisión al cambio de circunstancias en los PLDC: una mirada desde el derecho comparado”, en Álvaro VIDAL y Gonzalo SEVERIN (eds. y coords.). *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica*. Santiago: Thomson Reuters.
- SCHWENZER, Ingeborg (2016). “Article 79”, en Peter SCHLECHTRIEM y Ingeborg SCHWENZER (dirs.). *Commentary on the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*. 4ª edición. Oxford-New York: Oxford University Press.
- SELMAN, Arturo (2011). “La cláusula penal en el contrato de leasing y su nulidad por falta de causa: una evolución en la jurisprudencia”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n.º 2, Santiago.
- SEVERIN, Gonzalo (2020). “Cláusulas de terminación ad nutum, servicios de larga duración y buena fe objetiva”, en Fabián ELORRIAGA (coord.). *Estudios de Derecho Civil XV*. Santiago: Thomson Reuters.
- SCHOPF, Adrián (2018). “La buena fe contractual como norma jurídica”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 31, Santiago.
- SCHULZE, Reiner y Fryderyk ZOLL (2018). *European contract law*. Baden-Baden: Nomos.
- SUNSTEIN, Cass y Richard THALER (2003). “Libertarian paternalism is not an oxymoron”. *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, n.º 4.
- SIMON, Herbert (1955). “A behavioral model of rational choice”. *Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, n.º 1.
- STORME, Matthias (2003). “Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law”. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 7.1.
- TAPIA, Mauricio (2014). “Silencio y aceptación del consumidor”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- TAPIA, Mauricio y José VALDIVIA (1999). *Contrato por Adhesión. Ley N° 19.496*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- WIEACKER, Franz (2019). *El principio general de la buena fe*. (trad.) Luis Díez-Picazo. Santiago: Ediciones Olejnik.
- WHITTAKER, Simon y Reinhard ZIMMERMANN (2000). “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en Reinhard ZIMMERMANN y Simon WHITTAKER (eds.). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- 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 S.A.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2009). *Europa y el derecho romano*. Madrid: Marcial Pons.
- ZULOAGA, Isabel (2015a). “Article 2.1.15”, en Stefan VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press.
- ZULOAGA, Isabel (2015b). “Article 2.1.16”, en Stefan VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press.

Normas citadas

- Acquis principles – ACQP.
- Bürgerliches Gesetzbuch – BGB (Alemania).
- Code civil (Francia).
- Codice Civile (Italia).
- Código Civil chileno.
- Código Civil español.
- Código Civil griego.
- Código Civil portugués.
- Código de Comercio chileno.
- Decreto-Lei N° 446/85, de 25 de octubre de 1985 (Portugal).
- Directiva 93/13/CEE, del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de 21 de abril de 1993.
- Draft common frame of reference -DCFR.
- Ley n.º 18045, de mercado de valores. *Diario Oficial de la República de Chile*, 22 de octubre de 1981.
- Ley n.º 18046, sobre sociedades anónimas. *Diario Oficial de la República de Chile*, 22 de octubre de 1981.
- Ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial de la República de Chile*, 07 de marzo de 1997.
- Ley n.º 20416, sobre empresas de menor tamaño. *Diario Oficial de la República de Chile*, 03 de febrero de 2010.

Ley n.º 20584, sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. *Diario Oficial de la República de Chile*, 24 de abril de 2012.

Ley n.º 20606, sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad. *Diario Oficial de la República de Chile*, 06 de julio de 2012.

Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos – PLDC.

Principles of european contract law – PECL.

Restatement (second) of contracts.

Unidroit Principles of International Commercial Contracts – PICC.

Uniform Commercial Code.

United Nations Convention on contracts for the international sale of goods – CISG.

Jurisprudencia citada

Forestal Bío-Bío S.A. y otra con Madesal y otra (1996): Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de junio de 1996, rol n.º 374-1993.

T. con Axa Seguros de Vida S.A. (2001): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de abril de 2001, rol n.º 6497-2000.

Enami con Incomin S.A. (2003): Corte Suprema, 31 de marzo de 2003, rol n.º 1594-2001.

Santiago Leasing S.A. con Industrias de Remolques Indurem S.A. (2005): Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de mayo de 2005, rol n.º 1045-2000.

Santander Factoring S.A. con G. L. (2006): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de diciembre de 2006, rol n.º 6037- 2001.

Seguridad Vialher Chile Limitada con Convenio Servicio de Salud Talcahuano (2007): Corte de Apelaciones de Concepción, 04 de octubre de 2007, rol n.º 1980-2002.

R. A. con Comercial Automotriz ExpoAutos Limitada (2007): Corte Suprema, 31 de octubre de 2007, rol n.º 4693-2006.

Glide Diversiones Ltda. con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A. (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de noviembre de 2007, rol n.º 3073-2003.

Santiago Leasing S.A. con Rimpex Chile S.A. (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de abril de 2008, rol n.º 4270-2004.

H. y J. con Universidad Mayor (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 01 de julio de 2008, rol n.º 8775-2004.

Banco Crédito e Inversiones con Comercial Traim Alimentos S.A. y otros (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 2008, rol n.º 10671-2006.

Hns. Banco S.A. con M. M. (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de julio de 2008, rol n.º 3381-2007.

P. P. con Universidad Andrés Bello (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de julio de 2008, rol n.º 2335-2008.

D. J con F. J. (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de agosto de 2008, rol n.º 2008-2004.

Agrícola Ariztía Ltda. y Royal & Sun Alliance Seguros S.A. con Emeléctric S.A. (2009): Corte Suprema, 01 de diciembre de 2009, rol n.º 701-2008.

Banco Crédito e Inversiones con Comercial Traim Alimentos S.A. y otros (2010): Corte Suprema, 02 de marzo de 2010, rol n.º 4626-2008.

V. C. con S. J. (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 04 de junio de 2010, rol n.º 5484-2009.

F. D. v. Wells Fargo Bank (2011): United States District Court, District of Massachusetts, 798 F.Supp. 2d 336.

F. J. con Canteras Lonco S.A. (2011): Corte Suprema, 24 de marzo de 2011, rol n.º 3789-2009.

Asociación Gremial de Productores de Huevos de Chile con Banco de Chile (2011): Corte Suprema, 31 de agosto de 2011, rol n.º 1061-2010.

M. C. con Metalúrgica San Vicente Limitada (2011): Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de septiembre de 2011, rol n.º 683-2011.

J. D. con A. A. (2011): Corte Suprema, 29 de diciembre de 2011, rol n.º 1872-2010.

Administradora de Recursos Humanos y Marketing Adepex Ltda. con Distribución y Servicio D y S S.A. (2012): Corte Suprema, 31 de enero de 2012, rol n.º 1180-2011.

U. C. con Corpbanca (2012): Corte Suprema, 12 de abril de 2012, rol n.º 218/2011.

R. C. con Universidad Andrés Bello (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2012, rol 1905-2011.

Territorio S.A. con Inmobiliaria Leja Limitada y otra (2012): Corte Suprema, 05 de septiembre, rol n.º 3647-2012.

M. K. con G. E. (2012): Corte de Apelaciones de San Miguel, 07 de septiembre de 2012, rol n.º 486-2012.

Consejo de la Transparencia con C. M. (2012): Corte Suprema, 28 de noviembre de 2012, rol n.º 2423-2012.

SERNAC con Cencosud (2013): Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol n.º 12355-2011.

V. S. con Forum Servicios Financieros S.A. (2013): 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 06 de noviembre de 2013, rol n.º O-2878-2013.

Muebles López & López Limitada con Banco Itaú Chile (2014): Corte Suprema, 02 de septiembre de 2014, rol n.º 14243-2013.

F. P. y otros con Parque Arauco S.A. (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de octubre de 2014, rol n.º 3918-2013.

Consejo de Defensa del Estado con M. J., B. Y. y B. E. (2014): Corte Suprema, 24 de noviembre de 2014, rol n.º 23134-2014.

- S. A. con Christel y Nicolás Mazet Ltda. (2015): Corte de Apelaciones de Temuco, 11 de septiembre de 2015, rol n.º 758-2014.
- SERNAC con Ticket Fácil S.A. (2018): Corte Suprema, 07 de marzo de 2018, rol n.º 79123-2016.
- SERNAC con Ticketmaster Chile S.A. (2018): Corte Suprema, 09 de abril de 2018, rol n.º 62158-2016.
- SERNAC con Banco BBVA (2018): Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, rol n.º 100759-2016.
- Sociedad Comercial Timbres Timbres con Banco Itaú Chile (2018): Corte Suprema, 13 de diciembre de 2018, rol n.º 45515-2017.
- Constructora Salfa S.A. con Fisco (2019): Corte Suprema, 13 de marzo de 2019, rol n.º 38683-2017.
- SERNAC con Corporación Educacional Universidad del Mar (2019): Corte Suprema, 15 de abril de 2019, rol n.º 5363-2018.
- Ingeniería y Movimientos de Tierra Tranex Ltda. con Anglo American Sur S.A. (2019): Corte Suprema, 22 de mayo de 2019, rol n.º 38506-2017.
- P. G. y otro con Banco Security (2019): Corte Suprema, 21 de agosto de 2019, rol n.º 44485-2017.
- Asociación de consumidores de Tarapacá con Banco Santander Chile (2019): Corte Suprema, 29 de agosto de 2019, rol n.º 8735-2018.
- ST Rent Transportes Limitada con Sociedad Melón áridos Limitada (2019): Corte Suprema, 06 de diciembre de 2019, rol n.º 6431-2018.
- SERNAC con Constructora Santa Beatriz S.A. (2019): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019, rol n.º 114-2019.
- ForexChile S.A con G. V. (2020): Corte Suprema, 20 de marzo de 2020, rol n.º 28122-2018.
- Inmobiliaria y Administradora CGL con Petrobras Chile Dist. Ltda. (2020): Corte Suprema, 19 de junio de 2020, rol n.º 12903-2018.
- V. R. con Inmobiliaria e Inversiones R.P.M. (2020): Corte Suprema, 27 de octubre de 2020, rol n.º 1487-2019.
- B. J. con Municipalidad de Valparaíso (2020): Corte Suprema, 19 de noviembre de 2020, rol n.º 22889-2019.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

- ACQP Acquis principles
al. alii (otros)
- BGB Código Civil alemán
- CC Código Civil chileno
- Cfr. Confróntese

- CISG United Nations Convention on contracts for the international sale of goods
- coord. coordinador *a veces* coordinadora
- coords. coordinadores
- DCFR Draft Common Frame of Reference
- dir. director
- ed. editor
- eds. editores
- Etc. etcétera
- LPDC Ley n.º 19.496, Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, *Diario Oficial de la República de Chile*, 7 de marzo de 1997
- p. página
- PECL Principios de Derecho Europeo de los Contratos
- PICC Unidroit Principles of International Commercial Contracts
- PLDC Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos
- pp. páginas
- SERNAC Servicio Nacional del Consumidor

IMPREVISIÓN Y COVID-19: SOBRE EL ROL DE LOS TRIBUNALES Y LA LEY EN TIEMPOS DE CRISIS

UNFORESEEN EVENTS AND COVID-19: ON THE ROLE OF COURTS AND STATUES IN TIMES OF CRISIS

Ernesto Vargas Weil*

RESUMEN

Este artículo analiza el rol del juez y el legislador en el desarrollo del derecho privado chileno, a propósito del reciente proyecto de ley que busca recoger la teoría de la imprevisión en el *Código Civil* como reacción a los efectos de económicos de la crisis del COVID-19. Por un lado, sostiene que la discusión en torno a este proyecto ha hecho emerger un cierto consenso respecto de la conveniencia de acoger esta teoría, pero que la forma adecuada para ello sigue siendo una pregunta abierta. En ese contexto y con base en elementos de derecho comparado, teoría del derecho y análisis económico del derecho argumenta que, en el caso chileno, la mejor ruta para acoger dicha teoría es una reforma legislativa, pero que el proyecto de ley propuesto no tiene la profundidad técnica requerida para ello. Por el otro lado, argumenta que crisis generales e imprevistas, como la del COVID-19, deben ser abordadas mediante legislación especial, no por reformas legales generales o cambios jurisprudenciales que impliquen cambios de paradigma.

161

PALABRAS CLAVE: teoría de la imprevisión; crisis del COVID-19; cambio legal, trasplantes jurídicos; derecho de contratos comparado

* Profesor asistente, departamento de derecho privado, Universidad de Chile. Dirección postal: Avenida Santa María n.º 076, piso 3.º, Providencia, Santiago, 7520405, Chile. Correo electrónico: ernesto.vargas@derecho.uchile.cl

El autor agradece a Lucas Sierra, Pablo Fuenzalida, Gloria Cornejo y Álvaro González por los comentarios que hicieron a un borrador preliminar.

Recepción: 2020-09-01; aceptación: 2021-05-19.

ABSTRACT

This article discusses the role of courts and legislators in the development of Chilean private law in the context a recent bill that seeks to enact the French *théorie de l'imprévision* in the Chilean Civil Code as a reaction to the economic effects of the COVID-19 crisis. On the one hand, it holds that the public discussion triggered by this bill has led to the emergence of a certain consensus regarding the convenience of accepting this theory, but that the most adequate path for this remains an open question. In this context and relying on elements of Comparative Law, Legal Theory and Law and Economics it argues that, in the Chilean case, the best route to bring this doctrine into the legal system is a legislative reform, but that the proposed bill does not have the technical depth required for it. On the other hand, it argues that general and unforeseen crisis, as that of the COVID-19, should be dealt by special emergency legislation, not by judicial or statutory general reforms aiming to introduce new legal paradigms.

KEYWORDS: *théorie de l'imprévision*; COVID-19 crisis; legal change; legal transplants; comparative contract law

162

INTRODUCCIÓN:

EL JUEZ Y LEGISLADOR FRENTE AL COVID-19

El derecho civil patrimonial tiene algo de geológico. Sus normas, principios y doctrinas constituyen el soporte conceptual básico sobre el cual se estructura buena parte del resto del derecho privado. Normalmente, la “corteza jurídica” provista por el derecho civil parece estática¹, ya sea porque los cambios en ella ocurren por la lenta erosión de sus doctrinas o mediante reformas que parecen afectar sólo los márgenes del sistema, típicamente mediante legislación especial en ámbitos como el derecho del consumo o el arrendamiento de inmuebles con fines habitacionales. Sin embargo, de vez en cuando, presionado por alteraciones violentas en la vida social, el derecho civil sufre cambios abruptos que alteran rápida y permanentemente alguna de sus bases esenciales.

Estas transformaciones pueden ocurrir tanto por vía legislativa como judicial. En la tradición civil, la intuición es asumir que esos cambios ocurren, en general, por la primera. No obstante, en la práctica, ello no es siempre así. Cambios jurídicos requeridos como respuesta a problemas prácticos pueden ocurrir mediante cualquiera de ellas. Esto se vuelve evi-

¹ Ver WATSON (1995), p. 469.

dente cuando se compara cómo diferentes sistemas jurídicos reaccionan ante los mismos problemas de la vida real². Por ejemplo, tanto el *Código Civil* chileno³ como el alemán⁴ establecen como principio básico que la prenda es un contrato real, esto es, que el deudor debe entregar la cosa objeto de la prenda al acreedor para dar lugar a la caución (en Alemania, *Faustpfandprinzip*)⁵. Para principios del siglo XX, las limitaciones que la prenda con desplazamiento imponía al financiamiento de actividades comerciales y productivas eran evidentes en ambas jurisdicciones⁶. En Chile, el problema fue abordado desde la década de 1920 por el legislador mediante sucesivas leyes especiales que admitieron y regularon explícitamente la prenda sin desplazamiento en una variedad de contextos específicos⁷. En Alemania, en cambio, a pesar del intenso *lobby* de industriales y comerciantes, el legislador no alteró el principio hasta mucho después⁸. Sin embargo, como en la práctica los deudores de todas formas traspasaban la propiedad sobre bienes muebles para obtener financiamiento, reteniendo su tenencia vía *constituto posesorio*, los tribunales se vieron forzados a desarrollar una doctrina para protegerles en caso de insolvencia de los acreedores. En los hechos, esta doctrina generó una suerte de prenda sin desplazamiento de fuente judicial (*Sicherheitseigentum*)⁹.

Sin embargo, la “equivalencia funcional” de ambas soluciones no implica que el procedimiento formal mediante el cual el derecho privado se adapta a nuevas realidades sea irrelevante. Más allá de un tema de legitimidad política, hay buenos argumentos para que, al menos, dos tipos de reformas ocurran por vía legislativa: soluciones de emergencia y cambios de paradigma. En Chile, la crisis del COVID-19 ha plantea-

163

² Esto es siguiendo el método funcional del derecho comparado. Ver ZWEIGERT y KÖTZ (1998), pp. 32-47.

³ Artículo 2384 CC.

⁴ § 1205 BGB.

⁵ HERRESTHAL (2018), p. 666. Hoy existe un tratamiento positivo en materia procesal y de quiebras que facilita esto. Ver § 771 ZPO y §§ 47 y 51 InsO.

⁶ La prenda con desplazamiento presenta importantes problemas prácticos para financiar un negocio. Por un lado, priva al deudor del uso de un bien necesario para llevar adelante su actividad y, por otro, impone al acreedor la necesidad de custodiar esos bienes, lo que regularmente crea problemas prácticos, especialmente cuando el acreedor es un banco que no desea mantener bienes muebles de sus acreedores en su poder.

⁷ Ley n.º 4097 sobre contrato de prenda agraria, de 1926; y ley n.º 5687 sobre contrato de prenda industrial, de 1935.

⁸ Al respecto ver SCHUBERT (1990).

⁹ WILHELM (2016), p. 12. Esta evolución ha sido analizada especialmente por Wiegand como un ejemplo de cómo se ha debilitado la separación dogmática entre el derecho de bienes y el derecho de obligaciones. Al respecto puede verse WIEGAND (1987); WIEGAND (1990); y, WIEGAND (1999).

do ambos problemas. Por un lado, la pandemia pareciera haber creado circunstancias que podrían dar lugar a uno de esos infrecuentes casos en que la presión acumulada bajo la corteza del derecho civil pudiera liberarse para reconfigurar uno de los presupuestos más estables de nuestro derecho privado. Después de casi un siglo de discusión, el entendimiento irrestricto del principio de la fuerza obligatoria del contrato contenido en el *Código Civil* (artículo 1545) podría estar cediendo a la presión por recibir la denominada teoría de la imprevisión¹⁰. Por ahora, la urgencia por acoger dicha teoría parece haber disminuido, gracias a la dictación de legislación de emergencia¹¹ y cierta expectativa de un retorno a la normalidad. Sin embargo, hay indicios que permiten especular que la crisis del COVID-19 pudo haber fracturado el *statu quo* que reina en esta materia desde la entrada en vigor del *Código Civil* en 1857.

El aspecto más visible de este fenómeno es la presentación de un (nuevo) proyecto de ley para acoger por vía legislativa la teoría de la imprevisión durante la “primera ola” del COVID-19 (mayo de 2020)¹². Sin embargo, más que el proyecto en sí, lo que resulta interesante es la reacción que éste causó en la comunidad jurídica nacional. Este no es el primer proyecto de ley que busca introducir la teoría de la imprevisión en el país y tampoco hay razones que hagan prever que vaya a ser más exitoso que los anteriores. Lo que llama la atención es que, como resultado del impacto de la crisis del COVID-19 en la vida social, esta vez, la teoría de la imprevisión fue objeto de debate público. Esto merece atención *per se*: aunque a los profesores de derecho les cueste advertirlo, la dogmática del derecho privado no es interesante para el público general. Por ello, que la recepción de la teoría de la imprevisión haya sido un tema de interés en la contingencia nacional sugiere que la crisis del COVID-19 dio, por primera vez, una dimensión tangible y un sentido urgencia a esta doctrina que va más allá de la discusión académica.

No obstante, el interés en el mencionado proyecto de ley no revela un apoyo transversal a una reforma legal que acoja la teoría de la imprevisión en Chile, sino todo lo contrario. En la discusión pública la moción fue recibida con escepticismo. Por un lado, se argumentó que su eficacia temporal la hacía inútil, ya que no sería aplicable a los contratos en curso afectados por la pandemia. Por el otro, se cuestionó su necesidad, toda vez que la legislación vigente otorgaría a los tribunales las herramientas necesarias para resolver los problemas de imprevisión. Con todo, esta discusión no advirtió suficientemente que el principal problema del proyecto es que

éste busca introducir una reforma general con motivo de una emergencia concreta. Al hacer esto, tanto la moción como sus críticos confunden dos problemas que es necesario distinguir: en primer lugar, si es que la legislación propuesta permitiría a los tribunales resolver de mejor manera las disputas contractuales derivadas de una crisis concreta, en este caso, una emergencia sanitaria; y, en segundo lugar, si el derecho chileno requiere, en general, consagrar en forma positiva la teoría de la imprevisión para facultar a los jueces para hacerse cargo de imprevistos sobrevinientes que alteren gravemente el equilibrio del contrato. Lo significativo de esta discusión es que da cuenta de un aparente cambio ideológico: de una disputa doctrinaria centrada en si la teoría de la imprevisión debe ser recogida en el derecho chileno, se pasó (al menos por unos meses) a una discusión de interés público sobre cuál es la mejor forma de aceptarla.

Este artículo aborda esta discusión desde la perspectiva del cambio jurídico en el derecho privado. Sobre la base de elementos del derecho comparado, teoría del derecho y el análisis económico argumenta, primero, que cuando un ordenamiento jurídico se ve sobrepasado por circunstancias excepcionales y masivas –como la crisis del COVID-19–, estas deben afrontarse mediante leyes especiales, dejando la discusión de reformas generales para un momento posterior. En segundo lugar y mirando hacia el futuro, sostiene que la discusión pública en torno al nuevo proyecto de ley para dar cabida a la teoría de la imprevisión en Chile hizo emerger un cierto consenso respecto de la conveniencia de acoger esta doctrina, pero que la forma para ello sigue siendo una pregunta abierta. A este respecto, el trabajo plantea que, consideradas las particularidades del derecho chileno, la mejor ruta para reconocer la teoría de la imprevisión en el derecho nacional es una reforma legislativa, pero que el proyecto de ley propuesto no tiene la profundidad técnica requerida para ello.

El artículo se estructura de la siguiente manera. A continuación:

- i) describe brevemente el contenido y contexto de la denominada teoría de la imprevisión. Luego
- ii) da cuenta de la recepción por la comunidad jurídica nacional del reciente proyecto de ley que busca introducir esta teoría en Chile y
- iii) analiza sus implicancias. La última sección
- iv) discute el rol que le debiera caber a los tribunales y al legislador en tiempos de crisis y concluye con una reflexión sobre el futuro de la teoría de la imprevisión en Chile.

¹⁰ Una idea similar ha sido sugerida por MOMBORG y PINO (2020), p. 2.

¹¹ Ley n.º 21226, de 2020.

¹² Ver III abajo.

I. CONTEXTO:

IMPREVISIÓN EN CHILE Y EN EL DERECHO COMPARADO

En Chile se conoce como teoría de la imprevisión a una doctrina inspirada en la jurisprudencia del máximo tribunal administrativo francés, el Consejo de Estado¹³, que permite revisar los contratos en curso cuando hechos sobrevinientes alteran radicalmente el equilibrio de sus prestaciones. Esta doctrina tiene sus antecedentes históricos en una interpretación de los textos romanos por parte de algunos juristas medievales que hace de la mantención de las circunstancias bajo las cuales las partes celebraron un contrato un requisito de su obligatoriedad¹⁴. Para el siglo XIX esta doctrina carecía de adherentes, siendo rechazada en forma abierta tanto por la codificación francesa como por la alemana¹⁵. Sin embargo, a partir de la primera guerra mundial, doctrinas basadas en el cambio de circunstancias fueron ganando progresivamente popularidad en los sistemas civiles. En Alemania, durante la hiperinflación del año 1923, aprovechando la amplitud de la cláusula de buena fe contractual del BGB (§ 242), esta idea se impuso por vía judicial en la forma de la teoría de la caída de la base del negocio jurídico (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*)¹⁶. Conforme a ella, si las representaciones y finalidades compartidas con que las partes entran a un contrato resultan gravemente alteradas con posterioridad a su celebración, su contenido puede ser revisado judicialmente¹⁷. En países que emprendieron codificaciones durante el siglo XX, como Italia, esta idea fue recibida en forma positiva (artículo 1467 *Codice Civile*) y, en otros, como Alemania, fue incorporada posteriormente mediante reformas legales (ver actual § 313 BGB). En cambio, en Francia, la Corte de Casación se negó a seguir las aguas del derecho administrativo, oponiéndose durante la mayor parte del siglo pasado a recibir la teoría de la imprevisión¹⁸.

En términos generales, el derecho chileno siguió un curso parecido al de Francia. Fuera del caso fortuito, nuestro *Código Civil* no reconoció

¹³ Ver Cons. d'Etat, 30 de marzo de 1916.

¹⁴ El primer desarrollo de esta doctrina es atribuido generalmente a Baldo de Ubaldi. Por ejemplo, GORDLEY (2006), p. 347.

¹⁵ GORDLEY (2006), pp. 347, 348.

¹⁶ Ver RGZ 107, 78. El antecedente inmediato de esta doctrina es la teoría de los presupuestos (*Voraussetzungen*) del contrato desarrollada por Windschied a mediados del siglo XIX, bajo la influencia del pensamiento de Savigny. Si bien el BGB rechazó esta teoría, recogió algunos de sus elementos, lo que permitió que luego fuera resucitada por su yerno, Oertmann, en la forma de “base del negocio jurídico” (*Geschäftsgrundlage*), poco antes de que la crisis del marco se convirtiera en hiperinflación. RIESENFELD (1989), pp. 5, 6. A este último respecto, ver sección IV abajo.

¹⁷ LARENZ y WOLF (2004), pp. 698-704.

¹⁸ Por ejemplo, Cass. civ., 6 de marzo de 1876 y Cass. soc. 08 de marzo de 1972.

a los cambios imprevistos de circunstancias la capacidad de morigerar la fuerza obligatoria de los contratos, y los tribunales tampoco desarrollaron jurisprudencia en ese sentido¹⁹. Sin embargo, el estatus de la teoría de la imprevisión en Chile y la conveniencia de su recepción han sido discutidos desde hace casi cien años²⁰. Si bien en ese lapso se han presentado varios proyectos de ley para reconocerla en forma positiva, y también existen algunos fallos que dan cuenta de intentos aislados de desarrollarla por vía judicial, lo cierto es que –contrario a la tendencia dominante del derecho comparado– la teoría de la imprevisión nunca ha tenido en Chile el impulso suficiente para convertirse en derecho²¹.

En buena medida, esto parece resultar de una histórica falta de consenso en la comunidad jurídica nacional, tanto sobre la conveniencia de relativizar el dogma de la fuerza obligatoria del contrato, como de la necesidad de modificar el texto del *Código Civil* para ello. La opinión históricamente dominante en nuestra doctrina es que el derecho chileno no acoge la teoría de la imprevisión²². Sin embargo, desde hace varias décadas se ha planteado la posibilidad de acoger judicialmente alguna versión de ésta. Por ejemplo, Jorge López Santa María ha argumentado que el principio de buena fe contractual permitiría a los tribunales desarrollar una versión chilena de la teoría de la imprevisión²³. A nivel arbitral, es conocido un fallo de 1996²⁴ que acogió la teoría de la imprevisión en el contexto de un contrato de construcción a suma alzada²⁵ y, tal como señala la moción, existe también alguna jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en este sentido, también recaída en casos de mayores costos derivados de circunstancias imprevistas en el contexto del mismo tipo de contratos²⁶.

La doctrina ha permanecido dividida respecto de la conveniencia de regular legislativamente la teoría de la imprevisión. Por una parte, suele

¹⁹ En un caso significativo, por ser casi paralelo al desarrollo de teoría de la caída de la base del negocio en Alemania, la Corte Suprema chilena resolvió que “los tribunales carecen de facultad para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, ya sea por razón de equidad, o bien de costumbre o reglamentos administrativos”, G. con Fisco (1925). Para un fallo más reciente de la Corte Suprema, excluyendo explícitamente la teoría de la imprevisión, ver South Andes Capital S.A. con Empresa Portuaria Valparaíso (2009), considerando 10.º.

²⁰ Ver DE LA MAZA (1933).

²¹ Ver discusión más abajo.

²² LÓPEZ (2005), pp. 302-304 y ABELIUK (2009), pp. 132, 133.

²³ LÓPEZ (2005), pp. 315-318.

²⁴ EMOS y Sociedad Constructora La Aguada Limitada (1996).

²⁵ ILLANES (1996).

²⁶ El caso más conocido es L. V. G. con Servicio de la Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana (2006).

argumentarse que acoger dicha doctrina arriesgaría erosionar la fuerza obligatoria de los contratos²⁷. Por otra parte, los partidarios de su regulación legal estiman que un tratamiento positivo proveería mayor certeza a las partes en cuanto al destino y alcance de las acciones que se interpongan en la materia²⁸. De acuerdo a un reciente artículo de Rodrigo Momberg y Alberto Pino, escrito a propósito de crisis del COVID-19, la mayoría de la doctrina chilena estaría a favor de acoger la teoría de la imprevisión, a través del principio de buena fe contractual²⁹. Con todo, determinar cuán extendida está realmente esa opinión es difícil³⁰. En los hechos, la falta de consenso que ha prevalecido hasta ahora parece reflejarse en la presentación y fracaso de varias iniciativas legales en la materia. Por ejemplo, en 1991 un grupo de Diputados presentó una moción para incorporar la teoría de la imprevisión en el *Código Civil*³¹, la que, no obstante ser aprobada por la Cámara Baja en 2001, fue archivada por el Senado en 2004. El proyecto fue reeditado con posterioridad sin registrar avances sustantivos³². Con todo, dichas iniciativas han generado un interesante cúmulo de antecedentes sobre cómo la teoría de la imprevisión es percibida por la comunidad jurídica nacional, incluyendo un oficio emitido por la Corte Suprema en 2017 a instancias del Senado, informando sobre este proyecto³³.

168

II. LA REFORMA DEL COVID-19

La crisis del COVID-19 ha agregado un nuevo capítulo a este desarrollo. El 5 de mayo de 2020, esto es, en pleno auge de la primera ola de la pandemia, un grupo de senadores presentó una moción que buscaba consagrar la teoría de la imprevisión en el *Código Civil*³⁴. Conforme indica la exposición de motivos del proyecto, el antecedente tras esta reforma sería el impacto en los contratos de la crisis económica derivada de la pandemia generada por el virus COVID-19. La moción propuso regular la teoría de la imprevisión por la vía de incluir un nuevo artículo

²⁷ Por ejemplo, ILLANES y DÖRR (2000), pp. 221-231.

²⁸ Por ejemplo, MOMBERG (2010), p. 61.

²⁹ MOMBERG y PINO (2020), p. 9.

³⁰ Tal como se señala más adelante en este artículo, por una cuestión de autoselección, quienes escriben sobre este tema en contextos académicos tienden a ser quienes son favorables a esta teoría.

³¹ Boletín n.º 309-07. Existen otras, por ejemplo, boletín 5290-07.

³² Boletín n.º 11204-7

³³ Corte Suprema, oficio n.º 94-2017.

³⁴ Boletín n.º 13474-07.

1546 bis en el *Código Civil*³⁵. Esta disposición reconocería un derecho a renegociación a la parte de un contrato cuyas obligaciones se hubieren vuelto desproporcionadamente más onerosas a causa de circunstancias imprevisibles al momento de su celebración. En caso de fallar dicha negociación, la reforma permitiría a las partes poner término al contrato en las condiciones que decidan. A falta de acuerdo, la parte afectada podría recurrir al juez para que revise el contrato o le ponga término en el plazo y bajo las condiciones que determine. Desde la perspectiva de sus efectos en el tiempo, la reforma sólo sería aplicable a contratos suscritos con posterioridad a su entrada en vigor.

La moción no entrega mayor explicación sobre cómo la reforma se relaciona con los efectos de la pandemia, pero da ciertos antecedentes generales respecto de la recepción de la teoría de la imprevisión en el país y el derecho comparado. En primer lugar, da cuenta de que esta teoría habría sido admitida paulatinamente en Chile por tribunales arbitrales y, en menor medida, por tribunales ordinarios³⁶. Agrega que la doctrina también es reconocida a nivel comparado, y refiere en forma sumaria a la experiencia de Alemania, Italia y Perú. En segundo lugar, la moción explica que la legislación nacional de contratos es una adaptación del derecho civil francés y que, siguiendo tal modelo, la jurisprudencia chilena ha sido históricamente reacia a reconocer la teoría de la imprevisión, por considerar que los jueces no pueden sustituir a las partes para reescribir o modificar un acuerdo que ellas alcanzaron de manera libre y espontánea. Sin embargo, conforme señala el proyecto, en ambas jurisdicciones, la teoría de la imprevisión se habría abierto paso lentamente a través de algunas decisiones aisladas y, en el caso de Francia, fue reconocida en su *Código Civil* el año 2016, mediante una reforma que introdujo una disposición de un tenor similar al que propone la moción para Chile (ver artículo 1195 del *Código Civil* francés). El proyecto de ley termina expresando que, a pesar de que el derecho vigente tendría elementos de los cuales se podrían

169

³⁵ El texto propuesto señala que “[s]i un cambio fundamental de circunstancias imprevisibles al tiempo de la suscripción del contrato convierte su cumplimiento en excesivamente oneroso para una de las partes, que no había aceptado ese riesgo, ésta puede solicitar a su contraparte la renegociación del contrato. Durante la renegociación, las partes continúan obligadas a cumplir sus obligaciones.

Si la renegociación no es aceptada o fracasa, las partes pueden poner término al contrato, en las condiciones y en el plazo que decidan, o solicitar de común acuerdo al juez que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez podrá, a petición de una de las partes, revisar el contrato o ponerle término, en las condiciones y en el plazo que él determine”.

³⁶ La moción hace referencia a L. V. G. con Servicio de la Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana (2006) considerandos 8.º y 9.º y A. L. y Cía Ltda con Universidad de Chile (2011), considerando 3.º.

extraer los principios de la teoría de la imprevisión, la jurisprudencia ha sido vacilante en su reconocimiento, de modo que dicha doctrina no puede establecerse de manera clara. Concluye que, por tanto, se hace necesario actualizar el ordenamiento civil a fin de incorporar normas que regulen la revisión de contratos afectados por imprevistos sobrevinientes que alteren radicalmente su equilibrio.

Una particularidad de esta iniciativa legal es que ha sido objeto de especial atención fuera del contexto de la academia y la profesión jurídica. En la discusión pública, el proyecto de ley fue recibido con cierto escepticismo. Por un lado, varios profesores de derecho civil se pronunciaron por la prensa en contra de la reforma³⁷, haciendo ver, primero, que el proyecto no solucionaría los problemas generados por la situación sanitaria ya que no podría aplicarse retroactivamente a los contratos vigentes; y, segundo, que la reforma no era necesaria, ya que el principio de buena fe, tal como se encuentra consagrado en el *Código Civil*, ofrecería elementos suficientes para que la judicatura se haga cargo de los imprevistos que puedan afectar los contratos. Otros profesores hicieron ver que, si bien cláusulas generales, como la de buena fe, permiten adaptar el derecho privado a nuevas circunstancias, éstas suelen ser inadecuadas cuando hay que reaccionar de urgencia o se necesita de la claridad de la redacción legal. En esa línea destacan que, a pesar de que el derecho alemán cuenta con una norma expresa para resolver casos de imprevisión, en marzo de 2020 el Parlamento federal (*Bundestag*) dictó una ley de emergencia que reguló el impacto de la crisis del COVID-19 en los contratos en curso³⁸. Finalmente, reconociendo el problema de aplicación en el tiempo que plantea la reforma propuesta, hubo académicos que dieron cuenta de que la moción no deriva simplemente de una idea que “ande dando vueltas”, sino que toma como referencia la reforma al derecho francés de obligaciones de 2016, instando a que Chile se pliegue a las tendencias dominantes de la tradición civil, mencionando en forma explícita la reforma del derecho alemán de obligaciones de 2002 que incorporó la teoría de la caída de la base del negocio jurídico en el BGB³⁹.

III. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y REFORMA DEL DERECHO

Aunque no haya tenido lugar en un contexto académico, la discusión sobre el proyecto de ley que buscó incorporar la teoría de la imprevisión

³⁷ E.g., VIAL (2020); LYON (2020); VERGARA (2020); y, ORTÚZAR (2020).

³⁸ BARROS y CHAHUÁN (2020).

³⁹ BARROS (2020).

en Chile con ocasión de la crisis del COVID-19 es relevante. Al haber ocurrido en el debate público, ella da cuenta del impacto de la crisis en la mentalidad de los abogados chilenos, fuera de los círculos académicos. Esto es importante, ya que la literatura académica no necesariamente refleja lo que piensan o lo que preocupa a los abogados de ejercicio. En materia de teoría de la imprevisión, por ejemplo, no es aventurado asumir que, por un sesgo de autoselección, los académicos que escriben sobre este tema son precisamente aquellos a favor acogerla. Por eso, el hecho que, un número relevante de profesores haya reaccionado en contra de recoger la teoría de la imprevisión en el *Código Civil*, pero a favor de su reconocimiento judicial, citando frecuentemente la experiencia comparada es significativo. Es una cuestión sabida que cambios en cómo son percibidas las doctrinas jurídicas⁴⁰ y la experiencia de otros países⁴¹ pueden tener efectos decisivos en la reforma del derecho. En este caso, estas circunstancias podrían traducirse en un nuevo consenso en la materia, más proclive a recoger la teoría de la imprevisión.

Si bien el significado de este cambio de percepción es importante, el contenido de su discusión no lo es tanto. Habida cuenta de la naturaleza necesariamente superficial de un debate que ocurre por la prensa, en ella no se advierte con suficiente claridad que el problema esencial de esta moción es que busca introducir una reforma general con motivo de una emergencia concreta. Al hacer esto, confunde dos problemas que es necesario distinguir: primero, si es que la reforma propuesta permitiría a los tribunales chilenos resolver de mejor manera las disputas contractuales derivadas de circunstancias imprevistas generadas por la emergencia sanitaria; y, segundo, si el sistema jurídico chileno requiere, en general, consagrar la teoría de la imprevisión en forma positiva.

Conforme a los críticos del proyecto, el derecho chileno no requiere ninguna reforma en la materia, ya que el principio general de buena fe le proveería a los tribunales flexibilidad suficiente para resolver adecuadamente el tipo de problemas que cubre la teoría de la imprevisión, incluidos lo que derivan de la crisis sanitaria en curso. Esta visión ignora que la experiencia comparada revela que un elemento central para el

⁴⁰ La sociología del derecho y el gran interés por el derecho como instrumento de transformación social han dado por obvio que el cambio social afecta al derecho. COTTERELL (1992), pp. 45, 49. Sin embargo, cambios en el mundo de las ideas, entendidas como relatos organizados para explicar el mundo, también juegan un rol relevante en la estabilidad y cambio institucional. Esto ha sido explorado intensamente por el *New Institutional Economics*. Ver especialmente NORTH (1981).

⁴¹ Según el trabajo clásico de Watson, los trasplantes jurídicos son la fuente más fértil del cambio legal. Ver WATSON (1993).

desarrollo de la teoría de la imprevisión es la actitud de la judicatura⁴². Si bien es efectivo que la buena fe contractual *podría* ser usada al efecto, como ocurrió en Alemania durante la crisis del año 1923, lo cierto es que los tribunales chilenos se han resistido históricamente a tomar esa ruta. De hecho, el informe emitido por la Corte Suprema en 2017 opera sobre la base de que dicha doctrina no ha sido acogida por los tribunales⁴³, mientras que los fallos que han aceptado modificar contratos sobre la base de circunstancias imprevistas suelen tener contextos restringidos, como ocurre con los contratos de construcción a suma alzada.

Para que tribunales como los chilenos o alemanes, compuestos por jueces forjados en el paradigma de la aplicación de la ley por subsunción⁴⁴, estén dispuestos a relativizar en forma abierta y general un dogma central del derecho civil, en este caso, la fuerza obligatoria del contrato, probablemente se requiere un evento cuyo impacto sea más intenso y generalizado que el del COVID-19. Si bien es común para artículos académicos en la materia dar cuenta de que el desarrollo jurisprudencial de la teoría de la caída de la base del negocio jurídico fue el resultado de la hiperinflación del año 1923, es difícil dimensionar la escala de su impacto sin ofrecer un mayor contexto. En los años que preceden a la crisis, Alemania había sufrido un duro racionamiento con fines militares, perdido la primera guerra mundial y experimentado una revolución. De hecho, el país enfrentaba una importante inflación desde mucho antes: en 1914, un dólar americano se transaba a 4,1 marcos alemanes, pero para 1921, el tipo de cambio ya era de 1 a 191,80. A principios de 1923, como respuesta al cese en el pago de las reparaciones de guerra, Francia ocupó militarmente la cuenca Ruhr para obtener reparaciones en especie. El gobierno alemán llamó a la resistencia pasiva, pagando los sueldos de los huelguistas mediante emisión inorgánica de dinero. Como resultado, a fines de 1923, un dólar se cotizaba 4.2 trillones de marcos⁴⁵. De esta forma, en la práctica, el dinero había dejado de existir. Frente a la incapacidad del parlamento de reaccionar ante la virtual desaparición del marco, los tribunales no

⁴² BANFI (2006), p. 49.

⁴³ Ver Corte Suprema, oficio n.º 94-2017, considerandos 1.º a 5.º.

⁴⁴ Las codificaciones decimonónicas no fueron sólo un intento de sistematizar el derecho, sino que buscaban hacer realidad una versión extrema de la separación de poderes. Esto proyectaría que los jueces aplicaran el derecho por mera "subsunción" de los hechos en normas generales establecidas de antemano por el legislador. ZWEIFERT y KÖTZ (1998), pp. 89, 90, 258. Si bien el tiempo ha demostrado que este paradigma era una ilusión, sigue teniendo un rol relevante en la aplicación de la ley, tanto en Chile como Alemania. Ver, respectivamente, DUCCI (2010), pp. 82-99 y LARENZ y WOLF (2004), p. 73.

⁴⁵ Para una versión estándar del período entre 1918 y 1923 en la historiografía alemana, ver KOLB y SCHUMANN (2012), pp. 1-56. Los datos están tomados de la reciente obra de divulgación de HAWES (2017), pp. 154, 155.

tuvieron más opción que reflotar y reformular una doctrina basada en la cláusula *rebus sic stantibus* desechada por los redactores del BGB⁴⁶.

El impacto de la crisis del COVID-19 sobre los contratos en curso simplemente no está en la misma escala⁴⁷, lo que hace difícil esperar una evolución similar. Por lo demás, aún si los tribunales chilenos optasen por desarrollar la teoría de la imprevisión, probablemente serían acusados de activismo judicial y criticados por atentar contra la fuerza obligatoria de los contratos y la certeza jurídica. De hecho, en un comienzo, eso es lo que ocurrió en Alemania, donde la intervención del Tribunal Imperial en medio de la crisis fue mal recibida por buena parte de sus contemporáneos⁴⁸. A ello se suman problemas prácticos. Aún si la creatividad judicial fuera una ruta deseable para acoger la teoría de la imprevisión, en los hechos, la jurisprudencia chilena no ha desarrollado nada que se parezca a una versión asentada de la misma. La razón determinante para ello es que, en última instancia, los tribunales chilenos estiman que no tienen facultades para introducir una doctrina de esta naturaleza. De hecho, en su informe de 2017 la Corte Suprema señaló expresamente que la instauración de la teoría de la imprevisión en Chile es de resorte exclusivo del legislador⁴⁹. Asumir que el país puede y debe recoger la teoría de la imprevisión por vía judicial, porque Alemania lo hizo así hace casi cien años en el contexto de una crisis inflacionaria única, refleja un insuficiente entendimiento de las dificultades prácticas que las diferencias de contexto socioeconómico implican para los trasplantes jurídicos⁵⁰.

Considerando que la cultura jurídica nacional mantiene un razonable grado de formalismo en materia de derecho privado, parece conveniente que una reforma de esta envergadura sea hecha por ley. Hay al menos tres razones para ello. La primera es de legitimidad: en una tradición jurídica en que los tribunales están *prima facie* vedados de desarrollar el derecho sobre la base de consideraciones de política pública, introducir un cambio de paradigma en el derecho de contratos parece ser competencia del legislador. La segunda es una consideración técnica. Por una cuestión consustancial al ejercicio de jurisdicción, el desarrollo judicial del derecho siempre opera en forma retrospectiva y basado en los hechos de casos

⁴⁶ Para los antecedentes de la teoría de la caída de la base del negocio, ver nota al pie n.º 15.

⁴⁷ De hecho, el énfasis en la inflación esconde la dimensión social de la crisis. A fines de 1923 el 22% de la población de Múnich dependía del sistema de bienestar, el 39% de la de Fráncfort del Meno, el 49% de la de Núremberg, el 56% de la de Stettin y el 80% de la de Dortmund, ubicada en la zona de ocupación. CREW (1998), p. 12.

⁴⁸ WHITTAKER y ZIMMERMANN (2000), pp. 21, 22.

⁴⁹ Corte Suprema, oficio n.º 94-2017, considerando 5.º.

⁵⁰ Al respecto, ver KAHN-FREUND (1974).

concretos, por los que sus reformas tienen una naturaleza esencialmente fragmentaria⁵¹. En cambio, la ley tiene una serie de ventajas comparativas para hacer reformas generales, las que van desde la mayor facilidad para comunicar nuevas reglas a los operadores jurídicos hasta la posibilidad de hacerse cargo del impacto del cambio en el resto del sistema y compensar sus efectos indeseados en el mundo real⁵². Una de estas ventajas es de operación temporal: en la medida que los contratos vigentes se celebraron en el entendimiento de que el derecho chileno no acoge la teoría de la imprevisión, implementarla por la vía de reinterpretar judicialmente el principio de buena fe, genera un efecto sobre los contratos en curso que, en los hechos, no es muy diferente al de una ley con efecto retroactivo, pero que no admite ninguna forma de compensación.

Con todo, el aprovechamiento de las ventajas del derecho legislado depende de la calidad del proceso de generación de la ley. En esto, la reforma propuesta se muestra problemática. Por poner un solo ejemplo: la moción se toma el trabajo de mencionar el desarrollo jurisprudencial de la teoría de la caída de la base del negocio jurídico en Alemania, pero no da cuenta que ella fue introducida legislativamente en el BGB el año 2002. El problema esencial tras estas omisiones es que no parece razonable emprender una reforma así de ambiciosa con motivo de una emergencia concreta. De hecho, la moción tampoco menciona que los procesos que llevaron al reconocimiento positivo de teorías que flexibilizan el dogma de la fuerza obligatoria de los contratos en otras jurisdicciones fueron parte de procesos mayores, que requirieron décadas de preparación y socialización. Por ejemplo, el reconocimiento positivo de la teoría de la caída de la base del negocio jurídico en Alemania fue parte de una reforma general al derecho de obligaciones que introdujo en el BGB una serie de doctrinas desarrolladas sin respaldo legal directo por los tribunales⁵³. Su origen está en una propuesta hecha en 1978 al parlamento federal y su desarrollo involucró rondas de consultas (1981-1983), el trabajo de una comisión especial (1984-1992) y años de posterior discusión, antes de ser aprobada en 2001⁵⁴.

IV. ¿QUÉ HACER CON LAS CRISIS IMPREVISTAS?

La situación descrita parece dejar al sistema jurídico chileno sin opción para resolver los problemas derivados de una crisis como la del COVID-19.

⁵¹ RAZ (1979), p. 200.

⁵² MERRILL y SMITH (2000), pp. 61-66.

⁵³ LARENZ y WOLF (2004), p. 42; y ZIMMERMANN (2005), pp. 1-4, 30-34.

⁵⁴ ZIMMERMANN (2005), pp. 30-35.

Por un lado, los tribunales chilenos han sido históricamente poco proclives a flexibilizar el principio de la fuerza obligatoria de los contratos y, desde hace tiempo, han sido criticados –justificadamente o no– por un excesivo activismo. Por lo tanto, no es demasiado realista esperar que la judicatura resuelva masivamente problemas de imprevisión sobre la base de desarrollos jurídicos sin respaldo legal directo. Por otro, hacerse cargo por vía legal del impacto de la crisis sanitaria en los contratos vigentes no resulta consistente con los tiempos que requiere introducir una reforma con aspiraciones de largo plazo.

Existe, sin embargo, una tercera alternativa: introducir una ley de alcances limitados. En efecto, incluso el análisis económico del derecho, que tiende a ser escéptico respecto del derecho legislado, favoreciendo el desarrollo judicial del *common law* (*theory of the efficient common law*), acepta que la interferencia legislativa es preferible cuando se requiere enfrentar problemas urgentes⁵⁵. En esto, la experiencia de otras jurisdicciones es ilustrativa. Por ejemplo, a fines de la primera guerra mundial, Francia, una jurisdicción tradicionalmente reacia a revisar contratos en curso, adoptó legislación de emergencia que autorizaba restringidamente la suspensión y terminación de contratos de ejecución diferida y tracto sucesivo celebrados con anterioridad a la guerra, cuando circunstancias posteriores hubieren generado una desproporción exorbitante en las prestaciones de las partes⁵⁶.

En el contexto de la crisis actual, en España, donde la teoría de la imprevisión tampoco ha sido reconocida legislativamente⁵⁷, se dictó legislación especial para lidiar con el impacto de la crisis del COVID-19 en materia de contratos de arrendamiento⁵⁸. En esta misma línea, incluso en Alemania⁵⁹ e Inglaterra⁶⁰, ambas jurisdicciones que tienen normas o doctrinas bien establecidas para lidiar con circunstancias imprevistas, el Parlamento dictó normativa de emergencia concediendo moratorias para el pago de las rentas de los contratos de arrendamiento vigentes.

Chile adoptó un camino diferente. Con el fin de asegurar el derecho a un debido proceso, la ley n.º 21226 introdujo suspensiones en los procedimientos judiciales. El efecto inmediato de esta suspensión es similar a las moratorias impuestas en otras jurisdicciones, ya que, en los hechos, impide lanzar a arrendatarios en situación de incumplimiento. Sin embargo, a pesar de la aparente semejanza, esta solución entraña problemas que no se presentan en las moratorias sustantivas concedidas en otros sistemas

⁵⁵ POSNER (2007), pp. 561, 562.

⁵⁶ Ley de 21 de enero de 1918 (ley Faillot) y de 09 de marzo de 1918.

⁵⁷ RIVERA y BARCIA (2016).

⁵⁸ Ver real decreto-ley 15/2020.

⁵⁹ Ver ley de 27 de marzo de 2020.

⁶⁰ Coronavirus Act 2020.

jurídicos. Por ejemplo, las suspensiones procesales no sólo benefician a los arrendatarios afectados por la pandemia, sino también a aquellos que estaban en situación de incumplimiento antes de la crisis y a simples oportunistas, lo que es difícil de justificar.

No cabe duda que, en la práctica, las moratorias, ya sean sustantivas o por efectos procesales, han provisto de una protección significativa a los arrendatarios durante la crisis del COVID-19. Sin embargo, las cosas no son tan simples. Las moratorias no extinguen las obligaciones del arrendatario, por lo que las rentas inevitablemente van a devengarse cuando los regímenes de emergencia lleguen a su fin. Además, las moratorias sólo trasladan el impacto financiero de la crisis desde el arrendatario hacia el arrendador, bajo el supuesto de que este último siempre está en mejor posición para lidiar con la contingencia, lo que con frecuencia no es el caso, como cuando el arrendador debe pagar una hipoteca o depende de la renta para su subsistencia. Por ello, durante la segunda ola del COVID-19, en varios países se discutió qué doctrinas podrían hacerse cargo de estos problemas. En algunas jurisdicciones de la tradición civil se ha argumentado que estos casos podrían subsumirse bajo doctrinas que, basadas en el principio *rebus sic stantibus*, autorizan a modificar contratos afectados por un cambio sustancial de circunstancias. En Alemania, por ejemplo, tomando en cuenta la jurisprudencia histórica de la teoría de la caída de la base del negocio jurídico, se ha sugerido la revisión y adaptación judicial de los contratos como una posible vía a explorar⁶¹. Por su parte, en jurisdicciones del *common law*, como Inglaterra, los abogados han discutido si los arrendamientos de inmuebles podrían quedar cubiertos por la doctrina de la frustración del fin del contrato⁶².

Más allá de cuestiones particulares a cada jurisdicción, las ventajas de las leyes especiales para enfrentar situaciones de emergencia son evidentes: estas permiten al legislador hacerse cargo con agilidad de un problema específico, incluso con efectos retroactivos, dejando a salvo la opción de hacer una reforma general más razonada. Sin embargo, las leyes especiales también presentan inconvenientes, aunque estos son más difíciles de advertir, ya que dicen relación con contratos que aún no se han celebrado. El análisis jurídico tradicional tiende a ver la fuerza obligatoria del contrato como una institución que opera en beneficio del acreedor, olvidando que, desde un punto de vista dinámico, quien tiene interés en proveer certeza de que cumplirá con sus obligaciones es el deudor. Si un potencial deudor no logra convencer a su contraparte de que va a cumplir con sus obligaciones, existe una buena opción de que ese contrato

nunca llegue a celebrarse. De esta forma, la fuerza obligatoria del contrato también beneficia al deudor, por la vía de dar credibilidad a su promesa. Esa confianza descansa, en última medida, en que el Estado va a forzar al deudor a cumplir. De hecho, partes que celebran contratos internacionales complejos suelen preferir jurisdicciones más estrictas y formalistas (por ejemplo, Nueva York o Inglaterra) por sobre aquellas con mayor flexibilidad (como California). Por ello, una ley de excepción que afecte obligaciones en curso implica *per se* un riesgo de erosión al principio de la fuerza obligatoria de los contratos: en lo inmediato arriesga conculcar los derechos de los acreedores, y a la larga, puede restar credibilidad a futuros potenciales deudores. Por lo tanto, una solución en este sentido debe ser voluntaria o considerar formas para compensar a los acreedores afectados (he ahí la ventaja de la ley por sobre el juez) y estar unida a una voluntad política firme y creíble de no convertirse en práctica común.

El contenido concreto de una medida de este tipo escapa a la posibilidad de este trabajo y las capacidades técnicas de la doctrina jurídica. Por su naturaleza, en su diseño debiera primar la racionalidad económica de las políticas públicas. Con todo, la teoría del derecho de contratos ofrece varios criterios sustantivos que podrían ser considerados para asignar los efectos negativos de los imprevistos generados por la pandemia, incluyendo compartir las pérdidas⁶³ y asignarlas a quien esté en mejor posición de soportar el riesgo⁶⁴. Así, por ejemplo, en materia de arrendamiento podría implementarse un régimen de acceso voluntario mediante el cual las partes posponen o rebajan el pago de una fracción de las rentas, mientras otra fracción es cubierta por el Estado.

CONCLUSIÓN

La crisis del COVID-19 parece haber hecho visible un cierto consenso que antes no era evidente respecto de la necesidad de flexibilizar el principio de la fuerza obligatoria del contrato en Chile. Como resultado, la disputa parece hoy ser más de medios que de fines, en particular, si esa flexibilidad debiera ser introducida por los tribunales mediante la reinterpretación del principio de buena fe contractual o por el legislador mediante la inclusión de un nuevo artículo en el *Código Civil*.

La dificultad de lidiar en forma retrospectiva con imprevistos sobrevenientes que alteren gravemente el equilibrio de los contratos revela la necesidad de que Chile se tome en serio la opción de reconocer legislati-

⁶¹ Por ejemplo, SCHMIDT (2020).

⁶² Por ejemplo, MAGUIRE (2020).

⁶³ FRIED (1981), pp. 69-73.

⁶⁴ POSNER y ROSENFELD (1977).

vamente alguna forma de teoría de la imprevisión, tal como ha ocurrido en otras jurisdicciones. Si bien la (ahora) celebrada teoría de la caída de la base del negocio jurídico alemana se desarrolló inicialmente por vía judicial, no debe olvidarse que deriva de que los tribunales alemanes no tuvieron más opciones que lidiar con una crisis económica y social de una envergadura mayúscula. Por lo mismo, no debe verse en ella un argumento en favor de acoger judicialmente la teoría de la imprevisión, sino que una advertencia de lo que pasa cuando el legislador omite hacerse cargo de un problema. De hecho, el otro escenario en que el análisis económico del derecho tiende a preferir reformas legislativas por sobre la evolución jurisprudencial es en aquellos casos en los que se requiere introducir cambios mayores en un sistema jurídico⁶⁵. En ese sentido, la moción propuesta, incluyendo su atención al derecho comparado, parece apuntar en la dirección correcta. Sin embargo, su motivación, tempestividad y soporte teórico no es consistente con la relevancia de la transformación que propone. Introducir la teoría de la imprevisión en Chile significaría un cambio de paradigma mayor para nuestro derecho civil. En materia patrimonial, tal vez, el más importante desde la entrada en vigor del *Código Civil*. Una reforma de este tipo pondría en juego la base esencial del derecho de contratos, por lo que no podría dejar espacio para errores.

178

Para asegurarse de que una iniciativa de esta naturaleza sea exitosa es imprescindible, primero, que el proyecto de ley sea preparado acuciosamente desde un punto de vista técnico y, segundo, que su contenido sea internalizado por los operadores jurídicos que la van a poner en práctica, esto es, por jueces y abogados de ejercicio. Todo ello requiere tiempo y recursos, ambos insumos que la crisis sanitaria ha hecho escasear. Sin embargo, ya hay bastante avanzado. Durante las últimas décadas, la academia chilena ha discutido con frecuencia el tema y está familiarizada con la experiencia de otras jurisdicciones⁶⁶. Esta incluye no sólo las reformas de derecho de obligaciones de Alemania y Francia, sino también la doctrina de la frustración del fin del contrato del derecho angloamericano⁶⁷. En este contexto, se han presentado y discutido variadas iniciativas legales que proveen de valiosos antecedentes, incluyendo especialmente el informe emitido por la Corte Suprema el 2017.

En conclusión, la crisis del COVID-19 parece haber generado un sentido de urgencia que podría superar tanto el tradicional desinterés de legislador por emprender reformas en materia de derecho civil patrimonial⁶⁸,

como la actitud relativamente conservadora de los abogados en materia de cambio legislativo⁶⁹. Sin embargo, ello no debe llevar a introducir la teoría de la imprevisión de manera irreflexiva. Una reforma de esta envergadura no puede basarse en el simple trasplante una norma del *Código Civil* francés al chileno. Primero, es necesario evaluar otras alternativas disponibles. Segundo, es imprescindible considerar qué se requiere para adaptar esa experiencia a la realidad chilena. Y tercero, aún si la mejor opción resultara ser la propuesta por la moción, ella tiene que ser recibida previamente por nuestra cultura jurídica para poder operar en la práctica. El proyecto de ley propuesto no cumple con ninguno de estos requisitos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2008). *Las Obligaciones*. 5ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2006). “Notas sobre excesiva onerosidad sobreviniente en el derecho privado comparado”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 6, Santiago.
- BARROS BOURIE, Enrique (2020). “Cambios imprevisibles que afectan la economía de un contrato”. *El Mercurio*, 12 de mayo de 2020.
- BARROS, Enrique y Felipe CHAHUÁN (2020). “¿Hay lugar para el derecho privado en tiempos de catástrofes?”. *El Mercurio Legal*, mayo de 2020.
- COTTERRELL, Roger (1992). *The Sociology of Law: An Introduction*. 2ª edición. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- CREW, David (1998). *Germans on Welfare: From Weimar to Hitler*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo (1933). “La teoría de la imprevisión”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXX.
- DUCCI CLARO, Carlos (2010). *Derecho Civil. Parte General*. 4ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FRIED, Charles (1981). *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- GORDLEY, James (2006). *Foundations of Private Law*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- HAWES, James (2017). *The Shortest History of Germany*. Devon: Old Street Publishing.
- HERRESTHAL, Carsten (2018). “Das Recht der Kreditsicherung”, en Dagmar KAISER y Markus STOFFELS (eds). *J. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler Des Zivilrechts*. 6ª edición. Berlín: Sellier & de Gruyter.

179

⁶⁵ POSNER (2007), pp. 561, 562.

⁶⁶ Por todos, ver MOMBERG (2010).

⁶⁷ Por ejemplo, BANFI (2006).

⁶⁸ Ver WATSON (1995), p. 469.

⁶⁹ Ver COTTERRELL (1992), pp. 201, 202.

- ILLANES, Claudio y Juan Carlos DÖRR (2000). *Estudios sobre reformas al Código Civil y al Código de Comercio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ILLANES RÍOS, Claudio (1996). *El Contrato de construcción a suma alzada*. Santiago: Colegio de Abogados de Chile.
- KAHN-FREUND, Otto (1974). "On Uses and Misuses of Comparative Law". *The Modern Law Review*, n.º 37.
- KOLB, Eberhard y Dirk SCHUMANN (2012). *Die Weimarer Republik*. 8ª edición. Múnich: Oldenburg Verlag.
- LARENZ, Karl y Manfred WOLF (2004). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9ª edición. Munich, Beck.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2005). *Los Contratos. Parte general*. 4ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- LYON PULEMA, Alberto (2020). "Proyecto sobre teoría de la imprevisión". *El Mercurio*, 19 de mayo de 2020.
- MAGUIRE, Andrew (2020). "Frustration of Leases as a Result of COVID-19". *Outer Temple News and Events*. Disponible en <https://www.outertemple.com/2020/04/frustration-of-leases-as-a-result-of-covid-19/> [Fecha de consulta: 06 de marzo de 2021].
- MERRILL, Thomas W. y Henry E. SMITH (2000). "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle". *The Yale Law Journal*, vol. 1, n.º 110.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2010). "Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15, Santiago.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y Alberto PINO EMHART (2020). "The Impact of Covid-19 in Chilean Contract Law". *Opinio Juris in Comparatione. Studies in Comparative and National Law*, Special Issue (Impact of Coronavirus Emergency on Contract Law).
- NORTH, Douglass (1981). *Structure and Change in Economic History*. Nueva York y Londres: WWNorton.
- ORTÚZAR, Álvaro (2020). "Imprevisión y modificación de contratos". *La Tercera*, 26 de mayo de 2020.
- POSNER, Richard A. (2007). *Economic Analysis of Law*. 7ª edición. Nueva York: Aspen Publishers.
- POSNER, Richard A. y Andrew M. ROSENFELD (1977). "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis". *The Journal of Legal Studies*, vol. 1, n.º 6.
- RAZ, Joseph (1979). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- RIESENFELD, Stefan (1989). "The influence of german legal theory on american law: The heritage of savigny and his disciples". *American Journal of Comparative Law*, n.º 37.
- RIVERA RESTREPO, José Maximiliano y Rodrigo BARCIA LEHMAN (2016). "Aspectos generales en torno a la cláusula rebus sic stantibus (teoría de la imprevisión), en España". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 47.

- SCHMIDT, Jan Peter (2020). "Kontroverse um Corona-Folgen". *TopThemen* (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht). Disponible en <https://www.mpipriv.de/1238539/kontroverse-um-corona-folgen> [Fecha de consulta: 06 de marzo de 2021].
- SCHUBERT, Werner (1990). "Die Diskussion über eine Reform des Rechts der Mobiliarsicherheiten in der späten Kaiserzeit und in der Weimarer Zeit". *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, n.º 107.
- VERGARA, Pedro Pablo (2020). "Revisión judicial por imprevisión". *El Mercurio*, 25 de mayo de 2020.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2020). "Proyecto de ley para dar reconocimiento positivo a la imprevisión en el Código Civil". *El Mercurio*, 13 de mayo de 2020.
- WATSON, Alan (1993). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Athens, GA: University of Georgia Press.
- WATSON, Alan (1995). "From Legal Transplants to Legal Formants". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 3, n.º 43.
- WHITTAKER, Simon y Reinhard ZIMMERMANN (2000). "Good faith in European contract law: surveying the legal landscape", en Reinhard ZIMMERMANN y Simon WHITTAKER (eds.). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WIEGAND, Wolfgang (1999). "Funktion und systematische Stellung des Sachenrechts im BGB", en Michael MARTINEK y Patrick L. SELLIER (eds.). *J. von Staudigers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 100 Jahre BGB - 100 Jahre Staudiger*. Berlín: Sellier & de Gruyter.
- WIEGAND, Wolfgang (1990). "Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht". *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 1/2, n.º 190.
- WIEGAND, Wolfgang (1987). "Numerus clausus der dingliche Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas", en Gerhard KÖBLER (ed.). *Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen*. Frankfurt del Meno Berna; Nueva York y París: Verlag Peter Lang.
- WILHELM, Jan (2016). *Sachenrecht*. 5ª edición. Berlín y Boston: De Gruyter.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2005). *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- ZWEIGERT, Konrad y Heinz KÖTZ (1998). *Introduction to Comparative Law*. 3ª edición. (trad.) Tony WEIR. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.

Otros documentos citados

- Boletín n.º 309-07, proyecto de ley que permite la revisión judicial de contratos civiles y mercantiles.
- Boletín n.º 11204-7, proyecto de ley sobre revisión judicial de contratos civiles y mercantiles, en los casos que indica.

Boletín n.º 13474-07, proyecto de ley para dar reconocimiento positivo a la imprevisión en el *Código Civil*.

Oficio n.º 94-2017, informe al proyecto de ley n.º 13-2017, Corte Suprema, 28 de junio de 2017.

Normas citadas

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Alemania.

Code civil des Français, Francia.

Codice civile italiano, Italia.

Código Civil, Chile.

The Coronavirus Act 2020 (Residential Tenancies: Protection from Eviction) (Amendment) (England) Regulations 2020

Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, España.

Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, vom 27. März 2020, Alemania.

Insolvenzordnung (InsO), Alemania

Ley n.º 21.226, establece un régimen de excepción para los procesos judiciales, audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile. *Diario Oficial*, 02 de abril de 2020, Chile.

Ley de 21 de enero de 1918, Francia.

Ley de 09 de marzo de 1918, Francia.

Zivilprozessordnung (ZPO), Alemania.

Jurisprudencia citada

Cass. civ., 06 de marzo de 1876, D. 18761.193.

Cons. d'Etat, 30 de marzo de 1916, D. 1916.III.25, S.1916.III.17.

RGZ 107, 78.

Cass. soc., 8 de marzo de 1972, D.&S. 1972.J.340.

G. con Fisco (1925): Corte Suprema, 10 de enero de 1925, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 23, sec. 1, p. 423.

EMOS con Sociedad Constructora La Aguada Limitada (1996): árbitro Claudio Illanes.

L. V. G. con Servicio de la Vivienda con Urbanización de la Región Metropolitana (2006): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de noviembre de 2006, rol n.º 6812-2001.

South Andes Capital S.A. con Empresa Portuaria Valparaíso (2009): Corte Suprema, 09 de septiembre de 2009, rol n.º 2651-08.

A. L. y Cía Ltda con Universidad de Chile (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de septiembre de 2011, rol n.º 2187-2010.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
Cass. civ.	Cassation civile
CC	<i>Código Civil</i>
Cfr.	Confróntese
cons.	conseil
COVID-19	Coronavirus disease 2019 (Enfermedad del Corona Virus 2019)
E.g.	<i>exempli gratia</i> (por ejemplo)
InsO	<i>Insolvenzordnung</i>
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
RGZ	<i>Reichsgerichts in Zivilsachen</i>
vol.	volumen
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>

LOS ALCANCES DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE SEGURIDAD EN LOS EVENTOS MASIVOS: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO DE CONSUMO

THE SCOPE OF SAFETY DUTIES' BREACH IN MASS EVENTS: A VIEW FROM CONSUMER LAW

Felipe Oyarzún Vargas*

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo indagar los alcances del incumplimiento de los deberes de seguridad en el consumo por parte de un organizador de eventos masivos. Considerando que el fenómeno de la masificación en los espectáculos cada vez tiene una mayor ocurrencia en Chile y es fuente de riesgos para los asistentes, esta investigación analiza los eventos masivos desde el derecho de consumo. Siendo un tema omitido por la doctrina nacional, el presente trabajo, una vez asentada la relación existente entre este tipo de eventos y la ley de protección a los consumidores, enfatizando en los sujetos que intervienen (tanto consumidor jurídico/material como proveedor efectivo/intermediario) y el contrato en el cual se funda esta relación, se centra en las particularidades que reviste la seguridad en los espectáculos públicos. Los alcances del incumplimiento del deber de seguridad adquieren relevancia al abordar los distintos tipos de respon-

185

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado. Máster en responsabilidad civil e investigador predoctoral FPI, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor e investigador del departamento de derecho privado de la Universidad Carlos III de Madrid. Dirección postal: Calle Madrid 126, CP 28903, Getafe, Madrid, España. Correo electrónico: oyarzun@der-pr.uc3m.es

Este trabajo ha sido elaborado en el seno del Proyecto "Las fronteras del Derecho del enriquecimiento injustificado" (DER 2017-85594-C2-1-P; IP Pedro del Olmo), financiado por la Agencia Estatal de Investigación dependiente del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Gobierno de España). Agradezco las observaciones efectuadas por los pares evaluadores, las cuales sin duda han ayudado a mejorar la versión final de esta investigación.

Recepción: 2021-03-11; aceptación: 2021-06-07.

sabilidades en las cuales puede incurrir según el tipo de proveedor. Por último, se exponen los medios de exoneración que el proveedor dispone.

PALABRAS CLAVE: eventos masivos; ley del consumidor; deber de seguridad; responsabilidad civil; responsabilidad contractual

ABSTRACT

This paper aims to delve into the scope of safety duties' breach by mass events organizers. Considering that massive shows' trend is becoming more common in Chile and they represent a source of potential risk for attendees, this research analyzes mass events from a consumer law perspective. While being a topic omitted by Chilean doctrine, this paper focuses on the relationship between mass events and the consumer protection law, pointing out the specifications related to mass events' safety duties. Furthermore, this article put the emphasis on the actors involved (legal and material consumer as well as the intermediary and real supplier) and the contract which confirms this relationship. The breach of safety duties' scope gains importance when analyzing the diverse liabilities depending on the type of supplier. Finally, the means of exoneration for suppliers are exposed.

KEYWORDS: mass events; consumer law; duty of safety; civil liability; liability for breach of contract

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo investigar los alcances del incumplimiento de los deberes de seguridad en el consumo por parte de un organizador de eventos masivos, de forma que se proporcione una protección adecuada al asistente de un espectáculo de alta convocatoria. Comprendiendo la relación entre asistente y organizador como la de un consumidor con un proveedor, este trabajo presenta la siguiente estructura.

En la primera parte, la investigación expone algunas cuestiones preliminares. Por una parte, el incremento de espectáculos públicos en Chile, resaltando que aquellos que aglutinan a un gran número de personas en un espacio determinado configuran una fuente de potenciales riesgos a los asistentes a dicho tipo de actividades. Ello, se constata a partir de datos proporcionados por el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Servicio Nacional del Consumidor, transformando éste en un tema actual y de interés. Por otra parte, se proporciona la definición que el ordenamiento

jurídico nacional provee de espectáculo público, destacando la ausencia de una ley propiamente tal, dejando tal labor a disposiciones de menor rango jurídico. Y, luego, producto de la proliferación de situaciones que subyacen de un evento masivo, se detalla el objeto de estudio de este trabajo.

En la segunda parte, se indaga sobre la relación entre los eventos masivos y la ley n.º 19496. En ese sentido, aunque se constata la falta de regulación propia sobre la materia, se explica que la LPC proporciona herramientas útiles para aproximarse a las particularidades que revisten los eventos masivos, teniendo al *Código Civil* como norma supletoria. Asumido ello, el trabajo aborda ciertas cuestiones puntuales de estas actividades en sede de consumo. Así, posterior a enunciar los derechos y deberes generales en estos casos, la investigación se aproxima a las nociones de consumidor (material y jurídico) y proveedor (efectivo e intermediario), enfatizando en la relación tripartita entre asistente, *ticketera* y productora de evento. Junto con ello, una vez definido y caracterizado el contrato de eventos masivos, se exponen los problemas que significa adoptar exclusivamente un enfoque contractual, para lo cual se plantea uno desde una óptica extracontractual.

En la tercera parte, bajo la idea de que, en principio, los espectadores no asumen riesgos al asistir a un espectáculo masivo (en razón que tienen la confianza de que el organizador habrá adoptado las medidas de resguardo necesarias), el trabajo se centrará en el derecho y el correlativo deber que surgen de la seguridad en el consumo y su relación con los espectáculos de alta convocatoria. A mayor abundamiento, se proporcionan ciertas pautas sobre los alcances de la protección en la realización de estos eventos. En este aspecto, luego de mencionar sus fuentes en la LPC y constatar las pocas sentencias en esta sede en lo relativo a la vulneración de la seguridad en espectáculos públicos, se acude a lo indicado por la jurisprudencia sobre este deber en otras situaciones de hecho y a lo expuesto por la doctrina en otros países que sí han reflexionado sobre esta materia (en cualquier caso, el trabajo dista de ser un estudio de derecho comparado).

En la cuarta parte, luego de indagar en los alcances del deber de seguridad, la investigación se complementa con el estudio de las responsabilidades que se generan a partir de su incumplimiento. En relación con ello se distingue entre el régimen de responsabilidad civil e infraccional, según se esté en presencia de un proveedor efectivo o intermediario. En concreto, el trabajo propone y fundamenta la idea de aplicar, para los casos de eventos masivos, un régimen de responsabilidad civil en el cual se beneficia a la víctima/consumidor a través de herramientas como la culpa infraccional y la aplicación de presunciones de culpa (en el caso de proveedor efectivo) y de responsabilidad objetiva (en el caso de proveedor intermediario) en las relaciones de consumo.

Por último, se desarrollan la participación del consumidor en su propio daño y la procedencia del caso fortuito como posibles medios de exoneración.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. *Los eventos masivos:
su comprensión como fuente de riesgos y su vigencia en Chile*

En el año 1985 más de 60 000 espectadores en el estadio y el mundo a través de la señal de televisión presenciaban en vivo una de las mayores tragedias en los espectáculos masivos. Se le llamó la “Tragedia de Heysel” a la muerte de 39 espectadores y a las lesiones que sufrieron más de 600 personas previo a disputarse la final de la Copa de Europa entre Liverpool y Juventus en Bruselas, Bélgica. Independiente del resultado de los diversos juicios que se suscitaron a partir del siniestro¹, el caso aludido resulta ser un adecuado botón de muestra respecto a los peligros que se pueden materializar a través de la aglomeración de personas, es decir, por la realización de eventos masivos. Este fenómeno constituye una más que potencial fuente de daños y amenazas para la seguridad de los asistentes².

Chile no está exento de esta realidad. Año tras año, tanto en Santiago como en regiones, el número de eventos masivos en torno a la música, deportes y cultura crece más y más. Durante los últimos 20 años, se ha visto más artistas presentarse en Chile que en cualquier otro momento de la historia. Según la segunda encuesta nacional de participación y consumo cultural, que buscó medir y caracterizar el consumo cultural en Chile, diferenciando comportamientos por regiones, niveles socioeconómicos, sexo y edad, el porcentaje de la población que declaró nunca haber asistido a un concierto disminuyó de un 19,1% en el 2005 a un 6,6% el 2009³. Del mismo modo, la encuesta de participación cultural de 2017, elaborada por el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, indicó que el 30% de la población consultada ha asistido en los últimos doce meses a un concierto de música⁴. Este dato debe ser relacionado con el proporcionado por el mismo organismo, quienes a través de su estudio “Política Nacional del Campo de la Música 2017-2022”, indicaron que el número de recitales y conciertos aumentó en un 27% entre 2009 y 2014, extendiendo la cantidad de espectadores en un 31,2% en ese período⁵.

¹ La responsabilidad no fue exclusivamente de los hooligans del Liverpool, sino también de la UEFA y de los responsables de mantener la seguridad. Noticia en prensa, disponible en: https://elpais.com/diario/1991/10/18/deportes/687740406_850215.html [Fecha de consulta: 08 de marzo de 2021].

² PALAZÓN (2002), p. 51.

³ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES (2011), p. 46.

⁴ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES (2017), p. 103.

⁵ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES (2016), pp. 28-29. Disponible en: https://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2016/11/politica_musica.pdf [Fecha de consulta: 08 de marzo de 2021].

La mayor realización de espectáculos públicos ha incidido en que también los reclamos sobre los mismos se multipliquen. En ese aspecto, el SERNAC, quien ha levantado información al respecto, ha señalado que en un 73% aumentaron los reclamos en el mercado de la entretención en 2019, pasando de 3301 quejas en 2018 a 5733 en 2019. El mismo Servicio ha puntualizado que el 56,8% de los reclamos se concentra en “producción de eventos” como conciertos o espectáculos masivos⁶.

De los datos expuestos, resultan dos cuestiones indubitables: en primer lugar, la peligrosidad y los riesgos que comporta la realización de esta clase de eventos; y, en segundo lugar, se constata su presencia y frecuente realización en Chile. Por ello, resulta trascendente investigar los pormenores de este fenómeno.

2. *¿Qué es un evento masivo según la legislación chilena?*

Los eventos masivos o espectáculos públicos no son un tema que se caracterice por su desarrollo en Chile. A pesar de esto, es posible construir un marco sobre qué es lo que va a entenderse por evento masivo en nuestro país, a partir de lo que señala el reglamento de condiciones sanitarias, ambientales y de seguridad Básica en locales de uso público, decreto n.º 10 del año 2010 del Ministerio de Salud, publicado en el *Diario Oficial* en 25 de septiembre del año 2010. Dicho reglamento define dos conceptos que tienen particular relevancia para este trabajo. Primero, en su artículo 1.º inciso 3.º, define a los locales de uso público como aquellos

“recintos o establecimientos cerrados en su perímetro y de carácter permanente, sean de propiedad pública o privada, a los que concurra público en general con fines de obtener servicios destinados a su esparcimiento y recreación; donde se realicen espectáculos públicos culturales, deportivos u otros de similar naturaleza, tales como discotecas, cabarets, salas de eventos, cines, teatros, gimnasios, parques de entretenciones, entre otros”.

Y segundo, en su artículo 5.º letra l), conceptualiza eventos masivos como

“aquellas reuniones o eventos de carácter artístico, musical, festivo, político, religioso o de otra índole, capaz de producir una concentración de 3.000 o más personas en forma simultánea”.

⁶ Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-58216.html> [Fecha de consulta: 08 de marzo de 2021].

A su vez, la Intendencia de la región metropolitana dictó durante el año 2015 la circular n.º 28, la cual en su artículo número 1 define acto masivo. Al igual que el Decreto del Ministerio de Salud, lo conceptualiza como aquellos donde la concurrencia sea alrededor de 3000 personas o más⁷. El mismo precepto, además, señala que también serán considerado eventos masivos los que, no llegando al número indicado previamente, cuenten con las siguientes características:

- 1) que se efectúen en lugares que no están destinados en forma permanente para la realización de eventos masivos; y,
- 2) que, por sus características específicas, requieran la adopción de medidas especiales destinadas a garantizar el orden público y/o la seguridad de los participantes, asistentes y bienes.

La Intendencia tendrá la facultad de determinar cuándo un evento masivo bajo 3000 personas requiera de medidas especiales o no, teniendo en consideración el público asistente, fecha de su realización, circunstancias climáticas o ambientales, entre otros factores.

De lo expuesto, se observa que son disposiciones de menor rango jurídico y que emanan directamente de las facultades del Ejecutivo (las cuales no pasan por la sanción o examen del poder legislativo), las que definen lo que la legislación chilena entiende por evento masivo. En consecuencia, las leyes –propriadamente tal– no se han encargado de definirlo, siendo el decreto de un Ministerio y la circular de una Intendencia las que proveen una definición. De cualquier forma, y como se observará, no se está en presencia de un trabajo sistematizado en relación al tema objeto de estudio.

3. Delimitación del objeto de estudio

Como se indicó antes, de los eventos masivos se pueden generar varias causas que acarrearán distintas consecuencias, existiendo diversos supuestos de hecho dañinos que surgen de la realización de un espectáculo público. Así, para delimitar el objeto de este trabajo, se excluirán los casos de suspensión del evento, de cambios de fecha del mismo o supuestos de modificación de artistas presentados. Tampoco se abordarán aquellos de término unilateral del contrato o la no entrega de justificante que demuestra la venta del *ticket* o entrada a un determinado espectáculo masivo⁸.

⁷ En el mismo sentido está dirigida la resolución exenta n.º 979, de 05 de marzo de 2020 de la Intendencia de la VI región del Libertador General Bernardo O'Higgins, a través de la cual aprueba reglamento para autorización de espectáculos masivos. En dicha resolución, se establece como un evento masivo aquel que convoque o pueda convocar a más de 3000 personas.

⁸ Varias de las causales señaladas son mencionadas por la “*Radiografía reclamos en el mercado de entretenimiento*” elaborada por el SERNAC. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/619/w3-article-58217.html> [Fecha de consulta: 08 de marzo de 2021].

Si bien todas las hipótesis mencionadas antes pueden llegar a generar un detrimento al asistente, y varias de las estructuras que se propondrán pueden ser aplicables a estos hechos, lo cierto es que este trabajo se concentra sólo en determinar e indagar los alcances del incumplimiento del deber de seguridad en el consumo del proveedor que ofrece un espectáculo masivo.

II. LOS EVENTOS MASIVOS Y LA LPC

1. Los eventos masivos como fenómeno de consumo

Independiente de la conceptualización por medio de las fuentes normativas citadas, lo cierto es que, revisando la legislación chilena, se detecta que ésta se caracteriza por la ausencia de una ley propia o de un contenido normativo concreto que regule los eventos masivos de forma genérica⁹, ni menos el particular contrato de evento masivo que está detrás de estas situaciones¹⁰. Ello podría explicarse en función de que el mercado que rodea la compraventa de entradas para eventos masivos es de reciente

⁹ La ley n.º 20844, normativa que incorpora modificaciones al contenido de la ley n.º 19327 –de “derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional”–, establece derechos y deberes de asistentes y organizadores de espectáculos, se refiere exclusivamente a eventos relacionados al fútbol profesional.

¹⁰ Por ejemplo, España es uno de los países que ha dado un tratamiento específico a la responsabilidad por daños a espectadores en eventos masivos, véase COBACHO (2015), pp. 967-979. Adicionalmente, es preciso mencionar a la ley 19/2007 contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Esta última en su artículo 5º, titulado “Responsabilidad de las personas organizadoras de pruebas o espectáculos deportivos” estipula en su párrafo 1.º que “Las personas físicas o jurídicas que organicen cualquier prueba, competición o espectáculo deportivo a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley o los acontecimientos que constituyan o formen parte de dichas competiciones serán, patrimonial y administrativamente, responsables de los daños y desórdenes que pudieran producirse por su falta de diligencia o prevención o cuando no hubieran adoptado las medidas de prevención establecidas en la presente Ley, todo ello de conformidad y con el alcance que se prevé en los Convenios Internacionales contra la violencia en el deporte ratificados por España”. Aunque sólo contempla los espectáculos deportivos, debe ser complementada por el reglamento general de policía de espectáculos públicos y actividades recreativas, el cual fue aprobado por el real decreto 2816/1982, el cual sí se aplica a todos los eventos masivos y que establece en su artículo 51 deberes a las empresas que organicen un espectáculo masivo. De dicho precepto, cabe destacar su letra d) el cual obliga a las empresas a responder “por los daños que, en relación con la organización o como consecuencia de la celebración del espectáculo o la realización de la actividad, se produzcan a los que en él participen o lo presenciaren, o a otras personas, siempre que los mismos les sean imputables por imprevisión, negligencia o incumplimiento de las obligaciones establecidas en este Reglamento, y sin que el aseguramiento obligatorio de los mismos pueda excluir el carácter principal y solidario de su responsabilidad”.

data y refleja fenómenos como la contratación en masa, los contratos por adhesión, fenómenos que –por ejemplo– el *Código Civil* no desarrolla.

Sin perjuicio de lo señalado, es posible configurar un régimen aplicable a este tipo de escenarios en virtud de lo que consagra la LPC.

En ese sentido, cabe destacar que la LPC brinda el marco posible de aplicar a esta especial relación contractual. El artículo 1.º de la LPC establece los conceptos de consumidores y de proveedores. A los primeros los define como “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”, mientras que a los segundos como

“las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, 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”.

Este precepto se debe vincular con el artículo 2.º letra a) de la LPC que establece que quedarán sujetos a ésta los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el *Código de Comercio* u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor. Ello, para efectos de este trabajo, se relaciona con el artículo 3.º n.º 8 del *Código de Comercio*, el cual califica como acto de comercio los realizados por las empresas de espectáculos públicos, mientras que para el espectador este es un acto meramente civil.

Lo señalado no debe ser entendido de una forma rígida, como se analizará en el desarrollo de este trabajo, existiendo en las categorías de consumidor y proveedor más de una hipótesis de aplicación¹¹, y extendiendo tanto a la órbita contractual como extracontractual las posibles responsabilidades.

En consecuencia, lo puntualizado lleva a establecer la LPC como un régimen aplicable a este contrato atípico de evento masivo, entendiendo en principio, al espectador como un consumidor y al organizador de eventos como un proveedor¹². Esto se debe destacar dado que, en los pocos casos

¹¹ Respecto a comprender en forma más amplia el ámbito de aplicación de la LPC sin que se requiera que se haya concretado el acto de consumo (y la consecuente extensión del concepto de consumidor), véase CORRAL (2013a), pp. 110-111.

¹² Se debe precisar que el evento masivo del fútbol profesional ha tenido una regulación propia a través de la ley n.º 19327, que establece derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional. Teniendo en consideración el objetivo del presente trabajo, esta ley resulta inútil toda vez que su énfasis no está en resarcir, no enfatizando en la víctima que ha visto vulnerado su derecho a la seguridad en el consumo, sino que tiene como objetivo

que es posible encontrar en la jurisprudencia chilena referidos a los eventos masivos, éstos se refieren a otras materias diversas al incumplimiento del deber de seguridad¹³ o se han canalizado a través de vías distintas a las de consumo¹⁴.

A lo descrito, se debe adicionar que, aunque la LPC es una normativa que opera de forma general y supletoria atendido su artículo 2.º bis, ésta no contiene disposiciones en lo que refiere a temas como la implementación de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, siendo necesario acudir y aplicar al *Código Civil* como norma integradora y supletoria de las normas irrenunciables de la ley de consumo¹⁵ en caso de que ello sea necesario.

2. Derechos y deberes de la LPC y eventos masivos en general

Aplicando como sustento legal la LPC y teniendo en consideración la circular interpretativa sobre *ticketeras* y productoras elaborada por el SERNAC¹⁶, es posible elaborar un marco general ajustable a ambos agentes.

Como se delimitó al comienzo de este trabajo, la atención se radicará en el deber del proveedor de velar por la seguridad en el consumo, lo cual en el presente caso se vincula con escenarios donde ello se incumple en

la represión penal y la responsabilidad infraccional, habiendo una ausencia de un marco regulatorio de responsabilidad civil de los distintos actores participantes de un espectáculo. En ese sentido, las modificaciones incluidas a partir del “Plan Estadio Seguro”, las cuales consagran con mayor fuerza el reproche penal, están lejos de resolver los problemas que derivan por daños a espectadores por eventos masivos. Por lo demás, sólo regula espectáculos de fútbol profesional, dejando de lado otras disciplinas deportivas u otros tipos de eventos masivos. De cualquier modo, lo anteriormente dicho debe ser complementado por el artículo 3.º de la ley n.º 19327, el cual, dentro de los deberes para los organizadores de eventos de fútbol profesional, establece una remisión normativa a la LPC, en razón de la cual resulta aplicable esta última también a los eventos masivos de fútbol profesional.

¹³ Casos de eventos masivos donde se ha utilizado la LPC, pero no se refieren al incumplimiento de medidas de seguridad que acaban en daño a asistentes en eventos masivos, sino que, a casos de suspensión del evento, véase SERNAC con T4F Chile S.A. (2015); SERNAC con Ticket Fácil (2013); y, SERNAC con Producciones y Eventos Empiredigital (2012).

¹⁴ Caso en que se ha acudido a las reglas de la responsabilidad extracontractual, véase V. G. C. con Club Deportivo Provincial Osorno S.A.D.P. (2012), trata de un hincha que le cae una bengala en el estadio durante la celebración de un partido, motivo por el cual decidieron interponer una demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual.

¹⁵ BARRIENTOS (2014), p. 58 y LORENZINI y POLIT (2013), pp. 468-472.

¹⁶ Resolución exenta n.º 0186, de 21 de marzo de 2019, que aprueba circular interpretativa sobre *ticketeras* y productoras. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-9191_archivo_01.pdf [Fecha de consulta: 08 de marzo de 2021].

escenarios masivos. A pesar de lo mencionado, es menester advertir que, por más que resulte lógico, el proveedor naturalmente no sólo tendrá que atender a la seguridad en el consumo, sino que también le serán aplicable todos los otros derechos y acciones resultantes del contenido tuitivo de la LPC.

Del mismo modo, el hecho que la ley tenga un carácter tuitivo, no significa que no le imponga deberes al consumidor en la relación de consumo. Particularmente en este trabajo, como se verá en los medios de exoneración, interesa el deber de autocuidado que le corresponde al espectador que asiste a un evento masivo, es decir, evitar los riesgos que puedan afectarle.

Como idea genérica, se debe señalar que estas empresas tienen el deber de respetar todos los derechos de los consumidores y le son exigibles todos los deberes contenidos en la LPC¹⁷.

3. Partes contratantes

El contexto a través del cual un espectador asiste a un evento masivo, infrecuentemente se caracteriza por el trato directo con la productora que organiza o produce el evento. Por regla general, esta relación estará mediada por una tercera empresa la cual se dedica a la compraventa de *tickets* o entradas de determinados espectáculos públicos ofrecidos por diversas productoras, conocidas también como *ticketeras*. Por consiguiente, se está en presencia de tres partes diferentes, a saber: consumidor (asistente), proveedor intermediario (proveedor de servicios de venta de entradas para el evento) y el prestador efectivo del servicio (que vendría a ser la productora que finalmente proporciona el espectáculo público).

Del escenario presentado, cabe dilucidar qué debe hacer un espectador en caso que se haya incumplido el deber de seguridad que debe imperar durante la ejecución de la prestación. En el fondo, responder a las preguntas sobre a quién debe demandar y quiénes serían responsables por dicho incumplimiento.

a) Casos de relación entre el consumidor y el proveedor efectivo sin intermediario

Estos casos no revisten mayor problema en atención a que es el mismo deudor quien cumple la obligación, no existiendo la relación tripartita antes mencionada. En consecuencia, no hay mayores dudas en cuanto a quién es la contraparte del consumidor en este contrato de servicios de consumo. Para esta hipótesis, el consumidor en el supuesto de que se genere

¹⁷ A mayor abundamiento sobre derechos y deberes en sede de consumo, véase FERNÁNDEZ (2003), pp. 15-22.

un incumplimiento podrá accionar directamente todos los remedios que concede la ley de consumo contra aquel proveedor que ha incumplido con su deber de seguridad en la ejecución de la prestación debida.

Luego se puntualizarán los tipos de responsabilidad en las que puede incurrir la productora de eventos o cualquier tipo de organizador de espectáculo público por incumplir con el deber de seguridad que tiene en su realización.

b) Casos de relación directa entre el consumidor y el proveedor intermediario

En esta hipótesis es posible encontrar supuestos donde el futuro asistente a un evento masivo ha celebrado un contrato a través del cual asistirá por el pago de un precio a un espectáculo, con una empresa que proporcionará o llevará a cabo dicho evento. Es decir, el consumidor y prestador efectivo son jurídicamente extraños, no existiendo relación contractual entre ambos¹⁸.

Al respecto, se debe destacar el artículo 43 de la LPC, el cual regula la situación de los proveedores intermediarios. Esta norma, de carácter tutelar para el consumidor¹⁹, indica que el proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, y acto seguido, concede el derecho a repetición contra el prestador efectivo de los servicios. Ante el contenido normativo del precepto, subyace la pregunta sobre si estas empresas que median la compraventa de entradas a eventos masivos pueden ser consideradas o no como proveedores intermediarios, dado que, en esta hipótesis, la relación que importa es entre el consumidor y el proveedor intermediario que son quienes suscribieron el contrato.

Lo referido recientemente no es una tarea sencilla, considerando que la ley de consumo no define qué entiende por proveedor intermediario y que no hay historia legislativa clara sobre el origen del artículo 43²⁰.

La jurisprudencia no ha sido armónica en la materia en general (en cuanto a los casos de proveedor intermediario²¹) ni en lo específico en lo que concierne a los espectáculos públicos. En ese sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 08 de noviembre de 2019, al responder a la pregunta sobre si la *ticketera* tenía la calidad de intermediario a la luz de la LPC, niega dicho carácter justificando que la empresa de *tickets* solamente

¹⁸ CONTARDO (2013a), p. 904 y CÓRDOVA (2016), pp. 44-45.

¹⁹ FERNÁNDEZ (2003), p. 63.

²⁰ CONTARDO (2013a), p. 901 y CÓRDOVA (2016), p. 38.

²¹ Al respecto RODRÍGUEZ (2010), pp. 698-701; RODRÍGUEZ (2014), pp. 810-812; CÓRDOVA (2016), pp. 45-50; y, CONTARDO (2013a), pp. 905-906.

“se ha limitado a vender las entradas de este espectáculo y ninguna injerencia ha tenido ni ha podido tener ni en la presentación de la banda ni en la política de devolución de dinero, que obviamente la controla la productora”²².

En sentido contrario, existen decisiones que han entendido que el régimen aplicable a las empresas que se dedican a la venta de entradas debe ser el del artículo 43 LPC²³.

Ante dicha incertidumbre, más allá de los argumentos gramaticales²⁴, adquiere relevancia atender a los argumentos jurídicos por parte de la doctrina para ir delimitando cuándo se está en presencia de un proveedor intermediario o no. En ese orden de cosas, se subraya que la sola posición de intermediario no basta para cumplir con el supuesto normativo que contiene el artículo 43 LPC, siendo necesario que quien actúe como intermediario sea también proveedor en los términos que lo exige la LPC²⁵. Por ende, al proveedor intermediario se le exigirá, además de intermediar, los tres requisitos que ya se señalaron que exigía la LPC al proveedor, a saber:

- 1) que sea una persona natural o jurídica;
- 2) que habitualmente desarrolle prestación de servicios a consumidores; y,
- 3) que por ello cobre un precio o tarifa.

Aplicando lo dicho al caso particular del fenómeno de los eventos masivos, se sostiene que para averiguar si estamos en presencia o no de un proveedor intermediario –siguiendo lo sugerido por Contardo²⁶– es necesario comprobar que:

- 1) el proveedor haya celebrado un contrato de prestación de servicios con el consumidor;
- 2) que el proveedor cobró un precio o tarifa por el servicio contratado; y,
- 3) que el consumidor sepa, por estipulación contractual, que la ejecución de las obligaciones serán satisfechas por un tercero.

²² Punto Ticket S.A con G.M.E. (2019).

²³ Por ejemplo: SERNAC con Ticket Fácil (2013), sentencia que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago durante el año 2014.

²⁴ La RAE define intermediario como “adj. Dicho de un proveedor, de un tendero, etc.: Que median entre dos o más personas, y especialmente entre el productor y el consumidor de géneros o mercancías”. Disponible en: <https://dle.rae.es/intermediario> [Fecha de consulta: 08 de marzo de 2021].

²⁵ CONTARDO (2013a), p. 902 y CÓRDOVA (2016), p. 44.

²⁶ CONTARDO (2013a), p. 903. En un sentido similar, Córdova sostiene que el proveedor intermediario será “aquel proveedor que celebra un contrato con el consumidor, cobrando siempre por este un precio o tarifa, cuya prestación efectiva será llevada a cabo por un tercero que no es parte en el contrato”, en CÓRDOVA (2016), p. 50.

El mismo autor indica que lo relevante es que el proveedor cobre un precio o tarifa por la intermediación. Es en ese supuesto en el cual se está frente al supuesto de hecho contenido del artículo 43 LPC.

En los eventos masivos, además de que estas empresas intermediadoras cobran un precio por su servicio, los consumidores o asistentes saben que la prestación de servicios será satisfecha por una empresa que no es la misma con la cual han comprado el *ticket*²⁷. Lo anterior queda claro en casos como el fútbol (las tres partes integrantes serían hinchas, empresa de *ticket* y sociedad anónima detrás del equipo de fútbol) o los conciertos (la tríada se conformaría por fan, empresa de *ticket* y productora que trae al artista), donde es posible visibilizar con mayor nitidez los requisitos exigidos. Así también lo ha entendido el SERNAC, como queda demostrado con su circular interpretativa para mercado de *ticketeras*²⁸ y también durante 2019, donde ha interpuesto una demanda colectiva en contra de una empresa productora del evento como de la *ticketera* en su calidad de proveedor intermediario²⁹.

Por tanto, en caso de que se cumplan los requisitos señalados, el asistente podrá demandar directamente a la empresa que media la compraventa de entradas, sin perjuicio de los derechos de repetición que tiene el proveedor intermediario en contra del prestador efectivo del servicio.

c) Consumidor jurídico y consumidor material

Tal como se ha hecho la distinción entre los distintos tipos posibles de proveedores, se debe realizar la misma operación en lo que concierne a los consumidores.

Momberg sostiene que la definición de consumidor del artículo 1.º n.º 1 LPC admite

²⁷ En igual sentido, Córdova indica que la aplicación del artículo 43 LPC a las *ticketeras* es correcta, pues “habría intermediación en el sentido que se ha estudiado toda vez que el consumidor celebra un contrato con la compañía ticketera, por el cual paga una tarifa, pero con expreso conocimiento que la realización del evento será efectuada por un tercero ajeno al contrato: la productora”. CÓRDOVA (2016), pp. 48-49.

²⁸ Al respecto, el SERNAC indica que las “empresas de venta de entradas adquieren la calidad jurídica de proveedor ya sea, por el desarrollo de su propio negocio como por la calidad de intermediario que adoptan o que deben adoptar para el desarrollo de aquel. En el referido escenario, la responsabilidad de estas empresas para con el público consumidor, también tiene su fundamento legal en el artículo 43 de la Ley n.º 19.496, toda vez que no son sino aquellas, quienes aparecen enfrentando la relación de consumo en representación del directo prestador del servicio y, quien ha asumido el rol de vender por aquel, las entradas para un determinado espectáculo, evento deportivo, musical u otro”. Servicio Nacional del Consumidor (2019), p. 10.

²⁹ Presentada ante el 18.º Juzgado Civil de Santiago, rol n.º C-9643-2019, caratulado SERNAC con Punto Ticket S.A.

“que se trate no sólo de personas ligadas por vínculos contractuales, sino por cualquier acto jurídico oneroso, incluyendo la mera utilización o disfrute del bien o servicio”³⁰.

De lo mencionado, subyace la distinción entre consumidor jurídico y material. Los primeros son los que compran o adquieren determinados bienes y servicios, mientras que los segundos son los que utilizan o disfrutan dichos bienes o servicios³¹. Así, por ejemplo, A le regala dos entradas a B y C para que vayan a ver a X. En el ejemplo, A sería consumidor jurídico y B con C serían consumidores materiales. En el caso de los eventos masivos, es simple distinguir quiénes serían unos y otros.

Aunque en su oportunidad se criticó a los tribunales por cierto formalismo y no tener en consideración la visión tuitiva³² de la ley que protege los derechos del consumidor³³, lo cierto es que, en la actualidad, ambos tipos de consumidores tienen el derecho a solicitar la indemnización de

³⁰ MOMBERG (2013), p. 6.

³¹ BARRIENTOS (2019), p. 8. En igual sentido, MOMBERG (2013), p. 7.

³² En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en su fallo a propósito del requerimiento de inaplicabilidad presentado por Universal Agencia de Turismo Limitada, respecto del artículo 43 de Ley 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores, en causa rol n.º 4898-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago, señaló en su considerando 9.º que: “el denominado Derecho de Protección al Consumidor constituye una moderna rama del Derecho Privado, de clara impronta social, cuyo objeto es regular las relaciones jurídicas de consumo, entendidas por tales las que se anudan entre proveedores profesionales de bienes o servicios y los consumidores finales de tales satisfactores. Dicha normativa se funda en la constatación de las desigualdades o asimetrías presentes en la relación de consumo entre una y otra parte, principalmente traducidas en su diferente nivel de información sobre los bienes o servicios a contratar, en su dispar capacidad negocial y en las distintas dificultades que enfrentan al momento de hacer efectivos sus respectivos derechos, por ello es que el legislador, en este ámbito de regulación, se ha orientado por un predicamento tuitivo de los intereses de la parte más débil o desfavorecida de la relación jurídica, vale decir, el consumidor, lo que imprime a esta normativa un marcado sello protector o tutelar, y de allí la denominación que ha recibido como disciplina jurídica”.

³³ En un primer momento no se consideraban por parte de los tribunales a los consumidores materiales dentro del ámbito de protección de la LPC. Al respecto, BARRIENTOS (2015), pp. 333-350. Como advierte Fuenzalida, a propósito de la aplicación de la ley al consumidor material, “Si permanecemos esclavos a lo prescrito en la definición legal sin hacernos cargo de una análisis sistemático del conjunto de la Ley, obviando principios fundamentales como la confianza impresa por el proveedor en su oferta a persona indeterminada y el derecho a la seguridad que tiene el consumidor expresamente establecido en la Ley, llegaremos al absurdo de que una persona por el solo hecho de no comprar un bien o servicio, estará desprotegida por la Ley N.º 19.496, lo que resulta una injustificada restricción”. FUENZALIDA (2018), p. 132. En igual sentido, Hernández y Gatica defienden una noción amplia de consumidor, de forma tal que la LPC brinde protección al consumidor jurídico, pero también al material. HERNÁNDEZ y GÁTICA (2019), pp. 23-27.

perjuicios por ver vulnerada la seguridad en el consumo del servicio que han contratado. Como afirma Fuenzalida, en el acto del consumo merece protección todo aquel sujeto que está expuesto a la situación de consumir³⁴.

4. El contrato de eventos masivos: concepto, características y problema

La falta de regulación de esta materia en específico hace necesario esbozar un concepto y algunas características del contrato en cuestión. Toda persona que compra un boleto o entrada para un evento masivo está celebrando un contrato de consumo, ya sea con la productora que gestiona dicho evento de forma directa o con una empresa que es intermediadora del servicio ofrecido. En virtud de esta convención, el proveedor se compromete a proporcionar un espectáculo –facilitando las comodidades y la seguridad para el disfrute del mismo– a cambio del pago de un precio por parte del segundo. Definir de este modo el contrato es funcional, toda vez que lo entiende como un contrato de consumo y comprende a la seguridad como un elemento trascendente en la configuración del mismo.

A la definición se le debe entender integrada la noción amplia de consumidor previamente dada en función de la finalidad protectora de la ley del consumo, *ergo*, se debe incluir tanto a quien compra una entrada para un evento masivo, como a todo aquel que va a disfrutar del mismo.

Del mismo modo, es menester señalar ciertos atributos que están presentes en este tipo de contratos. Al ser entendido como un contrato de consumo, existen algunas diferencias con la regulación de otros países. No obstante, ello no es óbice para apoyarse –en parte– en lo señalado por la doctrina extranjera³⁵, sobre todo apreciando la escasa atención que ha recibido este tema por parte de la doctrina nacional. En consecuencia, las características son tres.

En primer lugar, es de servicios, pues el proveedor se compromete a una prestación determinada por el pago de una entrada. Este tipo de contratos se distingue por engendrar obligaciones de hacer³⁶, como puede ser la realización de un determinado espectáculo de diversa índole en este caso. Además, es de servicios a consumidores, siendo aplicable el estatuto de la LPC.

En segundo lugar, es oneroso (artículo 1441 *Código Civil*) toda vez que supone una contraprestación a cumplir por ambas partes, y existe utilidad

³⁴ FUENZALIDA (2018), p. 132.

³⁵ Así, por ejemplo, se observan las características que propone CASADO (2015), quien se refiere a este tipo de contrato a propósito de espectáculos deportivos. Sin perjuicio de no decidirse en sede de consumo estas materias en España, a nuestro juicio, las apreciaciones de la autora son plenamente aplicables a cualquier contrato de evento masivo, pp. 375-376.

³⁶ RODRÍGUEZ (2014), p. 794 y MEJÍAS y BRANTT (2018), pp. 590-591.

para ambos contratantes³⁷. Con la celebración del contrato, por un lado, está la ganancia para la productora y, por otro lado, la posibilidad de asistir a un espectáculo masivo para el espectador³⁸. Esto debe ser complementado por la comprensión literal del artículo 1.º LPC en sus numerales 1.º y 2.º que indican que el contrato de consumo es una convención onerosa. Si bien la onerosidad del contrato no está en duda, ello debe ser complementado con la noción amplia de consumidor dada previamente, de forma tal que la LPC no incluye exclusivamente las relaciones que participa el consumidor jurídico sino que también se extiende al consumidor material³⁹.

En tercer lugar, es por adhesión debido a que el proveedor es quien establece las condiciones, por lo que el espectador que asiste al espectáculo masivo sólo acepta éstas al comprar las entradas. En estos supuestos, las cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido (artículo 1.º n.º 6 LPC). Cabe advertir, que más que proposición como señala la ley, en el contrato de adhesión existe una imposición del contenido contractual por parte de uno de los contratantes al otro⁴⁰. De esta manera, el rasgo decisivo de la adhesión se encuentra en el desequilibrio del poder negociador de los contratantes, producto de que es obra exclusiva del oferente. En contrapartida, el destinatario, siendo el más débil, no puede discutir la oferta y debe limitarse a aceptarla⁴¹. En razón de las circunstancias expuestas, emerge el contenido tuitivo de la LPC proporcionando protección al asistente a un espectáculo masivo. Por tanto, se debe vincular dicho contenido protector con este tipo de contrato atípico.

A pesar de que la definición y las características de este contrato particular contribuyen a aproximarse a la problemática desde un punto de vista contractual, lo cierto es que de la realidad de los eventos masivos surge el problema que en la mayoría de los casos no se tiene como proveedor a quien va a organizar y llevar a cabo el espectáculo de alta convocatoria. A lo

³⁷ ABELIUK (2008), tomo I, p. 77.

³⁸ Al respecto, interesante resulta el planteamiento de Piñeiro, quien –a propósito de los espectáculos masivos deportivos en España– indica que en los eventos masivos gratuitos el espectador asume más riesgos que en un evento oneroso, dado que “se entiende que si existe un organizador que se lucra de la actividad también tiene que velar con mayor celo por la seguridad de los espectadores o, lo que es lo mismo, que la compra de la entrada por parte del espectador es un contrato atípico de exhibición deportiva que obliga al organizador a velar por la seguridad de los espectadores”, en PIÑEIRO (2005), p. 13. Por su parte, autores argentinos sostienen que “la existencia o inexistencia de un lucro, sea un espectáculo deportivo o de otra índole, no puede ser –creemos– determinante para imponer o desligar la responsabilidad de resarcir un daño”. ECHEVESTI y ZUDAIRE (2018), p. 392.

³⁹ HERNÁNDEZ y GÁTICA (2019), p. 23.

⁴⁰ MALDONADO (1998), p. 168.

⁴¹ ABELIUK (2008), tomo I, pp. 92-93.

dicho, sin perjuicio de la definición proporcionada del contrato de eventos masivos, se debe sumar que este tipo de contratos infrecuentemente prevé cuestiones relativas a la indemnidad de los espectadores o el resguardo de los mismos, regulando otros aspectos de esta relación jurídica.

Este diagnóstico conduce a cuestionarse si la existencia de un contrato determina que ésta sea la vía por la cual el consumidor actuará en casos en que no se hayan adoptado las medidas de protección adecuadas en la ejecución de un evento masivo.

Para autores como Hernández y Gatica, los deberes de seguridad están fuera de las obligaciones generadas por la convención, por lo que estiman conveniente la aplicación del estatuto extracontractual⁴². Por su parte, autoras como Isler⁴³ o Barrientos⁴⁴ sostienen que, en casos de infracción a la LPC e incumplimiento contractual, se presentará un concurso de acciones donde será el legitimado activo quien optará entre el régimen contractual o extracontractual de la responsabilidad civil. En hipótesis de eventos masivos, esto se traduciría en que el espectador que ha comprado su entrada tendrá un derecho de opción para perseguir la responsabilidad del organizador que deriva de la no adopción de medidas de seguridad correspondiente en espectáculos públicos.

En este trabajo se estima que se debe optar por la aplicación del estatuto extracontractual para este tipo de supuestos según se desarrollará en el capítulo sobre las responsabilidades en las cuales puede incurrir el proveedor, el cual tiene mayor asidero en la jurisprudencia nacional en materias de consumo vinculadas con el deber de seguridad⁴⁵. Aun cuando es posible erigir una solución contractual a través del principio de buena fe, el cual tiene alcance general⁴⁶ y por tanto se aplica a todos los actos o negocios jurídicos, pudiendo fundamentar los deberes de conducta que sirven al mejor cumplimiento de las prestaciones contenidas en el contrato (entre ellos podría ser el de la seguridad en eventos masivos)⁴⁷, se ha priorizado la protección de la tutela aquiliana. La preferencia por este estatuto es sin perjuicio del reconocimiento del derecho de opción que tiene el consumidor en este tipo de casos.

⁴² HERNÁNDEZ y GÁTICA (2019), p. 33.

⁴³ ISLER (2015), p. 12.

⁴⁴ BARRIENTOS (2012), p. 413

⁴⁵ A propósito de un estudio sobre la función del artículo 23 LPC como fuente ambigua de responsabilidad, Barrientos sostiene que, en la práctica, el principio de la primacía del contrato ha perdido vigencia y se ha dado paso a la aplicación principalmente del estatuto extracontractual. Véase BARRIENTOS (2012), p. 414.

⁴⁶ Sobre este tema EYZAGUIRRE y RODRIGUEZ (2013), p. 148 y ss. y BOETSCH (2011), p. 46 y ss.

⁴⁷ FACCO (2009), pp. 152-153.

III. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE SEGURIDAD EN EL CONSUMO EN EVENTOS MASIVOS

Corresponde indagar, ahondar en concreto, sobre la idea de seguridad presente en los eventos masivos, su fundamento y las implicancias que ésta tiene y el correspondiente derecho a la indemnización que genera su incumplimiento.

1. *El derecho y el correlativo deber que surgen de la seguridad en el consumo y su relación con los eventos masivos*

El artículo 3.º inciso 1.º letra d) LPC consagra tanto el derecho a la seguridad en el consumo de bienes o servicios (además de la protección de la salud y el medio ambiente). Este derecho, que tiene por objeto resguardar la integridad del consumidor, posee también reconocimiento constitucional en el catálogo de derechos consagrados en el artículo 19, particularmente en sus numerales 1.º (derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona) y 9.º (derecho a la protección de la salud)⁴⁸. La norma aludida debe ser entendida como un derecho subjetivo fundamental sobre el cual se edifica todo el resto de la disciplina legal⁴⁹, es decir, no se está en presencia de una mera declaración de intenciones, sino que se trata de una norma que su infracción acarrea toda la batería de acciones y remedios que concede la ley de consumo.

Adicionalmente, esta disposición se ve reafirmada en distintos pasajes de la LPC y sirve de interpretación de normas como el artículo 23 LPC⁵⁰, la cual, como se verá, tiene especial trascendencia al momento de abordar la responsabilidad por el incumplimiento del deber de seguridad en el consumo en la realización de actos masivos. En específico, el artículo 23 inciso 1.º estipula que se cometerá infracción a las disposiciones de la LPC, entre otros casos, en la hipótesis de que se desarrolle un servicio negligente debido a fallas de seguridad del mismo.

En contrapartida a este derecho, estará el deber de la empresa productora de eventos, proveedora en esta relación de consumo, de contar con las autorizaciones administrativas correspondientes que garanticen un espectáculo seguro, así como garantizar que las entradas vendidas correspondan a la capacidad real del recinto, entre otras cuestiones. Por consiguiente, dentro de ese deber estará el hecho de que el evento masivo se desarrolle según lo previsto, esto es, que el prestador del servicio haya adoptado todas

las medidas de resguardo correspondientes para la correcta ejecución de la prestación debida. Como señala la doctrina extranjera, en principio, los espectadores no asumen riesgos, puesto que quien acude a presenciar un espectáculo masivo lo hace con la confianza de que el organizador habrá adoptado las medidas de seguridad necesarias, es decir, que garantizarán su normal desarrollo y disfrute sin riesgo alguno para las personas del público⁵¹. Sin embargo, cabe cuestionarse los pormenores que implican esta obligación en materia de espectáculos públicos y el contenido del mismo, de modo de ir comprendiendo en qué supuestos se produce su incumplimiento.

En ese orden de cosas, se debe resaltar que la doctrina ha omitido este tema (en lo que refiere espectáculos públicos en específico) y son pocas las decisiones de los tribunales chilenos sobre el deber de seguridad en eventos masivos desde la perspectiva del consumo. No obstante, es posible mencionar algunos fallos.

Al respecto, la sentencia dictada por el 16.º Juzgado Civil de Santiago, la cual resolvió una controversia que relaciona el deber de seguridad con la celebración de un evento masivo. En concreto, el tribunal tuvo que resolver el litigio a propósito de un evento denominado “Zombie Escape 5K”. En la resolución señalada, se determinó que la empresa proveedora infringió el deber de seguridad establecido en el artículo 3.º de la LPC, aludiendo a la

“la insuficiencia e inidoneidad del personal de seguridad contratado, la insuficiencia de asistencia médica comprometida, la exposición de los participantes a vehículos y animales dentro de la zona establecida para la corrida, la insuficiencia de baños sanitarios en relación con la cantidad de participantes, y el deficiente sistema de custodia o guardarrópía que se puso a disposición de los participantes”⁵².

En igual sentido, el Primer Juzgado de Letras de Osorno condenó a la empresa Latin Gaming Osorno S.A. por infringir el derecho a consumir bienes y servicios en un ambiente de seguridad. Específicamente, se responsabilizó a la demandada en atención a lo tutelado en el artículo 3.º inciso 1.º letra d) LPC por no adoptar

“las medidas para evitar cobrar entradas que superaran la capacidad del edificio y, consiguientemente, para impedir circunstancias que constituyeran riesgo para los consumidores, tales como altercados, conflictos, peleas o desórdenes”⁵³.

⁴⁸ ISLER (2019), pp. 228-229.

⁴⁹ CORRAL (2013a), p. 109.

⁵⁰ CORRAL (2013a), p. 110.

⁵¹ Al respecto, véase MEDINA (2004), p. 256; PIÑEIRO (2005), p. 10; y, QUESADA (2009), p. 29.

⁵² SERNAC con Sach Producciones y Eventos Ltda. (2017).

⁵³ SERNAC con Latin Gaming Osorno S.A. (2014).

De las decisiones expuestas, se puede afirmar que, dentro del deber de seguridad, la idea de que la actividad se despliegue sin riesgos que puedan afectar a los asistentes es fundamental. En concreto, el no exponer a riesgos innecesarios a los consumidores por parte de los proveedores conlleva varias obligaciones que no se encuentran en otro tipo de servicios. Por tanto, además de las medidas administrativas y sanitarias pertinentes, será importante –por ejemplo– observar la dotación suficiente de guardias de seguridad y prever la extensión de horas que deberán soportar los mismos para determinar si se requieren más personal o no; si el lugar del evento permite un control en los accesos (lo cual puede hacer vulnerable el espacio para la entrada clandestina de personas), e ingresos de drogas y alcohol⁵⁴.

Constatado el escaso pronunciamiento por parte de la magistratura, una buena herramienta para considerar los alcances de este deber de seguridad en los eventos masivos, es complementarlo con lo que se ha dicho sobre el mismo en otras circunstancias. En este aspecto, siguiendo un informe de jurisprudencia sobre este deber en materias de consumo⁵⁵ es posible dar ciertas luces al respecto. Por un lado, será importante contar con servicios de primeros auxilios para responder de forma adecuada ante potenciales riesgos que conlleva la masividad⁵⁶. Por otra parte, el hecho de que la empresa de eventos masivos adopte un estándar de control de calidad exigente, no hace que cualquier descuido se considere un caso fortuito⁵⁷. De igual forma, se deben adoptar las medidas de resguardo necesarias para que el evento se realice en adecuadas condiciones de seguridad⁵⁸. Así también, la posibilidad de que se genere un daño en un evento masivo también incluye sus inmediaciones⁵⁹.

Todos los elementos mencionados por la jurisprudencia en otras circunstancias sobre este deber pueden ser valorados al momento de configurar el contenido de éste en el caso concreto. Del mismo modo, se puede acudir a la doctrina de otras latitudes donde se ha escrito del tema, destacando que los proveedores deben velar por el acotamiento de zonas, las advertencias y prohibiciones dirigidas al público⁶⁰; adoptar las medidas adecuadas para

⁵⁴ Estas ideas se extraen de la lectura de la sentencia de SERNAC con Punto Ticket S.A. (2019), la cual se refiere a un oficio emitido por la Intendencia de Santiago que fue presentado como prueba.

⁵⁵ ULLOA (2014), pp. 1-39.

⁵⁶ Caso a propósito de caída de objetos desde altura a consumidor en ULLOA (2014), p. 8.

⁵⁷ Caso a propósito de un trozo de metal en hamburguesa en ULLOA (2014), p. 36.

⁵⁸ Caso de caída desde altura de consumidor que se encontraba sobre una escala telescópica, ULLOA (2014), p. 38.

⁵⁹ A propósito de casos de responsabilidad del *mall* como arrendadora de locales comerciales, ULLOA (2014), p. 17. Por ejemplo, en Argentina a propósito de un espectáculo público deportivo, véase ECHEVESTI y ZUDAIRE (2018), p. 390.

⁶⁰ YZQUIERDO (2008), vol. 2, p. 1841.

prevenir daños de la aglomeración de muchas personas en un mismo lugar, como pueden ser las avalanchas humanas⁶¹; constatar el buen estado de las instalaciones del recinto no pudiendo desligar su responsabilidad por un daño que se explique por dicha causa⁶²; y velar por el cumplimiento por parte de los asistentes de las condiciones de acceso y permanencia en el recinto (prohibir la introducción de armas, acceso sin entrada o bajo la influencia de drogas)⁶³.

Este marco debe ser completado por lo estipulado en algunas normas propias del ordenamiento jurídico chileno. A modo de referencia, la ley 19327 que establece derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, en su artículo 2.º letras b) y c) estipula que el asistente tiene el derecho a la seguridad. En específico, la letra b) señala que tendrá derecho a que los espectáculos cumplan con condiciones básicas de higiene, seguridad y salubridad, mientras que la letra c) consagra el derecho a contar con información oportuna sobre las condiciones básicas de seguridad en el espectáculo, sobre las medidas de prevención y protección de riesgos inherentes a la actividad, y todas las medidas técnicas necesarias y suficientes que los organizadores, dentro de su esfera de control, deban adoptar con dicho propósito. La misma normativa en su artículo 3.º expresa el deber que tiene el organizador del evento de satisfacer la seguridad en la realización del mismo⁶⁴. Si bien esta ley solamente se refiere a eventos masivos relacionados con el fútbol –de hecho, contiene una remisión normativa a la LPC–, es un buen ejemplo para demostrar lo relevante de los resguardos en la ejecución de un espectáculo, entendiéndose como parte esencial en la celebración del mismo.

En suma, valorando los elementos aportados, la finalidad tuitiva de la ley que protege los derechos de los consumidores y las características propias a la producción de un evento masivo, puede decirse que la seguridad es un elemento inherente a la prestación del servicio que debe ser colmado de contenido. El espectador que asiste a un evento masivo tiene la

⁶¹ SELIGRAT (2016), p. 271.

⁶² SELIGRAT (2016), p. 277.

⁶³ Así lo afirma en España autoras como CASADO (2018), p. 6 y en Argentina autores como ECHEVESTI y ZUDAIRE (2018), p. 389.

⁶⁴ En concreto, el artículo 3.º señala entre los deberes del organizador el organizar y administrar el espectáculo deportivo adoptando todas las medidas necesarias y las exigidas para el correcto desarrollo del mismo (letra a); supervisar y garantizar el cumplimiento de la ley, su reglamento y las disposiciones que la autoridad administrativa o policial le hayan ordenado adoptar (letra b); adoptar las medidas de seguridad establecidas en las leyes, reglamentos, disposiciones de la autoridad y protocolos determinados por la entidad superior del fútbol profesional, necesarias para prevenir alteraciones a la seguridad y al orden público que sean producto del espectáculo deportivo de fútbol profesional, hecho o actividad conexas, tales como venta de entradas (letra c).

legítima expectativa al asistir a un recital o una actividad deportiva –entre otras muchas variantes de espectáculos públicos– de no sufrir daños en el mismo, constituyéndose así la seguridad en el consumo como una cuestión trascendente⁶⁵.

2. Derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna en los eventos masivos

El artículo 3.º inciso 1.º letra e) de la LPC señala que el consumidor tiene derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor. Este precepto se modificó el año 2004 por la ley 19955, sustituyéndose la expresión “en caso de incumplimiento a lo dispuesto en esta ley” por la nueva “en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor”. Con tal alteración, debe entenderse que existe una ampliación del espectro indemnizatorio, extendiéndose ya no sólo a la ley sino que también a lo que refiere el contrato⁶⁶.

Así también, la norma aludida debe ser vinculada con el derecho a la seguridad toda vez que se ha entendido que el mencionado derecho a reparación por sí solo no tiene un poder para ejercer la reparación e indemnización en contra de un proveedor⁶⁷, siendo necesaria la violación a otras normas de la LPC. Por consiguiente, la normativa de consumo le impone un deber de resguardo que debe estar presente en la forma en que el proveedor ofrece y ejecuta los respectivos servicios, de manera tal que los consumidores siempre tengan en contra de quien hacer efectiva las posibles responsabilidades que surjan de las infracciones del contenido que prescribe la LPC.

Otro punto a considerar es que, de la lectura del artículo, se desprende que concede tanto un derecho a la reparación como a la indemnización. Parte de la doctrina ha sostenido que, por un lado, la reparación refiere a todos los remedios distintos a la indemnización de perjuicios (*v. gr.*, la garantía legal, la nulidad del contrato por cláusulas abusivas, entre otros),

⁶⁵ Por ejemplo, interesante es el planteamiento de Marcelo Barrientos, quien a propósito de la relación de consumo que se genera a partir de los estacionamientos, señala que “A estos elementos, propios del contrato de estacionamiento, cabría agregar el de la legítima expectativa del usuario de recobrar su automóvil tal y cual lo dejó al estacionarlo. Estimamos que ello se traduce en una verdadera obligación de seguridad que aparece como esencial al contrato mismo de estacionamiento regido por la ‘Ley del consumidor’”. BARRIENTOS (2010), p. 48.

⁶⁶ FUENZALIDA (2018), p. 126.

⁶⁷ CONTARDO (2013c), p. 119.

mientras que, por otro lado, la indemnización de perjuicios debiese ser entendida en su sentido tradicional de reparar los detrimentos que ha sufrido la víctima⁶⁸.

Cabe puntualizar que el artículo 3.º inciso 1.º letra e) LPC ha sido comprendido como el reconocimiento legal expreso en materias de consumo del derecho del consumidor a perseguir la responsabilidad civil del proveedor, cuando ha sufrido daños y perjuicios en el marco de la LPC⁶⁹. Este precepto debe ser relacionado con el artículo 23 de la LPC, el cual además de una responsabilidad infraccional, se ha entendido que prevé una responsabilidad civil⁷⁰. Cabe complementar lo informado con lo que prescribe el artículo 43 LPC, el cual concede la posibilidad de perseguir la responsabilidad civil del proveedor intermediario en el contrato de evento masivo, en casos de incumplimiento de las obligaciones contractuales⁷¹, entre ellas la de seguridad.

Según lo estudiado, aun cuando esto se abordará con mayor detalle en el siguiente acápite, vinculando este derecho con los supuestos de eventos masivos, es posible afirmar que el asistente que ha sufrido una vulneración a su derecho a la seguridad en el consumo, también posee un derecho a la reparación e indemnización tanto contra el proveedor efectivo e intermediario. En consecuencia, de esta situación emerge la posibilidad para el consumidor de perseguir las responsabilidades correspondientes por la infracción del deber de seguridad por parte del proveedor que ofrece espectáculos públicos.

IV. RESPONSABILIDADES

EN LAS QUE PUEDE INCURRIR EL PROVEEDOR DE EVENTOS MASIVOS

Revisando las reglas de la LPC, aunque el tratamiento de la responsabilidad no se caracteriza por su sistematicidad⁷², es posible afirmar que las responsabilidades en las que puede incurrir el organizador de evento masivo podrán ser de dos tipos: civil e infraccional. Para profundizar en este

⁶⁸ CONTARDO (2013c), p. 122. En el mismo sentido, FUENZALIDA (2018), p. 140.

⁶⁹ CONTARDO (2013c), p. 122.

⁷⁰ BARRIENTOS y CONTARDO (2013), p. 581. Por su parte, Isler defiende la idea de que todas las normas de esta ley pueden dar origen indistintamente a la acción civil e infraccional, en ISLER (2015), pp. 7-12.

⁷¹ CONTARDO (2013a), p. 900.

⁷² CORRAL (1999), p. 169. Indica también la falta de sistematicidad FUENZALIDA (2018), p. 126. Por su parte, Isler indica que respecto a la responsabilidad civil e infraccional en la ley de consumo “no existe claridad respecto de las disposiciones de este cuerpo normativo que da origen a cada una de ellas”, en ISLER (2015), p. 2.

tópico, se debe distinguir entre si estamos en presencia de un proveedor intermediario o es directamente con el prestador que ejecuta la prestación, pues el régimen de responsabilidad tiene distintos matices según trate de uno o de otro supuesto.

1. Responsabilidad en casos de relación consumidor y proveedor que ejecuta la prestación sin intermediario

a) Fundamento de responsabilidad

Atendido el contenido de la LPC, la responsabilidad del proveedor se puede configurar de la siguiente manera. Por un lado, está el artículo 3.º inciso 1.º letra e), que, como se revisó, configura en favor de los consumidores el derecho a la indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea. Por otro lado, la normativa citada se debe relacionar con lo establecido en el artículo 23 inciso 1.º LPC, el cual se ha entendido que comporta una responsabilidad civil derivada de la responsabilidad infraccional establecida en el mismo precepto⁷³. Concretamente, la norma establece que cometerá infracción a las disposiciones de la LPC el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, cause menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio.

Cabe añadir que la doctrina ha reflexionado sobre el carácter ambiguo del artículo 23 como fuente de responsabilidad en la LPC. Al respecto, se adhiere a lo que expone Barrientos, quien sostiene que la infracción al artículo 23 inciso 1.º LPC, además de la responsabilidad infraccional, genera una concurrencia u opción de responsabilidad civil donde “el juez elegirá la vía de solución más apta para el consumidor, que en la mayoría de los casos será la extracontractual”⁷⁴.

Lo explicado debe ser complementado por lo expresado en el artículo 50 inciso 2.º de la misma ley, que indica que el incumplimiento de las normas contenidas en LPC, dará lugar a las denuncias o acciones correspondientes, destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, y entre ellas está el obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda. Siguiendo a Baraona, quien tiene un trabajo comparativo entre las reglas de la LPC y el *Código Civil*, una marcada diferencia entre ambos cuerpos normativos es en materia de la responsabilidad

⁷³ BARRIENTOS y CONTARDO (2013), p. 558.

⁷⁴ BARRIENTOS (2012), p. 421.

civil derivada del incumplimiento de un contrato, siendo determinante en el contrato de consumo que se haya incumplido por parte del proveedor algunas de las prescripciones de la LPC⁷⁵.

De esta forma, una vez vulnerado el derecho a la seguridad en el consumo de los consumidores, es decir, una vez que los asistentes sean expuestos a situaciones de peligro o daño por falta de medidas de cuidado adoptadas, los mismos tienen derecho a exigir la responsabilidad civil de los proveedores con fundamento en la normativa citada previamente.

b) Sobre la responsabilidad civil

Existe una discusión académica sobre si toda infracción a la LPC genera a su vez responsabilidad civil. Por una parte, la tesis unitaria, quienes entienden que de todas las normas de la LPC pueden dar origen indistintamente a la acción civil e infraccional⁷⁶; y, por otra, una tesis que reclama la diferenciación de las contravenciones⁷⁷. Esta discusión pierde relevancia al vincularlo con el artículo 23 inciso 1.º, dado que, independiente de cual sea la tesis defendida, se ha entendido que integra ambas acciones (civil e infraccional).

Una vez aclarado lo anterior, cabe cuestionarse sobre las exigencias existentes a la responsabilidad civil que deriva de la infracción del artículo 23 inciso 1.º LPC.

En ese escenario, se ha indicado que una ventaja que existiría, de asumir que la responsabilidad civil deriva de la responsabilidad infraccional en el caso del artículo 23 inciso 1.º LPC, es que al establecer la segunda antes que la primera se establece la llamada culpa contra la legalidad o culpa infraccional, la cual supone probada la culpa con la mera infracción⁷⁸. Esto se fundamentaría en el artículo 14 de la ley 18287, que establece el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, el cual estipula que

“el solo hecho de la contravención o infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la contravención o infracción y el daño producido”.

De esta forma, el consumidor se vería beneficiado, pues sólo se le exige acreditar el daño y la causalidad mas no así la culpa. Esta interpretación no debe ser entendida en el sentido de que la responsabilidad civil sea una consecuencia inmediata y directa de la responsabilidad contravencional,

⁷⁵ BARAONA (2014), p. 397.

⁷⁶ ISLER (2015), pp. 1-17.

⁷⁷ GUERRERO (2008), pp. 433-453.

⁷⁸ BARRIENTOS y CONTARDO (2013), p. 558.

sino que como una lectura de ambos estatutos independientes en beneficio y protección del consumidor, el cual es la parte débil en este tipo de contratos.

Por su parte, es atinente a la temática lo expuesto por Hernández y Gatica, quienes comienzan su análisis sosteniendo que la LPC no contiene un estatuto que regule la responsabilidad civil por servicio defectuoso, siendo un tema relevante que ha sido soslayado en el debate parlamentario. A juicio de los autores, sobre la base de ese diagnóstico, la normativa actual dista de proporcionar un soporte adecuado a la responsabilidad civil en razón de que no suministra los pormenores que exige este estatuto en particular. Con ello, se materializa una clara desprotección a los consumidores, quienes son precisamente el objeto de protección de esta ley⁷⁹. Por ende, en observancia de las circunstancias descritas, sumado a las fuertes asimetrías en las que están envueltas las relaciones de consumo, la propuesta de los autores citados aboga por una adecuada protección de los derechos de los consumidores, que en responsabilidad civil se traduce en salvaguardar su derecho a la seguridad y la indemnización⁸⁰.

En concreto, de lo planteado por Hernández y Gatica se destacan las siguientes ideas sobre el artículo 23 inciso 1.º LPC:

- 1) no es una regla sobre la carga de la prueba de negligencia, de forma tal que no es deber del consumidor probarla;
- 2) en razón del carácter general de la norma, abogan por una aplicación supletoria de las normas del *Código Civil*, entendidas desde una lógica de protección al consumidor;
- 3) proponen la aplicación de las presunciones de culpabilidad que invertirían la carga de la prueba en beneficio de la víctima; y,
- 4) indican que

“de comprobarse el incumplimiento del deber de seguridad que recae sobre el proveedor, el consumidor resultaría favorecido con la presunción de negligencia a la que conduce la figura de la culpa infraccional o contra la legalidad”⁸¹.

Estas ideas propuestas las fundamentan en el gravamen que implica la prueba de la culpa para la víctima, la cual resulta una carga difícil de soportar. En ese sentido, las presunciones de culpa van en auxilio de las víctimas, siendo el autor del daño quien debe probar que ha cumplido con la diligencia debida⁸².

⁷⁹ HERNÁNDEZ y GÁTICA (2019), pp. 18- 20.

⁸⁰ HERNÁNDEZ y GÁTICA (2019), p. 32.

⁸¹ HERNÁNDEZ y GÁTICA (2019), pp. 32-34.

⁸² BARROS (2020), tomo I, p. 488.

Enlazando lo explicado con los eventos masivos, el consumidor espectador perfectamente podría beneficiarse de más de un tipo de presunción. Así, por ejemplo, podría perseguir la responsabilidad civil del empresario o proveedor a través de la presunción de culpabilidad por el hecho propio del proveedor que ha organizado el evento masivo (artículo 2329 del *Código Civil*)⁸³. Del mismo modo, se podría argumentar una presunción de responsabilidad del empresario o proveedor que brinda el evento por el hecho de uno de sus dependientes (artículo 2320 inciso 4.º del *Código Civil*)⁸⁴. De este modo, si es que se afecta el derecho a la seguridad en el consumo al espectador que asiste a un evento masivo, éste se vería beneficiado con las presunciones de culpa que, como se indicó, se relacionan a su vez a la figura de la culpa infraccional o contra la legalidad.

Sea cualquiera el camino a seguir, las opciones esbozadas optan por la aplicación de la culpa infraccional, concepto que establece que una vez que se genera un accidente consecuencia de la infracción a un deber de cuidado establecido por la ley, el acto deberá ser tenido por culpable sin que sea necesario entrar en otras calificaciones⁸⁵. Ya sea a través de la infracción de las normas de consumo establecidas en la LPC (en específico, para efectos de este trabajo incumben las relativas a la seguridad en el consumo) o a través de la infracción a una de las normas que consagran las presunciones de culpa del *Código Civil*, lo cierto es que ambas posibilidades dan por sentada la culpabilidad del proveedor. Cabe recalcar que esta es una presunción de culpabilidad y no de responsabilidad, motivo por el cual al proveedor le es posible probar que ha actuado con la diligencia debida. En ese sentido, si bien los efectos aludidos son similares a la responsabilidad objetiva, se diferencian en que en las presunciones de culpa se admite la prueba de la diligencia⁸⁶.

Por último, en lo que refiere a la prueba de la relación causal, cabe destacar que dentro del artículo 50 letra H inciso 5º de la LPC, incluido a partir de la reforma introducida por la ley 21081, se instaura la carga dinámica de la prueba en función a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes. En ese sentido, la norma enseñada estipula que

“el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a ellas para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de mate-

⁸³ Véase BARROS (2020), tomo I, p. 154 y ss.

⁸⁴ Véase BARROS (2020), tomo I, p. 179 y ss.

⁸⁵ BARROS (2020), tomo I, p. 104.

⁸⁶ BARROS (2020), tomo I, pp. 488-489.

rial probatorio que hayan debido aportar o el no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder”.

El contenido de este artículo, aplicable solamente en los procedimientos de acciones individuales de indemnización de perjuicios por infracción a la LPC, permite al juez, bajo ciertos supuestos, distribuir de forma distinta las cargas probatorias dentro del juicio, lo que puede tener repercusiones en la prueba de la responsabilidad. Esta reciente modificación, no sólo complementa lo explicado en los párrafos precedentes, sino que también potencia la posibilidad de que lo argumentado se materialice.

b) Sobre la responsabilidad infraccional

En segundo término, corresponde referirse a la responsabilidad infraccional del proveedor de eventos masivos. El hecho de que el artículo 23 inciso 1.º LPC comience con “cometerá infracciones”, sumado a lo estipulado en el artículo 1.º LPC, que delimita dentro del objeto de la ley el establecer las infracciones en perjuicio del consumidor, hacen que no hayan dudas respecto al carácter infraccional de la norma⁸⁷, sin perjuicio de que ya se ha argüido sobre la responsabilidad civil que subyace del mismo.

La imposición de la multa, impuesta por el legislador, es un castigo a aquel proveedor que con un comportamiento negligente le ha generado un daño al consumidor⁸⁸. En supuestos de eventos masivos, la falta de observancia en la adopción de medidas de seguridad en la realización de un evento masivo, es razón suficiente para el establecimiento de la responsabilidad infraccional.

El artículo 23 inciso 2.º estipula que serán sancionados con multa de hasta 2250 unidades tributarias mensuales, los organizadores de espectáculos públicos, incluidos los artísticos y deportivos, que pongan en venta una cantidad de localidades que supere la capacidad del respectivo recinto. Al referirse solamente a casos de sobreventa, el precepto anterior no resulta del todo útil para los casos del incumplimiento del deber de seguridad del proveedor en eventos masivos. Por tanto, se debe citar el artículo 24 LPC, que indica que, a falta de sanción especial en la ley, las infracciones serán sancionadas con multa de hasta 300 unidades tributarias mensuales. Cabe mencionar que se considerará como circunstancia agravante en la determinación de la responsabilidad contravencional, el haber puesto en riesgo la seguridad de los consumidores o de la comunidad, aun no habiéndose causado daño (artículo 24 inciso 5.º letra d) LPC).

⁸⁷ BARRIENTOS y CONTARDO (2013), p. 557 y FERNÁNDEZ (2003), pp. 23-24.

⁸⁸ FERNÁNDEZ (2003), p. 24.

En suma, el proveedor en los casos en que ofrece servicios de eventos masivos queda expuesto a que se le apliquen ambos regímenes de responsabilidad del artículo 23 inciso 1.º LPC⁸⁹.

2. Responsabilidad en casos de relación directa consumidor y proveedor intermediario

Como se configuró con anterioridad, los eventos masivos son un supuesto de aplicación del artículo 43 LPC. Cabe preguntarse si la subsunción que se genera del proveedor intermediario, en el puesto del proveedor que materialmente efectuó la prestación, acarrea la consecuencia de responder con los mismos alcances que en los casos que el consumidor se relaciona sin intermediario mediante.

Al respecto, el régimen del proveedor intermediario se considera uno de responsabilidad objetiva⁹⁰ o estricta. En consecuencia, para que el daño revista los atributos necesarios para desencadenar el régimen de responsabilidad del artículo 43 LPC es necesario que proceda del incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como señala la norma.

Adicionalmente, se debe advertir que, normalmente, estos casos debiesen conllevar responsabilidad directa, donde no está la atención puesta en si la conducta del proveedor efectiva fue diligente o no. Por ende, el caso de los proveedores intermediarios es un buen ejemplo donde se distingue la acción civil de la infraccional, no siendo necesaria la procedencia de la segunda para la imposición de la primera⁹¹. Esto también representa una diferencia entre las implicancias que acarrea la responsabilidad por incum-

⁸⁹ Una sentencia que ejemplifica lo expuesto es la dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que condenó a la empresa organizadora del evento a: “i.- Que la demandada ha infringido además lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 19.496; ii.- Que se condena a la demandada al pago de tres multas de 50 UTM cada una, por las infracciones cometidas; iii.- Que la demandada deberá además indemnizar al grupo de personas que sufrieron pérdida o deterioro de sus enseres personales, cuyo quantum se determinará en la etapa de cumplimiento de esta sentencia. iv.- Que la demandada deberá pagar una indemnización adicional de 0,15 UTM respecto de cada uno de los consumidores que reclamaron ante el SERNAC; v.- Que se ordena hacer las publicaciones dispuestas en extracto realizado por el Secretario del Tribunal, en dos oportunidades distintas en el Diario La Tercera, con un intervalo de entre 3 a 5 días entre ambas publicaciones; vi.- Que la indemnización de \$13.500 dispuesta en la sentencia de primer grado deberá ser pagada directamente por el demandado a los consumidores sin necesidad de la comparecencia de los interesados en la forma prevista en el artículo 54 C de la Ley N°19.496”. SERNAC con Sach Producciones y Eventos Ltda (2018).

⁹⁰ CONTARDO (2013a), p. 909 y CÓRDOVA (2016), p. 51.

⁹¹ En ese sentido, RODRÍGUEZ (2010) estima que la responsabilidad del intermediario no puede ser infraccional, p. 701. Del mismo modo, CONTARDO (2013a) estima que la responsabilidad del intermediario es civil y no infraccional, p. 908.

plimiento con los casos de consumidor con proveedor sin intermediador mediante, donde sí concurre la responsabilidad infraccional.

Con todo, cabe recordar que el mismo artículo 43 LPC consagra el derecho de repetición que ostenta todo proveedor intermediario en contra de la empresa proveedora que realmente ha realizado el evento masivo. Como indica parte de la doctrina, se estaría en presencia de una responsabilidad impuesta por ley, destinada a asegurar la solvencia del deudor para los efectos del pago de la respectiva indemnización⁹². De esta forma, una vez protegido los intereses y derechos del consumidor, nada obsta a que el proveedor intermediario persiga la responsabilidad del proveedor que prestó el servicio efectivamente.

V. MEDIOS DE EXONERACIÓN

Antes de abordar las posibles exenciones de responsabilidad en estos supuestos se debe hacer una distinción, según estemos en presencia de un proveedor efectivo o intermediario, en razón del distinto régimen de responsabilidad que rige cada una de estas hipótesis.

En ese orden de cosas, por un lado, respecto a los casos en que el proveedor efectivamente ha prestado el servicio, se establece un régimen de presunción de culpa, donde ya se ha señalado que es posible exonerarse por parte del proveedor a través de la prueba de la diligencia debida en el caso concreto.

Por otro lado, en el caso del proveedor intermediario, según ya se señaló, se está en presencia de un régimen de responsabilidad estricta. Asumiendo ello, siguiendo a Barros, el principio subyacente es que sólo serán reparados aquellos daños que sean resultante del riesgo definido por la ley⁹³. Así, en eventos masivos, la primera cuestión a determinar será si los daños son consecuencia de los riesgos que se han estipulado en la LPC –que justifican el régimen de responsabilidad estricta– y no de otros.

Además de las hipótesis mencionadas y sus respectivas diferencias iniciales, cabe señalar que en ambos regímenes es posible la configuración de dos alternativas como medios de exoneración, a saber: la participación del consumidor en su propio daño y el caso fortuito. A continuación, se analizará cada una de estas causales.

⁹² RODRÍGUEZ (2015), p. 84.

⁹³ BARROS (2020), tomo I, p. 500.

1. La participación del consumidor en su propio daño

Lo planteado hasta el momento se ha propuesto teniendo como referencia a un espectador “ideal”, un asistente a un evento masivo que tiene un comportamiento correcto, ejemplar durante el desarrollo de la actividad, durante la ejecución del contrato. No obstante, distinto será el caso del espectador que es negligente en su actuar, es decir, no se puede considerar de la misma forma al asistente que se instala en lugares que expresamente están prohibidos o inapropiados, o al que se expone de forma irresponsable a mayores riesgos que el organizador de un evento no tendría por qué soportar.

En cuanto a lo que estipula la LPC, ésta no sólo establece derechos a los consumidores, sino que también deberes. Uno de ellos se encuentra en el artículo 3º inciso primero letra d), el cual estipula que el consumidor tiene el deber de evitar los riesgos que le puedan afectar. Siguiendo a Isler, se debe considerar que, por una parte, los deberes de los consumidores –entre ellos el de evitar riesgos– son verdaderas prescripciones que son vinculantes para los usuarios y, por otra, que éstos son correlativos con los derechos, de forma tal que si no se cumplen los primeros no será posible exigir el cumplimiento de los segundos⁹⁴. Como indica la autora, el consumidor que se protege es aquel que emplea una diligencia ordinaria, no resultando aplicable la LPC a aquel que tiene un comportamiento basado en la mala fe, con dolo o negligencia inexcusable⁹⁵. Con ello, se procura que el consumidor, en este caso espectador, tenga un comportamiento tal que no lo exponga a un riesgo de forma imprudente. Como puntualiza Corral, este deber no puede significar que se eviten totalmente todos los riesgos, pues ello es imposible en la práctica, sino que debe ser entendido como un deber de autocuidado que incumbe a todas las personas que participan en el tráfico de bienes y servicios⁹⁶.

A las estipulaciones normativas contenidas en la LPC, es menester añadir lo indicado por el *Código Civil*, el cual, entendido como norma supletoria, reconoce en su artículo 2330 una regla de atenuación de responsabilidad si la víctima se expuso imprudentemente al daño. Siguiendo a San Martín, a pesar de que no existe una norma equivalente en materia

⁹⁴ ISLER (2011), pp. 73-74.

⁹⁵ ISLER (2011), p. 76.

⁹⁶ CORRAL (2013a), p. 113. En igual sentido, ISLER (2019), p. 252. En países como España, esto se analiza en sede extracontractual. En este tipo de supuestos se fundamenta la posible exoneración o atenuación de responsabilidad del organizador del evento, en virtud de que el actuar de la víctima/espectador conlleva una negligencia que explica el resultado dañoso. Véase MEDINA (2004), p. 257.

de incumplimiento de obligaciones de carácter contractual⁹⁷, existen buenas razones para aplicar la regla de “la culpa concurrente de la víctima” –reducción de indemnización por exposición imprudente al daño– a materias contractuales, más aun en materias de consumo, el cual al ser un estatuto protector, tiende a ser más benévolo con el consumidor que el proveedor⁹⁸. En consecuencia, es aplicable la regla en sede contractual⁹⁹. Del mismo modo, Corral comparte la aplicación del artículo 2330 en materias de consumo, especialmente en aquellos casos en que existe un incumplimiento del deber de cuidado del proveedor y al mismo tiempo una falta de autocuidado del consumidor¹⁰⁰. Por tanto, independiente de cual sea la sede en la cual se desarrolle la problemática, la figura tiene cabida tanto en materias contractuales como extracontractuales.

En virtud del principio de buena fe¹⁰¹, presente tanto en el derecho de los contratos como en el derecho de consumo, los deberes de diligencia recaen no solamente sobre el productor o proveedor del evento masivo, sino que también sobre los espectadores o consumidores que asisten al mismo. No resulta lógico que la empresa organizadora deba responder incluso en los casos en que el espectador se exponga a situaciones evitables, riesgos previsibles en la realización de un acto de este tipo. En materias contractuales, como advierte Pizarro, se está ante un problema causal debido a que es

“la conducta del acreedor lo que explica en forma causal su propio daño, cuya indemnización no puede reclamar atendido que el origen del mismo está en su propio actuar”¹⁰².

En suma, es la propia conducta del espectador, que incumple su deber de buen comportamiento durante el evento masivo, la que limita las posibilidades que proporciona el derecho contractual¹⁰³.

⁹⁷ SAN MARTÍN (2018), p. 183.

⁹⁸ SAN MARTÍN (2018), p. 193.

⁹⁹ San Martín concluye señalando que es posible aplicar la regla contenida en el artículo 2330 del *Código Civil* a casos de responsabilidad contractual atendiendo que: “i) el hecho de que la regla se originó en sede contractual; ii) el hecho de que en ordenamientos jurídicos extranjeros la misma regla se encuentra establecida a propósito de ambos estatutos; iii) el hecho de que resulta contrario al principio general de buena fe admitir que la sola existencia de un contrato autoriza para actuar de manera negligente”. SAN MARTÍN (2018), p. 207.

¹⁰⁰ CORRAL (2013a), p. 114. Así también, ISLER (2019), p. 252.

¹⁰¹ Artículo 1546 del *Código Civil* señala que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

¹⁰² PIZARRO (2014), p. 624.

¹⁰³ PIZARRO (2014), p. 628.

Así las cosas, se debe ponderar la actuación del asistente o consumidor en concreto, la diligencia o negligencia que éste tuvo en su actuar, y sopesar dicha actitud con la posible responsabilidad que tenga el proveedor u organizador del evento por no prever los potenciales daños que se podían generar producto de no haber adoptado todas las medidas de seguridad pertinentes.

Lo mismo ocurre en el caso del proveedor intermediario. Aunque en el régimen de responsabilidad estricta no está puesta la atención en la culpa del demandado, ello no es obstáculo para poder centrarse en sí, en el caso concreto, el consumidor o asistente ha tenido un comportamiento imprudente. Barros distingue que el imponer un régimen reforzado de responsabilidad no debe llevar al extremo de considerar que la víctima carece de cargas de cuidado que tendría bajo un régimen de responsabilidad por culpa¹⁰⁴.

2. Caso fortuito

La LPC no proporciona ningún tratamiento, ni provee información de este medio de exoneración que tiene el acreedor o proveedor para liberarse o dar por cumplido el deber de seguridad que debe satisfacer durante la ejecución del contrato. A falta de norma expresa, será tarea del juez valorar las circunstancias del caso concreto y analizar la procedencia o no del caso fortuito.

Con ese escenario, es ineludible acudir a las reglas del *Código Civil* como régimen supletorio en estas materias, el cual opera como norma integradora de las normas de la ley de consumo. A través de las normas de este cuerpo legal, es posible desarrollar el estudio y tratamiento del caso fortuito en estas materias, y al menos dar un esbozo para tener ciertas nociones de cara al desafío que deben afrontar los jueces en estas circunstancias.

Atendido el escenario descrito, el artículo 45 del *Código Civil* señala que el caso fortuito es “el imprevisto a que no es posible resistir”. Siguiendo a Corral, esta institución opera como defensa dado que produce un quiebre del nexo causal, de forma tal que los daños ya no serán imputables al demandado sino al hecho que constituye el caso fortuito¹⁰⁵. El mismo autor indica que se incluirán dentro de este concepto no sólo los hechos naturales (como terremotos, incendios, entre otros) sino también actuaciones humanas¹⁰⁶ (coloca de ejemplo a una persona a la cual empujan de modo irresistible y rompe una vitrina de tienda, la que estaría exenta de responsabilidad dado que ha sido materialmente utilizada –sin su voluntad– para

¹⁰⁴ BARROS (2020), tomo I, p. 500.

¹⁰⁵ CORRAL (2010), p. 463.

¹⁰⁶ CORRAL (2013b), p. 107.

generar un daño). En los eventos masivos las actuaciones humanas deben ser observadas con cautela, porque precisamente parte de las medidas de seguridad que deben proporcionar los proveedores pasan por asegurar que los otros asistentes no van a generar riesgos (así, por ejemplo, bengalas o bombas de ruido en un estadio difícilmente podrán ser consideradas caso fortuito). La masividad comporta riesgos que deben ser previstos por aquellos proveedores que brindan espectáculos de alta convocatoria. En este aspecto, la previsibilidad jugará en ese sentido un papel principal, toda vez que permite distinguir la acción culpable del caso fortuito, siendo este último integrado por todas aquellas circunstancias que no pudieron ser objeto de deliberación al momento de actuar¹⁰⁷. Será tarea del proveedor probar ello.

En cuanto al régimen de los proveedores intermediarios, éstos no podrán alegar caso fortuito por negligente intervención del proveedor efectivo. Cabe recordar que estamos en presencia de una responsabilidad directa del proveedor intermediario, y adicionalmente, como indica Contardo, una responsabilidad por el hecho propio, pues “ha asumido como propia la prestación que se ha descargado en el tercero conocido por el consumidor”¹⁰⁸. En el caso del proveedor intermediario, sería complicado establecer una regla general referida al caso fortuito como excusa en materia de responsabilidad estricta, dado que el interés del legislador es que quien desarrolla la actividad se haga cargo del riesgo asociado a la actividad. Lo normal es que en que en estos regímenes esté prevista alguna norma especial que estipule e indique al caso fortuito como una excusa ante el incumplimiento¹⁰⁹.

Por último, en la hipótesis de que se acepte el caso fortuito como causal de exoneración en materias de consumo, al proveedor le correspondería probar lo que exige el artículo 45 del *Código Civil*. Tradicionalmente se ha entendido que sus requisitos son tres: la exterioridad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho constitutivo del mismo¹¹⁰. Dichos requisitos deben relacionarse con el artículo 1547 inciso 2.º del *Código Civil* que señala que el deudor no es responsable del caso fortuito (a menos de que se haya constituido en mora o que haya sobrevenido por su culpa). En consecuencia, relacionando lo expuesto a la hipótesis de los eventos masivos, el proveedor tendrá que demostrar la intervención de un caso fortuito como una ruptura del vínculo causal entre el incumplimiento del deber de seguridad y el daño que ha sufrido el espectador.

¹⁰⁷ BARROS (2020), tomo I, p. 95.

¹⁰⁸ CONTARDO (2013a), p. 912.

¹⁰⁹ BARROS (2020), tomo I, p. 502.

¹¹⁰ PIZARRO (2010), p. 173.

CONCLUSIONES

En función de lo expuesto y argumentado en la presente investigación, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- 1) Se remarca la necesidad de prestar mayor atención al fenómeno de masividad en Chile, tanto por sus especiales características como por ser una fuente importante de potenciales daños.
- 2) A pesar de no tener un tratamiento específico por ley, se defiende la aplicación de la LPC como marco legal aplicable a los eventos masivos. Este conjunto normativo permite que, al estar resguardada la relación de consumo entre proveedor (organizador de evento) y consumidor (asistente a evento), este último tenga derecho a la seguridad en el consumo y, en consecuencia, a ser indemnizado en el caso de ocurrencia de daños en el evento masivo.
- 3) En relación a las partes contratantes, cabe concluir que, de la relación tripartita entre asistente, *ticketera* y productora de eventos, puede surgir más de un tipo de relación jurídica. Así, además del vínculo existente entre el consumidor (ya sea jurídico o material) con el prestador efectivo sin intermediario mediante, se debe destacar que las *ticketeras*, en los casos que intervienen, les es aplicable el artículo 43 LPC, considerándose proveedores intermediarios. En consecuencia, el consumidor podrá demandar directamente a la empresa que media la compraventa de entradas, sin perjuicio de los derechos de repetición que tiene el proveedor intermediario en contra del prestador efectivo del servicio.
- 4) Atendida las circunstancias que subyacen a un evento masivo, se concluye que aproximarse exclusivamente desde una perspectiva contractual es insuficiente. La presente investigación defiende la aplicación de la tutela aquiliana, sin perjuicio de reconocer que el asistente dispone de un concurso de acciones, siendo éste quien valorará de mejor forma el cómo proteger sus derechos.
- 5) Respecto a los alcances del incumplimiento del deber de seguridad. Por una parte, la seguridad es relevante toda vez que los asistentes que acuden a un evento masivo, lo hacen con la legítima confianza de que el organizador ha adoptado las medidas de protección adecuadas. Por otra parte, se constata la escasa jurisprudencia específica y la ausencia de aportes de la doctrina nacional en lo relativo a espectáculos masivos. Así también, teniendo presente que, en eventos masivos, el no exponer a riesgos innecesarios a los consumidores por parte de los proveedores conlleva múltiples obligaciones que no se encuentran en otro tipo de servicios, la investigación proporciona las particularidades del deber de seguridad a través

de lo establecido sobre el mismo en otras situaciones de hecho y valorando lo indicado por doctrina extranjera que sí ha estudiado el tema de los eventos masivos. Igualmente, se subraya el derecho de todo consumidor a la reparación e indemnización oportuna y adecuada de todos los daños sufridos por el incumplimiento, siendo derechos conexos y complementarios con el derecho a la seguridad en el consumo.

- 6) Las responsabilidades en las que puede incurrir el proveedor de un evento masivo podrán ser tanto civiles como infraccionales, debiendo distinguir si se está ante un proveedor intermediario o efectivo.
- 7) En el caso del proveedor efectivo, se concluye que por el incumplimiento del deber de seguridad procede tanto la responsabilidad infraccional como la civil. En específico, se prevé un régimen de responsabilidad civil fundado en el artículo 23 inciso 1.º LPC, en el cual se beneficia a la víctima a través de herramientas como la culpa infraccional y la aplicación de presunciones de culpa. Se explicó que ello se puede sustentar tanto por lo establecido en la ley n.º 18287 (artículo 14), como por una aplicación en beneficio de los consumidores de las normas contenidas en el *Código Civil*, a partir de las presunciones de culpa e instituciones como la culpa infraccional, el cual opera como norma supletoria en materias de consumo.
- 8) En el caso del proveedor intermediario, se resalta tanto el carácter objetivo de la responsabilidad civil como la improcedencia de aquella infraccional.
- 9) El asumir un régimen de responsabilidad por ilícito infraccional o por culpa presunta, o incluso de responsabilidad objetiva en el caso de los proveedores intermediarios, no es óbice para que el proveedor pueda defenderse. En ese sentido, tanto la participación del consumidor en su propio daño como el caso fortuito, pueden ser considerados como medios de exoneración del cumplimiento de la obligación de seguridad que surge de la realización de eventos masivos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2008). *Las obligaciones*. 5ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo 1.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014). “La regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y

comercial sobre contratos: un marco comparativo”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 2, Santiago.

- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2010). “Jurisprudencia por daños en estacionamiento de vehículos regido por la “Ley del consumidor”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 34, Valparaíso.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2011). “Algunas reflexiones sobre el desbordamiento de la responsabilidad infraccional en la ley N° 19496”. *Revista de Derecho de la Empresa*, n.º 24, Santiago.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2012). “Función del artículo 23 como fuente ambigua de responsabilidad en la ley de protección al consumidor. Alguna jurisprudencia reciente”, en Francisca BARRIENTOS CAMUS, Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON. *Consumidores*. Santiago: Legal Publishing.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca y Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ (2013). “Artículo 23 inciso 1º. Diversas infracciones a la ley”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.). *La protección de los derechos de los consumidores: Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: Legal Publishing.
- 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*, n.º 42, Valparaíso.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2015). “La evolución judicial del concepto de consumidor. La importancia de la destinación final y la clasificación de los consumidores materiales y jurídicos”, en Álvaro VIDAL OLIVARES, Gonzalo SEVERIN FUSTER y Claudia MEJÍAS ALONZO (editores). *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Thomson Reuters.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2019). *Lecciones de derecho del consumidor*. Santiago: Legal Publishing.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela y Claudia MEJÍAS ALONZO (2018). “El contrato de servicios como categoría general en el derecho chileno. Su contenido y rasgos distintivos”. *Revista Ius Et Praxis*, vol. 24, n.º 3, Talca.
- BARROS BOURIE, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo 1.
- BOETSCH GILLET, Cristián (2011). *La buena fe contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CASADO ANDRÉS, Blanca (2015). *Responsabilidad civil deportiva daños a espectadores y terceros*. Madrid: La Ley.
- CASADO ANDRÉS, Blanca (2018). “Espectadores y fútbol”. *Diario La Ley (Estudios doctrinales)*, n.º 9130, Madrid.
- COBACHO GÓMEZ, José Antonio (2015). “Daños en espectáculo. En especial los espectáculos deportivos”, en Antonio ORTÍ y María del Carmen GARCÍA (directores). *La Responsabilidad Civil por daños Causados por servicios defectuosos*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2013a). “Artículo 43. Responsabilidad del proveedor intermediario”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (directores). *La protección de los derechos de los consumidores: Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: Legal Publishing.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2013b). “Artículo 41. Garantía legal para los servicios”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (directores). *La protección de los derechos de los consumidores: Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: Legal Publishing.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2013c). “Artículo 3º e). Derecho a la reparación e indemnización”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (directores). *La protección de los derechos de los consumidores: Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: Legal Publishing.
- CÓRDOVA YUKICH, Diego (2016). “Régimen de responsabilidad de compañías de descuento por internet. ¿proveedores intermediarios?”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 23, n.º 2, Coquimbo.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1999). “Ley de protección al Consumidor y responsabilidad civil”, en Hernán CORRAL TALCIANI (ed.). *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.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010). “Responsabilidad civil en la construcción de viviendas reflexiones sobre los regímenes legales aplicables a los daños provocados por el terremoto del 27 de febrero de 2010”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, n.º 3, Santiago.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013a). “Artículo 3º d). Derecho a la seguridad en el consumo servicios de bienes y servicios”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (directores). *La protección de los derechos de los consumidores: Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: Legal Publishing.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013b). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Thomson Reuters.
- EHEVESTI, Rosario y ZUDAIRE, Lucas (2018). “Responsabilidad por daños en espectáculos públicos: Avance y retroceso. ‘Mosca’ y ‘Arregui’”. *Revista Derechos En Acción (REDEA)*, n.º 9, Buenos Aires.
- EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal y Javier RODRÍGUEZ DIEZ (2013). “Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del “proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21, Santiago.
- FACCO, Javier Humberto (2009). “El principio de buena fe objetiva en el derecho contractual argentino”. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n.º 16, Bogotá.
- FERNÁNDEZ FREDES, FRANCISCO (2003). *Manual de derecho chileno de protección al consumidor*. Santiago: LexisNexis Chile.

- FUENZALIDA ROBLEDO, Eduardo (2018). “El acto de consumo como hecho y la responsabilidad civil”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 25, n.º 1, Coquimbo.
- GUERRERO BECAR, José Luis (2008). “La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.). *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel y María Paz GATICA RODRÍGUEZ (2019). “Protección del consumidor y responsabilidad civil por producto o servicio defectuoso”. *Revista de estudios de la justicia*, n.º 31, Santiago.
- ISLER SOTO, Erika (2011). “La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 24, n.º 2, Valdivia.
- ISLER SOTO, 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.
- ISLER SOTO, Erika (2019). *Derecho del consumo: nociones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LORENZINI BARRÍA, Jaime y Joaquín POLIT CORVALÁN (2013). “El régimen de la nulidad y la resolución en el derecho del consumidor chileno”, en CARMEN DOMÍNGUEZ et al. (coord.). *Estudio de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz 2012*. Santiago: Legal Publishing.
- MALDONADO CALDERÓN, Sonia (1998). “Particularidad de los contratos de adhesión en la ley 19.496”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 19, Valparaíso.
- MEDINA ALCOZ, María (2004). *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*. Madrid: Dykinson.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013). “Artículo 1º N° 1. Definición consumidores y usuarios”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (directores). *La protección de los derechos de los consumidores: Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: Legal Publishing.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa (2002). “Reflexiones sobre la responsabilidad civil por los actos violentos cometidos por las masas de espectadores en los espectáculos deportivos”. *Revista jurídica de deporte y entretenimiento deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, n.º 8, Cizur Menor.
- PIÑEIRO SALGUERO, José (2005). “Accidentes deportivos: lesiones consentidas. Análisis de la doctrina de la asunción del riesgo en la responsabilidad civil en el deporte”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, Barcelona.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2010). “Daños en la construcción, fuerza mayor y terremotos”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 34, Valparaíso.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2014). “El hecho del acreedor en la responsabilidad contractual”, en Álvaro VIDAL OLIVARES, Gonzalo SEVERIN FUSTER y Claudia MEJÍAS ALONZO (editores). *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Thomson Reuters.

- QUESADA SÁNCHEZ, José (2009). “Daños sufridos por espectadores de acontecimientos deportivos: repaso de sentencias de interés”. *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, n.º 9, Madrid.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2010). “La responsabilidad del intermediario de servicios al consumidor (un estudio tentativo del sistema de atribución de responsabilidad del artículo 43 de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores)”, en AA.VV. *Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2010*. Santiago: Abeledo Perrot – Legal Publishing.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2014). “Responsabilidad por incumplimiento de contratos de servicios. La protección del consumidor y del cliente por prestaciones defectuosas”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 3, Santiago.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2015). *Derecho del Consumidor. Estudio crítico*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- SAN MARTIN NEIRA, Lilian (2018). *La culpa de la víctima en la responsabilidad civil*. Santiago: DER Ediciones.
- SELIGRAT GONZÁLEZ, Víctor Manuel (2016). *Responsabilidad civil en el deporte. Especial referencia a los eventos deportivos profesionales de masas*. Madrid: Editorial Jurídica Sepín.
- ULLOA VALENZUELA, Pablo (2014). *El deber de seguridad de la ley Nº 19.496 en la jurisprudencia*. Disponible en: <https://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2016/10/El-deber-de-seguridad-de-la-LPDC-en-la-jurisprudencia-Pablo-Ulloa.pdf> [Fecha de consulta: 28 de abril de 2021].
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2008). “El deporte y los espectáculos deportivos en el contexto general de la responsabilidad civil”, en Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO (coord.). *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Pamplona: Aranzadi, vol. 2.

Otros documentos citados

- CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES (2011). *Segunda Encuesta Nacional de Participación y Consumo Cultural*. Santiago: Ediciones Cultura.
- CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES (2016). *Política Nacional del Campo de la Música 2017-2022*. Disponible en: https://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2016/11/politica_musica.pdf [Fecha de consulta: 08 de marzo de 2021].
- CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES (2017). *Encuesta Nacional de Participación 2017*. Disponible en: https://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2018/03/enpc_2017.pdf [Fecha de consulta: 08 de marzo de 2021].
- Intendencia de la región metropolitana, circular n.º 28, de 16 de octubre de 2015, que establece procedimiento para la realización de eventos masivos. Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1083082> [Fecha de consulta: 08 de marzo de 2021].
- Intendencia de la VI región del Libertador General Bernardo O’Higgins, resolución exenta n.º 979, de 05 de marzo de 2020, que aprueba reglamento para autori-

zación de espectáculos masivos. Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1143483> [Fecha de consulta: 08 de marzo de 2021].

Servicio Nacional del Consumidor, resolución exenta n.º 0186, de 21 de marzo de 2019. Disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-9191_archivo_01.pdf [Fecha de consulta: 08 de marzo de 2021].

Normas citadas

- Código Civil*, Chile.
- Código de Comercio*, Chile.
- Ley n.º 21081, modifica ley n.º 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 13 de septiembre de 2018.
- Ley n.º 20844, establece derechos y deberes de asistentes y organizadores de espectáculos de fútbol profesional. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 15 de junio de 2015.
- Ley n.º 19327, sobre “Derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional”. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 10 de junio de 2015.
- Ley n.º 19955, modifica la ley n.º 19.946 sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 14 de julio de 2004.
- Ley n.º 19496, sobre “Normas sobre protección de los derechos de los consumidores”. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 7 de marzo de 1997.
- Ley n.º 18287, “Establece procedimiento ante los juzgados de policía local”. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 7 de febrero de 1984.
- Ley 19/2007, de 11 de julio, “contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte”. *BOE* núm. 166, de 12 de julio de 2007.
- Reglamento general de policía de espectáculos públicos y actividades recreativas, el cual fue aprobado por el Real Decreto 2816/1982. *BOE* núm. 267, de 6 de noviembre de 1982.
- Decreto del Ministerio de Salud n.º 10 del año 2010, aprueba reglamento de condiciones sanitarias, ambientales y de seguridad básicas en locales de uso público. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 25 de septiembre de 2010.

Jurisprudencia citada

- Punto Ticket S.A con G.M.E. (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de noviembre de 2019, rol policía local n.º 2054-2018.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Universal Agencia de Turismo Limitada, respecto del artículo 43 de Ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, en causa rol n.º 4898-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago (2008): Tribunal Constitucional, 18 de mayo de 2008. rol n.º 980-2007.

- SERNAC con Punto Ticket S.A. (2019): 21º Juzgado Civil de Santiago, 17 de diciembre de 2019, rol n.º 10887-2017.
- SERNAC con Sach Producciones y Eventos Ltda (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de marzo de 2018, rol n.º 12132-2017.
- SERNAC con Sach Producciones y Eventos Ltda (2017): 16º Juzgado Civil de Santiago, 30 de junio de 2017, rol n.º 13639-2015.
- SERNAC con T4F Chile S.A. (2016): Corte Suprema, 19 de mayo de 2016, rol n.º 7002-2015.
- SERNAC con Latin Gaming Osorno S.A (2014): 1.º Juzgado de Letras de Osorno, 31 de diciembre de 2014, rol n.º 192-2012.
- SERNAC con Ticket Fácil (2013): 7.º Juzgado Civil de Santiago, 29 de noviembre de 2013, rol n.º 21700-2011.
- SERNAC con Producciones y Eventos Empiredigital (2012): 6.º Juzgado Civil de Santiago, 18 de diciembre de 2012, rol n.º 22924-2011.
- V. G. C. con Club Deportivo Provincial Osorno S.A.D.P. (2012): Corte Suprema, 10 de septiembre de 2012, rol n.º 1630-2010.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AA.VV.	Varios autores
Adj.	Adjetivo
Coord.	Coordinador
Coords.	Coordinadores
Dir.	Director
Dirs.	Directores
Ed.	Editor
Eds.	Editores
<i>Et al.</i>	Y otros
Etc	Etcétera
FPI	Formación de Personal investigador
Html	HyperText Markup Language
Http	Hypertext Transfer Protocol
Inc.	Inciso
LPC	Ley n.º 19.496 sobre “Normas sobre protección de los derechos de los consumidores”
Ltda.	Limitada
Nº	Número
p.	Página
pp.	Páginas
S.A.	Sociedad Anónima

SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor
ss.	Siguientes
UEFA	Union of European Football Associations
UTM	Unidad Tributaria Mensual
v. gr.	verbigracia
Vol.	Volumen
www.	World Wide Web

Doctrina y jurisprudencia comparada

UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL
DEL DAÑO Y SU IMPORTANCIA
EN EL *DIES A QUO* DE LA PRESCRIPCIÓN
DE LA ACCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL.
UNA PROPUESTA NECESARIA RESPECTO
DEL ARTÍCULO 2235
DEL *CÓDIGO CIVIL* ECUATORIANO

A CONCEPTUAL APPROACH BETWEEN
THE DAMAGE AND ITS IMPORTANCE
IN THE *DIES A QUO* OF THE STATUTE
OF LIMITATION IN THE TORTS DAMAGE ACTION.
A NECESSARY PROPOSAL REGARDING
OF ARTICLE 2235 OF THE ECUADORIAN *CIVIL CODE*

Leonardo Coronel Larrea*

RESUMEN

En el derecho ecuatoriano, el artículo 2235 del *Código Civil* ofrece una respuesta respecto a la contabilización de la prescripción de la acción en la responsabilidad extracontractual. No obstante, la regla genera una discusión cuando se habla de determinados casos que no están cobijados ni amparados por la interpretación clásica que da la norma. La solución fundacional com-

* Abogado *magna cum laude* por la Universidad San Francisco de Quito. Miembro de la Dirección Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje de la Procuraduría General del Estado del Ecuador. Dirección Postal: 170703, Calles Camino al Conde y E2F, El Beaterio, Quito-Ecuador. Correo electrónico: leonardo.coronel@pge.gob.ec

Este trabajo de investigación fue presentado como trabajo de titulación, requisito para la obtención del título de abogado en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. En este sentido, es importante agradecer a Javier Jaramillo Troya por su gran guía y apoyo en la dirección y acompañamiento brindado durante la realización de este artículo, además de todos los consejos que me ha proporcionado con la finalidad de ayudar en mi crecimiento personal y profesional.

Igualmente, agradecer a Oswaldo Santos Dávalos por la oportunidad de disfrutar de la academia desde otra óptica, y a Vladimir Vilalba Paredes por enseñarme a amar la carrera y la profesión desde sus ejemplares clases. Finalmente, a todos mis profesores por trascender sus conocimientos en las siguientes generaciones.

Recepción: 2020-12-02; aceptación: 2021-06-07.

prende que el cómputo de la prescripción tiene lugar desde la verificación del hecho ilícito, entendiendo que, en ese momento se ha perpetrado el acto. Sin embargo, esta postura no contempla la importancia de la existencia del elemento daño, ni de las formas en las que éste se manifiesta, en especial, el perjuicio oculto y continuado. Esto genera que exista un conflicto entre la regla general de que todo daño resarcible debe ser indemnizado y la seguridad en las relaciones jurídicas que busca la prescripción. En este sentido, es preciso delimitar el concepto de daño resarcible, además de entender y conocer cómo han sido concebidos los distintos tipos de menoscabos según su consumación en el tiempo desde la óptica jurídica ecuatoriana. Con esto se podrá analizar la prescripción y cómo han actuado la jurisprudencia y el derecho comparado en estos casos, donde se puede afirmar, que ya existe una solución que determine el inicio de la prescripción en casos de daño oculto y continuado. De esta forma, se propondrá una solución actual para el comienzo de la prescripción en el Ecuador.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil; acción por daños; daño continuado; daño oculto; prescripción

ABSTRACT

In Ecuadorian Law, article 2235 of the Civil Code offers an answer regarding the accounting for the statute of limitations in the action for torts. However, the rule generates a discussion when certain cases are not covered or protected by the classical interpretation. The foundational interpretative rule understands that the calculation of the prescription must be from the verification of the wrongful act, understanding that the act has been perpetrated there. Nevertheless, this provision does not contemplate all types of damage, specifically hidden damage, and continued damage. This generates a conflict between the rule of the Torts Law that all damages must be compensated against the security in the legal relationships that the Statute of limitation seeks. Therefore, it is necessary to delimit the concept of compensable damage to understand and know how these types of damages have been conceived according to their consummation in time from an Ecuadorian conception. Accordingly, it will be possible to analyze the statute of limitation and how it has acted in case law and comparative law. In which, there is already a solution that determines the beginning of the statute of limitation in each case of hidden damage and continuing damage. In this way, a current solution will be proposed for the calculation of the statute of limitation in Ecuador.

KEYWORDS: torts law; damage action; continued damage; hidden damage; statutes of limitation

I. LA RESPUESTA APARENTEMENTE CLARA
DEL ARTÍCULO 2235 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO:
LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR DAÑOS EXTRA CONTRACTUALES

El *Código Civil* ecuatoriano prescribe una solución que aparenta ser clara para el inicio de la contabilización del tiempo de la prescripción de la acción por daños extracontractuales. El artículo 2235 sostiene que: “[l]as acciones [...] por daño o dolo prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”¹. No cabe duda de que la intención de Andrés Bello era proporcionar seguridad jurídica al determinar un *dies a quo*² en la prescripción de la acción en la responsabilidad extracontractual. Asimismo, es indudable el grado de perfeccionamiento del código de Bello, pues como lo explica Claro Solar,

“por la belleza de su lenguaje, por la precisión y claridad de sus disposiciones, por la selección de los principios que convenían a nuestra sociabilidad en las diversas materias, por la armonía y correspondencia de sus partes, pocos Códigos modernos se le asemejan y podemos afirmar que ninguno le supera”³.

Sin perjuicio de esto, en palabras de Moisset de Espanés,

“[e]l campo de la responsabilidad civil tiene tal riqueza de contenido [...] que, pese a los numerosos estudios que se le dedican, continú[a] generando nuevas cuestiones, o exigiendo a la doctrina el esfuerzo de considerar aspectos que antes no había sido necesario analizar”⁴.

Un claro ejemplo es el *dies a quo* de la prescripción de la acción por daños extracontractuales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La interpretación fundacional o clásica que se le ha dado a este artículo concibe que la prescripción correrá desde la verificación del hecho ilícito en todos los casos, sin distinciones, ya que se ha entendido que en ese momento se ha perpetrado el acto⁵. En este sentido, a pesar de que, en la actualidad, la interpretación que se le da a la norma aún puede surtir efectos, deja por fuera supuestos en los que la manifestación de la afectación ocurre de diferente forma. En un daño instantáneo o consumado tras el hecho que lo causó, no habría problema, ya que la prescripción iniciaría desde el cometimiento del hecho porque en ese momento se verificarían todos los elementos necesarios de la responsabilidad civil extracontractual. No obstante, existen casos en los que

¹ Artículo 2235. *Código Civil*, de 2019.

² DICCIONARIO DEL ESPAÑOL JURÍDICO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2020), “*dies a quo*” (explicando el término latino que significa “día inicial del cómputo de”).

³ CLARO SOLAR (1978), p. 21.

⁴ MOISSET DE ESPANÉS (1990), p. 1.

⁵ ALESSANDRI (2015); FERRADA (2012); TAPIA (2016); y, VERGARA (2004) o VERGARA (2011).

no se puede apreciar de manera inmediata después del hecho generador todos estos elementos, lo que provoca que la víctima no conozca que sufrió un daño o que lo siga sufriendo.

En estos escenarios, la aplicación de la misma regla devendría en una vulneración del derecho de la víctima a ser indemnizada a causa de la institución de la prescripción, debido a la forma en la que estos menoscabos se manifiestan. Esta situación genera una violación al principio general de indemnización frente a todo daño⁶, que encuentra asidero en el artículo 2214 del *Código Civil*, que manda que “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización [...]”⁷, o el artículo 2229 del mismo cuerpo normativo que prescribe que “[p]or regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”⁸. En síntesis, la víctima se encontraría sin protección; efecto totalmente contrario al propósito del derecho de daños.

Este es el caso, por ejemplo, de un procedimiento quirúrgico en el que uno de los doctores olvida una gasa dentro de su paciente y la manifestación de la afectación ocurre seis años después. La aplicación de la regla, según la interpretación fundacional, haría que la acción se encuentre prescrita a partir del cuarto año sin importar en qué momento se manifieste el perjuicio. La misma situación ocurre, con una afectación que se prolonga durante cinco años, si se contabiliza la prescripción desde el inicio del menoscabo, a partir del cuarto año la acción por daños estaría prescrita. Este criterio no toma en cuenta si existía la posibilidad de demandar o la forma en la que el menoscabo se estaba manifestando. Con esto en mente, se puede afirmar que computar la prescripción desde el cometimiento del hecho ilícito no es la solución correcta en ninguno de estos casos, por lo que es necesario buscar una respuesta que evite una aplicación ciega de la norma y fuera de los objetivos de la prescripción.

Para cumplir esta meta, es preciso establecer y aclarar ciertas confusiones que se presentan en el derecho ecuatoriano, por lo que es esencial cimentar las bases de la responsabilidad civil extracontractual, en particular, lo referente al elemento del daño y sus distintas tipologías de consumación en el tiempo, que no han sido desarrolladas o su concepción ha sido nula en este régimen jurídico. Incluso, analizar esto ayudará a entender su presencia necesaria, ya que la interpretación fundacional olvida que la existencia de este elemento es fundamental para poder hablar de una acción de responsabilidad civil. Entonces, la idea es definir, mediante una aproximación conceptual, por qué la existencia del daño es un pilar fundamental dentro de la responsabilidad civil, así como conocer cuándo este es resarcible. Esto permitirá demostrar que la manifestación de la afectación, en cualquier caso, es necesaria y de esta dependerá la forma en la que se aplique la regla del artículo 2235 del

Código Civil respecto de la prescripción. Hay que tener presente que, “[l]as normas de los códigos son pulmones que le permiten al código respirar, abrirse, adecuarse a la realidad que trata de regular”⁹.

Entonces, queda claro que en el sistema jurídico ecuatoriano no existe una solución establecida para el cómputo efectivo de la prescripción en la acción dentro de la responsabilidad extracontractual, por lo que, a través de la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado se buscará esclarecer esta problemática. Con este objetivo, este trabajo se encargará de analizar la importancia del daño como un presupuesto de responsabilidad civil [*infra* II]. Esto llevará a verificar las distintas clases de afectaciones según su consumación en el tiempo [*infra* III]. Y finalmente, hablar de la prescripción y su íntima relación con las distintas tipologías de daño [*infra* IV].

II. EL DAÑO COMO PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Se ha establecido como idea fundamental que existen cuatro elementos materiales para que pueda existir responsabilidad civil¹⁰. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana determinó que se requiere:

- “a) [Q]ue el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) [Q]ue haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; c) [Q]ue exista daño patrimonial o moral; y, d) [Q]ue medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño”¹¹.

Esta sección se enfocará en el elemento del daño y su importancia dentro de la responsabilidad civil, toda vez que el análisis conduce a una delimitación de las clases de perjuicios y la forma de correlacionarse con la prescripción [*infra* IV]. Por lo tanto, se realizará una descripción de este elemento como una condición y el objeto de reparación del derecho de daños [1]. Asimismo, se delimitará su definición como elemento de responsabilidad civil [2]. Y, se detallarán los elementos necesarios para que este pueda configurarse [3].

1. El Daño como condición inexorable y objeto de reparación en la responsabilidad civil

La consciencia básica de “la obligación de reparar el daño causado en la persona o bienes de otro es tan antigua como el hombre mismo”¹². Sin embargo,

⁶ ABELIUK (2008), pp. 169-171.

⁷ Artículo 2214. *Código Civil*, de 2019.

⁸ Artículo 2229. *Código Civil*, de 2019.

⁹ BUSNELLI (1984), p. 50 (traducción no oficial).

¹⁰ CORRAL (2003), pp. 105-217.

¹¹ V. con Colegio de Médicos de Imbabura (2003).

¹² VELÁSQUEZ POSADA (2016), p. 189.

esta idea ha ido cambiando según la época en que se le analiza. El punto de partida que se conoce es la etapa de la venganza regulada, reflejada en el Código de Hammurabi y su ley del Talión¹³. Como dice Ihering,

“la injusticia es apreciada no según su causa, sino según su efecto; no según las circunstancias relativas a la persona del actor, sino desde el ángulo de la víctima. La piedra lo ha golpeado, él siente dolor, y el dolor lo empuja a la venganza”¹⁴.

Con el pasar del tiempo, este concepto fue reemplazado por un sistema reglado de reparación; no obstante, la esencia sigue intacta. El principal objetivo es buscar cómo solventar la afeción causada, con lo cual se demuestra su relevancia en la responsabilidad civil.

Por esta razón, cabe destacar a este elemento como un presupuesto indispensable en la responsabilidad aquiliana. Como sostiene Alessandri, no basta la acción u omisión ilícita con culpa o dolo, sino que es necesario el resultado dañoso¹⁵. El resarcimiento solicitado sería denegado al no verificarse este presupuesto material. Se puede afirmar que el daño es el fundamento, así como el *prius* de la responsabilidad civil extracontractual¹⁶. Por lo tanto, metafóricamente, se dice que en la génesis de la responsabilidad civil está el daño¹⁷.

Por ejemplo, si una persona que se encuentra en estado de ebriedad conduce su vehículo en contra vía al tránsito permitido, no existirá responsabilidad civil hasta que se verifique la existencia de un detrimento, sea reflejado en un choque automovilístico, la afectación de la propiedad privada, las lesiones de los pasajeros o las afectaciones a un bien de uso público. Esta ilustración, no sólo permite aclarar que, a pesar de existir una acción ilícita culposa, no existe responsabilidad civil si no existe un daño. También, permite dejar claro que la responsabilidad penal es distinta a la responsabilidad civil¹⁸, puesto que si bien este hecho está sujeto al juicio de valor en el ámbito penal y las leyes de tránsito que se hayan vulnerado, es claro que la pena que se imponga no será por el ilícito culposos civil, sino por la tipificación correspondiente del *Código Orgánico Integral Penal*¹⁹. Criterio similar manifestó la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana en C. con Constructora S.²⁰ cuando afirmó que la responsabilidad derivada de un delito o cuasidelito genera una acción que es “autónoma, independiente de otra acción [...] penal”.

¹³ VELÁSQUEZ POSADA (2016), p. 189.

¹⁴ VON IHERING (1880), p. 10 (traducción no oficial).

¹⁵ ALESSANDRI (2015), pp. 151-153.

¹⁶ DE LORENZO (1996), p. 12.

¹⁷ BARROS (2006), pp. 215-216.

¹⁸ CORONEL & CHIRIBOGA (2019), pp. 36-40, explicando la confusión entre la responsabilidad penal y civil en el antiguo derecho ecuatoriano por el derogado artículo 41 del *Código de Procedimiento Penal*.

¹⁹ Artículos 385 y 390 numeral 3. *Código Orgánico Integral Penal*, de 2019.

²⁰ C. con Constructora S. (1983).

El principal objetivo del derecho de daños es la función indemnizatoria que trae consigo, que siempre estará encaminada a buscar que todos los perjuicios sean reparados²¹. Esto va de la mano con lo que Barros determina como “el objeto del juicio de responsabilidad”²². En estricto sentido, la finalidad es la reparación del daño sufrido que se busca conseguir en el juicio de responsabilidad civil.

En definitiva, queda claro que, la existencia de las afectaciones es connatural al ser humano, por ende, siempre se ha buscado la forma de repararlos. Asimismo, se conoce que el daño es una condición inexorable para la existencia de responsabilidad civil, además de ser su reparación o compensación, según sea el caso, la pretensión dentro del juicio de responsabilidad extracontractual. En esencia, este elemento es el inicio y fin del derecho de daños.

2. La definición jurídica de daño

Durante los últimos años, la concepción del término daño ha ido evolucionando. En un principio, existía la distinción entre este y el perjuicio donde el primero era una referencia directa a la consecuencia de las cosas por un hecho ilícito, mientras que el segundo estaba enfocado a aquella afectación que sufría la persona por el detrimento de la cosa. Esta diferenciación era una aplicación evidente de la *Lex Aquilia*²³. De la misma manera, existen otras concepciones que entienden al mismo término como un sinónimo de daño emergente, mientras que el perjuicio sería una referencia al lucro cesante; ambos, tipos de perjuicio patrimonial²⁴. En la actualidad no existe una distinción, ya que se los puede considerar como sinónimos. Inclusive, el *Código Civil* en varios artículos utiliza los términos indistintamente²⁵.

Si se afirma que la existencia del daño, perjuicio o afectación es connatural al ser humano, es menester determinar cuándo este puede ser resarcible. Para ello, se recurre al uso del derecho. La jurisprudencia ecuatoriana ha sido enfática en afirmar que “el daño fáctico es distinto al daño jurídico”²⁶. Entonces, será indemnizable todo daño jurídico, es decir aquel que le importa al ordenamiento²⁷. Sin perjuicio de esto, han existido varias posturas que explican cuándo se habla de un perjuicio juridizado. Por ejemplo, hay quienes sostienen que éste tiene que recaer sobre un derecho real o personal para que sea resarcible (concepción restrictiva)²⁸.

²¹ DIEZ-PICAZO (2005), p. 28.

²² BARROS (2006), p. 216.

²³ MAZEAUD *et al.* (1961), pp. 292-295.

²⁴ Comité D. T. viuda de C. con Petroecuador (2002).

²⁵ Artículos 145, 1502 y 1950. *Código Civil*, de 2019, explicando la utilización de los términos daño y perjuicio como sinónimos.

²⁶ Comité D. T. viuda de C. con Petroecuador (2002).

²⁷ CORRAL (2003), pp. 137-138.

²⁸ TAMAYO (2007), pp. 310-315.

Por el contrario, existe una tesis que fundamenta que el menoscabo debe recaer sólo sobre un interés que la persona percibía o iba a percibir, siendo este suficiente para que pueda entenderse como una afectación jurídica²⁹. Según de Cupis, el concepto de interés deriva del concepto de bien, siendo todo lo que pueda satisfacer una necesidad humana³⁰. Actualmente, se puede afirmar que la concepción de daño genera un espectro sumamente amplio³¹. De esta manera,

“daño no es ya, en la conciencia social, ni en la praxis jurisprudencial, ni en las propias intervenciones legislativas, un simple detrimento del patrimonio de la víctima del ilícito: daño es la lesión de un interés protegido y se agota en esto”³².

Es decir, que exista una desmejora en una situación que la víctima tenía previo a la afectación.

La RAE define al daño como aquel “detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”³³. De forma mayoritaria, la doctrina ha acogido esta concepción para explicar en qué consiste el elemento del daño. No obstante, el principal punto de debate es el ámbito en el que puede existir un detrimento o menoscabo. Con anterioridad, se explicó que la concepción actual del daño se sujeta a una definición amplia, por lo que no sólo se habla de afectación al patrimonio de las personas, sino una esfera más allá que carece de una determinación pecuniaria³⁴. En este sentido, Henao afirma que “[e]l daño es un hecho: es toda forma de afrenta a la integridad de una cosa, una persona, de una actividad, o de una situación”³⁵. Esta definición estaría acorde al *Código Civil* ecuatoriano, toda vez que en su articulado admite la indemnización por daños extrapatrimoniales³⁶. Por lo tanto, se puede acoger la definición de Tamayo, cuando sostiene que “el daño es todo menoscabo que sufre una persona a un derecho subjetivo o aptitud de disfrute a un bien que puede ser patrimonial o extrapatrimonial”³⁷.

Una vez establecida una definición jurídica del elemento, hay que precisar sus límites. Esto implica diferenciar aquellas turbaciones que pueden ser soportadas por las personas por el hecho de vivir en sociedad, frente a los daños jurídicos que serán susceptibles de reparación³⁸. Es decir, conocer cuándo se puede endosar un infortunio a otra persona distinta a quien lo recibió. Se trata de una cuestión importante de aclarar, ya que el desarrollo jurisprudencial ecuatoriano no considera la importancia de identificar y co-

roborar la existencia de un daño que le interesa al ordenamiento para que sea resarcible. En este sentido, daño jurídico indemnizable será aquel que cumpla con los elementos que se desarrollarán a continuación.

3. Elementos del daño resarcible

Cuando el daño jurídico entra en juego, lo más importante es la característica de ser indemnizable³⁹. Para Bustamante Alsina deben converger cuatro elementos para que el daño pueda ser resarcible, estos son que: “[e]l daño debe ser cierto, subsistente, personal del reclamante y afectar a un interés legítimo del damnificado”⁴⁰. En realidad, la característica de daño personal del reclamante no se puede considerar como un requisito ontológico de este elemento. Esta discusión sería un problema procesal de legitimación en la causa⁴¹, o de legitimación en el proceso. De esta manera, se necesita el cumplimiento de tres únicos elementos.

El primer requisito es la *certidumbre*. En palabras de Alessandri “el daño debe ser cierto, es decir, real, efectivo, tanto que, a no mediar él, la víctima se habría hallado en mejor situación”⁴². Se puede afirmar que considerar algo como verdadero o real implicará, indudablemente, su certidumbre, y es trabajo del juez llegar a esa conclusión⁴³. Esto implica que el daño haya sucedido o sea probable que ocurra, evitando así caer en un supuesto hipotético⁴⁴. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha manifestado que:

“[l]a premisa básica consiste en la reparación del daño causado, solo el daño y nada más que el daño, con tal que sea cierto en su existencia ontológica”⁴⁵,

precepto que además de confirmar el requisito, establece que la obligación de resarcir e indemnizar será solo en el valor dañado para evitar el enriquecimiento sin causa.

El segundo requisito es que el menoscabo *afecte a un interés legítimo o lícito de la víctima*. Este elemento tiene una relación estrecha con la evolución de los bienes jurídicamente tutelados explicados con anterioridad [*supra* 2]. En estricto sentido, el daño ya no protegería únicamente a los derechos reales y personales de las personas, sino a intereses de manera general. Una vez determinado el campo en el que debe existir la afectación, es preciso determinar su legitimidad o licitud. Tamayo sostiene que se hablará de afectación

²⁹ ALESSANDRI (2015), pp. 153-156.

³⁰ DE CUPIS (1975), p. 111.

³¹ ESCUDERO (2019), pp. 4-7.

³² ALPA (2006), p. 773.

³³ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020), “daño”.

³⁴ WEINGARTEN (2005), p. 157.

³⁵ HENAO (1998), p. 76.

³⁶ Artículo 2232. *Código Civil* de 2019.

³⁷ TAMAYO (2007), pp. 326-334.

³⁸ BARROS (2006), pp. 219-222.

³⁹ VELÁSQUEZ POSADA (2016), pp. 269-271.

⁴⁰ BUSTAMANTE ALSINA (1998), p. 170.

⁴¹ VELÁSQUEZ POSADA (2016), pp. 273-275.

⁴² ALESSANDRI (2015), p. 156.

⁴³ VELÁSQUEZ POSADA (2016), pp. 270-273.

⁴⁴ ZANNONI (2005), pp. 233-236.

⁴⁵ Caso n.º 17042-3103-001-2005-00103-01 (2010).

legítima o lícita a cualquier menoscabo que sufra una persona en contra de un interés o bien tutelado que no se encuentre prohibido por la ley⁴⁶. En conclusión, este elemento se verificará cuando exista una afectación a un derecho o interés de la víctima que esté amparado en el ordenamiento, y que no esté prohibido por la ley.

El tercer requisito es la *subsistencia del daño*. Este elemento busca que la afectación se mantenga al momento de su reclamo, que no haya sido indemnizado con anterioridad⁴⁷. Al respecto, los Mazeaud afirman que es “una perogrullada”⁴⁸, toda vez que si ha sido resarcido, la obligación se ha cumplido y por ende se encuentra extinguida. No obstante, pueden existir hipótesis en las que esta exigencia deba verificarse. Por ejemplo, en el caso en el que el daño haya ocurrido efectivamente, pero al momento del reclamo el hecho haya parado, la subsistencia se manifestará por la falta de reparación⁴⁹. Asimismo, se puede hablar de un daño resarcido de forma aparente, es decir, no reparado en su totalidad; situación que expondrá la subsistencia de dicho menoscabo y cumplimiento de este requisito.

Se desprende de esta sección que el elemento material del daño es de suma importancia dentro de la responsabilidad civil, al ser una condición inexorable y su reparación el objeto pretendido en la responsabilidad aquiliana [*supra* II.1]. También, se ha llegado a la conclusión que el daño jurídico es aquel que el ordenamiento propende su reparación y se lo puede definir como toda afectación, menoscabo o detrimento que puede sufrir la persona tanto en sus bienes como en su persona, siempre y cuando se hable de intereses o bienes tutelados por el ordenamiento [*supra* II.2]. Finalmente, se estableció que los límites a esta definición amplia de daño son los requisitos que ha establecido la doctrina en tres categorías, y es:

- 1) que sea cierto;
- 2) que la afectación recaiga en un interés legítimo o lícito; y,
- 3) que el daño sea subsistente al momento de su reclamación [*supra* II.3].

Dicho esto, a continuación es importante ahondar en las posibles formas en las que los menoscabos se manifiestan en el tiempo, categorías que influirán en el análisis del artículo 2235 del *Código Civil*.

III. LA CLASIFICACIÓN DEL DAÑO SEGÚN SU CONSUMACIÓN EN EL TIEMPO

En el derecho ecuatoriano esta clasificación no ha sido profundizada. Esto conlleva el uso de fuentes externas para delimitar y establecer ciertas diferen-

cias que resultan importantes para el objeto de este trabajo. El análisis de esta categoría siempre va dirigida a responder temas del *quantum* indemnizatorio o el *a dies a quo* de la prescripción⁵⁰. Por lo tanto, se establecerán los diferentes tipos de daño según su tiempo de consumación o duración en el tiempo⁵¹.

Esta clasificación muestra que las afectaciones pueden presentarse de distintas formas. En primer lugar, se explicará la categoría simple y sin inconvenientes. Es decir el consumado o instantáneo, donde se buscará aclarar la categoría de daño permanente, siendo una subcategoría de este. Es importante desmitificar la categoría de ese perjuicio, ya que puede causar confusión cuando se la asimila a un daño continuado, conclusión incorrecta e inaceptable [1]. Asimismo, se analizará el daño continuado o sucesivo, donde se especificará que es aquel que su hecho generador y su efecto se prolonga en el tiempo [2]; de la misma manera se explicará la clasificación del daño oculto, tardío o sobrevenido [3]; y, para finalizar, se estudiará el daño contingente y sus características [4].

1. El daño consumado o instantáneo. La desmitificación del perjuicio permanente

La afectación que se manifiesta en su totalidad tras el hecho que lo causó es denominado consumado o instantáneo. Éste se “materializa instantáneamente, y su dimensión queda fijada definitivamente”⁵². Por ejemplo, cuando se habla de un choque automovilístico en el que se destruye un objeto no fructífero, el menoscabo sufrido puede determinarse con bastante precisión. Sin duda, es la hipótesis que no presenta dificultades al momento de contabilizar el tiempo de prescripción, ya que todos los elementos necesarios para que exista responsabilidad civil convergen en un mismo momento fáctico y jurídico.

Dentro de esta misma categoría existe el perjuicio duradero o permanente. Este tipo de menoscabo “se define como el provocado por un acto aislado, que extiende sus efectos en el tiempo”⁵³. En esta categoría, la característica fundamental que se puede observar es la prolongación de la afectación o menoscabo hacia el futuro. Esto llevaría a inferir que un perjuicio que se prolongue en el tiempo tiene la denominación de continuado, aunque esto no es así. Para Moisset de Espanés, existen dos tipos de daños sucesivos, aquellos que involucran hechos generadores continuados e instantáneos⁵⁴. Sin embargo, se discrepa de esta concepción, ya que es preciso distinguir entre los daños permanentes o duraderos y aquellos a los que se denomina como daños efectivamente continuados que se analizarán más adelante⁵⁵. No

⁵⁰ ARMADÁ (2015), p. 29.

⁵¹ ROCA y NAVARRO (2016), p. 207.

⁵² MOISSET DE ESPANÉS (1990), pp. 1-5.

⁵³ CAVANILLAS (2013), p. 13323.

⁵⁴ MOISSET DE ESPANÉS (1990), pp. 5-10.

⁵⁵ Causa n.º 1580/2014 (2016).

⁴⁶ TAMAYO (2007), pp. 326-334

⁴⁷ ZANNONI (2005), pp. 43-46.

⁴⁸ MAZEAUD *et al.* (1961), p. 385.

⁴⁹ BUSTAMANTE ALSINA (1998), pp. 169-174.

obstante, su diferencia estructural puede evidenciarse después de un análisis del hecho generador y el efecto.

Como se observa, en una afectación permanente o duradera el hecho se produce en un momento determinado, y el efecto dañoso, que se consume al instante, es el que persiste a lo largo del tiempo. Por lo tanto, el acto generador y el daño se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo.

Como se explicó, la figura del menoscabo instantáneo o consumado es la figura que no presenta mayor problemática en el análisis de la responsabilidad, y en el caso de los perjuicios permanentes el criterio es el mismo. Por ello, se sostiene que el daño duradero o permanente es una forma en la que el consumado se puede expresar.

Por ejemplo, cuando una persona, como consecuencia de un hecho antijurídico, queda parapléjica o pierde una extremidad se deduce que es un daño instantáneo permanente. El hecho generador se produjo en un momento determinado, sin perjuicio que la afectación se prolongue de forma indefinida en el tiempo. Esta precisión ha sido acogida por el Tribunal Supremo de España, que incluso afirma que, existe “la posibilidad, [...] de agravarse [los daños] por factores ya ajenos a la acción u omisión del demandado”⁵⁶.

Una vez explicada la categoría de daño consumado y permanente como una subcategoría de esta tipología, es preciso ahondar en los tipos que presentan mayor problemática el momento de aplicar la regla del artículo 2235 del *Código Civil*.

2. El daño continuado o de producción sucesiva

El daño efectivamente continuado o de producción sucesiva es la afectación que se caracteriza por la presencia de un hecho generador que se prolonga en el tiempo, calificándose como continuado gracias al modo en que se generan las afectaciones⁵⁷. La sala segunda de la Cámara de Apelaciones en lo civil y comercial de Mar de la Plata, en T. y otros con S., sostuvo que:

“[e]l daño es continuado cuando la causa generadora y removible actúa en forma constante, sin interrupciones, renovando permanentemente el perjuicio a los intereses de la víctima”⁵⁸.

Si se toma en cuenta el mismo análisis de hecho generador y efecto dañoso, se entiende por qué puede ser catalogado como continuado, debido a que

“[s]on aquellos en los que la causa que origina el daño se mantiene ininterrumpidamente [hecho generador]; y por lo tanto sigue generando daños [efecto dañoso]”⁵⁹.

En otras palabras, son aquellos que renuevan su causa de manera continua. Para Reglero, la inexistencia de paralización en la causa es de suma importancia, dado que

“es necesario que el perjudicado los esté efectivamente sufriendo, pues no puede considerarse que hay actividad dañosa continuada cuando aun prolongándose en el tiempo, el que resultaba perjudicado por ella dejó de serlo en un momento determinado”⁶⁰.

A criterio propio, lo esencial de un daño continuado es la posibilidad que existe de que la manifestación del mismo se suspenda o sea removible. Es decir, la existencia de un criterio de reversibilidad del hecho tras la suspensión o eliminación del gen antijurídico. En esencia, es la característica primordial que lo diferencia de una afectación permanente.

De manera ilustrativa, un daño continuado ocurre en el caso en el que una persona esté sometida a tratos denigrantes contra su voluntad y su alimentación consista en lo necesario para que no muera por dos años. Al terminar este tiempo, esta persona sufrirá grandes menoscabos en su sistema digestivo. Es claro que la causa dañosa se prolongaba conforme la persona se encontraba bajo los tratos denigrantes. En síntesis, lo que importa en un daño continuado es que el hecho generador se renueve de forma constante y sin interrupciones, pero con la posibilidad de que sea reversible.

En Ecuador, la jurisprudencia es escasa, por lo que no ha existido análisis de la figura, a pesar de que han existido argumentos alineados a esta categoría. El primer ejemplo dentro de esta categoría se presentó en C. con Banco Pichincha. En este caso, el expresidente R.C. demandó por daño moral a un banco ecuatoriano por incluirlo en un registro de morosos y en una central de riesgos crediticios, a pesar de no haberse demostrado la existencia de una deuda. Al respecto, la Corte Nacional de Justicia, sin afirmar la existencia ni analizar la figura del daño continuado, de manera enfática afirmó que:

“[E]n las obligaciones que nacen de actos o hechos sucesivos o periódicos, la prescripción se cuenta siguiendo la regla general, pero tomando como referencia cada acto. El acto ilícito en este caso se originó en la información periódica que el Banco proporcionaba a la Central de Riesgos (énfasis añadido)”⁶¹.

⁵⁶ Causa n.º 28/2014 (2014).

⁵⁷ MARÍN LÓPEZ (2014), pp. 5-7.

⁵⁸ Tomietto y otros con Salvador (2019).

⁵⁹ Causa n.º 1255/2008 (2007).

⁶⁰ REGLERO (2008), p. 1249.

⁶¹ C. con Banco Pichincha (2012).

A pesar de que el caso fue bastante discutido por el monto de la indemnización y la inexistencia de análisis alguno del artículo 2235 de la prescripción de la acción por daños extracontractuales, el entendimiento de la Corte Nacional de Justicia respecto a la concepción de este tipo de actos fue el correcto. En la misma línea, el Tribunal Supremo español confirma esta afirmación, cuando menciona que:

“Los daños producidos por la inclusión indebida de datos personales en un fichero de solvencia patrimonial tienen naturaleza de daños continuados. Como hemos declarado en sentencias anteriores, la causa que origina la intromisión en el derecho al honor (la imputación de ser moroso) persiste durante el tiempo en su eficacia potencialmente lesiva del honor ajeno hasta que no se cancela o se produce la baja del demandante en los citados registros”⁶².

Otro ejemplo de la jurisprudencia ecuatoriana en el que se evidencia un daño continuado se advierte en S. con la Corporación Financiera Nacional y otro. Por una deuda adquirida por la CFN en el año 1998, se siguió un proceso coactivo al actor en el año 2003 y como medida cautelar se ordenó el embargo de su “Hacienda la Ruidosa”, que se dedicaba a la producción, cosecha y venta de fruta. De los autos, se conoce que el demandante llegó a un acuerdo con la CFN para el pago de la obligación en el mismo año, y a pesar de esto se negaron a entregar el inmueble, aprovechando la producción hasta el año 2008. Inclusive, se probó que la propiedad fue destruida por el mal manejo del equipamiento y la tierra, generando que se convierta en un lote baldío.

En este caso, se demuestra que la retención indebida, igual que el mal manejo durante el tiempo del bien, generan un daño continuado. La Corte Provincial del Guayas, ratificó la sentencia de primer nivel señalando que los “hechos que originan las acciones incoadas no han cesado y más bien continúan vigentes”⁶³.

Así, se ha dejado claro que la categoría de daño permanente o duradero no es igual a la del continuado. El primero de ellos es una afectación consumada o instantánea que tiene efectos prolongados en el tiempo, mientras que el segundo involucra un hecho generador y un efecto continuo o sucesivo con un criterio de reversibilidad. Se ha establecido que en un menoscabo continuado es importante que no exista una interrupción de la causa en el tiempo, porque siempre debe existir el acto generador día a día. Entonces, se puede afirmar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha conocido casos de daño continuado, a pesar de no haber delimitado y analizado esta categoría.

⁶² Causa n.º 2509/2011 (2014).

⁶³ S. con CFN (2011).

3. El daño oculto, tardío o sobrevenido

En la clasificación de daños según su consumación en el tiempo cada categoría tiene su propia realidad. Por ello, existen características y dificultades propias cuando la afectación es oculta o tardía. Esta sección, para comprender y cimentar las bases del conocimiento, se fundamenta de doctrina y jurisprudencia comparada en donde se ha reconocido la figura, ya que, como se verá más adelante, el desarrollo del tema ha sido desaprovechado en Ecuador.

Algunos autores sostienen que este tipo de prejuicios son “aquellos que, guardando relación de causa a efecto, con el evento dañoso primitivo, se manifiestan con posterioridad” a su resolución y sin tomarlos en cuenta⁶⁴. Sin embargo, esta concepción es bastante restringida, dado que pueden existir dos formas en las que se exteriorizan⁶⁵. Por una parte, aquellos que se manifiestan después de transcurrido un cierto tiempo desde el acaecimiento del evento dañoso⁶⁶ y, por otra, los que aparecen con posterioridad a la manifestación de un efecto dañoso primigenio⁶⁷.

Este criterio ha sido acogido por el Tribunal Supremo español en R. con Zurich S.A. en el que el tribunal afirmó que este tipo de daños abarca nuevas afectaciones que aparecen con posterioridad a la producción de una manifestación inicial, en los que no importa si ha sido indemnizada o transada la afectación primaria, con lo cual la cosa juzgada no afectaría a la manifestación de daños posteriores, al ser considerados como ocultos o diferidos⁶⁸.

El análisis de estas categorías es precario en Ecuador, pero han existido casos en los que se evidencian al menos indicios de que ha habido daños ocultos o tardíos. El caso C. y B. con Conclina⁶⁹ es uno de ellos. Este caso versó sobre una supuesta negligencia dentro del Hospital Metropolitano de Quito, el día del nacimiento de una niña en 1978. Acorde a los hechos relatados en la demanda, en el año 2001, el padre de la niña obtuvo la nacionalidad americana, y para que sus hijos pudieran acceder a ella, la embajada ordenó exámenes de ADN. La prueba realizada en su hijo confirmó la paternidad, mientras que la prueba de su hija salió negativa. Tras la sorpresa, la madre decidió realizarse el mismo examen con un resultado igual. Por lo tanto, los padres dedujeron que su hija fue intercambiada con otra nacida viva en la institución hospitalaria 23 años atrás, y decidieron demandar una indemnización de daño moral por las afectaciones que esto les generó.

El Juzgado Quinto de lo Civil, que podría haber realizado un análisis del daño y su manifestación en el tiempo, no entró a analizar el fondo de la disputa, y, sin perjuicio del resultado final, perdió la oportunidad de actualizar

⁶⁴ YZQUIERDO TOLSADA (1993), p. 183.

⁶⁵ TORRALBA (2014), pp. 11-13.

⁶⁶ REGLERO CAMPOS (2008), pp. 1283-1285.

⁶⁷ CAVANILLAS (2013), pp. 13327-13331.

⁶⁸ Causa n.º 4331/200 (2007).

⁶⁹ C. y B. con Conclina C.A. (2004).

criterios jurisprudenciales de interpretación en instituciones como la prescripción. En su lugar, ésta sirvió como fundamento para negar el reclamo, toda vez que aceptó la excepción interpuesta por la demandada, al considerar que:

“[t]anto de la demanda cuanto de las pruebas presentadas por la parte actora se desprende que el hecho que da inicio al presente enjuiciamiento sucedió el 6 de mayo de 1.987, es decir hace más de cuatro años”⁷⁰.

Es evidente que este caso versó sobre una afectación que se evidencia varios años después del hecho generador. Por eso, de manera categórica se afirma que se trató de un daño oculto, por lo que el cómputo de la prescripción no debió contarse desde el hecho dañoso.

En el mismo sentido, se puede hablar de E. con L.⁷¹, proceso que versó sobre un error médico. El 14 de julio de 2001, nació un bebé que fue identificado por el departamento de neonatología con sexo “indeterminado”; un supuesto caso de pseudohermafroditismo. Por esta razón, de manera provisional, se le asignó el sexo masculino sobre la base de un ecosonograma. Para esclarecer de manera definitiva el sexo del recién nacido, se ordenó un examen de cariotipo cromosómico. El encargado de interpretar este examen fue el doctor L., recomendado por su experiencia en casos similares. La demandante sostuvo que el doctor leyó los resultados del examen de cariotipo, interpretando que el “Cariotipo Normal 46XX” correspondía al sexo masculino. Por lo tanto, se le practicaron 3 cirugías al recién nacido, en los años 2001, 2004 y 2009, para así determinar su sexo como masculino. El problema se presentó cuando el niño entró en la adolescencia, y en el año 2014, le brotaron senos con una aureola de mujer desarrollada y experimentó un ciclo menstrual por su pene. La parte actora alegó que el demandado interpretó de manera incorrecta el examen de cariotipo 14 años atrás, generando como consecuencia que el sexo determinado para el recién nacido fuese incorrecto, e inició un reclamo por daño moral.

El análisis que se encuentra en este caso es mucho más avanzado al anterior. En primera instancia el juez rechazó la demanda por haber operado la prescripción. Por el contrario, en apelación, la Corte Provincial de Pichincha determinó que:

“En esta clase de casos (daño moral), no se puede considerar para efectos de prescripción tiempos matemáticos fríos, como se lo ha hecho, al considerar la fecha de la última operación y contrastarlo con la fecha de la citación (20 de enero del 2015), para desde ahí argumentar una prescripción, pues la doctrina nos enseña que en estos casos debe contabilizarse a partir de la fecha en que estos efectos se evidencian como tales.”⁷².

⁷⁰ C. y B. con Conclina C.A. (2004).

⁷¹ E. con L. (2019).

⁷² E. con L. (2018).

Sin duda alguna, la Corte realizó una referencia a la figura de daños ocultos o tardíos, donde lo que importa es la fecha en la que se manifiestan las afectaciones. La decisión fue revisada por la Corte Nacional de Justicia, pero, esta no fue casada. El problema radica en que la Corte Nacional confundió los daños ocultos con los daños continuados cuando afirmó que:

“Este tribunal de casación considera pertinente establecer que, *en casos concretos como el presente, en el que, en secuencia de tiempos y acontecimientos se produce un daño continuado*, el plazo de prescripción establecido en el artículo 2235 del Código Civil debe contarse desde que se produjo el último de los hechos dañosos, plasmado en la manifestación material de los efectos de todos los diagnósticos e intervenciones médicas en la víctima y la repercusión de aquellos en su vida, efectos exteriorizados, en este caso, en agosto del año 2014” (énfasis añadido)⁷³.

Esta interpretación genera confusión, toda vez que los hechos del caso E. con L. indicaban una hipótesis de daño oculto o tardío. Por eso, es preciso diferenciar los daños ocultos de los continuados, sobre la base de los hechos antes mencionados. Por un lado, en el razonamiento expuesto por la Corte Provincial de Pichincha, se consideró que la afectación se manifestó mucho tiempo después del hecho generador del daño, es decir, los efectos dañosos se verificaron con posterioridad a la interpretación de examen de cariotipo cromosómico y las operaciones realizadas en el menor.

Por otro lado, la postura de la Corte Nacional de Justicia fue que la acción u omisión que generó la afectación se prolongó en el tiempo, es decir que la causa del daño renovaría sus efectos de manera constante hasta manifestarse en el año 2014. No obstante, este criterio no tiene asidero alguno, puesto que en el caso no se evidencia una renovación periódica de la causa del daño. En estricto sentido, el hecho generador del daño ocurrió varios años en el pasado y su manifestación se dio con posterioridad a este.

De esta manera, se ha dejado claro que el daño oculto, tardío o sobrevenido es aquel que evidencia una afectación después del hecho ilícito. Se entiende que existen dos formas en las que este puede manifestarse, la primera es tras una leve manifestación primigenia, y la segunda sin que verse afectación previa. Asimismo, se afirma que esta figura ha sido reconocida y acogida en el derecho comparado. Finalmente, se puede sostener que en Ecuador han existido casos de daño oculto en el que las cortes han desperdiciado la oportunidad de ahondar en esta figura o la han entendido de forma equivocada.

⁷³ E. con L. (2019).

4. El daño contingente

Si bien esta figura es tan antigua como el *Código Civil*, se ha decidido darle importancia dentro de esta clasificación por sus características peculiares, ya que no pertenece a ella. El daño contingente está recogido en el texto de los artículos 2236 y 2237 del *Código Civil*. Esta figura es una innovación jurídica para la época, que toma como inspiración el *Digesto* y las *Siete Partidas*⁷⁴. Se puede afirmar que el daño contingente se fundamenta en el adagio “más vale prevenir que lamentar”, toda vez que se busca evitar y cautelar los infortunios antes que resarcirlos. Por esto, de forma apropiada, Corral ha denominado a esta categoría como un sistema de responsabilidad preventiva, que busca anticiparse a la ocurrencia de un menoscabo⁷⁵.

Por lo mencionado, se entiende que en estricto sentido no se habla de un daño, ya que no se ha materializado una afectación. Al respecto, la RAE define a la palabra “contingente” como “algo que puede o no suceder”⁷⁶. Entonces, se deduce que se habla de situaciones en las que existe un riesgo o amenaza de que un daño real se produzca. Sin embargo, esto no implica su certeza⁷⁷. Esto, hace pensar si en realidad esta figura debe ser estudiada por el derecho de daños. En este sentido, se expondrá cómo la doctrina ha concebido al daño contingente, y una postura propia que pretende innovar este entendimiento.

Según el artículo 2236 del *Código Civil*, los elementos necesarios para que se configure el daño contingente son:

- 1) la amenaza de daño;
- 2) el nexo de causalidad;
- 3) un criterio de culpabilidad; y,
- 4) un legitimado activo característico⁷⁸.

El primer requisito de la amenaza se configura, como lo dice Diez Schwerter, al “existir indicios de [...] inminente daño, capaces de producir un justo motivo de temerlo”⁷⁹. El segundo, se evidencia si

“[l]a amenaza del daño [...] [tiene] como causa un comportamiento descuidado del demandado. Esta vinculación coincidirá normalmente con la relación de causalidad que existirá entre el daño que se producirá y la conducta negligente del responsable”⁸⁰.

⁷⁴ DIEZ SCHWERTER y DELGADO SCHNEIDER (2003), p. 144.

⁷⁵ CORRAL (2003), pp. 355-360.

⁷⁶ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020), “contingente”.

⁷⁷ ALESSANDRI (2015), pp. 159-160.

⁷⁸ Artículo 2236, *Código Civil*, de 2019: “Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.

⁷⁹ DIEZ SCHWERTER (2016a), p. 137.

⁸⁰ CORRAL (2003), p. 328.

El tercero es el elemento subjetivo intencional de la conducta, ya que el artículo analizado expresa la necesidad de “imprudencia o negligencia”, es decir, la culpa⁸¹. Sin embargo, se entiende que también aplica en la falta de diligencia con intencionalidad que sobrevenga el daño, es decir, el dolo⁸². Y, el cuarto se verifica cuando el daño sea temido por personas determinadas o indeterminadas. Lo característico de este requerimiento es el tipo de acción que se concede respecto de personas indeterminadas, ya que se les otorga una de carácter popular.

Respecto de las pretensiones, “mal podría pedirse y/o decretarse una reparación *in natura* o por equivalencia (sea o no dineraria) de un daño contingente”⁸³, debido a que el efecto dañoso no se ha verificado. Teniendo en cuenta que la ley no determina cuáles serían los remedios en este tipo de “daños”, podría afirmarse que siempre serán encaminadas a evitar que el suceso temido ocurra. Al respecto, las medidas a adoptarse “serán multiformes dependiendo de la naturaleza del daño y del modo en que está amenazando a la víctima”⁸⁴.

Asimismo, se deben tener en cuenta los incentivos que recaen en el artículo 2237 en el caso de acciones populares⁸⁵. El principal requisito para que operen estos es que la demanda “pareciere fundada”, pues de ser el caso, le corresponderá al actor una “indemnización de todas las costas de la acción y se le pagará lo que valga el tiempo y diligencia empleada en ella”, además de una remuneración específica si la ley contemplara una. Cabe preguntarse, qué pasaría en casos en los que la demanda pareciere fundada, pero es de acción personal. En ese caso, se le deberían indemnizar las costas de la acción, ya que el actor ha sufrido un empobrecimiento injustificado a causa del inminente daño.

Respecto a la prescripción de daños contingentes, la doctrina ha establecido una postura a partir de una concepción global del *Código Civil*. Se ha entendido que, al ser una figura en la que no se evidencia afectación alguna, no podría utilizarse, en su totalidad, el mandato del artículo 2235. En este sentido, el plazo de prescripción será el mismo (4 años). Sin embargo, su *dies a quo* no podrá ser “desde la perpetración del acto”, ya que por sus características no existiría ningún acto ni afectación. En este sentido, los comentaristas del *Código Civil* han utilizado figuras similares que contiene este cuerpo normativo que puedan dar un inicio a este plazo. Al respecto, se puede observar la disposición del inciso 2.º del artículo 992 respecto de

⁸¹ DIEZ SCHWERTER (2016a), p. 141.

⁸² CORRAL (2003), pp. 357-358.

⁸³ DIEZ SCHWERTER (2016a), p. 147.

⁸⁴ CORRAL (2003), p. 362.

⁸⁵ Artículo 2237, *Código Civil*, de 2019: “Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes parecieren fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados”.

las acciones posesorias, que prescribe que: “[l]as dirigidas a precaver el daño no prescriben mientras haya justo motivo de temerlo”⁸⁶. Este criterio ha sido propuesto, debido a que si la amenaza es latente, ese sería el momento en el que correrá el tiempo de prescripción del daño contingente⁸⁷.

No obstante, a partir de la lectura del artículo 2236 del *Código Civil*, el elemento más importante de este tipo de daño es la exigencia de una amenaza inminente con justo temor de sufrirlo⁸⁸. Con esta premisa, parece ser que los requisitos que prevé la norma son parecidos, por no decir idénticos a los de la justicia cautelar, que busca “prevenir los daños [...] que puedan derivarse de una situación anormal”, mediante un proceso autónomo⁸⁹. Estos requisitos son: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El primero de ellos se traduce como la apariencia de buen derecho, y es un “presupuesto esencial y suficiente”, según ciertos autores⁹⁰. En el caso planteado, éste se evidenciaría por la contravención al deber general de responsabilidad y cuidado que propende la máxima *neminem laedere*. Específicamente, se lo verificaría con la amenaza del daño. Respecto al segundo, el peligro por el retardo busca su fundamento en las características de urgencia, necesidad y alcance de la situación que se busca prever⁹¹. Este requisito se verificaría por la inminencia del daño y su alcance, en el que será mejor evitar una situación dañosa, que repararla.

Así las cosas el estudio de la prescripción pierde interés, dado que si en este tipo de daños, uno de los requisitos es la inminencia y justo temor de sufrir un daño, no tiene sentido hablar de cuánto tiempo se tiene y desde cuándo comienza su cómputo para reclamar un daño contingente en la vía judicial. Se cree que esta es la razón por la que el legislador no especificó una solución determinada para esta figura peculiar. En Ecuador,

“[l]a jurisprudencia nacional no muestra evidentemente referencia alguna a la acción por daño contingente, por lo que se puede afirmar su ninguna, o muy escasa aplicación práctica”⁹².

Así, se presumiría un desconocimiento “casi absoluto de esta sección”⁹³. Por ello, este apartado pretende iniciar con el análisis de esta figura aprovechando el tema planteado de la prescripción en la acción por daños extracontractuales.

⁸⁶ Artículo 992, *Código Civil*, de 2019.

⁸⁷ DIEZ SCHWERTER (2016a), p. 151 y CORRAL (2003), p. 362.

⁸⁸ Artículo 2236, *Código Civil*, de 2019: “Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.

⁸⁹ DEVIS ECHANDÍA (2017), pp. 147 y 181.

⁹⁰ CHINCHILLA (1993), p. 172.

⁹¹ CALAMDREI (1945), pp. 41-42.

⁹² A. y otros con Chevron Corporation (2012).

⁹³ DIEZ SCHWERTER (2016b), p. 276.

IV. LA PRESCRIPCIÓN Y SU RELACIÓN CON EL DE DERECHO DE DAÑOS

En el derecho las instituciones se relacionan, y una vez estudiado el elemento del daño y sus distintas categorías de consumación en el tiempo, resulta conveniente analizar el comienzo de la prescripción en estos tipos de daños. A partir de esta descripción, se expondrá el fundamento y los requisitos necesarios de la prescripción [iv.1]. Asimismo, se profundizará en las soluciones planteadas en el derecho comparado a estas distintas clases de daños [iv.2]. Y, se observará a la prescripción en el ordenamiento ecuatoriano, en el que se podrá notar que no existe un mecanismo con aceptación absoluta para contabilizar su *dies a quo*, de manera tal que es necesario el planteamiento de una solución al respecto mediante un correcto entendimiento del artículo 2235 del *Código Civil* [iv.3].

1. Fundamento y propósito de la prescripción extintiva o liberatoria

La prescripción aparece en el *Código Civil* con una doble dimensión: una positiva que permite adquirir las cosas que se han poseído por un determinado tiempo (*usucapión*); y, una negativa por la cual se pueden extinguir acciones y derechos como consecuencia de la falta de ejercicio del titular⁹⁴. Esta sección se enfocará en esta última, que se refleja en el artículo 2392 inciso 1º del *Código Civil* que afirma que:

“[p]rescripción es un modo [...] de extinguir las acciones y derechos ajenos [...] por no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo y concurriendo todos los demás requisitos legales”⁹⁵.

Para la doctrina, la prescripción es una institución de orden social que “constituye un medio de liberación, por el cual la obligación civil se transforma en natural, luego de cumplirse los plazos fijados por la ley”⁹⁶. En consecuencia, la extinción afecta solo a la acción, mas no al derecho⁹⁷. Con este orden de ideas, es preciso indicar cuál es el objetivo de una acción. Se puede sostener que, “todo derecho que al individuo se le reconoce u otorga, se encamina a la satisfacción de una necesidad suya”⁹⁸ y la acción busca el mismo propósito en el ámbito judicial⁹⁹. Por lo tanto, si la acción no es ejercida se entenderá que el derecho no es de interés y perderá su razón de ser.

⁹⁴ PARRAGUEZ (2016), pp. 357-359.

⁹⁵ Artículo 2392, *Código Civil*, de 2019.

⁹⁶ MOISSET DE ESPANÉS (1968), p. 1.

⁹⁷ BORDA (2008), pp. 3-4.

⁹⁸ OSPINA FERNÁNDEZ (2018), p. 466.

⁹⁹ DEVIS ECHANDÍA (2017), pp. 153-165.

Este efecto extintivo se fundamenta en dos enfoques. El primero, como una sanción a la inactividad prolongada por no exigir lo que por derecho corresponde, es decir un castigo a la negligencia del acreedor; mientras que el segundo es la seguridad jurídica que genera el no dilatar la incertidumbre del deudor y la sociedad¹⁰⁰. Para Planiol y Ripert estas consecuencias buscan respetar la equidad¹⁰¹. Por lo tanto, en el ámbito de la acción por daños extracontractuales, la prescripción se aplica cuando la víctima, de manera negligente, no impulsa un proceso para ser reparada. Como efecto, el ordenamiento sanciona su inactividad, negando la posibilidad de reclamar por la afectación generada.

Los requisitos para que opere la prescripción son:

- 1) la inacción del acreedor; y,
- 2) el transcurso del tiempo¹⁰².

Como se mencionó con anterioridad, el primer elemento se configura con el desinterés o con la existencia de negligencia del acreedor frente a la prestación debida. Al respecto, hay que tener en cuenta la etapa que Ospina denomina como ‘inactividad forzada del acreedor’, haciendo alusión a obligaciones sujetas a plazo o condición suspensiva en las que no corre la prescripción¹⁰³. La razón es porque las obligaciones, en ambos casos, no son ejecutables ni exigibles¹⁰⁴.

Esta situación es importante porque también puede ocurrir en la acción por daños extracontractuales. En estricto sentido, se pueden tener como ejemplo los daños continuados y los ocultos, en los que el acreedor se ve imposibilitado de iniciar su acción, sea porque desconoce la afectación o porque sigue produciendo sus efectos. Para este tipo de casos, la solución que se ha optado viene de la máxima romana *contra non valentem agere praescriptio non currit*, que significa que la prescripción no corre contra quien está imposibilitado para actuar¹⁰⁵. Este criterio es acogido por quienes sostienen que la prescripción corre “desde el día en que el acreedor hubiera podido demandar a su deudor”¹⁰⁶. Sin perjuicio de esto, la máxima romana es uno de los fundamentos de este trabajo, toda vez que se ha entendido que la interpretación clásica del artículo 2235 del *Código Civil* no la contempla, ya que éste propende una concepción limitada y restrictiva. Esta afirmación es incorrecta, porque como se verá más adelante, esta disposición, mediante una correcta interpretación, abarca todos los tipos de daños [*infra* IV.3].

El segundo requisito afirma que no sólo basta la inacción del acreedor, sino que se presume que el derecho ha sido abandonado o que la prestación

ha sido pagada¹⁰⁷. Con esta finalidad, la ley es la que se encarga de señalar el tiempo que debe transcurrir para que se pueda presumir el desinterés o la negligencia del acreedor o el cumplimiento de la obligación¹⁰⁸. Esto, guiado por el precepto de que el accionar del tiempo todo lo destruye¹⁰⁹. En el caso que compete, el artículo 2235 del *Código Civil* es claro al establecer los “cuatro años” como el tiempo necesario para que prescriba la acción. El problema aparece cuando se ha intentado entender la frase “desde la perpetración del acto” para iniciar el cómputo de la prescripción, bajo el entendido de que se habla del cometimiento del hecho ilícito, y es en ese momento cuando el agraviado toma conocimiento y puede reclamarlo. Sin embargo, esa postura no funciona de manera adecuada en casos de daño oculto y continuado.

En síntesis, la prescripción es relevante en el derecho de daños. Esta institución busca extinguir las acciones de los derechos que no han sido ejercidas, sea por negligencia o por desinterés del deudor en el transcurso del tiempo. Asimismo, tiene como fundamentos la seguridad jurídica del deudor y de la sociedad, y es una sanción a la inactividad del acreedor. Con esto en mente, en la responsabilidad extracontractual debe evidenciarse una inactividad por cuatro años para que opere la prescripción, sin dejar de lado que el *dies a quo* dependerá de cómo se entienda la frase “desde la perpetración del acto”.

2. El comienzo del plazo de prescripción de la acción de daños en el derecho comparado

En el derecho comparado existen distintos mecanismos para contabilizar el tiempo de prescripción en la acción por daños, varios de los cuales han sido reformados hace corto tiempo. En este sentido, se examinarán elementos normativos alejados de la tradición jurídica del *Código Civil*, como el derecho español y el derecho argentino, junto con ordenamientos con una tradición jurídica común a la ecuatoriana, como el derecho chileno y colombiano; sumando elementos recogidos del derecho alemán, así como del *common law* estadounidense. Por consiguiente, se encontrará un abanico de posibilidades respecto del inicio de la prescripción de la acción por daños que pueden servir de guía para la solución aplicable en el derecho ecuatoriano.

En la legislación española, existen dos formas en las que se ha determinado el *dies a quo* de la prescripción en la responsabilidad extracontractual. La primera que se evidencia es la regla general contenida en el artículo 1968 n.º 2 del código civil español. Este artículo establece que el conteo de la prescripción comenzará “desde que lo supo el agraviado”¹¹⁰. Esta solución se puede aplicar tanto para daños consumados (se incluyen daños permanentes),

¹⁰⁰ PARRAGUEZ (2000b), p. 172.

¹⁰¹ PLANIOL y RIPERT (2005), p. 265.

¹⁰² BORDA (2008), pp. 3-4.

¹⁰³ OSPINA (2018), pp. 468-469.

¹⁰⁴ PARRAGUEZ (2000a), pp. 168-170.

¹⁰⁵ COLIN y CAPITANT (1939), p. 350.

¹⁰⁶ POTHIER (2008), p. 229.

¹⁰⁷ OSPINA (2018), p. 469.

¹⁰⁸ MOISSET DE ESPANÉS (1987), p. 3.

¹⁰⁹ ALESSANDRI (1991), pp. 145-148.

¹¹⁰ Artículo 1968 numeral 2, *Código Civil* español, de 1889.

como para aquellos ocultos o sobrevenidos. Esta regla es desarrollada por considerar que cualquier otra vulneraría la seguridad jurídica que busca la prescripción¹¹¹.

La segunda forma deviene de la jurisprudencia española, que ha entendido que, por la forma en la que se manifiestan los daños, no existe una solución única. Por ejemplo, cuando se habla de daños continuados se ha determinado que el comienzo de la prescripción corre desde el momento en que se produce el resultado definitivo de la afectación¹¹². Esta solución está encaminada a conocer el monto total de la indemnización, es decir, cuando sea improbable la continuación, el agravamiento o la aparición de nuevos daños¹¹³.

Respecto del ordenamiento argentino, la regla ha sido recientemente modificada por la expedición del nuevo *Código Civil y Comercial de la Nación*. El artículo 2554 de este cuerpo normativo establece que “el transcurso del plazo de prescripción comenzará el día en que la prestación es exigible”¹¹⁴. Sin embargo, la ley no indica desde cuándo la prestación por daños es exigible. La Corte Suprema de Justicia argentina ha interpretado que el inicio de la prescripción es el momento en que la responsabilidad existe y por tanto la acción ha nacido¹¹⁵. En específico, cuando se ha producido el hecho ilícito; esto, sin perjuicio de las distintas categorías de daños¹¹⁶. En este sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de dicho país, estableciendo que la regla general del actual artículo 2254 no siempre se aplica, y de manera excepcional podrá determinarse un momento diferente dependiendo de la forma en la que se manifiesten los daños, hablando de daños ocultos o continuados en los que se computará desde que se manifieste el daño o la causa del daño desaparezca, respectivamente¹¹⁷.

Cuando se habla de derecho chileno, al utilizar el mismo *Código Civil* con ciertas variaciones, existe una conexión mucho más cercana que las antes mencionadas. El artículo de la prescripción de la acción por daños extracontractuales tiene el mismo texto que el artículo 2235 del *Código Civil*. Por lo tanto, el cómputo de la prescripción se cuenta “desde la perpetración del acto”¹¹⁸. Al respecto, existe la misma discusión que se plantea en el presente trabajo, ya que existen posiciones que defienden la postura clásica fundacional u objetiva, frente a una propuesta actual o subjetiva.

La interpretación fundacional se inspira en la posición de Alessandri, quien sostenía que

“la acción para obtener la reparación del daño causado por un delito o cuasidelito se extingue por prescripción de cuatro años contados desde la perpetración del acto, es decir desde el día en que se cometió el hecho doloso o culpable y no desde aquél en que se produjo el daño, si ésta y el hecho no son coetáneos”¹¹⁹.

En los últimos años, varios autores han abrazado esta postura¹²⁰, en especial, Ferrada quien, tras realizar un estudio de las normas y la jurisprudencia del ordenamiento chileno para encontrar el verdadero sentido del artículo respecto a su *dies a quo*, llegó a la conclusión que el artículo 2232 era sumamente claro y no aceptaba más interpretaciones que aquellas que cuenten el plazo de prescripción a partir del hecho ilícito¹²¹. Un claro ejemplo de esta posición es la acogida por la Corte Suprema cuando aplica el criterio fundacional del artículo, entendiendo que “la prescripción extintiva se inicia en la fecha exacta en que se consumó el hecho generador del daño, no antes ni después”¹²². Esta concepción es de evidente carácter conservador respecto de los alcances del artículo estudiado, porque a partir de ella el *Código Civil* no aceptaría otra interpretación ni necesitaría una modificación.

Sin embargo, no es la única posición que han abrazado la doctrina y jurisprudencia chilena, ya que han existido fallos y comentaristas del *Código Civil* que se alejan de esta concepción restrictiva, cuando la hipótesis cambia y no es tan fácil de resolver. Por ejemplo, Barros afirma que lo

“correcto es contar el plazo de prescripción desde que ocurra el daño, ya que desde ese instante surge el delito civil y el derecho a la reparación, como ha tendido a afirmar también la doctrina”¹²³.

La misma línea sigue Corral, al mencionar la problemática de los daños que tienen una prolongación en el tiempo y su dificultad de encontrar el inicio de la prescripción¹²⁴. Asimismo, cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que afirmó que en casos de daños con una serie encadenada de acciones la prescripción se cuenta “desde que termina el periodo de ejecución”¹²⁵. Respecto de daños ocultos, la Corte Suprema de dicho país afirmó que “para que nazca el derecho a pedir indemnización es necesario que se haya producido el daño, antes no hay derecho para demandar perjuicios”¹²⁶. Por eso, Domínguez sostiene que “debería entenderse así fijada definitivamente

¹¹¹ ARMADA (2015), pp. 51-55.

¹¹² Causa n.º 1580/2014 (2009).

¹¹³ Causa n.º 170/2005 (2009).

¹¹⁴ Artículo 2554, ley n.º 26.994 [*Código Civil* argentino], 2014.

¹¹⁵ S. M. E. S y Cía. S.C.A. con Provincia de Buenos Aires (2002); T. D con Estado Nacional (1999); y, Constructora Barcala con Banco Central de la República Argentina (1997).

¹¹⁶ MOISSET DE ESPANÉS (2004), p. 399.

¹¹⁷ G. R. con Río Negro (2010).

¹¹⁸ Artículo 2232, ley n.º 18525 [*Código Civil* chileno], de 1986.

¹¹⁹ ALESSANDRI (2015), p. 377.

¹²⁰ TAPIA (2016), p. 1941 y VERGARA (2004), pp. 55-66 o VERGARA (2011), pp 25-38.

¹²¹ FERRADA (2012), pp. 35-60.

¹²² E. con Fisco de Chile (2018).

¹²³ BARROS (2006), p. 924 y DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2020a), p. 378.

¹²⁴ CORRAL (2003), pp. 355-360.

¹²⁵ RDJ, t. LXXVIII, sec. 5ta (1981), citado por CORRAL (2003), p. 350.

¹²⁶ M. R. con Salud del Biobío (2020).

la doctrina jurisprudencial en cuanto del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria extracontractual”¹²⁷.

La tradición jurídica del derecho colombiano también acogió el Código de Bello. A pesar de esto, el texto del artículo de prescripción es distinto al del *Código Civil*¹²⁸, aunque está guiado por el mandato de contar la prescripción “desde la perpetración del acto”. Distinto al caso chileno, el ordenamiento colombiano optó por la promulgación de la ley n.º 472 de 1998 que en su artículo 47 adhirió a un mecanismo más para el cómputo de la prescripción por daños. Se trata de la fecha en que

- 1) se causó el daño; y,
- 2) cesó la acción vulnerable causante del mismo¹²⁹.

Al respecto la sala de casación de la Corte Suprema de Colombia ha definido para qué tipos de daños se aplica cada una de estas reglas. Cuando la afectación es oculta o es continuada se computará la prescripción a partir de la fecha en que se causó el daño, que se entiende en perjuicios ocultos a partir de la fecha en que se manifiesta y en continuados desde su total configuración, es decir, un daño “efectivamente producido o consolidado”. Por otro lado, en perjuicios inmediatos se computará el tiempo desde la fecha de acción causante¹³⁰ (desde el cometimiento del hecho ilícito).

Tomando en cuenta los recientes cambios que ha tenido el ordenamiento jurídico alemán es importante desarrollar cómo se ha entendido la prescripción para relaciones extracontractuales. Es evidente que el BGB alemán se ha inspirado en los principios de uniformidad y claridad del derecho privado europeo, que se han tomado de la Comisión Lando expresada en los *Principios Europeos de Derecho de los Contratos*¹³¹. Esta influencia, sin duda se ha plasmado en la referida legislación que ha optado por unificar los tiempos de prescripción tanto en relaciones legales, contractuales y extracontractuales¹³². A partir de esta lógica el ordenamiento alemán opta por un régimen subjetivo de prescripción unificado. Debe destacarse que el régimen de entendimiento siempre fue subjetivo previo a la reforma, por lo que se inspiraron en una concepción marcada que amplificó su ámbito de aplicación a las relaciones contractuales y legales. No obstante, en busca de esta regulación común, ambas legislaciones comparten un texto igual para la prescripción. Según el BGB alemán, se establece que

“el comienzo de la prescripción se inicia en el momento en que el acreedor tenga conocimiento de las circunstancias que pueden dar lugar al ejercicio de la pretensión y de la persona obligada a hacer frente a ella”¹³³.

Por lo tanto, el ordenamiento alemán siempre entendió la importancia del daño como un requisito para la existencia de responsabilidad civil, situación que debe influir siempre en el análisis de la prescripción por acción de daños.

Finalmente, en el *common law* estadounidense, el enfoque estricto no es una solución correcta. Esto lo ha entendido el derecho anglosajón desde inicios del siglo XX¹³⁴. La institución, que en el derecho continental se conoce como prescripción, en el *common law* son los *statutes of limitation*, la que también se aplica en las acciones por ilícitos civiles (*torts*)¹³⁵. En el *torts law* (derecho de daños del derecho común), la regla general para computar la prescripción es la fórmula “*when the cause of action arises*”, es decir, cuando surge la causa de la acción¹³⁶. Esta hace referencia a la forma de cómputo desde la verificación del acto causante del daño. Sin duda, la regla funcionó de manera correcta hasta que se evidenciaron casos de daños ocultos por negligencia médica o exposición a sustancias tóxicas¹³⁷. En 1949, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en *U. v. T.*, estableció una excepción al *statute of limitation* de la ley federal de responsabilidad de los empleadores mediante una *discovery rule*, que se caracteriza por evitar el inicio de la prescripción hasta que la víctima del daño lo descubra (*discover*)¹³⁸. El fundamento fue que el *statute of limitation* no cumplía con el objetivo de resolver conflictos que atenten a la seguridad jurídica, y que en su lugar era un obstáculo injustificado para el ejercicio de las acciones de las víctimas por hechos ilícitos¹³⁹.

En conclusión, puede verse que existen varias soluciones acogidas bajo el derecho comparado respecto a la forma de computar el inicio de la prescripción en la acción por daños. Estas soluciones van de la mano con el principio transversal de la responsabilidad extracontractual, que es resarcir todos los daños causados. Con esto en mente, es preciso proponer una solución acorde a los distintos tipos de daños según su consumación, para que el artículo 2235 del *Código Civil* pueda responder a una óptica actual y acorde a la evolución del derecho de daños.

3. La prescripción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: hacia una propuesta actual del artículo 2235 del Código Civil

Como es conocido, el ordenamiento jurídico ecuatoriano acogió el *Código de Bello* como suyo. En 1855, la Corte Suprema de Justicia, encargada de la redacción de un código propio declinó la misión afirmando que

¹²⁷ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2020b), pp. 252-253.

¹²⁸ Artículo 2358, ley n.º 57, de 1887 [*Código Civil* colombiano], de 1873.

¹²⁹ Artículo 47, ley n.º 472, de 1998.

¹³⁰ Caso n.º SC016-2018 (2018).

¹³¹ ALBIEZ DOHRMANN (2002), pp. 1154-1155.

¹³² WACKE (2013), pp. 709-710.

¹³³ ALBIEZ DOHRMANN (2002), p. 1156

¹³⁴ PEÑA LÓPEZ (2011), pp. 13-14.

¹³⁵ GREEN (1988), pp. 5-6.

¹³⁶ BAIN y COLELLA (2004), p. 7.

¹³⁷ PEÑA LÓPEZ (2011), pp. 13-14.

¹³⁸ U. con T. (1947).

¹³⁹ NARULA (2010), pp. 8-10.

“sus doctrinas y aun su estilo [del *Código Civil* chileno] podrían ser adoptados por nosotros, haciendo solamente una que otra variación, que la diferencia de circunstancias y el bien de la claridad hicieran necesarias”¹⁴⁰.

La creación de Bello tuvo como antecesores tres bocetos en los que el articulado y su estructura varió notablemente.

El texto del año 1841-1845 fue una recopilación de normas creadas hasta la fecha con cierta adaptación de lenguaje sencillo, y donde no existía norma referente a la prescripción de la acción por daños¹⁴¹. Respecto del segundo proyecto de 1847, se trató de conservar la tradición jurídica española¹⁴², y se agregó un artículo específico en la sección de responsabilidad extracontractual conforme a la cual el tiempo de prescripción se contaría “desde el día en que la persona a quien competen tuvo conocimiento del daño o dolo”¹⁴³. Si bien el proyecto de 1853 se aleja del modelo español y se inspira en el *Código Civil* francés¹⁴⁴, no existe una variación del texto en el artículo mencionado¹⁴⁵.

El gran cambio aparece con la expedición del Código inédito de Bello en 1857. En su artículo 2332 cambia la idea del conocimiento de la víctima, ya que la prescripción se computará “desde la perpetración del acto”.

Cabe recordar que el régimen de responsabilidad civil en el Ecuador sigue los lineamientos de las *Siete Partidas* de España y la *Lex Aquilia* del derecho romano en las que Bello se inspiró¹⁴⁶. Además del contenido de la ley n.º 171 reformativa del *Código Civil* sobre reparación de daños morales¹⁴⁷. Por lo tanto, se puede afirmar que el legislador siempre procuró que todo daño se indemnice, guiado por el precepto contenido en el artículo 2214 del *Código Civil*, por el que “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización”¹⁴⁸. Es evidente que el objetivo del título de delitos y cuasidelitos del *Código Civil* es compensar cuando exista un daño que la víctima no está obligada a soportar.

A pesar de esto, la interpretación clásica del artículo 2235 del *Código Civil* afirma que “perpetración del acto” se refiere sólo al cometimiento del hecho ilícito, por lo que se contará el tiempo de prescripción desde ese momento. Esta postura se fundamenta en una interpretación restrictiva del articulado a partir de una definición general de las palabras según el lenguaje. También, se fundamentan en que Bello se alejó de la regla general de la prescripción

de su código como lo hizo en otros artículos¹⁴⁹. No obstante, se olvida que en el derecho, muchas veces, las definiciones varían por elementos jurídicos esenciales que se han definido de manera distinta o que deben entenderse de forma diferente a través de la aplicación de las reglas generales para entender la ley.

A partir de esta explicación, lo más recomendable es cambiar la concepción que recoge el artículo 2235 del *Código Civil* en la actualidad, gracias a la falta de su aplicación en casos más elaborados donde el menoscabo puede manifestarse de distinta manera al daño inmediato o consumado. Así, ha quedado claro que, una variación a la regla no atenta contra los fundamentos de la prescripción, debido a que la seguridad jurídica y justicia que busca esta institución se refleja en la existencia de un tiempo de prescripción, mas no en su forma de cómputo¹⁵⁰. Fundamento de esto, es lo que se observa en el derecho comparado, donde existe mecanismos diversos de solución para cada caso.

En un principio la regla del artículo 2235 del *Código Civil* fue aplicada de manera estricta, sin lugar a otras interpretaciones que contar el tiempo de prescripción desde el hecho ilícito. Esto se demuestra en el caso C. y B. con Conclina, donde se afirmó que de los actos de proposición “se desprende que el hecho que da inicio al presente enjuiciamiento sucedió el 6 de mayo de 1.987, es decir hace más de cuatro años”¹⁵¹. De esta manera se aceptó la prescripción, sin realizar un análisis en el que se pueda evidenciar que se trataba de un daño oculto o tardío, ya que el resultado hubiese sido distinto. Por consiguiente, es necesaria otra interpretación del sentido de la ley, para armonizarla con los principios que rigen tanto la responsabilidad extracontractual como la prescripción, utilizando los elementos contemplados en el artículo 18 del *Código Civil*.

El primer paso es buscar el espíritu del artículo 2235 del *Código Civil*. El contenido de la norma regula la prescripción de las acciones por daños y busca establecer seguridad jurídica en las situaciones en las que el acreedor negligente o desinteresado no ha ejercido la acción de daños. Para ello, el precepto normativo dispone el tiempo de cuatro años, que se los contará a partir de la perpetración del acto. No cabe duda de que el espíritu del artículo es la seguridad jurídica.

Lo anterior, conduce al segundo paso, que es la interpretación literal de la norma mediante su sentido natural y obvio. Según la RAE, el término “perpetrar” se define como: “[c]ometer, consumir un delito o culpa grave”¹⁵². Resulta evidente que, no sólo se requiere la realización del hecho ilícito, sino también implica la consumación de sus efectos. Con esta premisa, en un daño

¹⁴⁰ JAKSIC (2003), p. 209.

¹⁴¹ BELLO (1887a).

¹⁴² VELÁSQUEZ POSADA (2016), pp. 217-219.

¹⁴³ BELLO (1887b), p. 579.

¹⁴⁴ VELÁSQUEZ POSADA (2016), pp. 217-219.

¹⁴⁵ BELLO (1887c), p. 591.

¹⁴⁶ VELÁSQUEZ POSADA (2016), pp. 217-219.

¹⁴⁷ Ley n.º 171 [reformativa del *Código Civil* sobre reparación de daños morales], de 1984.

¹⁴⁸ Artículo 2214, *Código Civil*. R.O. suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019.

¹⁴⁹ FERRADA (2012), pp. 35-60.

¹⁵⁰ MOISSET DE ESPANÉS (1987), p. 3.

¹⁵¹ C. y B. con Conclina C.A. (2004).

¹⁵² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020), “perpetrar”.

oculto los daños se consuman cuando la víctima los conoce. Incluso, esta concepción del término perpetrar va de la mano con la definición que se le ha dado al hecho jurídico, siendo “todo suceso de la naturaleza o del hombre que produce efectos de derecho”¹⁵³. Hay que tener en cuenta que, en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, los efectos jurídicos únicamente aparecerán cuando se evidencie la existencia de un delito o cuasidelito, en donde el daño es esencial. Además, de que el acto será jurídico a partir de una cualificación *a posteriori*, es decir, luego de la ocurrencia del hecho mismo que

“[...] [v]iene a ser ‘jurídico’ en cuanto el derecho, sobreviniendo con su propia valoración, dispone en vista de él determinadas consecuencias en el orden jurídico [...]”¹⁵⁴.

Por lo tanto, la obligación de indemnizar como consecuencia del hecho jurídico ilícito sólo nacerá si existen todos los elementos de la responsabilidad.

Asimismo, debe tomarse en cuenta la interpretación lógica de la norma. El artículo *in comento* se encuentra ubicado en el título de los delitos y cuasidelitos, en el que se encuentra el régimen de responsabilidad extracontractual. En este sentido, su aplicación debe ir de la mano con la finalidad de la responsabilidad aquiliana. Como se ha expuesto con anterioridad, el objetivo es reparar todo daño que no debe ser soportado por la víctima, por lo tanto, se corrobora la necesidad de la manifestación del daño para hablar de una obligación de indemnizar. En el mismo sentido, debe tomarse en cuenta el inciso 2º del artículo 2414 del *Código Civil*, que manifiesta que la prescripción se cuenta desde el momento en que la obligación haya sido exigible¹⁵⁵. En el presente caso, la obligación no sería exigible si se cuenta desde el cometimiento del hecho ilícito, toda vez que “sin daño no hay responsabilidad y sin responsabilidad no hay acción resarcitoria”¹⁵⁶. La jurisprudencia ecuatoriana ha entendido esto a la perfección, lo que se demuestra cuando afirmó que “*sin que exista responsabilidad, no puede operar la prescripción extintiva*. No se extingue la nada o lo que no existe” (énfasis añadido)¹⁵⁷. Es evidente que, quienes acogen la interpretación clásica del artículo 2235 olvidan la necesidad de todas estas características necesarias, como que un acto para que sea jurídico debe tener consecuencias otorgadas por el ordenamiento, o que para que exista responsabilidad el daño es esencial o que para que opere la prescripción de la acción, debe existir un derecho.

Para terminar, el método sistemático de interpretación indica que debe existir armonía entre las normas del ordenamiento jurídico. Cabe destacar

que la Constitución de Ecuador, en su artículo 86 n.º 3, reconoce la reparación integral del daño como un principio de aplicación a todo proceso jurisdiccional¹⁵⁸. Este principio busca dejar a la víctima en la situación en la que estuviera sin la ocurrencia del daño. A partir de todo lo expuesto y de la aplicación de las normas interpretativas de la ley que el *Código Civil* recoge, se puede llegar a la conclusión de que el artículo 2235 busca establecer seguridad jurídica mediante la prescripción de la acción por daños extracontractuales y que esta se computará desde que la obligación es exigible. Entonces, esta institución y su fundamento irán de la mano con la finalidad de la responsabilidad extracontractual, que es reparar todo daño que la víctima no esté obligada a soportar, en la que se procurará su reparación integral dejándola en la situación en la que estuviera si no hubiese existido la afectación.

Así, en casos de daños ocultos la frase “desde la perpetración del acto”, no involucrará comenzar la contabilización del tiempo desde el hecho ilícito, porque no se puede sacrificar el derecho de la víctima en aras de una supuesta seguridad jurídica. Sobre la base de una interpretación acorde al espíritu de la norma, literal, lógica y sistemática del artículo 2235, se puede llegar a la conclusión que en daños ocultos o tardíos los términos “desde la perpetración del acto” involucran de manera obligatoria el conocimiento de la víctima del daño para el *dies a quo* de la prescripción.

El mismo ejercicio puede realizarse en daños continuados. Por ejemplo, en el caso S. A. con la CFN se afirmó que en daños continuados no puede aplicarse la regla “matemática fría” del artículo 2235¹⁵⁹, porque en este tipo de daños “la prescripción debe contarse a partir del último acto de violación repetitiva, continua e ininterrumpida”¹⁶⁰. En estos casos, es claro que la “perpetración del acto” hace referencia al último hecho y efecto dañoso.

En síntesis, cabe afirmar que en el daño oculto o tardío se debe contar el tiempo desde el conocimiento de la víctima, mientras que en el continuado o sucesivo el cómputo de la prescripción debe iniciarse desde el último hecho que genera el daño. Respecto al daño consumado o instantáneo se debe mantener la interpretación fundacional y el *dies a quo* será desde la verificación del hecho ilícito, al ser la hipótesis en la que la regla siempre ha funcionado y puede surtir plenos efectos.

Sin perjuicio de lo anterior, y abogando por una mayor claridad y seguridad, se plantea una posible reforma al texto actual del artículo 2235 del *Código Civil*, que contenga todos los aspectos considerados a lo largo de este trabajo. El texto que se propone es el siguiente:

“Art. 2235. Las acciones que concede este Título prescriben en cuatro años, contados desde *que la obligación es exigible*.”

¹⁵³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA (1961), p. 281 y VODANOVIC (2001), p. 1.

¹⁵⁴ BARBERO (1967), pp. 332-333.

¹⁵⁵ Artículo 2494, *Código Civil*, de 2019.

¹⁵⁶ ECHEVESTI (1997), p. 547.

¹⁵⁷ M. L. con AECA (2004).

¹⁵⁸ Artículo 86 numeral 3, *Constitución de la República del Ecuador*, de 2020.

¹⁵⁹ S. con CFN (2011).

¹⁶⁰ LÓPEZ HERRERA (2007), pp. 152-155.

Se entiende que la obligación será exigible:

- (1) Desde el cometimiento del hecho ilícito en daños que se manifiestan de manera inmediata;
- (2) Desde el último hecho dañoso en daños de producción sucesiva o continuada; y,
- 3) *Desde que la víctima tuvo conocimiento en daños que se manifiestan tiempo después del hecho que los generó*¹⁶¹.

CONCLUSIONES

El *dies a quo* de la prescripción en la acción por daños extracontractuales es un tema de discusión en Ecuador. Este trabajo fue realizado con el objetivo de buscar una respuesta actual para la concepción del artículo 2235 del *Código Civil*. La problemática se nutre del presupuesto material del daño como requisito indispensable de responsabilidad civil extracontractual. Así como, con las distintas categorías de daños según su manifestación en el tiempo, en las que se evidencian el daño continuado y el daño oculto; y, su íntima relación con la institución de la prescripción.

Respecto al elemento del daño y su importancia, se ha dejado claro que éste puede ser considerado como una condición inexorable de la responsabilidad civil, y que a su vez su reparación es el objeto del juicio de resarcimiento. Es decir, un elemento imprescindible. El daño será relevante cuando es jurídico, esto significa que el ordenamiento tutele o proteja diversidad de bienes jurídicos que en caso que se vean afectados corresponda una indemnización. En el mismo sentido, se ha establecido que existen tres requisitos para que pueda hablarse de daño jurídico resarcible. Estos son que el daño sea:

- 1) cierto;
- 2) que la afectación recaiga en un interés legítimo o lícito; y,
- 3) que el daño sea subsistente al momento de su reclamación.

De igual forma, se ha demostrado que existe una clasificación de daños según su consumación en el tiempo que no ha sido profundizada en Ecuador. En esta resaltan las categorías del daño consumado o instantáneo, el continuado o sucesivo y el oculto o tardío. Dentro del análisis de la primera categoría se enfatizó que un daño duradero o permanente no es sinónimo de continuado o sucesivo, y que, en realidad, es una subcategoría de daño instantáneo con efectos consumados en un mismo momento fáctico, a pesar de que éste se prolongue en el tiempo. Así, quedó claro que para que exista un daño continuado debe existir una acción u omisión ilícita repetitiva de manera continua y sin interrupciones que genere un daño que pueda ser reversible. A pesar de la falta de un análisis concreto del tema, se pueden evidenciar vestigios en cierta jurisprudencia como el caso C. con Banco del

¹⁶¹ El énfasis del texto es la reforma que se plantea para el artículo.

Pichincha en el que se reclama un daño extrapatrimonial, o el caso S. con la CFN donde se reclama un daño patrimonial.

Respecto a los daños ocultos o tardíos se establecieron dos formas en las que se puede configurar esta tipología. La primera, cuando la totalidad del hecho dañoso se evidencia después de la causa que lo originó, y, la segunda, cuando media entre el hecho generador del daño y el perjuicio, una afectación previa de menor injerencia. Lo importante de esta categoría es conocer que los daños se manifestaran tiempo después del hecho que los originó. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, si han existido indicios de casos con estas características. Se evidencia en los hechos del caso C. B. c. C. y el caso E. c. L., ambos con reclamos por daños extrapatrimoniales.

Así, se esclareció el concepto de daño contingente, donde se evidenció que el artículo 2236 del *Código Civil* hace referencia a una responsabilidad preventiva. Esta no es una categoría de daño en estricto sentido, dado que la acción busca evitar un daño latente o inminente. El principal requisito para que esta acción prospere es la amenaza de un daño y el justo temor de sufrirlo. Al respecto, esta figura no debería ser estudiada de forma sustantiva por el derecho de daños, toda vez que requiere los mismos requisitos que la justicia cautelar. En este sentido, se evidenció que la apariencia de buen derecho o *fumus bonis iuris* y el peligro por el retardo o *periculum in mora* se cumplen si existe el peligro latente de un daño. Respecto de la prescripción, se dejó claro que no es importante en esta figura, por la urgencia e inmediatez que representa. Entonces, se afirma que las acciones del título “De los delitos y cuasidelitos” buscan con ella la indemnización de la afectación, mientras que la acción de daño contingente tiene como objetivo el precaver una afectación.

Como último elemento de análisis, se detallaron los fundamentos y requisitos para que opere la prescripción extintiva en el derecho de daños. Se especificó que, en la responsabilidad extracontractual, la inactividad del afectado debe ser por cuatro años para que opere la prescripción, sin dejar de lado la máxima romana que manifiesta que, si se encuentra imposibilitado el acreedor de actuar, no puede correr en su contra el tiempo establecido por la ley, porque esta solución sería ir en contra de los propósitos mismos de la prescripción y el derecho de daños.

Con esto en mente, se revisaron las distintas soluciones que el derecho comparado tiene para contabilizar la prescripción en daños ocultos y continuados. Se utilizaron normas del derecho español, argentino, chileno, colombiano, alemán y estadounidense, en los que se demuestra que Ecuador requiere una solución que otros países ya han encontrado.

Para finalizar, se evidenció que en Ecuador no es correcto aplicar la interpretación clásica o fundacional del artículo 2235 del *Código Civil* de manera estricta, porque esta postura olvida que para que exista obligación de indemnizar o reparar los daños sufridos se necesita de los cuatro elementos de la responsabilidad, donde el daño es esencial. A su vez, deja de lado que el derecho de la víctima para reclamar una indemnización civil por vía judicial

sólo puede prosperar cuando el derecho haya nacido, es decir, cuando se configure un delito o cuasidelito. Por último, la interpretación clásica obvia que si la prescripción opera desde el cometimiento del hecho ilícito en todas los casos, habrá algunos en los que se pierda un derecho que ni siquiera existía; entonces, prescribiría la nada.

Cabe recordar que

“[t]razar la evolución general de la responsabilidad civil permite, a la vez, comprender mejor y medir más exactamente la importancia de la misma[, y] recordar cómo se han modificado, en el transcurso de los siglos las ideas fundamentales que dominan el tema”¹⁶².

Esto, trae como consecuencia la necesaria modificación de las concepciones prestablecidas para una correcta aplicación de la prescripción. Sobre la base de una interpretación basada en el espíritu de la norma, literal, lógica y sistemática, se puede precautelar tanto el fundamento de la prescripción, como el derecho de la víctima a ser resarcida. Para ello, la solución factible es realizar una correcta interpretación de los términos “desde la perpetración del acto”, en donde la solución dependerá del tipo de daño del que se trate. Es decir, se analizará caso a caso. Para daños continuados o sucesivos se computará desde el último hecho dañoso; para los ocultos, el tiempo correrá desde que la víctima tuvo conocimiento del daño; y, para los consumados o inmediatos se contará desde la verificación del hecho ilícito.

En la misma línea, en aras de mayor claridad y seguridad, se propone una reforma del artículo 2235, en la que la regla abarque todos los casos sin excepción y se eviten así discusiones obsoletas fundamentadas en una posición objetiva del artículo *in comento*, frente a interpretaciones subjetivas actuales y correctas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK, René (2008). *Las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (2002). “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, fascículo n.º 3. Madrid: Ministerios de Justicia – Boletín Oficial del Estado.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA (redactado por Antonio Vodanovic) (1961). *Derecho Civil*. Parte general. 3ª. Santiago: Ed. Nascimento, tomo I.
- ALESSANDRI, Arturo (1991). *Derecho Civil parte preliminar y parte general*. Santiago: Ediar, tomo II.

- ALESSANDRI, Arturo (2015). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALPA, Guido (2006). *Nuevo tratado de responsabilidad civil*. (trad.) Leysser LEÓN. Lima: Editores Ara.
- ARMADA, Claudia (2015). “La Talidomida: desde la perspectiva del daño continuado, permanente y tardío”. *Repositorio Digital Universidad de Girona Facultad de Derecho*, 2015-06. Disponible en <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/11823> [Fecha de consulta: 02 de diciembre de 2020].
- BAIN, Adam y Ugo COLELLA (2004). “The United States Supreme Court and Federal Law: Interpreting Federal Statutes of Limitations”. *Creighton Law Review*, vol. 37. Omaha: Creighton University.
- BARBERO, Doménico (1967). *Sistema del Derecho Privado*. Buenos Aires: ed. Jurídicas Europa-América, tomo I.
- BARROS, Enrique (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BELLO, Andrés (1887a). “Proyecto de Código Civil 1841 - 1845”, en Andrés BELLO. *Obras Completas de Don Andrés Bello*, vol. XI. Santiago: Consejo de Instrucción Pública.
- BELLO, Andrés (1887b). “Proyecto de Código Civil 1847”, en Andrés BELLO. *Obras Completas de Don Andrés Bello*, vol. XI. Santiago: Consejo de Instrucción Pública.
- BELLO, Andrés (1887c). “Proyecto de Código Civil 1853”, en Andrés BELLO. *Obras Completas de Don Andrés Bello*, vol. XI. Santiago: Consejo de Instrucción Pública.
- BORDA, Guillermo (2008). *Tratado de Derecho Civil*. 9ª edición. Buenos Aires: La Ley, tomo II, obligaciones.
- BUSNELLI, Francesco D. (1984). *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*. Napoli: Guida.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1998). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CALAMANDREI, Piero (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. (trad.) S. SANTIS. Buenos Aires: Bibliografía Argentina.
- CAVANILLAS, Santiago (2013). “Artículo 1968”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (dir.). *COMENTARIOS al Código Civil, prescripción extintiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, tomo IX.
- CHINCHILLA, Carmen (1993). “El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales”. *Revista de Administración Pública*, n.º 131. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- CLARO SOLAR, Luis (1978). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile
- COLIN, Ambrosio y Henri CAPITANT (1939). *Cours élémentaire de droit civil francais*. Paris: Librairie Dalloz, tomo I.
- CORONEL, Leonardo y Anabela CHIRIBOGA (2019). “La excepción a la cosa juzgada en materia penal cuando se trata de indemnizaciones civiles”. *USFQ Law Review*, vol. VI. Quito: USFQ PRESS.

¹⁶² MAZEAUD *et al.* (1961), p. 35.

- CORRAL, Hernán (2003). *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DE CUPIS, Adriano (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. (trad.) Ángel MARTÍNEZ. Barcelona: Editorial Bosch.
- DE LORENZO, Miguel (1996). *El daño injusto en la responsabilidad civil, Alterum Non Laedere*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2017). *Teoría General del Proceso*. 2ª edición. Bogotá: Editorial Temis.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020).
- DICCIONARIO DEL ESPAÑOL JURÍDICO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2020).
- DIEZ SCHWERTER, José Luis y Verónica DELGADO SCHNEIDER (2003). “Algunas útiles herramientas olvidadas en nuestra práctica del ‘Derecho de Daños’”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 214, Concepción.
- DIEZ SCHWERTER, José Luis (2016b). “La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 30, Bogotá.
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis (2016a). “La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil chileno: sus elementos y ámbito de aplicación”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLVI, Valparaíso.
- DIEZ-PICAZO, Luis (2005). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas, vol. III.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2020a). *La prescripción extintiva. Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Prolibros.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2020b). “Inicio de la prescripción en caso de cuasidelito civil”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 88, 247, Concepción.
- EHEVESTI, Carlos (1997). “Las acciones por daños y perjuicios”, en Jorge MOSSET ITURRASPE (dir.). *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hammurabi.
- ESCUADERO, Hernán (2019). “La vigencia del principio *alterum non laedere* y la inexistencia de la antijuridicidad como presupuesto material de la responsabilidad civil”. *Repositorio Digital USFQ Colegio de Jurisprudencia*, n.º 19. Disponible en <https://repositorio.usfq.edu.ec/jspui/handle/23000/8934> [Fecha de consulta: 02 de diciembre de 2020].
- FERRADA, Luis (2012). “La *interpretatio per aliam legem* como regla para definir el sentido del artículo 2232 del código civil, sobre prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual”. *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* n.º 2, Universidad de Chile, Santiago.
- GREEN, Michael (1988). “The Paradox of Statutes of Limitations in Toxic Substances Litigation”. *California Law Review*, vol. 76, n.º 6, California.
- HENAO, Juan Carlos (1998). *El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- JAKSIC, Ivan (2003). “La cultura y el problema del orden en la América Andina 1830 - 1880: la labor de Andrés Bello”, en Juan MAIGUASHCA (edit.). *Historia de América Andina*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar - Libresa.
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo (2007). *Tratado de la prescripción liberatoria*. Buenos Aires: LexisNexis.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel (2014). “El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el dies a quo del plazo de prescripción”, en Manuel MARÍN LÓPEZ *et al.* *La Prescripción Extintiva*, XVII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MAZEAUD, Henri *et al.* (1961). *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Cuasidelictual*. 5ª edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis (1968). *Interrupción de la Prescripción por Demanda*. Córdoba: Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis (1987). “Prescripción”. *Colegio de Escribanos de Córdoba Revista Notarial*, n.º 54. Córdoba: Colegio de Escribanos.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis (1990). “La reparación de los daños continuados o permanentes”. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Córdoba: ACADERC.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis (2004). *Prescripción*. Córdoba: Advocatus.
- NARULA, Ritu (2010). “Wait, I Didn’t Even Know My Picture Was Taken!: Application of the Discovery Rule to a Right of Publicity Claim”. *Howard Law Journal*. vol. 53, Notre Dame.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo (2018). *Régimen General de las Obligaciones*. 5ª Edición. Bogotá: Temis.
- PARRAGUEZ, Luis (2000a). *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano Libro Cuarto Teoría General de las Obligaciones*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, vol. I.
- PARRAGUEZ, Luis (2000b). *Anexo de apuntes de Código Civil, libro cuarto; Teoría General de las Obligaciones*. Loja: Universidad Técnica Partículas de Loja.
- PARRAGUEZ, Luis (2016). *El Régimen Jurídico de los Bienes*. Quito: Ediciones IURIS DICTIO Colegio de Jurisprudencia Universidad San Francisco de Quito.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando (2012). “El dies a quo y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de soft law y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación”. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.
- POTHIER, Robert (2008). *Tratado de las Obligaciones*. 3ª edición. Barcelona: Biblioteca Científica y Literaria.
- REGLERO CAMPOS, Luis (2008). “La prescripción de la acción de reclamación de daños”, en Luis REGLERO CAMPOS (coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, tomo I.

- ROCA, Encarna y Mónica NAVARRO (2016). *Derecho de Daños, Textos y materiales*. 7ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Legis Editores, tomo II.
- TAPIA, Orlando (2016). *De la Responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. Concepción: Publicaciones del Seminario de derecho privado de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, Escuela tipográfica salesiana.
- TORRALBA, Pablo (2014). “Daños Permanentes, Continuados y Sobvenidos”. *Repositorio Digital Universidad Pública de Navarra Facultad de Ciencias Jurídicas*, n.º 14. Disponible en <https://academica-e.unavarra.es/xmlui/handle/2454/11264> [Fecha de consulta: 02 de diciembre de 2020].
- VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio (2016). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. 2ª edición. Bogotá: Editorial Temis.
- VERGARA, José Pablo (2004). “Momento inicial del cómputo de la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual”. *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, n.º 12, Santiago.
- VERGARA, José Pablo (2011). “Aceptación jurisprudencial de la doctrina de que la prescripción extintiva de que la responsabilidad extracontractual empieza a correr desde la perpetración del acto ilícito y no a contar de la producción del daño”, en Hernán CORRAL (ed.). *Prescripción extintiva. Estudios sobre su procedencia y funcionamiento en Derecho Público y Privado*. Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, Santiago, n.º 21.
- VODANOVIC, Antonio (2001). *Manual de Derecho Civil*. Santiago: Ed. Conosur Ltda., II volumen de las partes preliminar y general.
- VON IHERING, Rudolf (1880). *Études complémentaires de l'esprit de droit romain*. París: De la Faute en droit privé.
- WACKE, Andreas (2013). “La 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.
- WEINGARTEN, Celia (2005). *Responsabilidad por prestaciones odontológicas*. Buenos Aires: Astrea.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (1993). *Responsabilidad Civil Contractual y extracontractual*. Madrid: Reus.
- ZANNONI, Eduardo (2005). *El daño en la responsabilidad civil*. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea.

Normas citadas

- Código Civil* español. *BOE-A-1889-4763*, de 25 de julio de 1889.
- Código Civil*. *Registro Oficial*, suplemento 46, 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019.

- Código Orgánico Integral Penal*. *Registro Oficial*, suplemento 180, 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 04 de diciembre de 2019.
- Constitución de la República del Ecuador*, *Registro Oficial* N.º 449, 20 de octubre del 2008, reformado por última vez el 12 de marzo del 2020.
- Ley n.º 171 [reformatoria del *Código Civil* sobre Reparación de Daños Morales], *Registro Oficial* 779, 04 de julio de 1984.
- Ley n.º 18525 [*Código Civil* chileno], *Diario Oficial* de la Nación, de 30 de junio de 1986.
- Ley n.º 472 de 1998, *Diario Oficial* No. 43.357, 06 de agosto de 1998.
- Ley n.º 57 de 1887 [*Código Civil* Colombiano], *Diario Oficial* n.º 2867, 26 de mayo de 1873.
- Ley n.º 26.994 [*Código Civil* argentino], *Boletín Oficial de la República Argentina*, 08 de octubre de 2014.

Jurisprudencia citada

- A. y otros con Chevron Corporation (2012): Corte Provincial de Sucumbíos, sala única, 09 de enero de 2012, causa n.º 2011-0106, en Plataforma Digital e-satje, p. 6.
- Caso n.º 17042-3103-001-2005-00103-01 (2010): Corte Suprema de Justicia de Colombia, sala de casación civil, 09 de septiembre de 2010, en *Actualícese*. Disponible en <https://actualicese.com/sentencia-17042-3103-001-2005-00103-01-de-09-09-2010/> [Fecha de consulta: 02 de diciembre de 2020].
- Caso n.º SC016-2018 (2018): Corte Suprema de Colombia, sala de casación civil, 24 de enero de 2018, pp. 16-20.
- Causa n.º 1255/2008 (2007): Tribunal Supremo de España, sala de lo civil, 20 de noviembre de 2007 en Registro Judicial 1255/2008, p. 12.
- Causa n.º 170/20005 (2009): Tribunal Supremo de España, sala civil, 28 de octubre de 2009 en Registro Judicial 2009/170, pp. 3-4.
- Causa n.º 1580/2014 (2016): Tribunal Supremo de España, sala de lo civil, 04 de julio de 2016 en Registro Judicial 2016/1580, p. 4.
- Causa n.º 170/2005 (2009): Tribunal Supremo de España, sala civil, 28 de octubre de 2009, en Registro Judicial 2009/170, pp. 2-4.
- Causa n.º 2509/2011 (2014): Tribunal Supremo de España, sala de lo civil, 29 de enero de 2014, en Registro Judicial 2014/2509, p. 4.
- Causa n.º 28/2014 (2014): Tribunal Supremo de España, sala de lo civil, 29 de enero de 2014 en Registro Judicial 2014/796.
- Causa n.º 4331/2000 (2007): Tribunal Supremo de España, sala de lo civil, 23 de noviembre de 2007, en Registro Judicial 2007/4331, pp. 2-4.
- C. con Constructora S. (1983): Corte Suprema de Justicia del Ecuador, primera sala de lo civil y mercantil, 21 de enero de 1983 en Gaceta Judicial, año LXXXIII, serie XIV, 2, p. 399.

- Comité D. T. viuda de C. con Petroecuador (2002): Corte Suprema de Justicia del Ecuador, primera sala de lo civil y mercantil, 29 de octubre de 2002, en Gaceta Judicial, serie XVII n.º 10, p. 301.
- Constructora B. con Banco Central de la República Argentina (1997): Corte Suprema de Argentina, fallo 312:2352, 15 de junio de 1997 en SAIJ de Argentina. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/camara-nac-apelaciones-civil-comercial-federal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-constructora-barcala-sa-banco-central-republica-argentina-ordinario-fa89030101-1989-03-17/123456789-101-0309-8ots-eupmocsollaf?> [Fecha de consulta: 02 de diciembre de 2020].
- C. con Banco Pichincha (2012): Corte Nacional de Justicia, sala de lo civil y mercantil, 13 de septiembre de 2012, caso n.º 946-2009-SR, en Registro Oficial, edición especial n.º 330, año IV.
- C. y B. con Conclina C.A. (2004): Juzgado Quinto de lo Civil, 17 de diciembre de 2004, caso n.º 2002-0078, en Plataforma Digital e-satje.
- E. con L. (2018): Corte Provincial de Pichincha, sala de lo civil y mercantil, 06 de junio de 2018, caso n.º 2014-990, en Plataforma Digital e-satje.
- E. con L. (2019): Corte Nacional de Justicia, sala de lo civil y mercantil, 13 de noviembre 2019, caso n.º 2014-990, en Plataforma Digital e-satje.
- E. con Fisco de Chile (2018): Corte Suprema de Chile, tercera sala de casación, 19 de abril de 2018, en [westlawchile.cl](http://www.westlawchile.cl), p. 12.
- G. R. con Río Negro (2010): Corte Suprema de Argentina, fallo 340:1982, 01 de junio de 2010, en SAIJ de Argentina.
- M.L. con AECA (2004): Corte Suprema de Justicia, primera sala de lo civil y mercantil, 05 de febrero de 2004, caso n.º 290-2003, en Lexis, p. 6.
- M.R. con Salud del Biobío (2020), rol n.º 23145-2019, en Poder Judicial: www.pjud.cl.
- RDJ, t. LXXXVIII, sec. 5ta (1981): Corte Suprema de Chile, 06 de noviembre de 1981, pág. 29 (citado por CORRAL TALCIANI [2003], p. 350).
- S. M. E. S y Cía. S.C.A. con Provincia de Buenos Aires (2002): Corte Suprema de Argentina, J.A. 2003-II-289, 05 de noviembre de 2002, en SAIJ de Argentina.
- S. con CFN (2011): Corte Provincial del Guayas, sala de lo civil y mercantil, 07 de noviembre del 2011, causa n.º 2010-0374, p. 7, en Plataforma Digital e-satje.
- D.T con Estado Nacional (1999): Corte Suprema de Argentina, J.A. 2000-III-680, 31 de agosto de 1999, en SAIJ de Argentina.
- T. y otros con S. (2019): Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, sala segunda, 09 de abril de 2019, en SAIJ de Argentina.
- U. con T. (1947): Tribunal Supremo de los Estados Unidos, excepción a la Statue of Limitation, 31 de mayo de 1947, caso 337 US 163, en Justitia US Supreme Court.
- V. con Colegio de Médicos de Imbabura (2003): Corte Suprema de Justicia del Ecuador, primera sala de lo civil y mercantil, 02 de abril del 2003, causa n.º 43-2002 en Gaceta Judicial, año CIV, serie XVII, n.º 12, p. 3734.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

<i>Código Civil</i>	Código Civil ecuatoriano de <i>Registro Oficial</i> , suplemento 46, 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019.
RAE	Real Academia de la Lengua Española.
<i>Código Civil</i> chileno	Ley n.º 18525 de <i>Diario Oficial</i> de la Nación, de 30 de junio de 1986.

DIVORCIOS TRANSFRONTERIZOS Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

CROSS-BORDER DIVORCES AND INTERNATIONAL JURISDICTION: THE SPANISH SUPREME COURT DOCTRINE

Alfonso Ybarra Bores*

RESUMEN

Los divorcios internacionales son más numerosos cada día. En no pocas ocasiones existe un especial interés de las partes litigantes en presentar la demanda ante los tribunales de un determinado Estado, adquiriendo especial relevancia el fenómeno del *forum shopping* cuya finalidad es procurarse el foro más favorable, en particular en cuanto a la ley aplicable. En la actualidad en la Unión Europea la determinación de la competencia judicial relativa a divorcios internacionales se regula en el reglamento 2201/2003. Su artículo 3.º contiene un amplio número de foros al efecto. La aplicación de este reglamento ha relegado a un segundo plano la norma interna española contenida en el artículo 22 de la ley orgánica del poder judicial. El Tribunal Supremo ha resuelto controvertidas cuestiones en torno al referido instrumento y la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de divorcio.

PALABRAS CLAVE: competencia judicial internacional; reglamento 2201/2003; foros de competencia judicial; divorcio internacional; litispendencia internacional

273

* Profesor titular de Derecho internacional privado, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España). Dirección postal: Ctra. de Utrera, km. 1, 41013, edificio 3, Sevilla, España. ORCID ID.: 0000-0001-6129-1161. Researcher ID. WOS: AAA-8284-2019. Correo electrónico: aybabor@upo.es

El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2019-106496RB-I00 "Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal" (REJURPAT), Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020.

Recepción: 2021-04-26; aceptación: 2021-07-15.

ABSTRACT

International divorces are becoming more frequent every day. In many cases, there is a special interest for the parties in litigating before the courts of a certain State; the “forum shopping” mechanism is acquiring special relevance in order to obtain the most favorable forum, in particular regarding the applicable Law. Currently the main rule for international jurisdiction in the European Union is founded on Regulation 2201/2003. Its section 3 contains a wide number of grounds of jurisdiction for this purpose. The application of this Regulation has displaced the Spanish internal rules (section 22, Organic Act on the Judiciary 1985). Concerning the application of the mentioned Regulation, the Supreme Court has addressed some controversial issues related to the determination of the international jurisdiction of Spanish courts on divorces.

KEYWORDS: international jurisdiction; regulation 2201/2003; jurisdiction forums; international divorces; international *lis pendens*

INTRODUCCIÓN

Los divorcios internacionales o transfronterizos son aquellos en los que concurren elementos extranjeros, sean de naturaleza objetiva (lugar de celebración del matrimonio, lugar de residencia habitual o domicilio de los cónyuges, etc.) o subjetiva (determinados en general por la diferente nacionalidad de los cónyuges). La presencia de estos divorcios constituye una realidad cada día más constatable en la mesa de trabajo de los operadores jurídicos internacionales. Contemplamos como un hecho notorio el constante incremento de los denominados matrimonios “mixtos”, esto es, contraídos por personas de distinta nacionalidad, lo cual, por lógica, hace que se incremente el número de posibles divorcios internacionales. Pero también crecen aquellos formados por personas con la misma nacionalidad que, por muy variadas razones, residen en un país distinto al de origen, o incluso algunos donde los cónyuges residen cada uno en un país diferente; son los llamados matrimonios “deslocalizados”. Éstos también han de ser considerados como auténticos matrimonios internacionales ante un eventual divorcio¹.

En el marco del presente trabajo nuestro objetivo principal será abordar cómo se encuentra regulada la cuestión de la competencia judicial internacional

¹ Estos fenómenos se reflejan en el hecho de que, de los 97.960 divorcios producidos en España durante 2017, en el 10,9% de los casos uno de los cónyuges tenía nacionalidad extranjera, y en el 6,3% ambos cónyuges eran extranjeros (fuente: CGPJ). Las cifras no paran de subir y en el año 2019 en el 17,6% de los matrimonios celebrados, al menos uno de los cónyuges era extranjero (fuente: INE). Un dato a tener en cuenta es que, en el caso de los matrimonios mixtos, y en particular cuando los cónyuges provienen de diferentes culturas, los índices de fracasos son más elevados que en los casos de parejas de la misma nacionalidad o culturalmente homogéneas.

en materia de divorcio en España, muy afectada por la regulación al respecto en la Unión Europea, que será de aplicación preferente. La pugna entre la regulación europea y la regulación estatal que de forma evidente ha caído a favor de la primera, la cual ha dejado en un muy segundo plano a la aplicación de las regulaciones estatales de los distintos Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, este predominio de los instrumentos comunitarios ha debido salvar obstáculos internos, fundamentalmente debido a la falta de costumbre que existía por parte de los jueces nacionales a manejar con soltura el nuevo derecho comunitario de familia, de gran complejidad técnica, y su aplicación en la práctica no es todo lo adecuada que hubiera sido deseable. En este sentido, nuestro trabajo debe abordar, al menos de una manera genérica, cómo está diseñado el marco normativo actual regulador de la competencia judicial internacional en materia de divorcio, integrado por normas de la Unión Europea y por regulaciones internas de cada Estado miembro, en particular en España.

Y en este marco normativo vamos a analizar los aspectos que se han presentado como más controvertidos en la aplicación de la principal norma reguladora de competencia judicial internacional que rige en el sistema español, esto es, el reglamento 2021/2003. En concreto, nuestra hipótesis de trabajo versará sobre el tratamiento que a la cuestión de la competencia judicial en este campo se le ha dado por el Tribunal Supremo, y, especialmente, desde que en España se aplica la normativa de la Unión Europea sobre el particular. Dicho estudio lo abordaremos desde el análisis de las soluciones dadas por el Tribunal Supremo en las tres sentencias que hasta la fecha ha dictado sobre el asunto en aplicación del reglamento 2021/2003. Es decir, pretendemos analizar las soluciones que dicho Tribunal ha ofrecido respecto al Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de competencia judicial y divorcio.

En nuestra hipótesis de trabajo no tratamos de presentar un estudio detallado de las referidas resoluciones, no es ese nuestro objetivo, sino más bien constatar qué es lo que el Tribunal Supremo español ha declarado en relación con la norma comunitaria por excelencia en esta materia, esto es, el citado reglamento 2201/2003. Y detenernos en las cuestiones de mayor relevancia y que podemos considerar que tienen un carácter de estructurales en este ámbito, dada su incidencia y repetición. Por otro lado, estas sentencias, en particular la última de las dictadas por la amplitud de la materia abordada –y su acierto–, deben de servir de guía a los distintos juzgados y tribunales inferiores para que puedan resolver de una manera adecuada los complejos problemas derivados del derecho de familia internacional relativos a la jurisdicción de los tribunales estatales.

Al respecto tendremos ocasión de tratar cómo la “residencia habitual” ha pasado a constituir el primer criterio a la hora de determinar la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros, y cómo se ha fijado dicho concepto a raíz de lo establecido al respecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Veremos cómo el tradicional foro de la “nacio-

nalidad” ha quedado relegado a un muy segundo plano. Nos marcamos como objetivo la plasmación de un concepto de “residencia habitual” que recoja el espíritu que se desprende de las normas reguladoras de la competencia judicial internacional en la Unión Europea y, en consecuencia, en España.

Muy vinculado a lo anterior abordaremos el tema de la litispendencia internacional. La flexibilidad de la actual normativa aplicable en la Unión Europea en general, y en España en particular, en materia de competencia judicial en relación con el divorcio transfronterizo, hace que ésta se convierta en un punto de primer orden dado el interés que suelen mostrar las partes de cara a litigar ante los tribunales del Estado que más les convenga a sus pretensiones, siendo ello algo remarcable en los supuestos de divorcios contenciosos². Y tales posibilidades de demandar ante los tribunales de más de un Estado van a traer como consecuencia la emergencia del indicado fenómeno de la litispendencia, regulado también en la normativa de la Unión Europea y aplicable con carácter preferente en los Estados miembros.

Por último, al objeto de nuestro estudio y de la hipótesis manejada resultará de interés que tratemos con carácter previo sobre ciertos aspectos relacionados con los divorcios internacionales y que, de alguna manera, van a tener una incidencia directa en las soluciones dadas por el Tribunal Supremo. Nos referimos a cuestiones como el fenómeno del *forum shopping*, el *rush to the courts* o los paraísos para demandar. Junto a ello, y a los efectos de entender bien la cuestión tratada, por un lado, conviene separar la competencia judicial internacional de la interna y, por otro, diferenciar bien la cuestión estricta de la competencia judicial internacional en relación con el divorcio, de otros problemas que, con frecuencia, suelen acompañarle (guarda y custodia, alimentos, derechos de visitas o el régimen económico del matrimonio, etc.); se trata de aspectos que tienen su propia regulación, a pesar de que en muchas ocasiones ello no es tenido en cuenta por los tribunales.

I. DIVORCIOS INTERNACIONALES Y COMPETENCIA JUDICIAL: ALGUNOS ASPECTOS DE INTERÉS

1. La relevancia del “Estado del foro”

Respecto a los divorcios transfronterizos alcanza un papel relevante el concepto de “foro”, entendiéndose por tal aquí el país desde cuya perspectiva

² En el caso de los llamados divorcios de mutuo acuerdo –o consensuados– también pueden existir intereses en presentar la demanda ante los tribunales de un Estado u otro, pero serán otro tipo de intereses menos “beligerantes”, normalmente relacionados con la cuestión del eventual reconocimiento futuro del divorcio en otros posibles Estados o de la efectiva implementación de las distintas medidas en materia de responsabilidad paterna (derechos de visitas, guarda y custodia, patria potestad, etc.) y de alimentos (pensiones a favor de los hijos o del cónyuge) que se puedan acordar entre los cónyuges.

se aborda y, en su caso, soluciona, la concreta situación de tráfico jurídico externo. En un mundo conformado por más de 150 Estados soberanos, cada uno con sus propios ordenamientos jurídicos y autoridades para aplicarlos, no resulta ni mucho menos irrelevante concretar cuál va a ser en cada caso el Estado del foro, el Estado desde cuyo sistema de Derecho internacional privado se va a acometer la resolución del divorcio.

Pues bien, dicho país será el eje en torno al cual girará la solución que se le dé al divorcio. Pero sucede que, como hemos adelantado, en no pocas ocasiones los sujetos afectados por éste, pueden tener especial interés en que el Estado del foro sea uno u otro. En efecto, en los supuestos de divorcios internacionales, estas circunstancias provocan con cierta frecuencia algunas *disfunciones* en los sistemas estatales. Como bien destaca Rodríguez³, podemos concretar en tres los fenómenos que pueden concurrir en estos casos que tratamos, pudiendo además convertirse en importantes ejes de posibles estrategias procesales⁴.

El primero es el de la denominada “carrera hacia los tribunales” (*race/rush to the courts*), que aparece cuando las partes en conflicto se afanan en lograr que el país de su preferencia para litigar sea el primero en que se plantee el asunto, para que pase a ser considerado el Estado del foro y así atraer hacia él a la otra parte. Y ello acontecerá por las más diversas razones: mejor conocimiento de su ordenamiento jurídico, menores costes de litigación, dominio de la lengua del proceso, agilidad en la resolución de los procedimientos, una mayor confianza en sus operadores jurídicos o, incluso, la predisposición psicológica que pudiera tener la autoridad del Estado del foro a favorecer a la parte local, esto es, acudiendo al símil futbolero, a la parte que disputa el partido en su propio terreno.

La segunda posible disfunción del sistema sería el *forum shopping*. Se trata de una técnica consistente en presentar el divorcio por la parte demandante ante las autoridades judiciales de un determinado Estado sabedora ésta, de antemano, que su sistema de derecho internacional privado le favorecerá en orden a determinar el derecho nacional aplicable al fondo (la conocida como *lex causae*), esto es, aquel que más interese a sus posiciones, pretendiendo con ello obtener una mejor o más favorable resolución material a su favor⁵. Es cierto que este fenómeno se trata de desactivar en los últimos años en el ámbito de la Unión Europea mediante la entrada en vigor de reglamentos que

³ RODRÍGUEZ (2020), p. 18.

⁴ ZARRALUQUI (2017), pp. 211-230.

⁵ Entre otros notorios supuestos sobre este conocido fenómeno, encontramos el del reciente divorcio de la célebre tenista española A. S. V. y su marido J. S. y la consiguiente disputa en aras a tratar de conseguir litigar cada parte en el foro, norteamericano (la mujer) o español (el marido), más afín a sus intereses, con decisión judicial final a favor de la competencia de los tribunales de Miami tras SAP Barcelona de 29 de marzo de 2021. Hay que tener en cuenta que las diferencias entre los distintos derechos estatales a la hora de regular el divorcio son muy importantes, de ahí el interés en que el caso sea resuelto por uno u otro ordenamiento jurídico.

contienen normas de conflicto uniformes en diferentes ámbitos materiales, entre ellos el del divorcio, pretendiéndose así fortalecer la seguridad jurídica y que, en cualquier caso, sea la misma ley estatal la que regule el divorcio con independencia del Estado del tribunal que pudiera conocer del litigio⁶.

Por último, también ocurre que a veces nos encontramos con la existencia de determinados países considerados como auténticos “paraísos para demandar”, atendiendo a variadas razones sustantivas y procesales. Así, por ejemplo, el Reino Unido, y, en particular los tribunales de la ciudad de Londres⁷, tiene cierta fama en materia de divorcios internacionales, siendo la mujer la que suele buscar la competencia del tribunal inglés –antes de que su marido presente la demanda ante los tribunales de otro foro– porque es muy posible que la jurisdicción inglesa le sea más favorable a sus intereses, llegándose a afirmar que el foro londinense (o el inglés, en un sentido más amplio) ha llegado a convertirse en la actualidad en algo así como la capital mundial del divorcio transfronterizo⁸.

Es por todo ello que, en relación con un divorcio internacional, será una cuestión de primer orden el determinar con acierto la competencia judicial de los tribunales, en nuestro caso, de los tribunales españoles. La finalidad es que estos ejerzan de una manera “razonable” la jurisdicción y lleguen a dictar sentencias que sean consideradas como válidas (en el sentido de homologables) en el conjunto de los ordenamientos estatales en presencia.

Se trata con ello de que no nos encontremos al final del proceso con resoluciones de las denominadas “claudicantes”, esto es, que se consideran válidas en unos ordenamientos, pero nulas o inexistentes en otros, lo cual constituye un auténtico problema para el desarrollo del tráfico jurídico internacional. Y por desgracia ello es algo que a veces suele acontecer cuando los tribunales de un Estado conocen de un divorcio transfronterizo en virtud de unos foros de competencia que puedan considerarse excesivos o exorbitantes, dando lugar al indeseado fenómeno del “imperialismo jurisdiccional”. Así, por ejemplo, en ciertos casos específicos, el foro de la residencia habitual del demandante

puede no reflejar una auténtica proximidad o vinculación entre el Estado cuyos tribunales aparecen como competentes y la situación litigiosa concreta, siendo dicha residencia habitual un elemento circunstancial que en realidad no implica una razonable conexión entre dicho litigio y el Estado en cuestión. Se trata de un foro que, en muchos casos, sobre todo si la parte a quien interese tiene cierta capacidad económica, puede ser “provocado” con relativa facilidad para lograr captar la competencia de los tribunales que más le convengan⁹.

2. Aspectos controvertidos en los divorcios internacionales

Dada la posibilidad de que puedan comenzar a conocer al mismo tiempo de un divorcio los tribunales de más de un Estado, y debido a la configuración de las normas que regulan la materia –con foros operativos de una manera flexible y bajo el principio de alternatividad–, no es extraño que en este ámbito esté llamada a intervenir la figura de la “litispendencia internacional”. En efecto, al existir múltiples foros de competencia judicial (*infra*) en materia de divorcio, y además operar estos de manera alternativa, es frecuente que, en un estrecho margen temporal, los cónyuges presenten sus demandas ante tribunales de distintos países, dando lugar a la existencia de demandas internacionales cruzadas¹⁰. Se trata de procesos ordinarios de idéntica naturaleza, tramitados en diferentes Estados, pero donde existe identidad subjetiva o de personas, del objeto litigioso y de la causa de pedir. En tales supuestos debe diferenciarse si la situación de litispendencia concurre en el marco de un procedimiento seguido ante un tribunal español, por un lado, y ante un tribunal de otro Estado miembro de la Unión Europea, por otro (litispendencia intraeuropea), o si se produce entre un tribunal español y un tribunal de un tercer Estado (litispendencia extraeuropea)¹¹.

⁹ Y no digamos ya si hablamos del foro de la nacionalidad del demandante, foro que suele ponerse de ejemplo como prototípico caso que da lugar a evidentes supuestos de imperialismo jurisdiccional, pues puede ser fácilmente “provocado” para la ocasión. Tales foros excesivos, desaforados o exorbitantes en España podrían considerarse contrarios al artículo 24 CE y al artículo 6 CEDH de 1950.

¹⁰ Como aconteció en los casos ya referidos relativos a los divorcios de A. S. V o del matrimonio V. (véanse notas 5 y 8)

¹¹ Sobre la cuestión de la litispendencia internacional en el marco de la Unión Europea, en general, véase MASEDA (2019); ÁLVAREZ (2019b); y, GUZMÁN (2019).

Así, en el ámbito de la Unión Europea la solución pasa porque el órgano jurisdiccional ante el que se presente la segunda demanda, normalmente a instancia de parte (aunque la litispendencia puede ser apreciada de oficio: STS de 13 de marzo de 2013, entre otras), suspenda de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se presentó la primera y, una vez se establezca, aquél se inhibirá a su favor (artículo 19 reglamento 2201/2003). En relación con la litispendencia extra europea, para ver si procede o no la excepción, ha de acudir a las normas nacionales del Estado ante cuyos tribunales se plantee, en el caso español, a los correspondientes artículos de la LEC (a los que expresamente se remite el artículo 38 de la ley 29/2015).

⁶ En concreto es lo que acontece en relación con el divorcio con el reglamento (UE) n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010.

⁷ SÁNCHEZ (2015), pp. 352-356.

⁸ V. v. V. (2020). En dicha sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido (*The Supreme Court*) encontramos un claro caso de *forum shopping* en relación tanto al divorcio del matrimonio V. como a las obligaciones alimenticias derivadas del mismo, pugnándose en el caso entre la competencia de los tribunales escoceses y los ingleses para el conocimiento de ambos aspectos, teniendo especial interés la mujer en litigar ante los tribunales ingleses dado que éstos, en virtud del derecho inglés, otorgan frente a los escoceses un mejor trato a la mujer en relación con las pretensiones contempladas en el divorcio.

Téngase en cuenta que en el Reino Unido se producen los llamados en derecho internacional privado “conflictos internos”, es decir, aquellos que afectan a dos o más bloques normativos que coexisten en el seno de un mismo sistema jurídico en un Estado, el cual es denominado Estado “plurilegislativo”. RODRÍGUEZ (2020), pp. 24-25.

Debe apuntarse que las normas de competencia judicial internacional otorgan jurisdicción sólo a los tribunales estatales que resulten competentes en su conjunto. Luego, serán las normas procesales internas de cada Estado (en nuestro caso, en el ámbito civil, el artículo 769 LEC) las que designarán, sobre la base de unos criterios territoriales, objetivos y funcionales, cuál es, dentro de ese conjunto, el concreto órgano jurisdiccional que podrá conocer del proceso de divorcio. Por ello, debe tenerse en cuenta que, en materia de divorcio, la regulación transnacional en esta materia constituye un *prius* respecto a las particulares de cada Estado. Pero a veces, no es raro que la regulación transfronteriza pueda determinar de manera directa el órgano que deba conocer por razón del territorio, siempre y cuando ello sea factible¹².

Por otro lado, no debe confundirse la competencia internacional en materia de divorcio, con la referida a otras cuestiones que, de ordinario, aparecen vinculadas al mismo, pero que en el plano normativo cuentan con sus propias normas supraestatales para la determinación de la jurisdicción, circunstancia que por desgracia a veces no es tenida en cuenta por nuestros tribunales. Así, en materia de alimentos se aplicará el reglamento 4/2009 (artículos 3.º a 14); en materia de régimen económico matrimonial el reglamento 2016/1103 (artículos 4.º a 19)¹³ o en aspectos relativos a responsabilidad parental (guarda y custodia, visitas, etc.) el ya citado reglamento 2201/2003 (artículos 8.º a 14)¹⁴. Como consecuencia del limitado ámbito de aplicación material del reglamento 2201/2003 y la consideración de todos estos otros textos que regulan competencia referida a materias cercanas o conexas al divorcio, se puede correr el “riesgo de la dispersión del pleito”, con los graves inconvenientes que en la práctica ello conlleva¹⁵.

También debe tenerse en cuenta que las normas de competencia judicial relativas al divorcio se aplican sólo a lo que es en sí la disolución del matrimonio, esto es, a los únicos efectos de la declaración del divorcio. Por lo tanto, tales normas no se ocupan de aspectos tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas

accesorias, las cuales también tienen sus propias normas reguladoras¹⁶. Y lo mismo cabe decir en relación con la competencia para la modificación de sentencias de divorcio dictadas por tribunales extranjeros: serían aplicables los foros en materia de divorcio para determinar la posible atribución de conocimiento a los tribunales españoles, pero ello no alcanzaría a cuestiones que no se encontrasen incluidas en el ámbito material de la norma aplicable (que suele ser el reglamento 2201/2003), como pudiera ser, por ejemplo, lo relativo a la pensión compensatoria o a la de alimentos.

Por último, y por lo que hace a estos aspectos controvertidos que estamos exponiendo, un tema que también suscita problemas en relación con los procedimientos de divorcio transfronterizos es la que se refiere a los requisitos documentales de la demanda. En particular nos referimos ahora al hecho de la no inscripción en el Registro Civil español del matrimonio celebrado en el extranjero, entre extranjeros, y cuyo divorcio se tramita ante los tribunales españoles.¹⁷ Ocurre que en los litigios internacionales de divorcio a veces no es posible acompañar a la demanda la certificación requerida de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil debido a su imposibilidad de inscripción y, en estricta teoría, ello debería dar lugar a la inadmisión de la demanda según las normas que rigen los procedimientos de divorcio en nuestro ordenamiento¹⁸.

Sin embargo, entendemos que debe hacerse una lectura adaptada a estas situaciones, tan necesaria a veces en los litigios internacionales, en el sentido de admitir la competencia de nuestros tribunales en el caso de que ambos cónyuges tuviesen su residencia habitual en España al presentar la demanda y hubieran contraído matrimonio fuera de nuestro país. Exigirles en tal caso la referida certificación registral, teniendo en cuenta que serían competentes para conocer del divorcio los tribunales españoles, sería contrario al derecho de las partes a la tutela judicial efectiva¹⁹. En estos supuestos parece que lo razonable sería acompañar a la demanda los certificados de empadronamiento en España de ambos cónyuges y la correspondiente certificación registral expedida por las autoridades del país donde se celebró el matrimonio, y ello apostillada o, en su caso, legalizada.

¹² En el AAP de Barcelona de 22 de mayo de 2019 se declara la competencia de los tribunales españoles, y en concreto del Juzgado de residencia de los menores (Barcelona), para conocer de una demanda de modificación de medidas, y todo ello –tanto la competencia internacional como la interna– en virtud de lo dispuesto en los artículos 8 y siguientes del reglamento 2201/2003. Un supuesto similar de utilización de una norma de competencia judicial internacional para a su vez determinar la competencia territorial lo podemos ver en el AAP de Oviedo de 25 de mayo de 2020.

¹³ CAMPO (2019), pp. 1-13.

¹⁴ Un flagrante caso de confusión de los referidos aspectos puede verse en AZCÁRRAGA y QUINZÁ (2018), pp. 802-810. Errores similares en el ámbito de procesos de divorcio desgraciadamente son frecuentes en los tribunales españoles, pudiéndose comprobar recientemente en la SAP de Toledo de 03 de marzo de 2020.

¹⁵ SÁNCHEZ (2013), p. 44 y CARRASCOSA (2004), pp. 213-227.

¹⁶ Así lo deja claro el considerando 8.º del reglamento 2201/2003. Sin embargo, sí que se aplican estas normas para determinar la competencia internacional a fin de dictar las llamadas “medidas previas” al divorcio, así como las medidas provisionales, cautelares o urgentes que en su caso procedan.

¹⁷ Artículos 770 y 777 LEC.

¹⁸ Artículo 403.2 LEC.

¹⁹ Y tampoco sería correcto en tal caso obligar a los cónyuges a que procedieran previamente a la presentación de la demanda a la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, pues ello no es exigible al ser ambos cónyuges extranjeros y al no haberse celebrado el matrimonio en España. En el Registro Civil Central se inscriben los matrimonios celebrados en el extranjero entre españoles o personas que posteriormente adquieren la nacionalidad española, que no son los casos a los que ahora nos referimos.

II. DIVORCIOS INTERNACIONALES Y JURISDICCIÓN: REGULACIÓN

En el sistema español nos encontramos con normas de carácter supraestatal e internas²⁰. Como en otros muchos ámbitos del derecho internacional privado actual, un punto de gran relevancia lo va a constituir la correcta determinación de la normativa aplicable en cada supuesto para, en su caso, determinar con acierto la competencia de los tribunales españoles. Y decimos esto porque ha existido cierta actitud o “vicio” de nuestra jurisprudencia menor consistente en ignorar con singular contumacia la aplicación del reglamento 2201/2003²¹, en particular en procedimientos de divorcio que afectaban sólo a nacionales de terceros Estados, ignorando su existencia y, en su lugar, aplicar de modo improcedente y con cierto automatismo, la regulación interna contenida en la LOPJ²².

Vamos a continuación a ocuparnos de las normas aplicables en el sistema español, distinguiendo a tal efecto entre las supraestatales, siempre de preferente aplicación, y las estatales, que hoy han quedado relegadas a un muy segundo plano.

1. La regulación supraestatal: el reglamento (UE) 2201/2003

Respecto a la regulación de la materia que abordamos, contamos en la actualidad con un reglamento de la Unión Europea que, sin duda alguna, se ha convertido en la piedra angular del sistema español. Nos referimos al ya citado reglamento 2201/2003²³. Ha de indicarse que tal reglamento será sustituido

²⁰ VIDAL (2009), pp. 101-116.

²¹ VIDAL (2009), pp. 106-107. La jurisprudencia española, como siempre muy lenta a la hora de asimilar las normas de derecho internacional privado, ya sean en materia de competencia judicial o ley aplicable, continuó durante mucho tiempo utilizando los criterios de la LOPJ sin plantearse siquiera la aplicación del reglamento 2201/2003.

²² CALVO y CARRASCOSA (2018), pp. 240-241 y FERNÁNDEZ y SÁNCHEZ (2020), pp. 482-483.

Ello acontece con cierta frecuencia en los supuestos en los que los cónyuges, o alguno de ellos, no ostentan la nacionalidad de ningún Estado miembro, destacando también casos en los que al Ministerio Fiscal interesa se declare la incompetencia de los tribunales españoles por el hecho de que el demandado no tenga su domicilio en España *ex* artículo 50 LEC. Ello constituye un doble error: por una parte, porque dicho precepto regula únicamente la competencia interna, y no la internacional y, por otra, porque sólo debería ser tenido en consideración en el caso de que, con arreglo a las normas aplicables, la jurisdicción española dispusiera de competencia internacional.

²³ Debemos significar que el Reino de España, en general, no tiene suscritos convenios internacionales en materia de competencia judicial internacional y, en particular, en materia de divorcio. Y de los 2 convenios bilaterales vigentes que regulan competencia judicial, tanto el suscrito con Rumanía (1997) como con El Salvador (2000), ambos excluyen el divorcio de su ámbito material. Respecto a convenios multilaterales, la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado elaboró el convenio de 12 de junio de 1902 sobre conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de divorcio y separación de cuerpos, que fue firmado, pero no ratificado por España; y tampoco se incorporó al derecho español el convenio de La Haya de 01 de junio de 1970 sobre reconocimiento de divorcios y de separación de cuerpos.

a partir del 22 de agosto de 2022 por el nuevo reglamento 2019/1111. En lo que respecta a la materia de competencia judicial en relación con el divorcio no existe una variación respecto a la regulación actual, en particular en lo que hace a los foros de competencia (artículo 3.º), por lo que en realidad, al margen de no ser aplicable a día de hoy, no tiene trascendencia de cara al contenido del presente trabajo. Las modificaciones se producirán en materia de responsabilidad parental y, en de manera principal, en relación con la regulación de la sustracción internacional de menores, aspectos éstos que no afectan al objeto de nuestro artículo.

Llama la atención que el reglamento 2201/2003 (ni tampoco el futuro reglamento 2019/1111) no contenga en su articulado un concepto de lo que ha de entenderse por “matrimonio”, constituyendo tal institución una cuestión previa al divorcio. Tal omisión puede dar lugar a que se planteen dudas en supuestos de matrimonios poligámicos, entre personas del mismo sexo, temporales, revocables, etc. Ante esta situación, y resultando necesario conocer cuál es su significado, debe prevalecer la remisión al derecho nacional de cada Estado miembro, para que sea éste en cada caso, a través de sus tribunales, el que establezca mediante la aplicación de su propio derecho si la unión entre dos personas que se pretende disolver constituye o no en realidad un matrimonio. Esta es la solución que parece desprenderse del considerando 10.º del reglamento 2201/2003, a tenor del cual, las cuestiones prejudiciales, como son las relativas a la capacidad jurídica o a la validez del matrimonio, deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate en el litigio concreto²⁴.

a) Ámbito de aplicación

La competencia judicial internacional se fundamentará en el reglamento 2201/2003 cuando el supuesto litigioso de que se trate quede comprendido en su ámbito de aplicación, el que viene delimitado por cuatro factores:

- 1) material;
- 2) territorial;
- 3) personal; y,
- 4) temporal.

Desde el punto de vista “material”, y en lo que interesa a efectos de nuestro trabajo, el artículo 1.1 dispone que el reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca del asunto,

²⁴ Normalmente los conceptos jurídicos principales correspondientes a las materias propias de los instrumentos comunitarios de derecho internacional privado son objeto de una definición autónoma en el marco de estos, definición al margen de la particular existente en cada Estado miembro. Sin embargo, al resultar complejo consensuar ciertos conceptos en un marco o visión europea, tal como sucede con la definición de “matrimonio” (donde convergen aspectos jurídicos, religiosos, sociológicos o históricos propios de cada Estado), se ha optado por extraer la definición del derecho de cada Estado miembro en la aplicación por sus autoridades del reglamento.

a las materias civiles relativas: al divorcio, la separación y la nulidad matrimonial. Respecto a la materia matrimonial, ya hemos señalado que el reglamento sólo se aplica a lo que se refiere a la disolución (considerando 8.º) y que no se ocupa de otros aspectos como:

- 1) los procedimientos de nulidad matrimonial, divorcios o separaciones que tengan carácter religioso;
- 2) ni tampoco de los aspectos que se encuentran vinculados al divorcio: así, el régimen económico matrimonial o alimentos (*supra*, apartado I)²⁵;
- 3) ni se aplica a la disolución de parejas de hecho²⁶;
- 4) ni a la determinación de la ley aplicable al divorcio, aspecto que hemos visto cuenta con su propio instrumento regulador (reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre)²⁷.

Además, el ámbito material del reglamento 2201/2003 también se delimita desde un punto de vista negativo, al referirse el artículo 1.3 a una lista de materias que se encuentran excluidas de una manera expresa. En concreto, no se aplica:

- 1) a la determinación y a la impugnación de la filiación;
- 2) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción;
- 3) al nombre y apellidos del menor;
- 4) a la emancipación;
- 5) a las obligaciones de alimentos;
- 6) a los fideicomisos y las sucesiones; y,
- 7) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores.

En lo que se refiere al ámbito “territorial”, el reglamento 2201/2003 se aplica en todos los Estados miembros de la UE, con la excepción de Dinamarca. En este caso, el Reino Unido e Irlanda sí participaron en el reglamento, y ello tras ejercitar en su momento el *opting-in* (considerando 30)²⁸.

²⁵ ARENAS (2004), p. 140. La consecuencia de ello será que en cada caso de crisis matrimonial que se presente ante los tribunales de los Estados miembros será precisa la consideración de una pluralidad de normas, para determinar la competencia judicial internacional respecto a las diferentes cuestiones que suelen plantearse junto con la demanda matrimonial. ESPLUGUES (2002), p. 27. Ello, obviamente, puede plantear un problema de compatibilidad de fuentes de difícil solución práctica.

²⁶ ESPLUGUES (2002), p. 28. Quedan por lo tanto excluidos del ámbito de aplicación del reglamento 2201/2003 los supuestos de separación de hecho y de todas aquellas cuestiones relativas a las uniones de hecho.

²⁷ En el artículo 2 del reglamento 2201/2003 se establece que por “órgano jurisdiccional” se entiende todas las autoridades de los Estados miembros con competencias en las materias que entran en el ámbito de aplicación del reglamento, lo cual es relevante en España, en relación con la cuestión de la ley aplicable al divorcio, tras las modificaciones introducidas por la ley de la jurisdicción voluntaria, pues se contempla la intervención de notarios y letrados de la administración de justicia en la separación o divorcio de mutuo acuerdo.

²⁸ Y ello con independencia de la salida del Reino Unido de la Unión Europea el pasado 31 de diciembre de 2020 como consecuencia del proceso del *Brexit*. Por ello este país actualmente ya no participa en los instrumentos comunitarios, los cuales ya no son aplicados por sus autoridades.

Respecto al ámbito “personal”, éste se deduce de los artículos 6.º y 7.º del reglamento 2201/2003, regulación que no es todo lo clara que sería deseable. En principio, las normas de competencia judicial del reglamento se aplican con carácter general, respecto a cualquier persona. Si con arreglo a estas normas no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de algún Estado miembro (cosa complicada dado el número y naturaleza de foros previstos), se aplicarán entonces las normas internas de éstos²⁹, y ello con independencia de que el demandado sea o no nacional de un Estado comunitario y de que dicho demandado ostente su residencia habitual o no en la Unión Europea.

El artículo 7.1 del reglamento trata de evitar una “denegación de justicia” y permite, al efecto, utilizar los foros previstos en cada Estado miembro pero sólo en el caso de que no exista ningún tribunal en algún otro Estado miembro que resulte competente para conocer del procedimiento con arreglo al propio reglamento. En el caso de un demandado nacional de un Estado de la Unión Europea, pero con residencia habitual en un tercer Estado, podrá ser demandado ante los tribunales de un Estado miembro con arreglo a las normas nacionales de competencia en el sector del divorcio solo si ningún tribunal de algún Estado miembro sea competente para conocer del divorcio según las normas de competencia del reglamento 2201/2003³⁰.

Y en el supuesto de que las normas de producción interna (en nuestro caso contenidas en el artículo 22 *quáter*, letra c), de la LOPJ –*infra*–) no otorgasen competencia a los tribunales españoles, entonces éstos deberán declararse incompetentes.

Se establece no obstante una limitación: un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro sea nacional de tal Estado o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos Estados miembros, sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las disposiciones del reglamento 2201/2003. La remisión al Reino Unido carece hoy de trascendencia debido a la salida de dicho país de la Unión Europea desde el 01 de enero de 2021.

Por último, en cuanto al ámbito “temporal” del reglamento, éste entró en vigor el 01 de agosto de 2004, siendo aplicable desde el 01 de marzo de 2005 (artículo 72). Las acciones judiciales ejercitadas a partir de esta fecha están sometidas a lo dispuesto en el reglamento (artículo 64.1) y, si bien éste no tiene en principio carácter retroactivo, se contemplaron sin embargo algunas excepciones.

²⁹ Efectivamente, en la STJCE de 29 de noviembre de 2007 se precisó que el recurso a las normas internas de competencia judicial internacional sólo puede producirse cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro resulte competente con arreglo a las disposiciones del reglamento.

³⁰ CALVO y CARRASCOSA (2018), pp. 234-235.

b) Los foros de competencia judicial internacional

El reglamento 2201/2003 contiene en su artículo 3.º una amplia lista de criterios de competencia judicial internacional, los cuales guardan entre sí una relación de alternatividad. En esta materia no se recurre a una estructura jerárquica que imponga la preferencia de un foro frente a los demás, sino que se puede optar por cualquiera de ellos para acudir al órgano jurisdiccional que cada parte estime más conveniente a sus intereses; de ahí la posibilidad de que se pueda activar el fenómeno ya tratado de la “carrera hacia el tribunal”. Es suficiente que concorra uno de los criterios para que los tribunales del Estado miembro de que se trate se declaren competentes³¹, siendo irrelevante el hecho de que los de otros puedan también conocer del divorcio en virtud de alguno de los foros contemplados en el artículo 3.º³².

Los foros son controlables de oficio por los tribunales. A tenor de lo dispuesto en el artículo 17, precepto necesario para asegurar la correcta aplicación del reglamento, si el juez comprueba que con arreglo a éste carece de competencia y ésta corresponde a los tribunales de otro Estado miembro, entonces se declarará de oficio incompetente. También deberá declararse incompetente si comprueba que no es competente en virtud del reglamento 2201/2003, ni con arreglo, en su caso, a sus normas de producción interna, y ello incluso en el caso de que no sea competente otro tribunal de otro Estado miembro³³.

En el artículo 3.º del reglamento 2201/2003 se contienen siete foros basados en circunstancias objetivas, fundamentados en el principio de proximidad, y que giran en torno a la residencia habitual o nacionalidad/*domicile* de los cónyuges³⁴. Se trata de unos foros flexibles, realistas, y adaptados al alto grado de movilidad de los cónyuges que suele producirse tras una crisis matrimonial transfronteriza, entendiéndose además que, en términos generales, generan un nivel suficiente de conexión entre el litigio y la jurisdicción seleccionada³⁵.

En concreto, esta norma dispone que en los asuntos relativos al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, la competencia corresponderá, de manera alternativa, a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre:

- 1) la residencia habitual de los cónyuges;
- 2) el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí;

³¹ STS de 16 de diciembre de 2015, *infra*.

³² SÁNCHEZ (2013), pp. 41-42. El elevado número de foros contenidos en el artículo 3 del reglamento, unido a su carácter alternativo, obedece sin duda al *favor divortii*, principio que se encuentra muy presente en la articulación del reglamento para favorecer el conocimiento del procedimiento de divorcio y el acceso a los tribunales de algún Estado miembro de una manera amplia.

³³ CALVO y CARRASCOSA (2018), p. 236.

³⁴ PALAO (2018), pp. 9-44 y TORRALBA (2018), pp. 453-4787. En general, sobre el concepto de “residencia habitual”, véase PÉREZ (2018 y 2020).

³⁵ ESPLUGUES (2001), p. 32.

- 3) la residencia habitual del demandado;
- 4) en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges;
- 5) la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda;
- 6) la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los 6 meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su *domicile*;
- 7) o de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, del *domicile* común (tégase en cuenta la salida del Reino Unido de la Unión Europea).

Por lo que respecta al foro de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda ha de tenerse en cuenta que es irrelevante su nacionalidad, pues con independencia de cuál sea, si el matrimonio tiene la residencia habitual, por ejemplo, en España, la competencia judicial de los tribunales españoles se va a determinar por las normas del artículo 3.º del reglamento. Sin embargo, por lo que concierne al foro de la nacionalidad de ambos cónyuges, carece de relevancia el país de su residencia habitual, debiendo concurrir la nacionalidad común en el momento de la presentación de la demanda³⁶. Sobre el criterio de la nacionalidad común, la sentencia TJCE de 16 de julio de 2009 indicó que en caso de que ambos cónyuges compartieran la nacionalidad de más de un Estado miembro, podrían optar por presentar su demanda ante los órganos jurisdiccionales de cualquiera de ellos.

A pesar de la importancia de la “residencia habitual” en el marco del reglamento 2201/2003, éste no define qué ha de entenderse por tal³⁷, siendo en todo caso un concepto autónomo del propio reglamento que equivale al “centro social de vida” o al “lugar donde el interesado ha fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable”³⁸. Se trata del lugar donde la persona dispone del núcleo principal en sus relaciones con otras personas y, aunque en principio no es relevante la duración temporal concreta de la permanencia en el país concreto, cuanto más tiempo permanezca una persona allí, más probabilidades existen que se entienda que tiene en ese país su residencia habitual.

En principio el elemento intencional no tiene especial trascendencia para su determinación. Sin embargo, en el sector de la competencia judicial internacional relativa al divorcio la intención de las partes debe ser potenciada, lo

³⁶ CALVO y CARRASCOSA (2018), pp. 243-244 y ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2009a), pp. 1-9.

³⁷ BONOMI (2001), pp. 298-299. Dada la importancia que adquiere el concepto de residencia habitual en el reglamento 2201/2003, hubiera sido conveniente haber introducido una definición en su regulación.

³⁸ STS de 21 de noviembre de 2017, *infra*.

que conducirá a un concepto más amplio de residencia habitual, y ello con el fin de facilitar el acceso a los tribunales en materia de crisis matrimoniales³⁹. Al respecto, la inscripción del interesado en registros públicos, como el padrón municipal, no supone de manera automática que tenga en dicho lugar su residencia habitual, pero no obstante constituye un principio de prueba bastante sólido, aunque puede ser desvirtuado. En definitiva, la residencia habitual se ha de considerar en sentido fáctico, atendiendo a aspectos como el lugar donde el sujeto tiene el centro de sus intereses constatado mediante circunstancias de hecho, como los vínculos sociales, la estabilidad de la residencia o la voluntad de permanencia⁴⁰.

En materia de divorcio se recogen en el reglamento 2201/2003 dos normas adicionales conteniendo dos foros específicos para los supuestos de demandas reconventionales y de conversión de la separación judicial en divorcio. En primer lugar, el artículo 4.º señala que en caso de demanda reconventional será competente el órgano jurisdiccional ante el que se sustancia el procedimiento con arreglo al artículo 3.º, en la medida en que esta demanda entre en el ámbito de aplicación del reglamento; el concepto de reconversión es propio del reglamento y cubre las pretensiones formuladas por los demandados con el objeto de lograr un pronunciamiento judicial distinto a la desestimación de la demanda inicialmente interpuesta. En segundo término, el artículo 5.º dispone para los supuestos de conversión de la separación judicial en divorcio, que podrá plantearse ante el órgano jurisdiccional que resulte competente con arreglo al artículo 3.º, o ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiese dictado la resolución de separación si su ley prevé tal posibilidad.

Para concluir este análisis del reglamento 2201/2003 en relación con la competencia judicial en materia de divorcios internacionales, es importante destacar que debe garantizarse siempre que el demandado haya conocido la existencia de la demanda de divorcio, esto es, que haya tenido la posibilidad efectiva de participar en el procedimiento, haciendo valer sus derechos. Y a tal fin el artículo 18 del reglamento se remite, dependiendo del caso, al reglamento 1393/2007, o al Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965.

2. La regulación interna: la LOPJ

El régimen interno de competencia judicial internacional en el sistema español se regula en la LOPJ, más en concreto, en el título primero del libro primero, titulado “De la extensión y límites de la jurisdicción” (artículos 21 a 25), que fue modificado por la ley orgánica 7/2015, de 21 de julio. Algunos de estos

³⁹ CALVO y CARRASCOSA (2018), p. 242.

⁴⁰ SÁNCHEZ (2013), p. 34. El TJUE ha facilitado en diversas ocasiones una definición de residencia habitual, en el sentido de que “es el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hechos constitutivos” (así, en la STJUE de 22 de diciembre 2010).

preceptos se caracterizan, en gran manera, por ser de aplicación subsidiaria respecto a los instrumentos supraestatales: la competencia judicial se fundamentará en la LOPJ sólo en defecto de reglamento de la Unión Europea o de convenio internacional aplicable, lo que hace que sean bastante limitadas sus posibilidades de aplicación⁴¹. La ingente labor del legislador europeo, que ha extendido sus reglamentos a un abanico muy amplio de materias, unida al hecho de que algunos de los reglamentos más recientes se aplican con carácter general y descartando la aplicación subsidiaria de normas nacionales, ha llevado a que los preceptos de la LOPJ pierdan buena parte de su trascendencia práctica. Así, el régimen del reglamento 2201/2003 constituye en la actualidad el régimen preferente para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en las causas matrimoniales, prevaleciendo incluso sobre cualquier convenio bilateral o multilateral que pudiera haber entre los Estados miembros de la Unión Europea⁴².

Si nos centramos en la competencia en materia de divorcio, los foros se recogen en los artículos 22, 22 bis, 22 ter y 22 *quáter* LOPJ, los cuales, como ya hemos indicado, sólo se pueden aplicar cuando con arreglo al reglamento 2201/2003 ningún tribunal de otro Estado miembro sea competente para conocer de la acción de divorcio (artículo 7.1), razón por la cual, reiteramos, dichos preceptos presentan hoy un carácter residual, siendo muy poca su aplicación.

De un estudio conjunto de los referidas normas de la LOPJ, estas otorgan competencia a los tribunales españoles en materia de divorcio en los siguientes supuestos tasados:

- 1) cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda;
- 2) cuando los cónyuges hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí;
- 3) cuando el demandado tenga en España su residencia habitual;
- 4) en casos de demanda de mutuo acuerdo, cuando uno de los cónyuges resida en España;
- 5) cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda;
- 6) cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos 6 meses antes de la interposición de la demanda;
- 7) cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española;
- 8) cuando el demandado tenga su domicilio en España; y,
- 9) cuando ambos cónyuges se hayan sometido a los tribunales españoles.

En la práctica, la mayoría de los foros de la LOPJ, salvo el último caso (9), van a ceder en su aplicación a favor de los del artículo 3.º del reglamento 2201/2003, siendo muchos de ellos una mera copia de lo dispuesto en dicho

⁴¹ VIDAL (2009), pp. 114-115.

⁴² FERNÁNDEZ y SÁNCHEZ (2020), p. 481.

artículo. Así, pues, los foros internos de los Estados miembros que coincidan con algunos de los recogidos por el reglamento quedarán desactivados, sobreviviendo sólo los que sean diferentes. En concreto, los foros de la LOPJ que mantienen su operatividad tras el reglamento serían el relativo a la sumisión a favor de los tribunales españoles⁴³ y el referido al demandante español con residencia habitual en España, el cual no exige plazo alguno de residencia para presentar la demanda, aunque desde el momento en que transcurrieran 6 meses (si el demandante es nacional español) o un año (si no lo fuera), dejaría de operar este criterio interno al pasar a estar cubierto el supuesto por el artículo 3.º del reglamento⁴⁴.

Y si no concurriera ninguno de los foros indicados, el tribunal español tiene la obligación de declararse incompetente. Y conviene recordar que, de ser competentes, en virtud de los criterios previstos en la LOPJ, éstos sólo habilitan a nuestros tribunales para conocer sobre la cuestión del divorcio, es decir, no en relación con aspectos que por lo general se suelen decidir al mismo tiempo, como son la custodia de los hijos, los alimentos, el régimen económico matrimonial, etc. En tales casos los tribunales españoles serán competentes únicamente si así lo disponen los diversos instrumentos internacionales vigentes en nuestro sistema, reguladores de la competencia judicial relativa a dichas materias.

III. EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL ANTE LOS DIVORCIOS INTERNACIONALES

Siguiendo la temática propuesta en el presente trabajo, vamos a abordar ahora el análisis de las resoluciones que han sido dictadas por el Tribunal Supremo español en materia de competencia judicial y divorcios transfronterizos. Y lo vamos a realizar en el marco de la vigente regulación, sin abordar posturas correspondientes a anteriores épocas, donde la regulación supraestatal, hoy dominante, brillaba entonces por su ausencia.

Y desde que se viene aplicando la norma básica de nuestro actual sistema (el reglamento 2201/2003) en conjunción con la norma interna de aplicación subsidiaria (artículo 22 LOPJ), que como hemos indicado apenas tiene utilidad en la actualidad, han sido 3 las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en concreto por su sala de lo civil, y que han abordado diversas cuestiones relacionadas con el tema que nos ocupa: por un lado, la sentencia de 16 diciembre de 2015 y, por otro, la de 21 de noviembre de 2017 y, por último, la de 17 de febrero de 2021. Vamos a detenernos a continuación en el análisis de los asuntos controvertidos que fueron tratados.

⁴³ Si bien algunos autores niegan la operatividad de este foro de la sumisión tácita o expresa del artículo 22 bis LOPJ en materia matrimonial. FERNÁNDEZ Y SÁNCHEZ (2020), p. 483.

⁴⁴ SÁNCHEZ (2020), pp. 17-34.

1. Competencia judicial y litispendencia internacional

La sentencia de 16 de diciembre de 2015 versó sobre un divorcio donde los cónyuges eran de nacionalidad portuguesa. La cuestión nuclear giró en torno a la existencia de una posible situación de litispendencia como consecuencia de la tramitación de dos procedimientos abiertos relacionados con el divorcio: uno en España, donde la competencia de sus tribunales era defendida por la mujer, y otro en Portugal, en la cual era defendida por el marido. Por los datos que ahora veremos, en el trasfondo nos encontramos con una clara situación de “carrera hacia los tribunales” o de posible *forum shopping*, fenómenos que, como ya indicamos, se producen con relativa asiduidad en el marco de los divorcios transfronterizos.

Al defender la competencia a favor de los tribunales portugueses el marido pretendía en el fondo desacreditar la jurisdicción de los tribunales españoles⁴⁵. De hecho, basta ver los motivos del recurso ante el Tribunal Supremo para percibirlo. Así, y en lo que a nosotros nos interesa, se interpuso un recurso extraordinario por dos motivos:

- 1) por infracción procesal como consecuencia de infracción del artículo 496.1.º LEC al desestimarse la litispendencia existente por la tramitación ante la jurisdicción portuguesa de litigio con el mismo objeto⁴⁶; y,
- 2) por infracción del artículo 469.1 LEC al desestimarse la incompetencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer del litigio, y ello en contra de lo dispuesto en el artículo 8.º del reglamento 2201/2003⁴⁷.

Por lo que hace al *iter* procesal del caso, y a los efectos de la solución que por el Tribunal Supremo se dará a la cuestión de la litispendencia, hay que tener en cuenta los diversos procedimientos que se siguieron entre las partes, tanto en España como en Portugal⁴⁸:

⁴⁵ Como los tribunales portugueses no pueden controlar la competencia de los tribunales españoles una vez que ha sido declarada porque tal actuación no se encuentra prevista en el artículo 19 del reglamento 2201/2003 para los supuestos de litispendencia (ni tampoco con carácter general en los artículos 17 o 24) lo que se pondrá en cuestión por parte del recurrente será cuál de los procedimientos será el que se inició en primer lugar.

⁴⁶ Y ello, según el recurrente, en contradicción con lo dispuesto en el artículo 16.1 del reglamento 2201/2002, donde se establece cuándo se considera iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional, lo cual es un aspecto básico a los efectos de determinar la posible existencia de una situación de litispendencia, que posteriormente es regulada en el artículo 19 a favor del tribunal ante el que se hubiere presentado la primera demanda.

⁴⁷ El artículo 8 dispone: “Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional”.

⁴⁸ Ha de reseñarse que la sentencia recurrida que dio lugar a la del Tribunal Supremo desestimó la litispendencia en el procedimiento de divorcio a favor de los tribunales portugueses por una doble razón: formalmente, por el hecho de no haberse planteado en primera instancia y, por motivo de fondo, al considerarse que el procedimiento de divorcio en Portugal fue iniciado

- 1) procedimiento español de medidas provisionales previas, iniciado por demanda de 07 de julio de 2011 y finalizado por auto de 26 de septiembre de 2011, en el que se declaró la competencia de los tribunales españoles conforme al artículo 8.º del reglamento 2201/2003⁴⁹;
- 2) procedimiento portugués de “regulación de responsabilidades parentales” en Lisboa, iniciado el 31 de agosto de 2011, con alegaciones de la mujer el 24 de octubre de 2011 sobre la incompetencia del tribunal portugués y suspensión de la instancia “hasta la fijación definitiva en el ámbito de la competencia internacional del foro competente”. Se remitieron las actuaciones al procedimiento portugués de divorcio iniciado con posterioridad, y al que luego haremos referencia;
- 3) procedimiento español de demanda de separación-divorcio con medidas definitivas del que conoce el Tribunal Supremo mediante los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación formulados por el marido. Tal procedimiento fue iniciado por demanda de 24 de octubre de 2011 con decreto de admisión de 02 de noviembre de 2011. En este procedimiento el actor planteó una declinatoria que fue resuelta por el auto de 11 de enero de 2012 declarándose la competencia de los tribunales españoles en virtud del artículo 3.º del reglamento 2201/2003;
- 4) procedimiento portugués de divorcio iniciado por demanda de 25 de octubre de 2011, con archivo del procedimiento de responsabilidades parentales iniciado por el marido, y confirmación por el Tribunal de Relação el 21 de noviembre de 2013; procedimiento en el que el Tribunal Supremo de Portugal planteó, al conocer del recurso, una cuestión prejudicial resuelta por auto del TJUE de 16 de julio de 2015 (asunto C-507/14).

Así las cosas, el Tribunal Supremo español desestimó los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal: por una parte, declaró que no existía una situación de litispendencia internacional que diera lugar al conocimiento preferente por parte de los tribunales portugueses y, por otra, puso de manifiesto que no existía incompetencia por parte de los tribunales españoles para conocer del litigio, todo lo contrario. Vamos a analizar por separadas ambos aspectos, deteniéndonos en lo que consideramos de mayor trascendencia.

un día después al del inicio del seguido en España. Por su parte, en relación con las medidas provisionales, la Audiencia Provincial de Madrid, que había conocido del recurso de apelación previo, consideró que el demandado asumió la competencia del juzgado español por el hecho de otorgar poder *apud acta*, por proponer prueba y, de manera particular, por comparecer a la vista sin objetar litispendencia.

⁴⁹ Adviértase el dato que, al declararse la competencia de los tribunales, en este caso en virtud del artículo 8 del reglamento 2201/2003, es evidente que se trataba de un procedimiento sobre cuestiones de responsabilidad parental, y no de un procedimiento estrictamente de divorcio.

a) La litispendencia internacional

El Tribunal Supremo aclaró con carácter previo que si la excepción de litispendencia no es alegada por las partes “debe ser apreciada de oficio a lo largo de todo el procedimiento”, ello siempre que el tribunal tenga noticia de la existencia de otro procedimiento, desvirtuándose con ello las alegaciones relativas a considerar la cuestión como novedosa por no haberse planteado en primera instancia,

“pues el conocimiento de la Sala de la existencia de otro procedimiento sobre la misma cuestión obligaría a aplicar las reglas de la litispendencia para evitar resoluciones contradictorias”⁵⁰.

Las reglas relativas a la litispendencia pretenden evitar en la Unión Europea procesos paralelos ante órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros y los conflictos entre resoluciones judiciales que pudieran resultar de ellos⁵¹. De ahí que el artículo 19 del reglamento 2201/2003, tanto para las demandas de divorcio como para las de responsabilidad parental⁵², establezca que el órgano jurisdiccional ante el que se presente la segunda demanda debe suspender de oficio el procedimiento, en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera. Y así lo entendieron en el caso concreto los tribunales portugueses al archivar sus procedimientos, tanto en primera como en segunda instancia, y ello tras haberse declarado competentes los tribunales españoles.

No obstante lo indicado, el Tribunal Supremo ofreció una serie de razones adicionales, de gran interés, en orden al rechazo de la litispendencia:

- 1) se ha conseguido ya evitar procesos contradictorios, finalidad principal de la institución, habiendo sido los tribunales españoles los únicos que se han pronunciado sobre el fondo del asunto tras declararse competentes⁵³;
- 2) la litispendencia en demandas relativas a responsabilidad parental se debe valorar en relación con un procedimiento de la misma naturaleza, debiendo tener el mismo objeto y la misma causa (artículo 19.2 del reglamento)⁵⁴, sin embargo, el procedimiento origen del recurso es un procedimiento de divorcio iniciado el 24 de octubre

⁵⁰ Las palabras en cursiva del Tribunal Supremo son lo suficientemente claras, citándose al efecto las SSTs de 13 de marzo de 2012, 24 de enero de 2006 y 22 de marzo de 2006.

⁵¹ SSTJCE de 9 de diciembre de 2003, 14 de octubre de 2007 y 9 de noviembre de 2010.

⁵² CALVO y CARRASCOSA (2018), p. 245.

⁵³ Carecería de sentido reabrir a esas alturas en Portugal otro procedimiento de responsabilidades parentales cuando éstas ya han sido debidamente adoptadas por otro tribunal, y ello en relación con una situación que se remonta al año 2011.

⁵⁴ En los procedimientos de divorcio, por el contrario, lo que se requiere es que ambos lo sean entre las mismas partes, pero no se exige identidad en el objeto (artículo 19.1 del reglamento). Véase al respecto las SSTJUE de 6 de octubre de 2015 y de 16 de enero de 2019.

de 2011, debiendo ser comparado a efectos de litispendencia con el procedimiento de divorcio portugués al que se le dio curso un día después⁵⁵;

- 3) considerando la fecha de los respectivos procedimientos iniciados en España, según la acción de que se tratase, siempre ha sido anterior el procedimiento comenzado en España al que tiene lugar en Portugal, sin que ello se desvirtúe por el hecho de que la mujer solicitase la suspensión del procedimiento iniciado el 07 de julio de 2011 por estar en vías de acuerdo, pues ello no comportó negligencia alguna al utilizar una posibilidad prevista en la norma, al margen de que la suspensión fue por un muy breve plazo⁵⁶;
- 4) por último, se valoró en el caso la conducta del demandado en el procedimiento de medidas provisionales, quien acudió a la comparecencia prevista y no planteó en momento alguno la falta de competencia de los tribunales españoles, cosa que realizó con posterioridad en el procedimiento de divorcio origen del recurso de casación que analizamos, y sin que tampoco plantease en la comparecencia de medidas provisionales la existencia de otro procedimiento en Portugal.

Hemos de señalar que también en el auto del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2018 se planteó un asunto sobre litispendencia internacional. En este caso se discutió sobre si eran competentes los tribunales alemanes o los españoles para conocer de un procedimiento de divorcio de un matrimonio alemán, resolviendo la Audiencia Provincial a favor de la competencia de los tribunales españoles por aplicación del artículo 3.º del reglamento 2201/2003⁵⁷. En relación con la litispendencia, se estableció que no se había acreditado, conforme al artículo 19 del reglamento, que la demanda formulada en Alemania lo hubiese sido con anterioridad a la presentada en España. El recurso de casación fue inadmitido dado que lo que el recurrente planteaba, poniendo en duda la residencia en España del demandante, era un tema de

⁵⁵ Sin embargo, el procedimiento español de medidas provisionales iniciado el 07 de julio de 2011 debería ser comparado a efecto de la litispendencia con el procedimiento portugués de 31 de agosto de 2011, siendo discutible que estas dos demandas tuviesen el mismo objeto y causa, pues, como indica el Tribunal Supremo en la sentencia en relación con tal procedimiento, “en Portugal se solicitaba de forma principal la restitución de los menores a Portugal”.

⁵⁶ En la STJUE de 27 de marzo de 2019 se evidencia cómo el derecho de la Unión puede llegar a afectar a los derechos procesales de los Estados miembros en una cuestión tan íntimamente ligada a la regla *lex fori regit processum*, como es el lugar y los plazos de presentación de los escritos procesales. Con arreglo a la misma, el Tribunal impone acertadamente la regla de “equivalencia de efectos” a aquellos escritos procesales dirigidos a un órgano judicial que sean presentados ante un operador postal, sea o no el designado para prestar el servicio postal universal, salvo que exista una justificación objetiva basada en razones de orden público o de seguridad pública que impida su aplicación.

⁵⁷ En el caso constaba que la residencia habitual del matrimonio se encontraba en Lanzarote, siendo esa además la residencia del demandante en el momento de presentar la demanda, razón por la cual concurrían los presupuestos del artículo 3 a) 2.º del reglamento 2201/2003 para declarar la competencia de los tribunales españoles.

naturaleza probatoria que excedía del ámbito de la casación, puesto que la única finalidad perseguida por la recurrente era que se declarase la incompetencia de los tribunales españoles. Y para ello se utilizó el recurso de casación para sortear el obstáculo a que se enfrentaba, dado que la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal se encuentra condicionado a la admisión del recurso de casación cuando, como ocurría en el caso, la cuantía del recurso no excede de 600 000 euros o se hubiera tramitado por razón de la materia.

b) La competencia de los tribunales españoles

En el segundo motivo del recurso ante el Tribunal Supremo se denunció por el recurrente la no desestimación en la sentencia recurrida de la incompetencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer del litigio, invocándose a tal efecto los artículos 8.º y 10.º del reglamento 2201/2003⁵⁸. Como puede observarse, la fundamentación se refirió a la cuestión de la “responsabilidad parental”, ámbito donde los mencionados preceptos tienen aplicación. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo desestimó el motivo, abordando para ello el tema de la incompetencia en relación con ambos aspectos objeto del recurso, tanto el del divorcio como el de la responsabilidad parental. Veamos cómo dio respuesta al asunto en relación con los referidos aspectos.

Por lo que respecta al divorcio, se incidió en el carácter alternativo de los foros del artículo 3.º del reglamento 2201/2003, no ofreciendo duda la competencia de los tribunales españoles dado que, por razones laborales, se acreditó que la actora (extranjera extracomunitaria) tenía su residencia habitual en España en el año anterior a la presentación de la demanda.

Por lo que se refiere a la responsabilidad parental, que realmente es la que se invocó en el recurso (artículos 8.º y 10.º), se indicó que el artículo 12 del reglamento permitía la prórroga de la competencia a favor de los tribunales del Estado miembro en que ésta se ejercía con arreglo al artículo 3.º (divorcio) a los aspectos relativos a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda, en palabras del Tribunal,

“cuando uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor y la competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto al órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor”.

Y en el caso concreto, el Tribunal Supremo valoró el hecho de que el recurrente aceptó la competencia en esta materia de los tribunales españoles al comparecer en su día a la vista de las medidas provisionales, sin cuestionarla.

⁵⁸ Básicamente el recurrente consideraba que los tribunales españoles carecían de competencia internacional al mantener que los menores tenían su residencia habitual en Portugal en el momento en que se presentó el asunto ante el órgano jurisdiccional (artículo 8 del reglamento).

Pero incluso si se estimase que dicha conducta del recurrente no pudiera ser considerada como sumisión en el procedimiento de divorcio (por ser distinto procedimiento, pese a que trae causa en él), entonces debería estarse a las reglas generales contenidas en los artículos 8.º, 9.º y 13 del reglamento. Y, según literalmente se indicó,

“todas estas reglas, que atienden según el considerando 12 del Reglamento al interés superior del menor y en particular en función del criterio de proximidad, determinan la competencia de los tribunales *españoles*”.

En efecto, el artículo 8.º atiende a la residencia habitual del menor en el momento en el que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. Para el Tribunal Supremo es cierto que resultaría difícil determinar cuál era el lugar de residencia habitual de los menores (pues habían estado escolarizados tanto en España como en Portugal, estando el año 2010-2011 escolarizados en Portugal). Pero, para estos casos, el artículo 9.º prevé que el tribunal de la anterior residencia mantenga durante los tres meses siguientes al cambio de residencia competencia para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictado en dicho estado miembro, con una excepción, en concreto, y según remarca el Tribunal Supremo,

296

“que el titular del derecho de visita haya aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia”,

circunstancia que, en efecto, aconteció en el caso. A mayor abundamiento, incluso para los supuestos en los que resulta difícil determinar cuál era la residencia habitual de los menores sobre la base del artículo 12 del reglamento, el artículo 13 establece que debe ser determinada por el lugar en el que el menor está presente, regla que nos lleva también en el caso a la competencia de los tribunales españoles⁵⁹.

Como ya apuntamos, el TJUE ha señalado que la “residencia habitual” debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares de cada caso. Además de la presencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que permitan concluir que ésta no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional, y que la residencia del menor se traduce en una determinada integración en

⁵⁹ Ha de señalarse que la “residencia habitual” debe ser entendida en sentido diferente según sea la norma en la que se contiene el concepto, su finalidad y objetivos: así, en materia de divorcio debe potenciarse la intención de las partes, lo que conduce a un concepto amplio de residencia habitual a fin de facilitar el acceso a los tribunales; sin embargo, respecto a los supuestos de responsabilidad parental, el concepto puede ser sometido a una interpretación restrictiva o expansiva según aconseje en cada caso el interés superior del menor.

un entorno social y familiar. En particular deben considerarse la duración, regularidad, condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado⁶⁰.

Por lo tanto, se concluyó que no se produjo infracción alguna de las normas de competencia del reglamento 2201/2003.

2. Competencia judicial y residencia habitual

En la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017 se volvió a abordar otro interesante supuesto, en este caso, en torno al divorcio de un matrimonio compuesto por un marido de nacionalidad española y una mujer con doble nacionalidad, británica y egipcia. En este caso el marido presentó la demanda ante los tribunales españoles y la mujer rechazó tal competencia y defendió la de los tribunales de Dubái, pero sin que se llegase a producir actuación judicial alguna en el emirato árabe.

Tanto el Juzgado de primera instancia, donde la demandada promovió una declinatoria impugnando la competencia de los tribunales españoles, como la Audiencia Provincial, mantuvieron que debían conocer los tribunales españoles entendiendo en ambos casos que el marido tenía su residencia habitual en España en el momento de la interposición de la demanda, por lo cual, a tenor de los foros del artículo 3.º del reglamento 2201/2003, era evidente la jurisdicción de nuestros tribunales. En el fondo, la discusión fundamental, tanto en primera como en segunda instancia, giró en torno a la determinación de la residencia habitual del marido al momento de la presentación de la demanda. Éste defendió en todo momento que se encontraba en España, mientras que la mujer, por el contrario, mantuvo que tenía lugar en Dubái.

Para el Juzgado de primera instancia no pareció tampoco siquiera acreditarse, pese a la documentación aportada, que el demandante tuviese residencia habitual en Dubái. Incluso la mujer había presentado ante el mismo Juzgado una denuncia contra el demandante por la presunta comisión de un delito dentro del ámbito de la violencia de género, y en la declaración prestada en el referido procedimiento indicó que el demandante vivía entonces en Bilbao, y también hizo referencia al domicilio familiar que tenían en España⁶¹. De todo ello, se desprende que el demandante tenía fijada su residencia en España, lugar también donde se encontraba la última residencia habitual de los cónyuges (en Villaviciosa, donde más tarde residiría la demandada). Este hecho constituye otro de los criterios para determinar la competencia a

⁶⁰ STJUE de 2 de abril de 2009, entre otras.

⁶¹ Sin perjuicio de los desplazamientos del demandante a Dubái, lo cual no se pone en duda, debido a sus actividades profesionales o económicas en el citado país.

297

favor los tribunales españoles, encontrándose previsto en el artículo 3.1 del reglamento 2201/2003.

En segunda instancia la Audiencia Provincial mantuvo que la actividad empresarial principal del demandante se desarrollaba en España, lugar donde figuraba vinculado, de uno u otro modo, a once sociedades, constando acreditado que la mayor parte del tiempo permanecía en España. Además, los litigantes tenían un lugar de residencia en Villaviciosa. De manera difícil, por lo tanto, cabía afirmar que, con independencia del domicilio administrativo que pudiese figurar (la renovación del permiso de residencia del marido en Dubái se explicaba por razón del negocio que mantenía en dicho país), el lugar de residencia habitual, al menos del actor, se pudiese considerar que lo constituía dicho país, pues, ni de forma objetiva atendiendo al tiempo de permanencia en España, podía así afirmarse, ni tampoco desde una perspectiva subjetiva. Y ello teniendo en cuenta que, no sólo el centro de su actividad profesional lo constituía España, sino que, además, se constató que una gran parte de este tiempo estuvo aquí con su mujer, sin que ello pudiera explicarse con el argumento de que se trataba de simples estancias vacacionales, pues lo cierto es que las mismas se desarrollaron en muy diversas épocas del año y durante muy prolongados periodos de tiempo⁶².

El asunto llegó hasta el Tribunal Supremo a instancias de la mujer, quien interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal, y un recurso de casación, resultando ambos desestimados.

Los motivos del recurso extraordinario fueron dos:

- 1) se denunció infracción, por inaplicación, del artículo 22.3 de la LOPJ, al haberse atribuido la competencia a los tribunales españoles en aplicación del artículo 3.º del reglamento 2201/2003; y,
- 2) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (artículo 24 CE), al considerar la valoración de la prueba ilógica, arbitraria e irrazonable, y ello por llegarse a la conclusión de que la residencia habitual del marido y demandante estaba situada en España durante los 6 meses anteriores a la presentación de la demanda.

Por su parte, el recurso de casación se formuló por infracción, por indebida aplicación, del artículo 40 del *Código Civil*, en relación con el artículo 3.º del reglamento 2201/2003, por oponerse a la doctrina jurisprudencial dictada en

⁶² Y todo ello frente a la pretensión de la demandada de que se declarase que el actor tenía residencia habitual en Dubái dado que, tras contraer matrimonio, trasladaron su domicilio a tal país, donde ella era propietaria de una vivienda en la que residían, donde fundaron una sociedad que inició su actividad en enero de 2009 y de la que el marido sería el *mánager*, cuya licencia comercial se renovó en enero de 2015, mientras que ella estaba vinculada con otras sociedades que operan en Dubái. Alegaba además la mujer que su marido se encontraba inscrito en el consulado de Abu Dhabi como residente en Dubái, que renovó el 06 de abril de 2015 su solicitud de permiso de residencia a las autoridades de Dubái, que tenía una licencia de conducir expedida en marzo de 2010 en Dubái y licencias de circulación expedidas por los Emiratos Árabes Unidos a su nombre respecto de varios vehículos.

interpretación y aplicación de dicho precepto en lo que se refiere al concepto de “residencia habitual”.

Expuesto el caso y sus antecedentes, vamos a abordar a continuación cómo resolvió el Tribunal Supremo las interesantes cuestiones sometidas a su consideración, desestimando al final los dos recursos formulados.

a) “Residencia habitual” y competencia de los tribunales españoles

Los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal se encontraban muy relacionados entre sí, pues en ambos lo que al final se pretendía era la declaración de la incompetencia de los tribunales españoles.

El Tribunal Supremo, por lógica, dio respuesta en primer lugar al segundo de los motivos, en el que se denunciaba que la valoración de la prueba había sido errónea, ilógica y arbitraria y, como consecuencia de ello, se había provocado indefensión a la mujer. Se indicó al respecto que la sentencia recurrida no negaba los hechos que la recurrente consideraba decisivos⁶³, lo que sucedía era que la recurrente discrepaba de la valoración que de los mismos se realizó. En realidad, lo que la recurrente impugnaba era la valoración jurídica realizada por la Audiencia Provincial para concluir que el demandante tenía su residencia en España, algo que no es propio del recurso extraordinario por infracción procesal, razón por la cual fue desestimado.

Respecto al primer motivo, que constituía el núcleo fundamental del recurso al abordarse la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de divorcio, y en el cual la recurrente denunciaba infracción del artículo 22.3 de la LOPJ, por inaplicación, al haberse atribuido el conocimiento a los tribunales españoles en virtud del artículo 3.º del reglamento 2201/2003, también fue desestimado por una serie de contundentes argumentos que desarrolló el Tribunal⁶⁴.

En primer término, el ámbito de aplicación del reglamento 2201/2003 viene regulado en sus artículos 6.º y 7.º, analizados al inicio del presente trabajo y, respecto a estos preceptos, la sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2007 declaró que deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un procedimiento de divorcio transfronterizo, cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para resolver dicha demanda

⁶³ Circunstancias como el hecho de la inscripción del marido en el registro consular de Dubái o la tenencia del permiso de residencia en dicho país.

⁶⁴ El Tribunal Supremo comenzó abordando esta cuestión recordando que se trataba de una materia que podría apreciarse de oficio, y los tribunales españoles deben declararse incompetentes si comprueban que no son competentes internacionalmente con arreglo a los foros contemplados en el reglamento 2201/2003 ni, en su caso, con arreglo a las normas de producción interna (LOPJ).

si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al artículo 3.º de dicho reglamento. La aplicación del artículo 7.º no depende de las circunstancias de la parte demandada, sino de que no resulte la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro con arreglo a los artículos 3.º a 5.º del reglamento. Por ello, para apreciar si debía acudir a la norma interna, la LOPJ, era necesario antes excluir que, por aplicación del artículo 3.º del reglamento, los tribunales españoles –o los de cualquier otro Estado miembro– pudieran conocer.

Los foros del artículo 3.º del reglamento 2201/2003, como puso de relieve la STS de 16 de diciembre de 2015, son de carácter alternativo, sin que exista jerarquía alguna entre ellos: basta con que concurra cualquiera de los allí establecidos para que los tribunales españoles resulten competentes. Y en relación con el caso, el apartado 1.a) del artículo 3.º establece que en los asuntos relativos al divorcio la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual del demandante, en caso de que haya residido allí al menos los 6 meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional de dicho Estado miembro. Por ello, partiendo de que en el caso la demanda la interpuso el marido, de nacionalidad española, la cuestión se centró en determinar si éste había residido en España al menos los 6 meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda, y de ahí la vinculación entre los diversos motivos del recurso⁶⁵.

Destaca sobre este particular el Tribunal que la sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2016, tras realizar unas afirmaciones de interés sobre la interpretación del artículo 3.º del reglamento, concluyó destacando la finalidad perseguida por este instrumento que, al establecer normas de competencia judicial internacional flexibles⁶⁶, tiene con ello en cuenta la cada día mayor movilidad de las personas y con ello protege también los derechos del cónyuge que haya abandonado el país de la residencia habitual común pero garantizando en todo caso que exista un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia⁶⁷.

⁶⁵ Es muy interesante lo que sostuvo el Tribunal Supremo en relación con el reproche genérico que formuló la mujer en el sentido de que este foro puede fomentar el *forum shopping*. Para el Tribunal ello no sería motivo suficiente para dejar de aplicar la norma que conduce a la declaración de la competencia de los tribunales españoles, máxime en un caso en el que no puede considerarse, a la vista de los hechos probados, que la competencia internacional de éstos resultase imprevisible para la mujer, ni que se encontrasen escasamente vinculados con el supuesto –por lo que el foro se pudiera considerar exorbitante– ni que, como consecuencia de ello, se le haya provocado una situación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

⁶⁶ Ha de advertirse que la referida sentencia del TJUE no dice realmente “normas de competencia judicial flexibles”, sino que se refiere, de una manera totalmente errónea y lamentable, a “normas de conflicto flexibles” (apartado 50). Nos encontramos en el campo de la competencia judicial internacional (donde operan los foros) y no en el de la Ley aplicable (donde operan las normas de conflicto).

⁶⁷ STJCE de 29 de noviembre de 2007.

Resultando por lo tanto clave la determinación de la “residencia habitual” del marido a efecto de considerar de una forma válida la aplicación del artículo 3.º del reglamento 2201/2003, resalta el Tribunal Supremo que tal concepto ha de ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme para todos los Estados miembros, debiéndose tener en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar.

Y en tal sentido, por “residencia habitual” debe entenderse, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el lugar donde la persona ha establecido su centro habitual o permanente de intereses, teniendo en cuenta todos los datos relevantes que puedan considerarse para determinar tal residencia. Y ello también ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia comparada: lo relevante es identificar la residencia efectiva en el sentido del propio reglamento, el lugar del concreto y efectivo desarrollo de la vida personal y, eventualmente profesional, de la persona⁶⁸; esta residencia habitual no se exige que sea exclusiva, bastando un vínculo objetivo, real y serio, sin que sea suficiente para excluirla el motivo de haber conservado un domicilio personal, fiscal, ni estar inscrito en el censo electoral de otro lugar⁶⁹.

Pero el Tribunal tuvo claro que el marido tenía residencia habitual en España en el momento de la presentación de la demanda desde al menos 6 meses antes a la interposición de la demanda, tal y como resultaba de las circunstancias acreditadas en la instancia. La residencia habitual en España en el sentido requerido por el reglamento 2201/2003 como centro social de vida y lugar en el que el interesado ha fijado de manera voluntaria su centro de intereses no quedó desvirtuada, ni por su permiso de residencia ni por su inscripción en el Registro de Matrícula de la Oficina Consular de Dubái, pues ese dato no hacía de Dubái la residencia habitual en sentido realista sino sólo en sentido formal y administrativo; lo decisivo fue el hecho de dicha residencia habitual, con un criterio realista, adaptado a la movilidad de los cónyuges⁷⁰.

En consecuencia, a la vista de los firmes argumentos expuestos en la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, es evidente que los tribunales españoles sí eran competentes en el caso para conocer del litigio de divorcio en el momento que el marido interpuso la demanda.

⁶⁸ Cass. civ. Italia, 17 febbraio 2010 y 25 giugno 2010, n.º 15328.

⁶⁹ Cour de cassation française, 14 décembre 2005.

⁷⁰ Y tampoco pueden servir para desvirtuar el hecho de que la residencia habitual del marido se encontraba en España los artículos 68 y 69 CC., pues ni el deber de convivencia de los cónyuges, ni la presunción de convivencia allí recogidos, impiden que éstos puedan tener otro lugar en el que se encuentre su centro de intereses a efectos de identificar un lugar de residencia habitual. Ello es algo no extraño en las crisis matrimoniales internacionales y es confirmado por la amplitud de foros que ofrece el artículo 3 del reglamento 2201/2003 e, incluso dentro de nuestro ordenamiento interno, por el artículo 769 LEC.

b) “Residencia habitual”
versus artículo 40 CC

En último término se denunciaba por la mujer en su recurso de casación la infracción del artículo 40 CC, por entender que la previa sentencia de la Audiencia Provincial había interpretado de forma incorrecta el concepto de residencia habitual, lo que le habría llevado a aplicar de manera indebida el artículo 3.a) del reglamento 2201/2003 para al final declarar, de manera incorrecta a su juicio, la competencia de los tribunales españoles para conocer del divorcio⁷¹.

Para el Tribunal Supremo, en realidad, la regulación del domicilio como residencia habitual no era la norma sustantiva aplicable al fondo del asunto, esto es, al divorcio de las partes, sino en todo caso la norma que, al definir el domicilio civil como el lugar de residencia habitual de una persona, podría servir para integrar la de competencia internacional. Como la única finalidad perseguida por la recurrente era que se declarase la incompetencia de los tribunales, da la impresión de que lo que pretendía al interponerse el recurso de casación era sólo sortear el obstáculo al que se enfrentaba en este trance al plantear esta cuestión exclusivamente mediante el oportuno recurso de infracción procesal⁷².

A mayor abundamiento, el presente motivo se desestimó porque, como hemos visto antes al abordar el recurso de infracción procesal, el concepto de residencia habitual del reglamento 2201/2003 no nos remite a la noción que pueda resultar de la interpretación del domicilio con arreglo al derecho interno de cada Estado miembro, sino que es un concepto propio y autónomo del citado reglamento. Por ello, sería irrelevante, aunque fuera cierta, la supuesta interpretación del domicilio civil contenida en el artículo 40 CC que por error atribuyó la recurrente al Tribunal Supremo⁷³, en el sentido de atribuir al padrón municipal (o, en su caso, a la inscripción del marido en el registro consular en Dubái) el valor de desvirtuar la realidad objetiva de una residencia habitual, que constituía una situación fáctica por encima de registros formales.

Y además se destacó, por último, que el derecho español parte, a la hora de fijar el domicilio de las personas físicas, de un criterio realista o fáctico, al definirlo en el artículo 40 CC como el lugar donde se encuentra su residencia habitual. Y en relación con ello, el Tribunal Supremo, ha declarado con rei-

teración que, con carácter general, ha de atenderse por tal al lugar donde se reside con habitualidad, lo cual equivale al domicilio real o efectivo, el lugar donde de una manera constatable por los hechos se materializa la voluntad de la persona de permanencia en un determinado espacio territorial⁷⁴.

3. Competencia judicial,
apreciación de oficio y alimentos

En la reciente sentencia de 17 de febrero de 2021 (sala de lo civil), el Tribunal Supremo abordó el divorcio de un matrimonio francés, con tres hijos –dos de ellos menores de edad–, que durante años había residido en España. La mujer interpuso una demanda de divorcio en España y, en el recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo, entre otros motivos, el marido invocó la incompetencia de los tribunales españoles para conocer de la materia económico matrimonial, atendiendo a la residencia de los menores y la madre en el momento de la interposición de la demanda (Francia).

El Tribunal Supremo criticó la confusión por parte del recurrente a lo largo de todo el procedimiento de dos aspectos que no deben ser mezclados: la competencia internacional, por un lado, y la ley aplicable, por otro. Es de destacar que el demandado no invocó en la instancia la falta de competencia de la jurisdicción española, limitándose a alegar en la audiencia previa ante el Juzgado que ello debería haber sido apreciado de oficio por el Tribunal al tratarse de una cuestión de orden público⁷⁵, sometiéndose al respecto al principio *iura novit curia*. Es interesante el caso dado que en el mismo se plantearon los diversos problemas que suelen acompañar a un divorcio: relaciones parentales, alimentos, régimen económico y consecuencias patrimoniales del divorcio; se trata de aspectos que, como ya hemos indicado, cada una tiene su propia regulación en cuanto a competencia judicial y determinación de la ley aplicable, dando lugar en muchos casos a la necesidad de conformar un muy complejo mosaico.

Y en relación con la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento del divorcio, el Tribunal Supremo manifestó que ello no había sido puesto en duda. En efecto, los cónyuges llevaban años residiendo en Gerona (España), lugar donde tenían su residencia habitual en el momento de la presentación de la demanda y donde, según estableció el Juzgado,

⁷¹ El artículo 40 CC, en su apartado primero, establece que “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Es decir, en el ordenamiento español, y a los efectos indicado, el concepto de “domicilio” se equipara al de “residencia habitual”.

⁷² Téngase en cuenta que, conforme a la regla 5ª de la disposición final 16ª LEC, la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal está condicionada a la admisión del recurso de casación cuando la cuantía del asunto no exceda de 600 000 euros o se haya tramitado por razón de la materia, como acontecía en el caso.

⁷³ Citando al efecto una jurisprudencia consolidada y ancestral del propio Tribunal Supremo, muy formalista, pero no aplicable al caso.

⁷⁴ De tal manera que el único domicilio que la ley toma en consideración es el civil, es decir, el definido en el artículo 40 CC, como “el lugar de la residencia habitual”, sin perjuicio de los requisitos específicos que puedan establecer las leyes administrativas a otros efectos (doctrina reiterada en las SSTs de 15 de noviembre de 1991, 13 de julio de 1996 y 22 de marzo de 2001).

⁷⁵ Invocaba a tal efecto el recurrente el artículo 416.2 LEC según el cual: “En la audiencia (previa), el demandado no podrá impugnar la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes de esta Ley”, aunque ello se entiende “sin perjuicio de lo previsto en la ley sobre apreciación por el tribunal, de oficio, de su falta de jurisdicción o de competencia”.

seguía residiendo el marido. En tal caso, siendo de aplicación el reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 (que sabido es que sólo se aplica a la disolución del matrimonio), su artículo 3.º precisa que, entre otras posibilidades, serán competentes para conocer del divorcio los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que todavía uno resida allí, o el lugar de residencia habitual del demandado. Es decir, en el caso concreto todos los referidos criterios atribuirían el conocimiento a los tribunales españoles.

Sin embargo, para determinar la posible competencia de los tribunales españoles en relación con la pensión compensatoria reclamada por la mujer había de estarse al reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos⁷⁶. Pues bien, en el presente caso las partes no convinieron por escrito que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro fuesen competentes para resolver los conflictos de alimentos suscitados o que pudieran suscitarse entre ellos (*ex* artículo 4.1), razón por la cual, en defecto de sumisión expresa o tácita, podían conocer los tribunales del Estado miembro correspondiente a la residencia habitual del demandado, a la residencia habitual del acreedor de alimentos o los competentes para conocer de una acción relativa al divorcio (artículo 3.º, letras a, b y c), criterios todos que conducían en el caso a la atribución del conocimiento a los tribunales españoles para el tema de la pensión compensatoria reclamada por la mujer.

En definitiva, el recurso por infracción procesal fue desestimado por el Tribunal Supremo dado que, por una parte, la sentencia recurrida ya se había pronunciado sobre la competencia de los tribunales españoles para conocer sobre el divorcio, no existiendo incongruencia omisiva y, por otro, al considerar que los tribunales españoles eran competentes para resolver las cuestiones planteadas en la demanda, como hemos expuesto, no resultaron infringidas las normas reguladoras.

CONCLUSIONES

- 1) Hemos tenido ocasión de analizar a lo largo del presente trabajo cómo el divorcio transfronterizo es una realidad en nuestros días que conlleva serios problemas propios en el ámbito jurisdiccional que merecen un tratamiento especial, el cual debe venir de la mano

⁷⁶ Ha de señalarse que el concepto de “pensión compensatoria” se incluye dentro de la noción de “obligaciones de alimentos” del reglamento 4/2009. Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias de 06 de marzo de 1980, asunto C-120/79, D. C.; de 27 de febrero de 1997, asunto C-220/95, B.; y, de 20 de marzo de 1997, asunto C-295/95, J. F.

de la cooperación entre Estados, bien a nivel de organizaciones territoriales supraestatales de organización, como puede ser la Unión Europea en el caso español, bien mediante tratados internacionales, que, por desgracia, son poco frecuentes en este ámbito al seguir los Estados siendo reacios a ceder parte de su soberanía en el ámbito de la competencia judicial.

Tales instrumentos han de corregir disfunciones como son los fenómenos del *race to the courts* o del *forum shopping*, habilitando las soluciones más razonables y objetivas para cada supuesto, evitando que puedan producirse situaciones ventajosas injustificadas para una de las partes en litigio. En la Unión Europea ello se ha logrado en gran medida gracias a las regulaciones contenidas en los reglamentos 2201/2003 y 1259/2010, complementario uno del otro, regulando de manera acertada tanto competencia judicial como ley aplicable al divorcio, respectivamente, siempre bajo el paraguas del principio de proximidad (*most real connection*). Con ello se evita encontrarnos con las llamadas “resoluciones claudicantes”, válidas en unos países y sin producir efectos en otros, y que tantos problemas plantean en la práctica del tráfico jurídico en materia de familia.

- 2) Hemos tenido ocasión de comprobar cómo contamos con una adecuada regulación supraestatal en lo que se refiere a la institución de la “litispendencia internacional”, situación nada extraña en relación con los divorcios, dada la posibilidad real de presentar demandas ante los tribunales de más de un Estado a la vista de la amplitud y alternatividad que caracteriza a los foros del artículo 3.º del reglamento 2201/2003. Ello, en combinación con la práctica del *rush to the courts*, da lugar a tener que determinarse cuál será el tribunal que deberá declararse competente para el conocimiento del procedimiento. Una acertada regulación, que da debida solución a esta situación, la encontramos en el artículo 19 del reglamento 2201/2003, aunque su aplicación se refiere sólo a los litigios intracomunitarios.
- 3) Hemos visto cómo la regulación supraestatal sobre competencia judicial internacional en materia de divorcio, encabezada por los instrumentos de la Unión Europea, es siempre de aplicación preferente a la contenida en la legislación interna de los Estados miembros, siendo en el caso español las normas de la LOPJ muy poco aplicadas en la actualidad, quedando relegadas a un segundo plano. Y si la jurisprudencia española, en particular la jurisprudencia menor de la Audiencias Provinciales, en un principio obviaba la aplicación del reglamento 2201/2003 a la hora de fijar la competencia internacional de los tribunales españoles, en particular cuando el divorcio afectaba exclusivamente a nacionales de terceros Estados, aplicando de una manera cuasi automática el artículo 22 de la referida ley, por suerte dicha práctica se ha ido corrigiendo y, en la actualidad, la aplicación

- de la norma interna en esta materia ha quedado en una situación casi testimonial. En este sentido, ejemplar por su argumentación y claridad ha sido la doctrina contenida en la reciente STS de 21 de febrero de 2021.
- 4) En la práctica del Tribunal Supremo español relativa a la vigente regulación de la competencia judicial internacional contamos con varias sentencias que han abordado la materia respecto a divorcios transfronterizos en el marco de la actual regulación comunitaria encabezadas por el reglamento 2201/2003.
 - 5) La STS de 16 de diciembre de 2015 resolvió un conflicto donde se decantó por la preferencia de los tribunales españoles frente a los portugueses en relación con un divorcio de nacionales de este último país. Estamos ante un claro supuesto de litispendencia, la cual puede incluso apreciarse de oficio por el tribunal, con origen en un evidente supuesto de *race to the courts*, donde además aparecían cruzados tanto procedimientos sobre divorcio como sobre cuestiones de responsabilidad parental (guarda y custodia). El Tribunal Supremo realizó un acertado manejo de las normas del reglamento 2201/2003 para llegar a la conclusión de la procedencia del conocimiento por parte de los tribunales españoles. A tal fin hizo valer un concepto realista de “residencia habitual”, que constituye el núcleo central del foro contenido en el artículo 3.º del reglamento, concepto de naturaleza fáctica sobre el más jurídico del domicilio, y para ello se apoyó en la sólida jurisprudencia ya existente al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, referida en el trabajo.
 - 6) El Tribunal Supremo se refirió más tarde también a esta cuestión en el auto de 12 de diciembre de 2018, donde, en la disputa sobre la competencia de los tribunales alemanes o españoles para conocer del divorcio de un matrimonio de nacionales alemanes, se había declarado con anterioridad la competencia de los últimos dada la residencia habitual del demandante en España en el momento de interponer la demanda. Pero en este caso el recurso de casación no fue admitido, dado que no cabía discutir en su seno sobre la certeza o no de la residencia habitual del demandante en España, cosa que ya había quedado fijada por el tribunal que conoció en la instancia. Es clara la conexión que aparece en estos casos entre la litispendencia y la competencia, apareciendo ambas entrelazadas y siendo la segunda una condición para la resolución de la primera cuestión, pues es evidente que, sin competencia por parte de alguno de los tribunales estatales implicados, el tema de la litispendencia queda decantada de manera diáfana a favor del tribunal que sí la tuviera.
 - 7) En la STS de 21 de noviembre de 2017 se volvió a plantear una disputa en torno a la competencia de los tribunales españoles para conocer de un divorcio, en este caso entre un nacional español y una nacional

británica-egipcia. En el fondo, la discusión giró de nuevo en torno a la determinación de la residencia habitual del marido al momento de la presentación de la demanda, pues fue éste el elemento que determinó la competencia de los tribunales españoles al amparo del artículo 3.º del reglamento 2201/2003. Como hemos visto, el concepto de residencia habitual es fáctico, y por tal debe entenderse, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el “lugar donde la persona ha establecido su centro habitual o permanente de intereses”.

Es interesante resaltar de esta resolución del Tribunal Supremo el correcto manejo que realizó en la aplicación de las normas supraestatales (artículo 3.º del reglamento 2201/2003) frente a la norma de producción interna (artículo 22.3 LOPJ), determinándose la aplicación de la primera dado que no concurrían los requisitos que el propio reglamento exige para que se puedan aplicar las normas internas de competencia judicial.

- 8) Por último, la STS de 17 de febrero de 2021, última sentencia donde hasta la fecha ha conocido el Tribunal Supremo de un asunto sobre competencia y divorcio internacional, ha tenido ocasión de volver a aplicar el reglamento 2201/2003 para, en atención a los foros de su artículo 3.º, confirmar la competencia de los tribunales españoles para conocer del divorcio de unos nacionales franceses que habían residido habitualmente en España junto a sus hijos. De esta interesante resolución llama la atención, en particular, el acertado tratamiento que hace en relación con la aplicación coordinada de los reglamentos 2201/2003 y 4/2009, aplicables en materia de competencia al divorcio y a los alimentos, respectivamente. Es un tema no bien resuelto a veces por la jurisprudencia menor y, en definitiva, se trata de hacer coincidir ante un mismo tribunal estatal el conocimiento de los diversos aspectos que suelen acompañar a un proceso de divorcio, evitando la llamada “dispersión del pleito”, lo cual a veces no resulta sencillo como hemos visto.
- 9) En definitiva, consideramos que el Tribunal Supremo español se ha movido con buena técnica dentro del instrumento supraestatal básico de aplicación en el sistema español de competencia judicial internacional, el reglamento 2201/2003, y ha resuelto con acierto las situaciones de litispendencia planteadas, dando prevalencia a las normas comunitarias. Y ello tanto en relación con la determinación de la competencia como a la solución del aspecto previo básico concerniente a la fijación de la “residencia habitual” de los demandantes, concepto éste nuclear en los foros del reglamento. Hoy en día podemos afirmar que en España se aplica con acierto la norma supraestatal que regula competencia judicial internacional, y para ello ha sido fundamental una debida concienciación por parte de los jueces y magistrados. La STS de 17 de febrero de 2021 podemos considerarla en este sentido como una auténtica obra maestra, y la

doctrina que contiene deberá servir a los jueces para en el futuro resolver con solvencia las principales cuestiones que se presentan en el marco de la litigación internacional en materia de familia.

- 10) Y todo ello, no lo olvidemos, en un marco donde el fenómeno del *forum shopping* ha quedado bastante debilitado entre los Estados miembros de la Unión Europea al designarse en la actualidad la ley aplicable al divorcio mediante el reglamento 1259/2010, instrumento que constituye una norma de conflicto uniforme y que posibilita que sea un único ordenamiento el que se va a aplicar al fondo del divorcio, y ello con independencia del Estado miembro donde se presente la demanda. No obstante, el fenómeno paralelo de la “carrera hacia el tribunal” se seguirá produciendo dada la naturaleza y amplitud de los foros contenidos en el artículo 3.º del reglamento. Si bien en el trasfondo no existirá la motivación de tratar de conseguir con ello la aplicación de una u otra ley de cara a la resolución sustancial del litigio, los motivos ahora deberán ser necesariamente otros.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago (2019a). “Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial (a propósito de la STJCE de 16 de junio de 2009)”. *Diario La Ley*, n.º 7312, 30 de diciembre.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago (2019b). “Litispendencia, reconocimiento y orden público: Comentario breve a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 2019, Asunto C-386/17: Liberato”. *La Ley Unión Europea*, n.º 86, marzo.
- ARENAS GARCÍA, Rafael (2004). *Crisis matrimoniales internacionales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen y Pablo QUINZÁ REDONDO (2018). “Cambio de apellidos y otros efectos derivados de la disolución del vínculo matrimonial. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) núm. 319/2017, de 14 de septiembre”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 2.
- BONOMI, Andrea (2001). “Il Regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di postestà dei genitori”. *Revista de Derecho Internacional*, n.º 2.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ (2018). *Derecho Internacional Privado (V.II)*. 16ª edición. Granada: Comares.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis (2019). “La determinación de la competencia en los procesos de familia con elemento extranjero”. *Actualidad Civil*, n.º 10, octubre.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2004). “Crisis matrimoniales internacionales y dispersión del pleito”, en CALVO CARAVACA y CASTELLANOS RUIZ (dirs.). *El Derecho de familia en el siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid: Colex.

- ESPLUGUES MOTA, Carlos (2002). *El divorcio internacional: Jurisdicción, Ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO (2020). *Derecho internacional privado*. 12ª edición. Navarra: Aranzadi.
- GUZMÁN PECES, Montserrat (2019). “Cuestiones problemáticas en torno a la litispendencia en el Reglamento (UE) 2201/2003 en el ámbito de las crisis familiares”. *Diario La Ley Unión Europea*, n.º 67.
- MASEDA RODRÍGUEZ, Javier (2019). “Procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales: régimen de la litispendencia (y acciones dependientes) intracomunitaria”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 1.
- PALAO MORENO, Guillermo (2018). “La residencia habitual como criterio de jurisdicción en materia de divorcio en el Reglamento Bruselas II bis. Comentario a la STS de 21 de noviembre de 2017”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 1.
- PÉREZ MARTÍN, Lucas Andrés (2018). “Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de Derecho de familia y sucesiones”. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 18.
- PÉREZ MARTÍN, Lucas Andrés (2020). “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo, comentario a la sentencia de 24 de julio de 2019 de la sección segunda de la AP de Girona”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1.
- RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (2020). “Introducción al Derecho internacional privado”, en Andrés RODRÍGUEZ BENOT (coord.). 7ª edición. *Manual de Derecho internacional privado*. Madrid: Tecnos.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María Ángeles (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*. Navarra: Aranzadi.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María Ángeles (2015). “Decisión de la High Court de Londres, Family Division, relativa a la atribución fraudulenta de competencia a los Tribunales ingleses en ciento ochenta casos de divorcio”. *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 1.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María Ángeles (2020). “Alcance de la operatividad de los foros de competencia de las legislaciones de los Estados miembros en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial. La clarificación introducida por el artículo 6 del Reglamento (UE) 2019/1111”. *Bitácora Millennium*, n.º 12.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa (2018). “La residencia habitual del demandante como criterio para establecer la competencia judicial internacional en un litigio en materia de divorcio: Comentario a la STS de 21 noviembre 2017 (RJ 2017, 5094)”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 106.
- VIDAL CARDONA, Ana María (2009). “Determinación de la competencia judicial de los tribunales españoles en los litigios de familia extracomunitarios”. *Revista de Derecho de Familia*, n.º 42.
- ZARRALUQUI NAVARRO, Elena (2017). “Estrategias procesales en las crisis matrimoniales transfronterizas, utilidad de los instrumentos comunitarios”, en

Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (dir.). *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectiva de futuro*. Madrid: Dykinson.

Normas citadas

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, *Código Civil*. *Boletín Oficial de Estado* A-1889-4763.
- Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil. *Boletín Oficial del Estado* n.º 203, 25 de agosto de 1987.
- Constitución española de 1978. BOE n.º 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley orgánica 6/1985, de 01 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado* n.º 157, 02 de julio de 1985.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. *Boletín Oficial del Estado* n.º 7, 08 de enero de 2000.
- Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. *Diario Oficial de la Unión Europea* L-338, 23 de diciembre de 2003.
- Reglamento (CE) n.º 1393/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L-324, 10 de diciembre de 2007.
- Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º 7, 10 de enero de 2009.
- Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. *Diario Oficial de la Unión Europea* L-343/10, 29 de diciembre de 2010.
- Ley 15/2015, de 02 de julio, de la jurisdicción voluntaria. *Boletín Oficial del Estado* n.º 158, 03 de julio de 2017.
- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación judicial internacional en materia civil. *Boletín Oficial del Estado* n.º 132, 31 de julio de 2015.
- Reglamento (UE) n.º 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º 183, 08 de julio de 2016.
- Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsa-

bilidad parental, así como sobre sustracción internacional de menores. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º 178, 02 de julio de 2019.

Jurisprudencia citada

- Sentencia del Tribunal Supremo (1991): de 15 de noviembre de 1991, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 1991/8117.
- Sentencia del Tribunal Supremo (1996): de 13 de julio de 1996, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 1996/5583.
- Sentencia del Tribunal Supremo (2002): de 22 de marzo de 2001, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 2001/4756.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1980): de 06 de marzo de 1980, C-120/79, D.C, en ECLI:EU:C:1980:70.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1997): de 27 de febrero de 1997, C-220/95, B., en ECLI:EU:C:1997:91.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1997): de 20 de marzo de 1997, C-295/95, F., en ECLI:EU:C:1997:168.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (2003): de 09 de diciembre de 2003, C-116/02, G., en ECLI:EU:C:2003:657.
- Cour de cassation française* (2005), *Premier Ch. civ. 1, 14 décembre 2005, n.º pourvoi 05-10951*.
- Sentencia del Tribunal Supremo (2006): de 24 de enero de 2006, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 2006/2652.
- Sentencia del Tribunal Supremo (2006): de marzo de 2006, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 2006/2315.
- Sentencia del Tribunal Supremo (2007): de 14 de octubre de 2007, C-39/02, *Mærsk Olie & Gas*, en ECLI:EU:C:2004:615.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2007): de 29 de noviembre de 2007, C-68/07, S.L., en ECLI:EU:C:2007:740.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2009): de 02 de abril de 2009, C-523/07, A., en ECLI:EU:C:2009:225.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2009): de 16 de julio de 2009, C-168/08, H., en ECLI:EU:C:2009:474.
- Cass. civ. Italia (Ord.), Sezione Unite, 17 febbraio 2010, n. 368.
- Cass. civ. Italia, Sezione Unite, 25 giugno 2010, n. 15328.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2010): de 09 de noviembre de 2010, C-296/10, P., en ECLI:EU:C:2010:665.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2010): de 22 de diciembre 2010, Asunto C-497/10 PPU, M., en ECLI:EU:C:2010:829.
- Sentencia del Tribunal Supremo (2012): de 13 de marzo de 2012, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 2012/8351.

Sentencia del Tribunal Supremo (2013): de 13 de marzo de 2013, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 2012/8352.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2015): de 06 de octubre de 2015, C489/14, en ECLI:EU:C:2015:654.

Sentencia del Tribunal Supremo (2015): de 16 de diciembre de 2015, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 2015/6185.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2016): de 13 de octubre de 2016, C-294/15, M., en ECLI:EU:C:2016:772.

Sentencia del Tribunal Supremo (2017): de 11 noviembre de 2017, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 2017/5094.

Auto del Tribunal Supremo (2018): de 12 de diciembre de 2018, Roj: ATS 13314/2018, en ECLI: ES:TS:2018:13314A.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2019): de 16 de enero de 2019, C386/17, L., en ECLI:EU:C:2019:24.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2019): de 27 de marzo de 2019, C-545/17, M.P./P.K.R., en ECLI:EU:C:2019:260.

Auto Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda (2019): de 22 de mayo de 2019, en ROJ: AAP B 3108/2019 - ECLI: ES:APB:2019:3108A.

Sentencia Audiencia Provincial de Toledo, sección primera (2020): de 03 de marzo de 2020, en ROJ: SAP TO 545 2020 - ECLI: ES:APTO:2020:545.

Auto Audiencia Provincial de Oviedo, sección cuarta (2020): de 25 de mayo 2020, en ROJ: AAP O 451/2020 - ECLI: ES:APO:2020:451A.

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, sección décimo segunda (2021): de 29 de marzo de 2021, en ROJ: SAP B 4500/2021 - ECLI:ES:APB:2021:4500.

V. v. V.. Supreme Court UK (2020): 01 de julio de 2020, Case ID: UKSC 2018/0114.

Sentencia del Tribunal Supremo (2021): de 17 de febrero de 2021, sala de lo civil, en ECLI:ES:TS:2021:532.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ATS	Auto Tribunal Supremo
AAP	Auto Audiencia Provincial
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
Cass. civ.	Cassazione civile
CC	<i>Código Civil</i>
CE	<i>Constitución española</i>
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950
coord.	Coordinador

DOUE	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
ed.	Edición
INE	Instituto Nacional de Estadística
LEC	Ley de enjuiciamiento civil
p.	Página
pp.	Páginas
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia Tribunal Supremo
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
UE	Unión Europea

Comentarios de jurisprudencia

CONTRATOS ESPECIALES

Javier Rodríguez Díez*

EL MANDATO PARA EL COBRO COMO FORMA DE CESIÓN DE CRÉDITOS
Y LA ACEPTACIÓN DE LA CESIÓN POR LITIS CONTESTACIÓN
THE MANDATE TO COLLECT AS A FORM OF ASSIGNMENT AND THE ACCEPTANCE
OF THE ASSIGNMENT THROUGH *LITIS CONTESTATIO*
CORTE SUPREMA, 20 DE MAYO DE 2021, ROL N.º 36974-2019

RESUMEN

Este comentario analiza una reciente sentencia que declara que el cesionario de un crédito, pese a que no ha notificado la cesión al deudor, puede de todas formas cobrar el crédito en cuanto comparezca como mandatario para el cobro del acreedor original. Se comenta el alambicado mecanismo elegido por el cesionario/mandatario para cobrar el crédito, que se basa en una equivocada interpretación respecto al momento y forma en que debe notificarse la cesión del crédito.

PALABRAS CLAVE: mandato; cobro; cesión de crédito; aceptación; litis contestación

ABSTRACT

This commentary analyses a recent decision which declared that the assignee of a credit, despite not having notified the debtor of the assignment, may nonetheless collect the credit as long as he appears as agent of the original creditor. Special attention is drawn to the complicate mechanism chosen by the assignee/agent in order to collect, which is based in an erroneous interpretation regarding the time and manner in which the assignment must be notified.

KEYWORDS: mandate; collection; assignment; acceptance; *litis contestatio*

* Doctor en Derecho, Erasmus Universiteit Rotterdam. Profesor de derecho romano, facultad de derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida Apoquindo 3721, piso 13, Las Condes, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: javier.rodriguezdiez@uc.cl

INTRODUCCIÓN

Si bien a primera vista el mandato y la cesión de créditos personales podrían tener poco en común, el caso que se comenta a continuación recuerda el íntimo vínculo histórico entre ambas instituciones, siendo la cesión de créditos en sus orígenes un mandato para el cobro. Curiosamente, en el presente caso el demandante recurrió al mandato como una forma de eludir los engorrosos requerimientos que suelen exigirse para que la cesión se perfeccione respecto del deudor, y en particular la necesidad de notificarla por medio de un procedimiento voluntario iniciado con anterioridad al juicio ejecutivo. Según la sentencia que se comenta, el mandatario para el cobro no estaría obligado a cumplir con las exigencias para el perfeccionamiento de la cesión de créditos en la medida que actúe únicamente en su calidad de mandatario, no de cesionario. Si bien esta fórmula podría ofrecer ciertas ventajas prácticas, no está exenta de reparos: por una parte, en caso de que se recurra solo a un mandato, el mandatario (que actúa como cesionario) quedará expuesto frente a eventos como la muerte o insolvencia de su mandante; por otra parte, la celebración de un mandato para el cobro de forma simultánea a la cesión del crédito –como ocurrió en el caso que se comenta– implica una contradicción insoluble, ya que el mandatario actuaría por cuenta de quien no es titular del crédito.

318

La solución a estas complicaciones, sin embargo, se encuentra en el mismo *Código Civil*, que permite que el perfeccionamiento de la cesión respecto del deudor tenga lugar en el mismo juicio que traba el cesionario. Según se verá, las exigencias en torno a la forma en que debe verificarse la cesión son el fruto de una interpretación jurisprudencial que carece de sustento legal, la cual lleva a los cesionarios de créditos a ensayar distintas fórmulas para simplificar su cobro, incluyendo la celebración de mandatos con el cedente.

I. LA CUESTIÓN DEBATIDA

La controversia bajo análisis tuvo su origen en el contrato en virtud del cual Sociedad Bombas Hidráulicas giró un cheque por \$6.580.700 a Synáptica. Esta última, a su turno, celebró un “contrato de factoring y mandato irrevocable” con Factosur, el que contemplaba simultáneamente una cesión de crédito en favor de Factosur y un mandato irrevocable para el cobro del cheque. Al presentar el cheque para su cobro, este fue protestado por orden de no pago, por lo que Factosur preparó la vía ejecutiva y luego interpuso una demanda ejecutiva en contra de Bombas Hidráulicas. La demandada opuso la excepción de falta de requisitos para que el título tenga fuerza ejecutiva (artículo 464 n.º 7 *CPC*) ya que, si bien Factosur compareció en calidad de cesionaria de un crédito personal, Bombas Hidráulicas jamás fue notificada de dicha cesión, por lo que no produciría efectos a su respecto, conforme prescribe el artículo

1902 *CC*¹. Factosur solicitó el rechazo de la excepción, señalando que habría demandado en calidad de legítima tenedora del cheque en virtud de un mandato irrevocable, figura que –según alegó– estaría ampliamente reconocida por la normativa sectorial.

En un fallo claro y bien fundamentado en precedentes sobre el punto, el tribunal de primera instancia acogió la excepción opuesta por Bombas Hidráulicas². La sentencia se centró en un hecho innegable: el “contrato de factoring y mandato irrevocable” acompañado por Factosur daba cuenta de una cesión de créditos respecto de un título nominativo, sin que constara la notificación al deudor, por lo que la cesión no habría producido efectos a su respecto. Se cita a este respecto (cons. 7.º) cierta jurisprudencia relativa a un caso en que un cesionario alegó que se habría verificado la notificación de la cesión de crédito por la gestión previa de notificación del protesto de cheques, alegación que fue descartada por la Corte Suprema, que consideró que la notificación personal, realizada por un ministro de fe y con exhibición del título respectivo, sería una exigencia que vela por los intereses del deudor³. Citó asimismo (cons. 8.º) algunas sentencias en materia *factoring*, en las cuales el cesionario/demandante comparecía –al igual que en el caso bajo análisis– invocando un mandato irrevocable, y donde la Corte Suprema declaró que ello no permitía pasar por alto las medidas de publicidad en materia de cesión de créditos, considerando por lo demás que el mandante, en virtud de la cesión, habría perdido la calidad de acreedor⁴. Por todo lo anterior, no habiéndose notificado la cesión a Bombas Hidráulicas, Factosur no tendría un título ejecutivo en contra de ella. La decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción⁵.

La Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia, invalidándola⁶. La sentencia de casación (cons. 8.º y 9.º) hizo énfasis en que el demandante no habría comparecido realmente como cesionario del crédito, sino que como mandatario del titular (Synáptica), siendo irrelevante que en el contrato celebrado entre Factosur y Synáptica contuviera tanto una cesión de crédito como un mandato, ya que una figura no debería primar sobre la otra⁷. En este contexto, resultaría errado exigir que se cumplieran respecto del

319

¹ *CC* art. 1902: “La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste”.

² 1º Juzgado Civil de Concepción, 20 de julio de 2018, rol n.º C-1222-2018.

³ La sentencia citada corresponde a Capital Trust Factoring con Transportes Eugenio Cabello Limitada (2010).

⁴ La sentencia citada corresponde a Factorone S.A. con Sociedad Rubio y Mauad Limitada (2011).

⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, 18 de noviembre de 2019, rol n.º 1661-2018.

⁶ Corte Suprema, 20 de mayo de 2021, rol n.º 36974-2019.

⁷ Sentencia de casación, cons. 8.º: “Que en la tarea antes anotada surge un hecho indiscutible del proceso, como es que la demandante en su comparecencia no invocó la titularidad del crédito ni se individualizó como dueña de los cheques cuyo cobro se pretende en este juicio. Es decir, no compareció como cesionaria del crédito, sino como mandataria del titular...”; cons. 9.º: “... el ejecutante no compareció en virtud del acuerdo de cesión de créditos, sino del mandato

mandatario los requisitos para el perfeccionamiento de una cesión de créditos (cons. 12.º de la sentencia de casación). El fallo cuenta con el voto en contra del ministro Arturo Prado Puga, quien ofreció una interpretación restrictiva respecto a los casos en que sería posible endosar un cheque nominativo (cuestión cuyo análisis excede el propósito de este comentario) por lo que estimó que en este caso necesariamente se debió haber llevado a cabo una cesión de créditos.

II. COMENTARIO

1. El mandato de cobro como cesión de créditos: vuelta a los orígenes

La principal curiosidad del caso bajo análisis reside en la duplicidad de posiciones jurídicas que ostentan Synáptica (cedente/mandante) y Factosur (cesionario/mandatario), y que permitieron la oposición a la ejecución por parte de Bombas Hidráulicas. Ello resulta peculiar, ante todo, desde un punto de vista histórico, si se considera que la cesión de créditos se originó como un mandato para el cobro⁸. El derecho romano desconoció originalmente la posibilidad de que una persona pasara a ser acreedor de una obligación preexistente. Para efectos de construir algo similar a la moderna cesión de créditos, se recurrió a un sistema de representación procesal, en virtud de la cual el acreedor encargaba a un mandatario el cobro del crédito. Como esto se verificaba en el contexto de un mandato, el mandante renunciaba a la acción respectiva (la *actio mandatī*), permitiendo así que el mandatario se quedara con lo que cobraba. Como el mandatario en realidad actuaba en su propio beneficio, se le denominó *procurator* o *cognitor in rem suam*, por cuanto realizaba una actuación procesal por cuenta de otro –que permite calificarlo como un *procurator* o *cognitor*– pero que redundaba en su propio beneficio, actuando así “en cosa suya” (*in rem suam*).

La dimensión exclusivamente procesal de esta figura tenía asociados una serie de inconvenientes, ya que, hasta antes de la *litis contestatio* –momento en que quedaban fijos los términos de la controversia– el verdadero acreedor (mandante) podía cobrar el crédito, remitir la deuda, revocar el mandato o morir, por mencionar algunas circunstancias que frustrarían la expectativa del mandatario. Estos problemas desaparecían con posterioridad a la *litis contestatio*, ya que con ella se producía lo que los juristas de épocas posteriores denominaron una “novación necesaria” (*novatio necessaria*), la que –para estos efectos– tenía como consecuencia que el deudor solo podría pagar al demandante en el

especial de cobro, y la circunstancia de que ambos pactos se encuentren contenidos en un mismo instrumento no significa que uno deba primar por sobre el otro. Dicho de otro modo, la existencia de un acuerdo para la cesión de créditos no impide a Factosur Osorno Limitada actuar, según sea el caso, como mandataria para el cobro de efectos de comercio”.

⁸ Véase a modo de referencia la exposición de ZIMMERMANN (1996), pp. 58-67.

juicio⁹. Diversos remedios surgieron para mejorar la posición del mandatario antes de la *litis contestatio*, fundamentalmente por medio de la concesión de una mayor autonomía al mandatario (cesionario) frente a su mandante (cedente)¹⁰. Así, se concedieron acciones útiles que permitían al cesionario reclamar la deuda en su propio nombre, al tiempo que se le daba al deudor una *exceptio doli* contra el cedente en caso de que quisiera cobrarle (*cf.* D. 2,14,16pr.). Además, para impedir la concurrencia de acciones del cedente y cesionario frente al mismo deudor, algunas constituciones imperiales establecieron la posibilidad de notificar al deudor de la cesión (*denuntiatio*), luego de lo cual –aunque no se hubiera verificado la *litis contestatio*– solo podía pagar al cesionario.

Pese a la progresiva autonomía del mandatario/cesionario y a la configuración de reglas peculiares, el derecho romano no llegó a conocer la cesión de créditos como una institución con contornos jurídicos propios, proceso que solo se verificó a partir de la Edad Media. Los modernos códigos civiles dieron a la figura una fisonomía propia, aunque manteniendo diversos elementos que se reconducen hasta las fuentes romanas, tales como la necesidad de notificación al deudor¹¹.

2. Inconvenientes de la cesión de créditos y riesgos del mandato

Si la cesión de créditos no es otra cosa que una versión perfeccionada de un mandato para el cobro, ¿cómo explicar la curiosa involución que supone recurrir a un mandato de cobro cuando lo que se pretende es ceder un crédito? La respuesta parece residir en los inconvenientes prácticos asociados a la cesión de créditos, y en particular a su notificación. Existe una apreciable jurisprudencia –parte de la cual se citó en el fallo de primera instancia– que da cuenta (indirectamente) de la necesidad por parte de los cesionarios de evitar las engorrosas gestiones asociadas al perfeccionamiento de la cesión del crédito. Así, encontramos casos en que el cesionario pretende notificar al deudor de la cesión al mismo tiempo que notifica la demanda o una gestión preparatoria¹², o casos en los que –como aquel bajo análisis– el cesionario invoca su calidad de mandante en lugar de aquella de cesionario¹³.

¿Qué tan engorrosa es la notificación de la cesión del crédito? Bastante, si se considera lo que exige actualmente la doctrina y jurisprudencia¹⁴. En

⁹ ZIMMERMANN (1996), p. 61. en relación a la *novatio necessaria* medieval y sus efectos en relación a la cesión de créditos, véase NIJKAMP (1997), pp. 30-32, 38-41, 60-63, 88-93 y 107-114.

¹⁰ ZIMMERMANN (1996), pp. 62-63.

¹¹ ZIMMERMANN (1996), pp. 64-67.

¹² *V. gr.* C.R.N. con Factoring S.A. (2010) y Capital Trust Factoring con Transportes Eugenio Cabello Limitada (2010).

¹³ *V. gr.* Factorone S.A. con Sociedad Rubio y Mauad Limitada (2011).

¹⁴ *Cfr.* SILVA (1933), pp. 143-146; RUBILAR (1987), pp. 63-76; y, ABELIUK (2008), vol. II, pp. 1049-1051. Entre la jurisprudencia en la materia, véase *v. gr.* V. con B. (1935); Capital Trust Factoring

términos generales, se ha entendido que, como el artículo 1902 CC exige que la cesión sea “notificada” al deudor, ello implicaría llevar a cabo una notificación personal por medio de un receptor, de acuerdo al artículo 47 CPC. Esta conclusión estaría en armonía con el artículo 162 CCom, que exige que la notificación se haga por un ministro de fe, con exhibición del título respectivo. Sin embargo, el componente más gravoso para el cesionario es que la jurisprudencia ha entendido que no estaría legitimado para demandar al deudor sino una vez notificada la cesión, por lo que no puede notificar de forma simultánea a una gestión preparatoria o a la demanda ejecutiva¹⁵. Esto implica iniciar un procedimiento voluntario, cuyo único fin es practicar la notificación judicial de la cesión del crédito¹⁶. Solo una vez practicada esa notificación, podría iniciarse un nuevo juicio con el objeto de perseguir el cobro del crédito. Huelga señalar que esta pluralidad de procedimientos en la práctica debe resultar gravosa para el cesionario, en cuanto pone en alerta al deudor, permitiéndole desplegar diversas malas artes para obstaculizar la notificación de la demanda y el cobro del crédito.

En vista de la fabulosa complejidad de la notificación de la cesión –al menos en los términos en los que la ha delineado la jurisprudencia chilena– no es de extrañar que existan ejemplos de cesionarios que buscan evitarla por múltiples mecanismos, incluyendo el recurso a la figura más primitiva del *procurator in rem suam*. Sin embargo, la experiencia histórica muestra que esta no es una figura infalible, especialmente por cuanto –a diferencia del derecho romano– no existen en la actualidad reglas especiales que doten de autonomía al mandante, a excepción de algunas normas de alcance limitado a propósito de la diputación para recibir el pago. Synáptica y Factosur previeron algunos riesgos al darle al mandato el carácter de irrevocable, pero ello en principio no obstaría a que la misma Synáptica cobrase o remitiese la deuda, ni evitaría efectos indeseables en caso de que cayera en insolvencia.

Frente a los evidentes peligros de contentarse con un mandato para el cobro, Synáptica y Factosur acordaron simultáneamente un mandato y una cesión de crédito, perfeccionándose esta última entre cedente y cesionario con la entrega del título¹⁷. Sin embargo, conforme al artículo 1902 CC, a menos

con Transportes Eugenio Cabello Limitada (2010), cons. 11.º; y, Tu Factoring S.A. con R.S.H. (2017), cons. 11.º.

¹⁵ V. gr. C. R. N. con Profactoring S.A. (2010), cons. 15.º y 16.º; Capital Trust Factoring con Transportes Eugenio Cabello Limitada (2010), cons. 7.º; y, Tu Factoring S.A. con R.S.H. (2017), cons. 12.º.

¹⁶ Puede encontrarse un formulario para dicha gestión en BARROS y ESPINOSA (1975), vol. 1, p. 365 (n.º 403). Véase sin embargo la sentencia HNS Banco SAB con Sociedad Constructora Francisco Castro S.A. (2004), cons. 8.º, donde se admitió que la cesión se hiciera en el mismo procedimiento, pero antes de realizar otras gestiones.

¹⁷ Cfr. Artículo 699 CC: “La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro se verifica por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario”; y art. 1901 CC: “La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título”.

que se notifique al deudor, la cesión no producirá efectos respecto de terceros, por lo que el riesgo de fondo subsiste, por ejemplo, en caso de insolvencia de Synáptica (cfr. artículo 1905 CC). Por otra parte, la coexistencia de una cesión de créditos con un mandato para cobrar el crédito cedido es –por decir lo menos– problemática. Tal como advirtió la Corte Suprema en otro pronunciamiento, existe algo muy extraño en el hecho de que un cesionario comparezca como mandatario de la persona que ya no es titular del crédito¹⁸. En efecto, si la cesión ya tuvo lugar, resulta evidente que el mandante no sería titular del crédito, por lo que nada puede cobrar el mandatario en su nombre, sino que debería actuar en su propia calidad de cesionario.

Por lo anterior, la Corte Suprema actuó con demasiada indulgencia al afirmar que Factosur comparecía únicamente en calidad de mandatario de Synáptica, y no en calidad de cesionario. Si de los mismos antecedentes acompañados por Factosur se desprendía que Synáptica le había cedido el crédito, Factosur no podía cobrar el crédito en calidad de mandatario, sino como cesionario, y como tal debería haber notificado a Bombas Hidráulicas. En este punto, la sentencia de primera instancia resulta más convincente.

3. Aceptación por litis contestación en el artículo 1904 CC: la pieza faltante

El panorama expuesto hasta aquí puede resultar un tanto desolador para el cesionario: por una parte, la cesión de créditos solo producirá efectos respecto del deudor en virtud de una serie de gestiones extremadamente engorrosas; por otra parte, si bien resulta posible recurrir a un mandato de cobro para cumplir una función análoga a la cesión de créditos, ello traerá consigo riesgos considerables para el cesionario, los que podrá evitar recurriendo a una cesión de créditos que resulta conceptualmente incompatible con el mandato de cobro.

Este panorama, sin embargo, asume como correcta la lectura actualmente vigente en torno a la sucesión temporal que debería darse entre la notificación de la cesión y el cobro del crédito cedido. Como se indicó, se ha estimado que ambos eventos no podrían tener lugar en el contexto de la ejecución, sino que la notificación debería verificarse en un procedimiento voluntario previo. Este razonamiento es extremadamente dudoso si se considera que la *denuntiatio* del derecho romano tenía ante todo como propósito proteger al cesionario, fijando un hito anterior a la *litis contestatio* a partir del cual el deudor solo podía pagar el crédito al cesionario. En este esquema, parecería irrelevante que la notificación tenga lugar antes o durante el juicio, cuestión que en modo alguno afectaría

¹⁸ Factorone S.A. con Sociedad Rubio y Mauad Limitada (2011), cons. 14.º: “...aparece del todo inaceptable suponer que las medidas de publicidad establecidas expresamente por el legislador para cautelar la adecuada y transparente transferencia de los títulos de créditos, puedan ser omitidas, después de celebrada dicha convención, en virtud de arrogarse el cesionario un mandato del cedente para el cobro de acreencias que ya dejaron de ser suyas...”.

al deudor; por el contrario, como el *CC* reconoce efectos a la cesión respecto del deudor únicamente con la notificación, éste podrá pagar al cedente antes de dicha notificación (artículo 1905 *CC*), sin ninguna consecuencia negativa a su respecto.

En el esquema descrito, cobra importancia que el artículo 1902 *CC* reconozca que la cesión produce efectos contra el deudor cuando ella ha sido notificada por el cesionario al deudor o *aceptada por este*. El artículo 1904 *CC* desarrolla qué se entiende por aceptación: “La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.”.

Para efectos del problema de la secuencia temporal entre la notificación de la cesión y la demanda de cobro, resulta enigmático que el *CC* ponga, como ejemplo de un hecho que supone la aceptación del deudor, “la litis contestación con el cesionario”. Como ya se adelantó, la *litis contestatio* designaba en el derecho clásico el momento en el que se fijaban los términos de la controversia, redactándose la fórmula ante el magistrado. Si bien la *litis contestatio* era un momento preciso en el proceso civil romano, su fisonomía se desdibujó con el fin de la bipartición del procedimiento (propia del *agere per formulas*), siendo en general equiparada a la contestación de la demanda en el procedimiento romano-canónico¹⁹.

Conforme a lo anterior, la redacción del artículo 1904 *CC* podría sugerir de forma amplia que la aceptación de la cesión se podría verificar en el contexto mismo del juicio entre cesionario y deudor, por la contestación de este último. Sin embargo, esta posibilidad se ha limitado sustancialmente a partir de la lectura ofrecida por Silva en su célebre memoria de prueba sobre la cesión de derechos²⁰. Según este autor, si bien la litis contestación se identificaría con la contestación de la demanda, sería necesario realizar una serie de distinciones para efectos de definir si se verifica con ella una aceptación del crédito. Ello ocurriría, por ejemplo, si el deudor, en un juicio ordinario, contesta la demanda y discute el fondo de las pretensiones del actor. Diverso sería el caso si, en lugar de contestar, opone excepciones dilatorias, en cuyo caso habría que distinguir según si la excepción respectiva implica o no aceptar la transferencia del crédito. En el caso del juicio ejecutivo, Silva considera que, si el deudor opone la excepción de falta de capacidad del demandante, alegando que el actor no es su acreedor (por no haberse notificado el crédito), estaría revelando su voluntad de no reconocer al cesionario como acreedor, por lo que no se verificaría un supuesto de aceptación. Demás está decir que esta interpretación reduce a la nada el ámbito de aplicación de la aceptación

¹⁹ V. gr. RISOPATRÓN (1883), p. 253: “Litiscontestación. – Se dice que con la contestación del demandado en el juicio, se traba la litis y se produce entre ellos el cuasi contrato de litis-contestación, en virtud del cual quedan ya obligados a seguir el juicio hasta su conclusión por sentencia ejecutoria”.

²⁰ SILVA (1933), pp. 172-174.

por litis contestación en el juicio ejecutivo. Esta lectura fue recogida por autores posteriores y por la jurisprudencia para limitar el ámbito de aplicación de la aceptación por litis contestación²¹, dejando como única alternativa viable al cesionario la notificación practicada en un procedimiento voluntario previo.

La interpretación de Silva enfrenta como principal objeción que ella involucra de una serie de distinciones que, pese a su lúcida argumentación, no se desprenden del texto del artículo 1904 *CC*, el cual se limita a afirmar, en términos generales, que la litis contestación implica una forma de aceptación, sin entrar al análisis de las defensas o la actitud del demandado. Llegados a este punto, la mejor forma de ilustrar el alcance de esta disposición es recurriendo a las fuentes que Bello tuvo a la vista. La mayoría de los artículos sobre cesión de créditos encuentran su origen en el Proyecto de 1841-1845, en el cual la influencia de Delvincourt resulta evidente²². Sin embargo, Delvincourt nada dijo sobre la aceptación por litis contestación, por lo que no es de extrañar que no exista referencia a esta materia en el Proyecto de 1841-1845.

La primera mención a la litis contestación como una forma de aceptación se encuentra en el Proyecto de 1847, cuyo artículo 397 conserva buena parte de la redacción del Proyecto de 1841-1845, pero añade un nuevo inciso (4.º) que contiene la versión casi definitiva del actual artículo 1904 *CC*²³. Las menciones en torno al problema de la relación entre un juicio iniciado por el cesionario contra el deudor y el problema de la notificación o aceptación del crédito son casi inexistentes en las fuentes de la época²⁴, por lo que Bello parece haber recurrido en este punto directamente al derecho romano, donde (como ya se indicó) la litis contestación era el gran hito a partir del cual el deudor únicamente debía pagar al *procurator in rem suam*. Esta era una circunstancia bien conocida por Bello, quien señalaba:

²¹ RUBILAR (1987), pp. 79-80 y ABELIUK (2008), vol. II, p. 1051. En materia de jurisprudencia, véase v. gr. V. con B. (1935); C. R. N. con Profactoring S.A. (2010), cons. 14.º; y, Capital Trust Factoring con Transportes Eugenio Cabello Limitada (2010), cons. 7.º.

²² Compárese, por ejemplo, la exposición de DELVINCOURT (1824), vol. III, p. X con el Proyecto de 1841-1845, tít. XXIV (libro “De los contratos”), artículo 1.º incisos 2.º y 3.º: “Pour qu’elle soit valable à l’égard des tiers, et même du débiteur, il faut en outre que la cession ait été signifiée à ce dernier, ou acceptée par lui. Jusque-là le débiteur peut payer valablement au cédant ou à ses ayants-droit” / [inciso 2.º] “Pero, ni aun entregado el título, tendrá efecto contra el deudor, si la cesión no hubiere sido notificada a dicho deudor, o aceptada por él. Sin esta notificación o aceptación podrá el deudor pagar al cedente”; “L’acceptation même du débiteur ne vaut délivrance à l’égard des tiers, qu’autant elle a été faite par un acte authentique” / [inciso 3.º] “Tampoco tendrá efecto contra terceros (...) si no constare de un modo auténtico que el cesionario ha sido aceptado por el deudor”. Cfr. BELLO (1887), p. 243. Aquí y en otras citas, se ha actualizado la ortografía utilizada por Bello.

²³ Artículo 397 inciso 4.º: “La aceptación consistirá en un hecho auténtico del deudor, como la litis-contestación con el cesionario, el principio de pago al cesionario, etc.”. Cfr. BELLO (1887), p. 515 y BELLO (1981a), p. 690.

²⁴ Entre las pocas menciones relacionadas al tema, cabe destacar aquella de TAPIA (1845), vol. IV, p. 265, quien señala que el cedente debe conferir al cesionario poder amplio para demandar judicialmente la deuda, advirtiendo que “si carece de este requisito la cesión, y el deudor se resiste a su paga, quedará frustrada, y será ineficaz por defecto de facultad para apremiarle judicialmente a su solución”.

“Las acciones eran antes actos legítimos, y según un principio de derecho nadie adquiriría sino para sí o para aquél bajo cuya potestad se hallaba. No podía por consiguiente intentarse acción ni alegarse excepción por otro, y eran desconocidos los procuradores [...] Siendo esto molestísimo, se introdujo en el derecho una ficción por la que el procurador se hace dueño de la litis, adquiriendo ordinariamente su dominio por la contestación de la litis previo mandato [...]”²⁵.

Bello reproduce aquí, en forma resumida, las ideas de Heinecio²⁶, quien destacaba el momento crítico de la *litis contestatio* para efectos de que el cesionario pase a ser el *dominus litis*, citando diversas fuentes clásicas en su apoyo, y en particular D. 49,1,4,5 (*procurator lite contestata dominus litis efficitur*). Curiosamente, la importancia central de la *litis contestatio* para la cesión del crédito se encuentra también en Álvarez²⁷, autor español del siglo XIX, quien defiende su aplicación a partir de las fuentes romanas.

El recurso por Bello al derecho romano –tal como fuera expuesto por Heinecio– revela la enorme amplitud que cabe atribuir a la litis contestación en cuanto a la cesión de créditos en el artículo 1904 CC. Básicamente, Bello consagró en esta norma lo que había sido la regla general en el derecho romano: trabada la *litis contestatio*, la cesión produce plenos efectos respecto del deudor. Con esta revelación surge, sin embargo, una duda adicional: ¿por qué Bello encuadró la *litis contestatio* como un supuesto de “aceptación”? La respuesta, con toda probabilidad, se encuentra en la doctrina procesal de la época, la cual no solo identificaba una cierta “novación necesaria” al momento de la *litis contestatio*, sino que también calificaba a esta última como un cuasicontrato. La idea se encuentra también en Heinecio²⁸, y ha sido reproducida por diversos autores chilenos²⁹. Probablemente fue este sustrato convencional de la litis contestación lo que derivó en el curioso ejercicio de tratarla como un hecho del deudor. Esta fórmula, por lo demás, ahorraba a Bello el esfuerzo de introducir un tercer elemento en la bipartición francesa entre notificación y aceptación de la cesión.

El amplio ámbito que cabe asignar a los efectos de la litis contestación en el artículo 1904 CC permite a su turno derribar la interpretación tradicional en torno a la secuencia que debería seguirse entre la notificación del crédito y el

²⁵ BELLO (1981b), p. 196.

²⁶ HEINECCIUS (1764), p. 389: “§ 1247. *Dominium illud litis adquiri ordinarie fingeatur litis contestatione*, L.4. §.ult. D. de adpell. [D. 49,1,4,5] *sed praevio veri domini mandato*. L. 1. pr. D. de procur. [D. 3,3,1pr] *Hoc instar tituli vel causae erat, litis contestatio instar occupationis. Mandabat dominus, ut procurator dominium litis occuparet*. L. 32. D. de procurat. [D. 3,3,32]”. La misma idea se desarrolla con algo más de detalle en HEINECCIUS (1836), vol. II, p. 299.

²⁷ ÁLVAREZ (1829), vol. II, p. 197.

²⁸ HEINECCIUS (1836), vol. II, p. 298: “*Per litis contestationem reus se obligabat quasi contractu ad iudicatum*”.

²⁹ El mismo SILVA (1933), p. 172 reproduce esta idea para explicar por qué la litis contestación involucraría una forma de aceptación, así como RUBILAR (1987), p. 79. Entre la doctrina más antigua, véase v. gr. RISOPATRÓN (1883), p. 253, citado *supra*.

juicio ejecutivo. Como hemos visto, en el derecho romano –y así lo entendía Bello– bastaba la *litis contestatio* para que la cesión produjese efectos respecto del deudor; la *denuntiatio* únicamente reforzó la posición del cesionario al permitirle adelantar este efecto por medio de una notificación. Si tanto en Roma como en el diseño de Bello el acto mismo de la litis contestación es un hito claro para efectos de definir los efectos de la cesión de créditos respecto de un tercero, no es necesario –aunque sí podría tener efectos convenientes– realizar una notificación previa si lo que el cesionario quiere es demandar directamente. En otras palabras, la *litis contestatio* actúa como el punto de no retorno para efectos de la cesión del crédito (necesariamente a partir de ese hito se entiende aceptada la cesión), lo que no quita que el crédito pueda notificarse antes en el mismo juicio, incluyendo la posibilidad –por ejemplo– de una notificación conjunta con la demanda o gestión preparatoria³⁰.

Bajo este esquema, la posibilidad de notificar al deudor en el mismo juicio ejecutivo está en armonía con la posibilidad de que la litis contestación no se produzca (si el juicio se sigue en rebeldía del demandado) o se retrase peligrosamente (la interposición de excepciones dilatorias). Frente a situaciones como estas, lo más conveniente será que el cesionario procure notificar la cesión de créditos durante el juicio, sea al inicio –ahorrando así cualquier duda respecto al momento en que se producirá la litis contestación– o con posterioridad –sobre todo en caso de rebeldía–. La aceptación de la cesión por litis contestación se presenta así como una eventualidad cuyos efectos pueden ser asegurados por el cesionario en cualquier momento por medio de la notificación. De no seguirse esta interpretación, se llegaría a consecuencias absurdas, como que la rebeldía del deudor no notificado inevitablemente llevaría a que venciera en el juicio ejecutivo, debido a que la cesión no produciría efectos a su respecto, al no haberse producido ni la litis contestación (gracias a su rebeldía), ni haberse notificado la cesión del crédito (lo cual, supuestamente, debería haber tenido lugar en un procedimiento voluntario previo).

En virtud de lo anterior, se comprenderá que no existen buenas razones para que un deudor alegue exitosamente, durante el juicio ejecutivo, que se le debía notificar el crédito *antes* del juicio. La interpretación dominante en la actualidad no parece ser otra cosa que una defensa ingeniosa que logró imponerse en tribunales, pero que resulta artificial en sus fundamentos. Así, no es de extrañar que la antigua jurisprudencia se inclinara a favor de la posibilidad de notificar la cesión al deudor durante el juicio ejecutivo³¹. Esta

³⁰ Resulta interesante a este respecto la sentencia N. con R. (1943), pp. 188-189, donde los juzgadores descartan la casación en la que el recurrente alega que no era posible notificar la cesión del crédito junto con la demanda, ya que de todas formas se había contestado la demanda, con lo que había operado la aceptación de la cesión por litis contestación.

³¹ Véase la jurisprudencia citada por ABELIUK (2008), vol. II, p. 1051, notas 629 y 630. El detalle de la jurisprudencia más antigua se encuentra en OTERO (1928), vol. V, pp. 176-192, y en particular aquella mencionada en los n.º 2, 8, 9 (pp. 176-177), n.º 2, 5, 6, 9, 10, 14, 25, 30, 35 (pp. 183-188) y n.º 2, 10, 15, 24, 30 (pp. 189-192).

interpretación ahorra al cesionario las alambicadas construcciones a las que tuvo que recurrir Factosur: el cesionario podrá notificar la cesión al deudor con anterioridad a un juicio si así lo desea, pero también podrá hacerlo con posterioridad e incluso no hacerlo nunca si el deudor contesta la demanda. Por lo anterior, pese a no estar de acuerdo con la argumentación de la Corte Suprema, el desenlace del caso es correcto, ya que la oposición a la ejecución del deudor implicaría de todas formas una aceptación de la cesión³². Como se puede ver, Bello ofreció una solución mucho más sencilla e intuitiva que aquella que construyeron sus intérpretes.

CONCLUSIONES

El caso analizado constituye un ejemplo más de las múltiples fórmulas que han ensayado los cesionarios para evitar los engorrosos requerimientos para que la cesión se perfeccione respecto del deudor. Pese al éxito del demandante, la decisión de la Corte Suprema presenta una objeción evidente a la hora de adoptar esta fórmula a futuro: el mandato para el cobro es incompatible con la cesión del crédito, ya que el mandatario/cesionario no podría cobrar a nombre del mandante un crédito del cual este último ya se desprendió. Por otra parte, la fórmula de recurrir a un mandato para el cobro –sin cesión de créditos– resulta igualmente desaconsejable atendidos los riesgos a los que se expone el mandatario.

La solución al problema que enfrentan los cesionarios pasa por descartar la interpretación que los fuerza a recurrir a estos mecanismos: si se lee el CC a la luz de sus fuentes, resulta evidente que nada obsta a que el cesionario demande al deudor sin haber notificado previamente, ya que la cesión puede incluso producir efectos respecto del deudor sin notificación alguna, en la medida que este último conteste la demanda. Debido al desconocimiento de esta circunstancia, los cesionarios modernos han preferido recurrir a una primitiva *procuratio in rem suam*, en lugar de preferir la herramienta especializada diseñada por el ordenamiento jurídico para satisfacer la finalidad económica perseguida. Este desenlace es tan contraintuitivo como si alguien prefiriese usar una piedra en lugar de un martillo para clavar un clavo, frente a lo cual cualquier observador advertir que la preferencia probablemente estará fundada más en el inadecuado uso del martillo que en las virtudes de la piedra.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK, René (2008). *Las Obligaciones*. 5ª edición. Santiago: Editorial Jurídica.
 ÁLVAREZ, José María (1829). *Instituciones de Derecho Real de España*. Madrid: Repullés.

³² Cfr. N. con R. (1943).

- BARROS ALDUNATE, Diego e Ismael ESPINOSA VARGAS (1975). *Práctica forense*. 6ª edición. Santiago: Arancibia Hermanos.
 BELLO, Andrés (1887). *Obras Completas*. Santiago: Pedro G. Ramírez, vol. XI: *Proyectos de Código Civil*.
 BELLO, Andrés (1981a). *Obras Completas*. Caracas: La Casa de Bello, vol. XVI: Código Civil de la República de Chile III.
 BELLO, Andrés (1981b). *Obras Completas*. Caracas: La Casa de Bello, vol. XVII: *Derecho Romano*.
 DELVINCOURT, Claude-Étienne (1824). *Cours de Code Civil*. París: Delestre-Doulage
 HEINECCIUS, Johann Gottlieb (1764). *Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum*. Nápoles: Apud Jo. Baptistam Pasquali.
 HEINECCIUS, Johann Gottlieb (1836). *Recitationes in elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum*. Madrid: Typis Regiae Societatis.
 NIJKAMP, Jet (1997). *Novatio. Schuldvernieuwing in het middeleeuwse geleerde recht*. Amsterdam: VU Uitgeverij.
 OTERO ESPINOSA, Franklin (1928). *Concordancias y jurisprudencia del Código Civil Chileno*. Santiago: Casa Zamorano y Caperán.
 RISOPATRÓN, Carlos (1883). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia chilenas*. Santiago: Imprenta Victoria.
 RUBILAR HENRÍQUEZ, Juan Alberto (1987). *Formalidades de la cesión de derechos en el Código Civil. Capítulo XXV del Libro Cuarto*. Concepción: s.e. (memoria de prueba).
 SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1933). *De la cesión de derechos. 1.º De los créditos personales (Civiles y comerciales)*. Santiago: Soc. Imp. y Lito. Universo.
 TAPIA, Eugenio de (1845-1846). *Febrero novísimamente redactado*. Madrid: Librería de los Sres. Viuda de Calleja e hijos.
 ZIMMERMANN, Reinhard (1996). *The Law of Obligations*. Oxford: Oxford University Press.

Normas citadas

- Código Civil*.
Código de Comercio.
Código de Procedimiento Civil.

Jurisprudencia citada

- Capital Trust Factoring con Transportes Eugenio Cabello Limitada (2010): Corte Suprema, 23 de diciembre de 2010, rol n.º 7584-2009, Legal Publishing CL/JUR/16650/2010.
 Factorone S.A. con Sociedad Rubio y Mauad Limitada (2011): Corte Suprema, 07 de julio de 2011, rol n.º 2328-2010, Legal Publishing CL/JUR/9857/2011.

- HNS Banco SAB con Sociedad Constructora Francisco Castro SA (2004): Corte Suprema, 02 de noviembre de 2004, rol n.º 93.2004, Legal Publishing CL/JUR/2890/2004.
- N. con R. (1943): Corte Suprema, 08 de septiembre de 1943, *R.D.J.*, vol. 41, sección 1, pp. 184-189.
- C. R. N. con Profactoring S.A. (2010): Corte Suprema, 27 de septiembre de 2010, rol n.º 2098-2009, Legal Publishing CL/JUR/7728/2010.
- Tu Factoring S.A. con R.S.H. (2017): Corte Suprema, 16 de agosto de 2017, rol n.º 6129-2017, Legal Publishing CL/JUR/5513/2017.
- V. con B. (1935): Corte de Apelaciones de Valdivia, 04 de octubre de 1935, *R.D.J.*, vol. 35, sección 2, pp. 42-47.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

<i>CC</i>	<i>Código Civil</i>
<i>CCom</i>	<i>Código de Comercio</i>
cfr.	<i>confer</i> (compare)
<i>CPC</i>	<i>Código de Procedimiento Civil</i>
cons.	considerando
<i>D.</i>	Digesto
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
<i>R.D.J.</i>	Revista de Derecho y Jurisprudencia
<i>s.e.</i>	<i>sine editore</i> (sin editor)
<i>v.gr.</i>	<i>verbi gratia</i>

BIENES Y DERECHOS REALES

Jaime Alcalde Silva*

LEGITIMACIÓN Y PUBLICIDAD REGISTRAL
A PROPÓSITO DE LA INSCRIPCIÓN DE UNA SEPARACIÓN CONVENCIONAL DE BIENES**
LEGITIMATION AND PUBLICITY REGARDING THE REGISTRATION OF A SEPARATION
OF GOODS AGREEMENT

CORTE SUPREMA, 20 DE ABRIL DE 2021, ROL N.º 2252-2019,
WESLAW CL/JUR/50359/2021

RESUMEN

La Corte Suprema rechazó un recurso de casación en el fondo interpuesto para revertir la desestimación de una tercería de posesión. El fundamento de esa decisión consistió en que el acto de adjudicación de los derechos sobre un inmueble, como consecuencia de la liquidación de una comunidad derivada de una sociedad conyugal, y el pago de una compensación económica, por la

* Profesor asociado de Derecho Privado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, 8320000, Santiago, Chile. Correo electrónico: jcalcald@uc.cl

Con este comentario llega a su fin una colaboración que comenzó con el n.º 21 de esta revista, publicado en diciembre de 2013. Ha sido un honor haber podido colaborar con este proyecto editorial emprendido por la Fundación Fernando Fueyo Laneri y que está pronto a cumplir su vigésimo aniversario. El trabajo realizado ha producido frutos y, en la actualidad, se trata de una revista de gran prestigio y reconocimiento en el mundo académico. Agradezco al anterior director y a la actual directora por la oportunidad que me brindaron, especialmente por haber podido retomar una sección que en sus inicios estuvo a cargo de Javier Barrientos Grandon. Ella se había interrumpido por algunos años y se hacía necesario recuperar un espacio de discusión sobre la jurisprudencia habida respecto de los derechos reales. Mi propósito en estos 8 años ha sido tratar de contribuir a una mejor comprensión de este ámbito del derecho, promoviendo la discusión respecto de las instituciones que lo conforman y favoreciendo una mayor certeza en las decisiones judiciales en la materia. Espero haber aportado en esta materia y también seguir haciéndolo desde otras sedes. Le doy las gracias también a todas aquellas personas que me han escrito por los comentarios aparecidos hasta la fecha para discutir algún aspecto. Eso enriquece el quehacer académico.

** El autor dedica este comentario a la memoria del profesor Jorge Caffarena Laporta (1954-2021), catedrático de derecho civil de la Universidad Carlos III de Madrid, fallecido el 14 de noviembre de 2021, quien presidió el tribunal ante el cual leyó su tesis doctoral.

cual una persona transfería el restante porcentaje de derechos a favor de su excónyuge, requerían un tratamiento diferenciado, distinguiéndolo del pacto de separación de bienes celebrado en el mismo instrumento. En concreto, la discusión se centró en la función de la inscripción conservatoria respecto de la adjudicación, que la tercerista estimaba que venía exigida de manera expresa por la ley, pero cuya procedencia resulta de las reglas generales que informan el sistema registral chileno, sin olvidar las particularidades del régimen de sociedad conyugal.

PALABRAS CLAVE: separación convencional de bienes; inscripción conservatoria; fe pública registral

ABSTRACT

The Supreme Court rejected an appeal on the merits filed to reverse the dismissal of a third-party possession. The basis for this decision was that the act of awarding the rights to a property because of the liquidation of a community derived from a conjugal community and the payment of an alimony for which a person transferred the remaining percentage of rights to favor of their ex-spouse required a differentiated treatment, distinguishing it from the separate property agreement entered in the same instrument. Specifically, the discussion focused on the role of registry entry with respect to adjudication, which the third party considered was expressly required by law, but whose origin results from the general rules that inform the Chilean registry system, without forgetting the particularities of the conjugal community regime.

KEYWORDS: separate property regime; registry entry; public faith

I. LA CUESTIÓN DISCUTIDA

Con fecha 19 de junio de 2017 y ante el 4.º Juzgado Civil de Antofagasta, una sociedad dedicada al rubro de la pavimentación presentó una demanda indemnizatoria en un juicio sumario en contra de un contador que había trabajado para ella y había sido condenado por el Juzgado de Garantía de esa ciudad, en la audiencia de juicio abreviado, a una serie de penas asociadas al delito de estafa. A partir de los hechos establecidos en sede penal por sentencia ejecutoriada, la demandante solicitaba que el demandado fuese condenado al pago de una indemnización ascendente a \$25 491 759, más reajustes, intereses y costas, por el daño patrimonial causado. El referido monto provenía de las maniobras de manipulación de la contabilidad de la empresa, el redireccionamiento de fondos a su cuenta personal y el pago de servicios a través de SERVIPAG en su exclusivo beneficio realizadas por el demandado entre los meses de enero

de 2012 y mayo de 2013, cuando se desempeñó como asistente técnico de recursos humanos de la sociedad demandante, que fueron los hechos por los cuales se libró condena penal a su respecto. El comparendo de contestación y conciliación se realizó en rebeldía de la parte demandada, ratificando la demandante su pretensión en todas sus partes. El 18 de noviembre de 2017, el 4.º Juzgado Civil de Antofagasta dictó sentencia definitiva y acogió la demanda indemnizatoria presentada por la sociedad de pavimentos, condenando a su extrabajador a pagar una indemnización equivalente a la suma constatada de la defraudación, debidamente reajustada entre la fecha del fallo y la de su pago efectivo y con los intereses corrientes para operaciones no reajustables, más las costas de la causa. La sentencia no fue recurrida por la parte demandada y, a través una certificación de 15 de diciembre de 2018, se dejó constancia que ella se encontraba firme.

Para garantizar el resultado de la acción ejercida, la sociedad demandante había solicitado como medida prejudicial precautoria la prohibición de celebrar actos y contratos respecto de un inmueble situado en Antofagasta que figuraba inscrito en el Conservador de Bienes Raíces de esa ciudad a nombre del demandado desde el año 2006. Ella fue concedida por resolución de 25 de mayo de 2017, practicándose la inscripción respectiva en el registro de prohibiciones e interdicciones con fecha 30 de mayo de 2017. Por resolución de 03 de julio de 2017 se ordenó mantener la medida precautoria concedida, dado que concurrían los requisitos que justificaban su procedencia.

Mediante presentación de 18 de diciembre de 2017, la sociedad demandante solicitó al tribunal que diese curso al cumplimiento incidental de la sentencia condenatoria. Ésta fue notificada al demandado, quien no opuso excepciones. Con fecha 06 de febrero de 2018, el demandante pidió que se embargara el bien raíz que había sido objeto de la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos antes mencionada, el cual singularizó según la referencia de la inscripción conservatoria respectiva que existía a su nombre. El embargo fue trabado por un receptor judicial el 27 de febrero de 2018 e inscrito en el registro de prohibiciones e interdicciones del Conservador de Bienes Raíces de Antofagasta el 05 de marzo de ese año.

Después de varios trámites previos, el remate del inmueble embargado quedó fijado para el 31 de mayo de 2018. Una semana antes, por presentación de 24 de mayo, compareció en el juicio la exmujer del demandado, promoviendo una tercería de posesión respecto del bien raíz embargado. Ella se fundaba en que, con fecha 26 de septiembre de 2016, el demandado y la tercerista habían suscrito una escritura pública intitulada “Separación total de bienes y acuerdo de relaciones mutuas”, con el objeto de solicitar posteriormente ante el Juzgado de Familia de Antofagasta la declaración del divorcio de común acuerdo para poner término al matrimonio contraído el 08 de octubre de 1992. En dicho instrumento, las partes procedieron a sustituir la sociedad conyugal existente entre ellos por el régimen de separación total de bienes, y a liquidar la comunidad derivada del fin del primer régimen. Cada uno de los cónyuges se

adjudicó el 50% de un inmueble situado en la ciudad de Antofagasta y que era el que se encontraba embargado en el juicio. A su vez, en el acuerdo completo y suficiente, el marido asignó a título de compensación económica a favor de su mujer el porcentaje de derechos del inmueble que le había correspondido en la mencionada liquidación de la sociedad conyugal. Dicha escritura pública fue inscrita al margen de la partida de matrimonio el 28 de septiembre de 2016, siendo desde esa fecha oponible a terceros el pacto de separación total de bienes acordado entre los cónyuges. El 21 de diciembre de 2016, el Juzgado de Familia de Antofagasta declaró el divorcio entre el demandado y la tercerista, aprobando el acuerdo de relaciones mutuas contenido en la escritura pública antes referida. Esa sentencia fue subinscrita con fecha 19 de enero de 2017 en la respectiva partida de matrimonio. El 31 de julio de 2017, la tercerista requirió al Conservador de Bienes de Antofagasta la inscripción de la escritura de separación de bienes y acuerdo de relaciones mutuas, con el fin de que el 50% de los derechos del inmueble que le habían correspondido como pago de la compensación económica acordada con su exmarido quedase a su nombre. El Conservador rechazó la inscripción solicitada, por existir una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre el inmueble inscrita desde el 30 de mayo de 2017.

Sobre ese bien que le pertenecía se trabó un embargo en el juicio unos meses más tarde. Arguyó la tercerista que las adjudicaciones tienen un efecto declarativo de acuerdo con el artículo 1344 del *Código Civil*, de suerte que el bien raíz le pertenecía en exclusiva desde el día en que se originó la comunidad, vale decir, al disolverse la sociedad conyugal el 26 de septiembre de 2016. Ella se encontraba amparada así por la presunción del artículo 700 inciso 2.º CC, a lo que además había que agregar una serie de actos materiales de conservación respecto del inmueble, como el pago de dividendos bancarios y de los consumos de electricidad y agua potable. La citada escritura de separación de bienes y liquidación de la comunidad derivada de la sociedad conyugal no podía ser desconocida por el demandante, porque se subinscribió al margen de partida de matrimonio, y lo mismo ocurrió con el divorcio declarado después, siendo así oponible frente a cualquier tercero. Por lo demás, tanto la división de la comunidad entre los cónyuges como el divorcio ocurrieron antes de que se concediera e inscribiera la medida precautoria que afectaba al inmueble en disputa, lo que significaba que los derechos sobre aquél ya se encontraban radicados para entonces en el patrimonio de la tercerista. De esto sigue que en el juicio se embargó un bien que no era propiedad del demandado y, por tanto, debía reconocerse el dominio o, al menos, la posesión sobre aquél que correspondía a la tercerista. Agregaba ésta que la interposición de una tercería era posible igualmente en la etapa de cumplimiento incidental, por lo dispuesto en el artículo 235 del CPC. Por estas razones, la tercerista pedía al tribunal que declarase que el inmueble era de su exclusiva posesión y se ordenase el alzamiento de la medida precautoria y el embargo decretados sobre él, con condena solidaria en costas.

La sociedad demandante evacuó el traslado señalando que el único poseedor inscrito del bien embargado era el demandado, sin que constase ninguna transferencia a favor de la tercerista de todo o parte del inmueble de la cual se haya dejado constancia en el registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Antofagasta. Para que pueda reputarse a una persona como poseedora de un inmueble, es necesario que medie una inscripción conservatoria, de la cual depende la adquisición, conservación y pérdida de esa posesión. De esta forma, ninguno de los actos incluidos en la escritura pública invocada produjo el efecto de transferir el inmueble o los derechos sobre él a favor de la tercerista, por lo que el título de posesión alegado por ella no existía. La demandante señalaba también que la posesión se prueba del modo indicado en artículo 924 CC, vale decir, a través de la inscripción conservatoria, la cual no admite prueba en contrario si ha durado al menos 1 año completo. Además, el crédito cobrado en el juicio era anterior a la separación de bienes convenida entre el demandado y la tercerista, puesto que tiene origen legal en el artículo 2314 CC y su existencia fue declarada por una sentencia que quedó firme el 01 de septiembre de 2016, fecha en la cual aún existía la sociedad conyugal entre el demandado y la tercerista. Esa deuda había pasado a formar parte de la comunidad de bienes que se procedió a liquidar por la escritura pública de 26 de septiembre de 2016, de suerte que la tercerista tenía obligación de concurrir a su pago por lo dispuesto en el artículo 1777 CC. Así pues, la sentencia dictada por el 4.º Juzgado Civil de Antofagasta sólo se limitó a fijar el monto a pagar por concepto de indemnización, reconociendo que la obligación había nacido de la sentencia penal que dio por establecido el delito cometido por el demandado.

El 4.º Juzgado Civil de Antofagasta resolvió la tercería de posesión por sentencia de 25 de junio de 2018, que acogió dicho incidente, sin costas, ordenando alzar el embargo respecto del bien raíz que figuraba inscrito a nombre del demandado y la medida precautoria que lo afectaba. Esta decisión se fundó en el hecho de que la prueba documental aportada daba cuenta de que la tercerista era poseedora del inmueble objeto del embargo, pues se había adjudicado la propiedad por haberse disuelto y liquidado la sociedad conyugal que la unía con el demandado (considerando 6.º). Esa adjudicación había sido anterior a que en el juicio se decretase una medida precautoria sobre el inmueble y, por cierto, a que éste fuese embargado. La sustitución del régimen matrimonial entre los cónyuges había cumplido con la solemnidad que exige el artículo 1723 CC, de manera que

“no resulta dable imponer la condición de la inscripción de la adjudicación del inmueble a nombre de la adjudicataria para adquirir su posesión y dominio, pues tal registro [...] tiene como efecto mantener la historia de la propiedad raíz y dar publicidad frente a terceros” (considerando 6.º).

El tribunal citó enseguida una sentencia de la Corte Suprema respecto del carácter declarativo del acto por el cual se liquida la comunidad derivada de la

sociedad conyugal existente entre los cónyuges y la finalidad de la publicidad ordenada por el artículo 1723 CC (considerando 7.º)¹ y señaló que, habiendo acreditado la tercerista el fundamento de su pretensión, correspondía hacer lugar a ella (considerando 8.º).

Contra esta sentencia, la parte demandante dedujo un recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Su argumento fue que el tribunal de primera instancia estimó que la tercerista era poseedora del inmueble embargado, pese a no haberse efectuado a su nombre la inscripción conservatoria respectiva, porque estimó que sería suficiente para acreditar el dominio y la posesión el hecho de haberse suscrito el pacto de separación total de bienes y el acuerdo de relaciones mutuas entre los cónyuges a través de una escritura pública, donde se disolvió y liquidó la sociedad conyugal existente entre ellos. Para concluir de esta manera, la sentencia recurrida no se atuvo lo dispuesto en los artículos 686, 696, 702, 724 y 728 CC, que asignan a la inscripción conservatoria una triple función: ser la única forma legal de efectuar la tradición del dominio de los bienes raíces, dar amplia publicidad sobre la propiedad inmobiliaria y comportar requisito, prueba y garantía de la posesión sobre los inmuebles. De esta manera, no bastaba con disolver y liquidar la sociedad conyugal para que la tercerista adquiriera los derechos que pretendía, sino que se debía realizar a su nombre la correspondiente inscripción conservatoria. De ella no había constancia en el registro de propiedad a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Antofagasta. Por lo demás, ni siquiera en este caso podrían haberse visto afectados sus derechos como acreedor, por lo dispuesto en el artículo 1723 CC, ya que su crédito fue adquirido antes de la separación total de bienes y la liquidación de la comunidad derivada de la sociedad conyugal que existía entre los cónyuges. Ese crédito había sido reconocido por una sentencia que se encontraba ejecutoriada desde el 01 de septiembre de 2016, cuando todavía existía la sociedad conyugal entre el demandado y la tercerista, siendo su fuente todavía anterior de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2314 CC.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta resolvió el recurso por sentencia de 18 de diciembre de 2018, acogiendo la apelación y rechazando la tercería de posesión promovida respecto del inmueble embargado, sin costas. Para concluir de esta forma, estimó que la división de los bienes sociales se sujeta a las reglas de la partición del haber hereditario y, por tanto, el título que de ahí surge pertenece al género de los traslaticios de dominio, porque así lo establece el artículo 703 CC cuando menciona “los actos legales de partición” (considerando 4.º). Igual carácter tiene la sentencia que acordó el pago de una compensación económica a favor de la tercerista respecto del restante 50% de los derechos del inmueble embargado, aprobando el acuerdo suscrito por los excónyuges (considerado 4.º). Siendo ambos títulos traslaticios de domi-

¹ La sentencia sólo viene citada por su rol. Se trata de Corte Suprema, 24 de noviembre de 2016, rol n.º 19292-2016, CL/JUR/7755/2016.

nio, correspondía que se practicase la inscripción conservatoria respecto de la tercerista, de suerte que el asiento registral existente para el demandado debía estimarse subsistente por no encontrarse cancelado (considerando 5.º). Por esa razón, “sólo cabe concluir que la tercerista no tiene la posesión del bien raíz embargado, puesto que su título no ha sido inscrito en el Registro del Conservador” (considerando 5.º), de suerte que su tercería no podía prosperar y debía ser rechazada la incidencia (considerando 6.º).

La sentencia de alzada fue recurrida de casación en el fondo por la tercerista, quien denunció tres grupos de vicios de derecho. El primero de ellos estaba constituido por los artículos 703 y, consecuentemente, 702, 724 y 728 CC, dado que la sentencia de segundo grado asignó el carácter de títulos traslaticios de dominio tanto a la adjudicación, derivada de la liquidación de la sociedad conyugal existente entre el demandado y la tercerista, como a la compensación económica convenida en el acuerdo completo y suficiente, que fue refrendada por la sentencia de divorcio. Esto supuso aplicar a su respecto las reglas de la posesión inscrita, exigiendo la práctica de una inscripción conservatoria, sin que fuese suficiente el pacto de separación de bienes anotado al margen de la partida de matrimonio y la posterior división de la comunidad habida entre los cónyuges. El segundo grupo estaba integrado por los artículos 1723, 1764, 1776 y 718 CC, que confirman el efecto declarativo de la liquidación de la sociedad conyugal, del cual prescindió el fallo recurrido al estimar que se trataba de un título traslativo de dominio. Especialmente relevante era el hecho de que la liquidación y los pactos de adjudicación ocurrieron con anterioridad a la concesión e inscripción de la medida cautelar y el embargo sobre el inmueble de su propiedad en el juicio principal. El último vicio se refería al artículo 1723 CC, puesto que la Corte de Apelaciones de Antofagasta, además de la subinscripción en la partida de matrimonio, exigió la inscripción conservatoria con la misma finalidad, pese a que existe consenso que esa inscripción sólo es necesaria para mantener la historia del bien raíz, sin efectos sustantivos.

Por sentencia de 20 de abril de 2021, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo de la tercerista. Después de hacer un recuento respecto de los hechos acreditados por la sentencia impugnada (considerando 2.º), estimó que resultaba necesario aclarar que la escritura pública de fecha 26 de septiembre de 2016 contenía tres negocios jurídicos distintos: el pacto de separación total de bienes, la liquidación de la sociedad conyugal existente entre los cónyuges y, además, el acuerdo completo y suficiente que debía ser acompañado en el juicio de divorcio cuando las partes ejerciesen la acción de común acuerdo (considerando 4.º). Cada uno de ellos tiene una naturaleza jurídica diversa, por lo que es un error asumir que “todos estos actos producen los mismos efectos en el mismo momento y constituyen un mismo tipo de título” (considerando 4.º). Respecto de la liquidación de la sociedad conyugal, ella comporta un título declarativo de dominio, cuya función es “fijar el dominio y la posesión exclusiva desde el momento en que nace la comunidad” (considerando 6.º). Esto no quita que sea “necesario adjudicarle un rol a la inscripción

de la cual carece la tercerista” (considerando 7.º). La inscripción conservatoria de la liquidación de una sociedad conyugal se requiere como publicidad y para mantener la historia del bien raíz, dado que el *Código Civil* contiene varias presunciones sobre los derechos del marido y la mujer respecto de los bienes sociales: el artículo 1739 señala que todos los bienes que existan en poder de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal y al tiempo de su disolución se entiende que pertenecen a ella; el artículo 1750 establece que, respecto de terceros, el marido es el dueño de los bienes sociales; y, el artículo 1752 agrega que la mujer no tiene derecho alguno sobre dichas cosas mientras dure la sociedad conyugal. Como el inmueble seguía figurando a nombre del demandado en el Conservador de Bienes Raíces, la sociedad demandante

“no tenía cómo saber que se le había adjudicado a la cónyuge al momento de solicitar la traba y posterior inscripción del embargo, por lo que es posible sostener que todo lo realizado por los cónyuges como actos de partición de la sociedad conyugal le es inoponible al acreedor” (considerando 7.º).

El restante 50% del inmueble, la tercerista lo adquirió como pago de la compensación económica que le fue concedida en el juicio de divorcio, la cual sí comporta un título traslativo de dominio (considerando 8.º). Tratándose de derechos de naturaleza inmueble, la única manera en la que la tercerista se hiciese dueña de los derechos que le correspondían por esa razón era mediante una inscripción conservatoria a su nombre, la cual no existía en la especie (considerando 8.º). Así pues, no era respecto del pacto de separación total de bienes respecto del cual el tribunal de alzada había solicitado más requisitos que los pedidos por la ley, sino que ellos venían exigidos por las adjudicaciones realizadas con la finalidad de hacerlas oponibles a terceros y así otorgarles la protección que señala el ordenamiento, puesto que el artículo 1723 CC dispone que el mencionado pacto no puede afectar en modo alguno los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer (considerando 8.º). Estas consideraciones justificaban que no concudiesen en la especie los vicios de derecho denunciados a través el recurso de casación en el fondo interpuesto por la tercerista, el que debía ser rechazado. Quedó así confirmada la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que había desestimado la tercería de posesión.

II. COMENTARIO

El caso relatado presenta varias cuestiones de interés tanto desde el punto de vista del derecho civil como procesal. Por ejemplo, cabe preguntarse si es correcto el criterio de entender que el crédito indemnizatorio derivado de un delito nace de la sentencia penal que lo constata, porque ella produce cosa juzgada respecto de la existencia del hecho y la culpabilidad del condenado

(artículo 178 CPC)², como parece ser el criterio que subyace en las alegaciones de la sociedad demandante, o sobre el rigor con que debe aplicar el estándar de prueba para dar por acreditada la pretensión alegada por un tercerista³. También se podría analizar la extensión que se le da al artículo 924 CC respecto de la prueba de la posesión de bienes raíces⁴, las consecuencias asociadas al principio de prioridad registral que impedían que la compensación económica pudiese ser inscrita a favor de la tercerista⁵, la ficción que entraña el efecto declarativo de la partición o las razones que justifican que el pacto de separación convencional de bienes deba cumplir con ciertas medidas de publicidad y no afecte los derechos de los acreedores anteriores.

Respecto de este último aspecto, basta decir que las exigencias del artículo 1723 CC se refieren a la publicidad de la separación de bienes que los cónyuges convienen durante la vigencia del matrimonio⁶. Su alcance se limita a ese efecto puntual: sustituir un régimen (la sociedad conyugal) por otro (la separación total de bienes), con la consiguiente modificación de la posición jurídica de los cónyuges en el tráfico en cuanto a los bienes que les pertenecen⁷. Por eso, la Corte Suprema hizo una distinción que es indispensable para la comprensión del caso: un mismo instrumento público puede contener distintos negocios jurídicos, algo que el propio *Código Civil* reconoce (por ejemplo, en los artículos 698 y 2049). En la especie, esto significaba que la escritura pública que la tercerista y el demandado suscribieron el 26 de septiembre de 2016 no podía ser analizada como un acto único y que entrañaba unos efectos jurídicos unívocos, sino que debía ser apreciada de acuerdo con su concreta naturaleza (artículo 1563 CC). El citado artículo 1723 CC sólo se aplica a la capitulación matrimonial mediante la cual los cónyuges ponen fin a la sociedad conyugal y acuerdan el régimen de separación total de bienes. Su efecto se agota en la

² BARROS BOURIE (2020), pp. 1074-1082.

³ El artículo 518 CPC enumera las causas de pedir de las tercerías, y el artículo 522 CPC sólo refiere la necesidad de acompañar “antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave de la posesión que se invoca” para ordenar la suspensión del procedimiento de apremio cuando se ha presentada esta clase de tercería.

⁴ JARA PÉREZ (2016) ha explicado que los artículos 924 y 925 CC se refieren a hechos distintos que deben ser probados para acoger la acción posesoria: el primero alude al modo de probar que el demandante es poseedor del inmueble en cuestión, mientras que el segundo prevé cómo debe probarse la turbación o embarazo que alega el poseedor en una querrela de amparo. Véase ALCALDE SILVA (2021b), pp. 260-264.

⁵ ALCALDE SILVA (2020).

⁶ El otorgamiento del pacto de separación de bienes por escritura pública y su posterior subinscripción al margen de la respectiva inscripción matrimonial son requisitos que el artículo 1723 inciso 2.º CC establece para que dicha capitulación matrimonial produzca efectos respecto de las partes y terceros. Por consiguiente, se trata de un requisito de validez cuya omisión acarrea la nulidad absoluta del acto (artículos 1681 y 1682 CC). Distinta es la protección a los terceros acreedores, que cuentan con diversos cursos de acción para conseguir la tutela de su posición preferente. Véase RODRÍGUEZ PINTO (2017), pp. 430-431.

⁷ Esto se relaciona con la correcta lectura que debe darse al estado civil. Véase la reconstrucción que propone GOLDENBERG SERRANO (2017).

disolución de ese régimen patrimonial supletorio (artículo 1764, n.º 5.º CC). De ahí en adelante hay una comunidad cuya conformación exige hacer facción de inventario y tasación (artículo 1765 CC), la cual se debe liquidar según las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios (artículo 1776 CC). Por consiguiente, la liquidación de esa comunidad no es un acto que se deba hacer al mismo tiempo que la sustitución del régimen patrimonial existente entre los cónyuges, puesto que incluso puede requerir la presencia de un juez árbitro. Así, los problemas que esta fase puedan suponer no pueden ser resueltos a partir de la regla del artículo 1723 CC, que tiene que ver con los requisitos del pacto de separación total de bienes y las formalidades que ella debe cumplir para su validez y oponibilidad a terceros.

El problema jurídico del caso se reducía, entonces, a determinar si era o no necesario practicar una inscripción conservatoria respecto de la adjudicación sobre los derechos de un inmueble en la liquidación de una comunidad derivada de la disolución de la sociedad conyugal y respecto del pago de una compensación económica. Así pues, este comentario se limitará a profundizar en las razones dadas por la Corte Suprema acerca de dicho problema y que inciden sobre dos aspectos, que se presentan conectados entre sí. El primero de ellos es el modo peculiar en quedó configurada la posesión sobre los bienes raíces en el *Código Civil* (1). El segundo es la función que cumple la inscripción conservatoria que la Corte estimó faltar en este caso, la cual no se agota en materializar la tradición de los bienes raíces y derechos reales constituidos sobre ellos (2). El fallo que se comenta resolvió correctamente el caso: la tercería no podía prosperar porque no existía posesión respecto del inmueble embargado a favor de una persona distinta al demandado, siendo inoponible a los acreedores cualquier pacto entre los cónyuges que afecte la situación económica bajo la cual nació su crédito.

1. Un repaso sobre la configuración de la posesión respecto de los bienes raíces

En otro lugar se ha explicado cómo se debe entender la llamada “teoría de la posesión inscrita” bajo la cual se encuentra conformado el régimen inmobiliario chileno⁸. También se ha abordado antes el sentido del concepto de posesión en el *Código Civil*, el cual se encuentra implícito en sus normas y alude a la idea de investidura real o aparente de un derecho⁹. Ahora sólo interesa revisar algunas de las consecuencias que se siguen de la opción por la que se decantó la Comisión Revisora y, finalmente, el *Código Civil* en vigor respecto del régimen de los bienes raíces. En ellas reside la clave del caso que se comenta.

La primera consecuencia es que la inscripción conservatoria está relacionada con la adquisición de la respectiva titularidad real, siendo la posesión

⁸ ALCALDE SILVA (2019).

⁹ ALCALDE SILVA (2021b), pp. 253-260.

una cuestión secundaria o refleja. Para el código, el poseedor es la persona que ejerce de una manera ostensible la respectiva titularidad real, teniendo el control del aprovechamiento económico de la cosa¹⁰. La posesión es una realidad sensible, puesto que permite percibir cuál es la relación que tiene una persona con una cosa. Más allá de la materialidad, el factor crucial en ella es la posibilidad de decisión sobre el destino productivo de una cosa (por ejemplo, ordenando el corte de maderas, o la construcción de edificios, cercos, plantaciones o sementeras, según señala el artículo 925 CC), como se evidencia respecto de la herencia (artículo 688 CC)¹¹. La particularidad reside en que el código chileno considera poseedor tanto al dueño como al que se da por tal (artículo 700 CC), puesto que la posesión refleja hacia el exterior una situación de naturaleza incorporal (artículo 565 CC). Para lo que aquí interesa, la inscripción conservatoria cumple su cometido primordial en el ámbito del dominio y los demás derechos reales, porque consume el modo de adquirirlos o constituirlos (artículos 686 CC y 52 n.º 1.º y n.º 2.º RRCBR)¹². De ahí que ella desempeñe una función legitimadora, puesto que al titular del derecho le basta con aportar la inscripción para ser tenido como tal y para demostrar respecto de terceros que lo es¹³. Esta legitimación es la que provoca la confusión, porque la inscripción conservatoria desempeña también una función de publicidad respecto de la persona que tiene el control económico de un determinado inmueble. González (1875-1949), reconocido como el primero

¹⁰ Esta caracterización de la posesión es muy significativa, porque remite a la idea que de ella se tenía en el derecho germánico y que se conoce con el nombre de *gewere*. Este término denota la forma de un derecho real, puesto que designa el señorío fáctico sobre una cosa y que resulta oponible frente a todos por su carácter ostensible. Cfr. PLANITZ (1957), pp. 99 y 154.

¹¹ En la herencia (cosa universal) se disocia con claridad la adquisición de la respectiva titularidad (el derecho real de herencia) mediante un concreto y específico modo de adquirir (la sucesión por causa de muerte), siendo la inscripción conservatoria la manera en que se refleja la posesión efectiva concedida por una resolución judicial o administrativa. Junto a esa posesión, se distinguen otras dos: la posesión legal, que se adquiere incluso aunque el heredero lo ignore desde que la herencia ha sido deferida (artículos 688 y 722 CC), y la posesión material, que supone la tenencia de los bienes que componen el haz hereditario con ánimo de señor o dueño. La prescripción del derecho real de herencia está asociada con la posesión efectiva, que confiere al heredero que la ha obtenido un título aparente que le permite una adquisición en un plazo reducido (artículos 703 n.º 4.º y 1269 CC). Por eso, el Mensaje del *Código Civil* agrega: “Pero como no sólo los actos entre vivos sino las transmisiones hereditarias están sujetas respecto a los bienes raíces a la solemnidad de esta inscripción, todos los referidos bienes, a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial” (§ 21).

¹² El Mensaje del *Código Civil* señala a este respecto: “La transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna” (§ 21).

¹³ RAMS, MORENO y RUBIO (2020), p. 62.

de los cultivadores del derecho hipotecario en España, lo explicaba de esta forma hace ya casi un siglo al referirse a las dos funciones que desempeña el principio de publicidad registral:

“Como principio legitimador, derivado directamente de la *gewere* o investidura germánica, reemplaza a la misma propiedad con su forma jurídica, y la protege en sus apariencias, mediante una presunción *juris tantum* suficiente para la vida práctica. Para que ésta se desenvuelva normalmente mientras no haya terceros interesados, basta suponer que la inscripción corresponde a la realidad jurídica y acredita *prima facie* que el derecho inscrito existe y que el cancelado se ha extinguido”¹⁴.

La segunda consecuencia es un corolario de lo anterior: la inscripción conservatoria prueba ante todo la existencia de la respectiva titularidad real, y no solamente su posesión o dimensión ostensible. Sin embargo, esa prueba admite discusión, puesto que el modelo de transferencia adoptado por el *Código Civil* es causal, de suerte que el registro refleja lo que ha sucedido a partir del título del cual deriva el respectivo derecho (artículos 675 y 682 CC). Cabe la posibilidad de demostrar entonces que el título no ha permitido en ese caso concreto adquirir la respectiva titularidad¹⁵. La razón es que la inscripción conservatoria no produce efectos convalidantes, de suerte que los defectos que el título presente se proyectan al asiento registral y permiten privarlo de eficacia (artículos 675, 676, 677, 1687 y 1689 CC)¹⁶. A esto se refiere el artículo 703 CC cuando define los títulos traslativos de dominio como aquellos que “por su naturaleza sirven para transferirlo”. Esa definición quiere señalar que esa clase de títulos tienen en abstracto por propiedad intrínseca la transferencia de propiedad de un bien en virtud de su función típica (artículo 1444 CC), pese a que en el caso concreto esa transferencia pueda no realizarse por alguna vicisitud fáctica (artículo 683 CC)¹⁷.

La tercera consecuencia tiene que ver con la posesión. El artículo 700 CC no contiene una definición general de ésta, puesto que ese concepto sólo puede ser aplicado respecto de las cosas corporales muebles¹⁸. En paralelo existe un régimen posesorio para las cosas incorporales (artículo 714 CC) y otro para los bienes raíces y los derechos constituidos sobre ellos (artículo 696 CC), que

¹⁴ GONZÁLEZ (2009), p. 122.

¹⁵ Hay aquí una diferencia crucial con el sistema alemán, donde el principio de abstracción hace que subsistan de manera diferenciada el negocio obligacional y el negocio dispositivo. Este último se compone de dos elementos, como son el acuerdo real y la inscripción, pero la modificación de la titularidad sobre la que incide se produce con independencia de la existencia o validez del negocio obligacional. Véase RODRÍGUEZ OTERO (2012), pp. 254-263.

¹⁶ SEPÚLVEDA LARROUCAU (2014), pp. 258-259.

¹⁷ ALCALDE SILVA (2016a), pp. 1234-1235.

¹⁸ La idea proviene de las Partidas, que definían la posesión como “ponimiento de pies [...] es tenencia derecha que el hombre ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo y del entendimiento” (3, 30, 1).

comparte sus calidades y vicios, pero no el concepto basal (no cabe “tenencia” de ellos del mismo modo que se posee una cosa mueble)¹⁹. El problema reside en que la mentalidad de los operadores jurídicos se ha resistido a aceptar la nueva comprensión técnica de posesión, donde la inscripción pasa a desempeñar la función legitimadora y de publicidad que tiene la tenencia con ánimo de señor o dueño respecto de las cosas muebles²⁰. En esa creencia se asienta la antes mencionada “teoría de la posesión inscrita”, que es el nombre con que se designa una explicación doctrinal de carácter sistemático referida a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión de los bienes raíces, y que busca unificar distintas reglas previstas para cuestiones puntuales a partir del cometido que (se dice) desempeña la inscripción conservatoria²¹. Con mayor o menor énfasis, a ella se le confiere la función de requisito, prueba y garantía de posesión²².

La causa de este desvío respecto del correcto derrotero de análisis proviene de una lectura demasiado literal del *Mensaje del Código Civil*, cuando señala que

“la inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee. [...] En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no sólo de la posesión, sino de la propiedad; mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos [...] No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente”²³ (§ 21).

Sin embargo, esta explicación sobre el sentido de la inscripción conservatoria y el propósito de su exigencia tiene otro sentido: ella buscaba dejar a salvo

¹⁹ GUZMÁN BRITO (1995), p. 161, explica que “sobre las cosas incorporales no cabe posesión. Pero sobre las cosas corporales puede recaer un aprovechamiento de hecho coincidente con el contenido del aprovechamiento de los derechos reales distintos al dominio, al amparo de una titularidad al menos aparente del derecho de que se trate”.

²⁰ Como explica BARAHONA GALLARDO (2016), p. 179, “la implementación de un registro público no significó inmediatamente un cambio radical en la concepción más tradicional de la posesión, cuya genuina naturaleza siempre había sido entendida como facticia y material”.

²¹ ALCALDE SILVA (2019), pp. 34-36.

²² La discusión sobre las teorías de “inscripción-ficción” e “inscripción-garantía”, así como las posturas intermedias, son parte usual de las explicaciones del derecho de bienes: la primera postula que la inscripción conservatoria reemplazó respecto de los inmuebles completamente las funciones jurídicas que desempeñaba la posesión material, mientras que la segunda asigna a dicha inscripción el cometido de resguardar la posesión del titular y facilitar su prueba, sin que se excluya la posibilidad de probar que otra persona, distinta del titular registral, es el que de verdad tiene la tenencia de ese bien raíz con ánimo de señor y dueño. Véase CORRAL TALCIANI (2020), pp. 420-422.

²³ Mensaje del *Código Civil*, § 21.

las reclamaciones de los legítimos dueños respecto de aquellas atribuciones que ingresaran al registro, incluso ocurridas antes de la vigencia del código o del reglamento que lo regulaba (artículo 101 RRCBR)²⁴. La idea era ir consolidando las titularidades de manera paulatina y sin quiebres, con la ayuda de la prescripción adquisitiva como regla de clausura (artículos 683 y 2517 CC), sobre todo considerando que el derecho precedente se funda sobre la idea de una “gran civilización posesoria”²⁵. De esta manera, y como ha quedado dicho, la inscripción conservatoria no producía un efecto de convalidación de los actos que accedían al registro y tampoco rompía la vinculación entre el título y el modo como elementos estructurales de la mutación real. Detrás había un propósito político, puesto que se buscaba organizar el régimen de las cosas bajo la clave conceptual de los derechos, con la propiedad como paradigma. Estaba en marcha una transformación de hondo calado para imponer el “absolutismo propietario”²⁶.

Por lo demás, el fenómeno recién descrito no fue exclusivo de Chile y se ha dado en todos los ordenamientos que han tenido algún modo de tránsito hacia un sistema registral cabal respecto de los bienes raíces, con independencia de las concretas variantes que se puedan adoptar o introducir²⁷. Por ejemplo, Martínez explica de esta forma las consecuencias que tuvo para España la introducción del registro inmobiliario a través de la ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861:

“La posesión inscrita acreditada a través de algunos mecanismos registrales tuvo un valor constituyente ya que hizo posible la consolidación de una transformación de antiguas situaciones dominicales en nuevos derechos reales. Fue constituyente porque no solo sirvió para dar un nuevo sentido a las relaciones más intensas entre sujetos y bienes, sino fundamentalmente porque también fue herramienta para discriminar qué sujetos de entre los que tenían relación dominical en el orden jurídico tradicional debían ser propietarios en el derecho civil moderno. Era herramienta que tenía la doble virtud de conservar situaciones de pasado, pero al tiempo –haciendo la necesaria abstracción de las causas por las que se poseía– sentaba las condiciones de posibilidad para la fundación de la propiedad contemporánea. El éxito de la posesión tabular como solución para adecuar las

antiguas situaciones de dominio a los moldes de la propiedad contemporánea también residía en su versatilidad. Cualesquiera de los procesos en los que tradicionalmente se resume la operación revolucionaria del tránsito del dominio a la propiedad tuvieron una dimensión registral, y en ella la inscripción de la posesión tabular demostró su eficacia”²⁸.

Bajo esta nueva regulación del régimen previsto para los bienes raíces, la inscripción conservatoria sustituyó a la posesión material como categoría conceptual, pese a que, en el *Código Civil*, como tributo a una tradición histórica de origen romano y castellano, se vincularon ambas técnicas jurídicas que pretenden dar visibilidad exterior a un derecho real²⁹. El ya citado González sintetizaba de esta forma la idea que se viene explicando:

“La técnica moderna concede a la inscripción respecto de los inmuebles, las mismas funciones legitimadoras que a la posesión corresponden en el orden de los muebles”³⁰.

En otras palabras, el problema no es si la inscripción pasa a desempeñar la función que cumple la posesión respecto de las cosas corporales muebles, sino que ella cumple igual cometido para el derecho: es el elemento que legitima la titularidad que se puede invocar frente a terceros³¹.

Esto no quita que la inscripción conservatoria sea ante todo prueba de dominio y, reflejamente, también de posesión³². La particularidad reside en que esa prueba no es invencible ni el verdadero dueño queda desprotegido, dado que su efecto es trasladar la carga de la prueba de derrotar la legalidad de la inscripción sobre quien desea controvertirla³³. De esto se sigue que el demandado en un juicio reivindicatorio no necesita contradecir su condición de poseedor, precisamente porque el demandante se la atribuye (artículos 889 y 895 CC); sobre él recae la carga de derrotar la titularidad del dueño, puesto que el conflicto jurídico que subyace detrás de la reivindicación es determinar a quién pertenece en verdad la cosa respecto de la cual dos per-

²⁸ MARTÍNEZ PÉREZ (2020).

²⁹ JORDANO BAREA (1986), p. 1038.

³⁰ GONZÁLEZ (2009), p. 123.

³¹ Explica VON BAR (2019), p. 715: “[l]a posesión es un concepto normativo [...]. La posesión no es verificable. Que alguien haya puesto una determinada bicicleta en un determinado sótano es un hecho que puede probarse; pero que él sea el poseedor de la biblioteca y/o del sótano, lo determina solamente el ordenamiento jurídico. Los mismos hechos, las mismas situaciones, declaraciones de voluntad y situaciones jurídicas permiten interpretaciones distintas de un país a otro”.

³² SEPÚLVEDA LARROUCAU (2014), pp. 268-278.

³³ La inscripción conservatoria es un instrumento público (artículo 1699 CC), de manera que hace plena prueba respecto del hecho de haberse practicado y de su fecha contra cualquier persona (artículo 1700 CC). Esto significa que, mientras no se demuestre lo contrario, hay que asumir que se produjo la mutación real de la que da cuenta dicha inscripción.

²⁴ ZARATE GONZÁLEZ (2019), pp. 228-229.

²⁵ GROSSI (2006), pp. 34-35.

²⁶ ALCALDE SILVA (2021).

²⁷ Cada país configura de acuerdo con su realidad y las particularidades de su derecho interno el régimen de Registro inmobiliario que estime más conveniente para este fin. De hecho, aunque existen familias de sistemas registrales, las distintas combinaciones posibles o los matices que se introducen convierten a cada sistema concreto en una realidad jurídica única que debe ser discernida según las normas aplicables, sin olvidar la historia de su establecimiento y el espíritu al que ellas tienden. Además, ningún sistema registral es perfecto y todos pueden presentar defectos derivados de llevar a la práctica las líneas directrices bajo las cuales se encuentra construido cada sistema en abstracto.

sonas alegan tener posesión (artículos 889 y 893 CC), o quien se encuentra en mejor posición posesoria respecto de ella (artículo 894 CC)³⁴. El problema estriba, entonces, en desplazar aquella consecuencia que identifica posesión y dominio como situaciones (una fáctica y otra jurídica) convergentes, porque dos personas no pueden ser dueños de una cosa al mismo tiempo y respecto de las mismas circunstancias, salvo que exista comunidad entre ellas, puesto que el dominio es una titularidad que se caracteriza por ser exclusiva y excluyente. Esto significa que es el demandado quien debe probar que su título, que es aquel del cual procede su posesión, es mejor ante el derecho que el que invoca el demandante, lo que trae consigo que el de este último cede en su perjuicio³⁵. Igual conclusión cabe extraer para una tercería de dominio o posesión: corresponde al tercero que interviene en la ejecución demostrar que es dueño o poseedor del bien embargado, para lo cual le basta con aportar aquel medio de prueba que el ordenamiento considera suficiente para ese fin. En el caso de los bienes raíces, esa prueba es la inscripción conservatoria. De esto se sigue que la falta de dicha inscripción trae consigo que el ocupante de un inmueble, con independencia de su ánimo respecto de la cosa o de los títulos que pueda invocar, sea considerado un mero tenedor, sin posibilidad de ganar el dominio por prescripción³⁶. Incluso las normas del decreto ley n.º 2695 abocan a los mismos resultados prácticos, que no sacrifican la racionalidad del sistema pensado por el *Código Civil*. Antes bien, cabría decir que dicho procedimiento contempla un mecanismo de nueva inmatriculación para el inmueble regularizado, por cuanto dota al poseedor material de justo título que le permite ingresar al sistema, aunque rompiendo la continuidad del tracto registral (artículos 15 y 16)³⁷.

Así pues, la exigencia de que la tradición de los bienes raíces se efectúe mediante una inscripción conservatoria significa que ella da cuenta de un acto que tiene apariencia de validez, puesto que el Conservador está obligado a realizar la calificación del título que se le presenta antes de proceder a su inscripción en el registro (artículos 13, 14 y 82 RRCBR)³⁸. Siendo de esta manera, hay que presumir que la tradición ha sido válida, porque procede de un título traslativo de dominio (artículos 675 y 703 CC), de suerte que compete demostrar lo contrario a quien alega su invalidez o ineficacia (artículo 1698

³⁴ KIPER (2010), p. 54. LARROUCAU TORRES (2015), pp. 114-117, desarrolla estas ideas desde el punto de vista probatorio.

³⁵ Basta hacer una revisión de la jurisprudencia sobre reivindicación para constatar que los tribunales no exigen en realidad una “prueba diabólica” al demandante, que le obligue a demostrar la validez y eficacia de los títulos de los cuales procede su derecho, sino que satisfacen la indagación respecto de quién es el verdadero dueño de la cosa que se reclama con la referencia a la inscripción conservatoria que dicha parte aporta al juicio.

³⁶ Véase la nota 12.

³⁷ ALCALDE SILVA (2016b), pp. 257-259.

³⁸ SEPÚLVEDA LARROUCAU (2014), pp. 218-220, precisa el alcance de la calificación registral, señalando en qué situaciones corresponde que el Conservador rechace la inscripción que se le solicita.

CC)³⁹. De ahí que el artículo 702 inciso 4.º CC establezca que la posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla hace presumir la tradición, salvo que para ella se requiera la inscripción del título: en este último caso sólo ella es prueba de haberse efectuado la tradición respecto del respectivo inmueble (artículos 670 y 686 CC). En ambas situaciones, se trate de bienes muebles o inmuebles, lo que el derecho asume es aquello que la regla estima como necesario para garantizar la seguridad jurídica, posponiendo la discusión para cuando ella sea pertinente. Pero se ha dicho que las reglas que se comentan trascienden el plano dominical y se proyectan al campo posesorio⁴⁰. Como en el *Código Civil*, en que la adquisición, conservación y pérdida de la posesión quedó asociada con la subsistencia de la inscripción conservatoria (artículos 724 y 728 CC). Esto significa que quien goza de un asiento registral a su nombre tiene no sólo la presunción de titularidad dominical a su favor (artículos 686 y 700 CC), sino que se le debe reputar poseedor efectivo y regular (artículos 696, 702 y 707 CC). Así, es en el demandado en quien recae el peso de desvirtuar ese estado de cosas, sobre todo porque de por medio hay instrumentos públicos (el título) y un auxiliar de la administración de justicia que compromete su fe pública (el Conservador) al estimar que una inscripción es legalmente admisible (artículo 13 RRCBR), con los efectos que de esto se siguen (artículo 1700 CC)⁴¹.

En suma, las reglas que el *Código Civil* da respecto de los inmuebles están pensadas para que el Conservador de Bienes Raíces cumpla la función de conformar un registro de derechos, vale decir, sea un medio de publicidad destinado a dar cuenta de titularidades reales sobre el objeto registrado (un bien inmueble concreto y determinado)⁴². Esto significa que la inscripción conservatoria es un antecedente que certifica el dominio de una persona respecto de un determinado predio, al menos presuntivamente⁴³. La manera de asegurar que esa titularidad se exteriorice es reconocer que, al mismo tiempo, esa persona se considera el poseedor real y efectivo del bien, y que esa posesión se conserva mientras subsista la competente inscripción. Esto no significa que no puedan existir problemas

³⁹ SEPÚLVEDA LARROUCAU (2014), p. 234.

⁴⁰ MARTÍNEZ PÉREZ (2020) lo explica de esta forma para el derecho español: “La posesión tabular tenía la virtud de procurar la abstracción de las tradicionales situaciones dominicales, simplificando y blanqueando los antiguos títulos. Entiéndase bien, no se trataba ya de una consolidación de unas antiguas usurpaciones (que también las había). Los antiguos títulos no inscritos, pero también los –acaso algo más recientes– asientos de las Contadurías de hipotecas reflejaban la mentalidad sobre las relaciones entre sujetos y cosas de una experiencia jurídica que empezaba a ser incomprensible, por ajena, para los operadores de la segunda mitad del Ochocientos [siglo XIX]. La mayor virtud de la información de posesión consistía en que daba sentido decimonónico a las antiguas situaciones reales. El recurso al expediente posesorio y el amparo de la posesión inscrita fueron vías para liberar, simplificar y privatizar viejos dominios y convertirlos en propiedad moderna”.

⁴¹ ASTUDILLO PIZARRO (2018), pp. 142-147.

⁴² Véase, por ejemplo, ASTUDILLO PIZARRO (2018), pp. 156-158; LARROUCAU TORRES (2015), pp. 124-137; SEPÚLVEDA LARROUCAU (2014), pp. 101-114; y, ZÁRATE GONZÁLEZ (2019), pp. 278-281.

⁴³ SEPÚLVEDA LARROUCAU (2014), pp. 268-278.

derivados de defectos funcionales del sistema⁴⁴, como tampoco que el título por el que una persona adquirió sea incuestionable y no pueda demostrarse que es nulo o inoponible⁴⁵. La cuestión estriba en que esas situaciones son patologías del sistema, el cual se debe asumir que produce por regla general sus efectos propios y que ellos se proyectan en el plano de las titularidades reales.

Quien cuestione que la inscripción que otro tenga a su favor no produce efectos o no tiene correlato con la realidad está llamado a probar esa situación excepcional y que desafía la presunción de veracidad que funciona sobre la base de la fe pública que emana del Registro (artículo 446 COT). Pero mientras eso no ocurra, aquel que tenga una inscripción a su nombre debe ser reputado dueño y poseedor del bien raíz sobre el que ella incide. Por eso, la inscripción conservatoria produce efectos constitutivos, aunque ellos no sean absolutos: el dueño no pierde su dominio por el hecho de que otro inscriba la cosa a su nombre (artículo 683 CC), porque la tradición sólo tiene plena eficacia cuando el que transferente es dueño y tiene facultades para disponer de la cosa (artículos 670 y 682 CC). De esto se sigue, por ejemplo, que el contrato de venta de una cosa ajena sea válido (artículo 1815 CC) y la subsiguiente tradición pueda convertir al comprador en poseedor (artículo 730 inciso 2.º CC), pero ella no lo hace dueño porque falta un presupuesto indispensable en la persona del transferente (artículo 670 CC), que no impide que el adquirente pueda, cumpliéndose los requisitos legales, acabar ganando ese dominio por prescripción (artículos 2492 y 2498 CC).

En el caso que se comenta, la Corte Suprema resolvió el asunto correctamente. La tercerista tenía dos títulos respecto del inmueble, pues había adquirido sucesivamente y por separado dos cuotas ascendentes a un 50% de la propiedad de dicho bien. El primero de ellos era la adjudicación producida en la liquidación de la comunidad derivada de la sociedad conyugal, que los cónyuges hicieron en el mismo instrumento en el que pactaron el régimen de separación total de bienes. La tercerista tenía razón cuando señalaba que, desde un punto de vista sustantivo, la adjudicación tiene un efecto declarativo y se retrotrae al momento en que comenzó la comunidad (artículos 718 y 1344 CC). La mención del artículo 703 CC a “los actos legales de partición” como títulos de esta clase significa que ellos permiten justificar la posesión del comunero que se ha convertido en dueño exclusivo⁴⁶. El problema provenía de que esa

⁴⁴ FLORES y PEÑA (2014), p. 79, definen los problemas funcionales como “aquellas imperfecciones que tienen que ver con el funcionamiento mismo del Registro y que, por consiguiente, por decirlo de alguna forma, tienen una existencia ‘autónoma’”. Mencionan dentro de este grupo: 1) las inscripciones paralelas, las inscripciones de papel y las reinscripciones; 2) la escasa coordinación entre registro y catastro; 3) la ambigüedad y escasa publicidad del procedimiento de inmatriculación o primera inscripción; y 4) los problemas derivados de la información contenida en los registros e inscripciones.

⁴⁵ Algo similar ocurre con el artículo 1876 inciso 2.º CC, según el cual no se admite prueba alguna en contrario cuando en la escritura pública de venta se declare haberse pagado el precio, salvo la nulidad o falsificación de la propia escritura.

⁴⁶ CORRAL TALCIANI (2020), pp. 381-383, refiere la discusión habida al respecto.

adquisición tenía como antecedente una sociedad conyugal, que altera las reglas comunes sobre la materia⁴⁷. Ella se tratará en el apartado siguiente. Por su parte, la adquisición proveniente de la compensación económica requería tradición, porque es una obligación que requiere de un pago del cónyuge o conviviente civil deudor al beneficiario (artículo 65 LMC)⁴⁸. Esa obligación nace con la declaración de divorcio (artículo 61 LMC), sin perjuicio de que los cónyuges puedan acordar su procedencia, monto y forma de pago por escritura pública, que debe ser aprobada por el tribunal (artículo 63 LMC). Aunque el divorcio fue declarado por sentencia de 21 de diciembre de 2016, constaba en la causa que la tercerista recién requirió la inscripción del pago de la compensación económica el 31 de julio de 2017, cuando para entonces el inmueble ya se encontraba sometido a la prohibición de celebrar actos y contratos. El principio de prioridad registral impedía que se diera curso a la inscripción.

2. La función de la inscripción conservatoria que debió haberse practicado respecto de la adjudicación y la compensación económica

El sistema registral inmobiliario chileno tiene una función mucho más compleja que servir como requisito, prueba y garantía de posesión, puesto que su propósito último era configurar un nuevo modo de entender las titularidades reales⁴⁹. Para ese fin se estructuró un servicio público dotado de ciertas características propias. En términos generales, consiste en un régimen que está a cargo de un auxiliar de la administración de justicia con competencia territorial para un concreta comuna o agrupación de comunas, que se ordena a partir de registros públicos basados en el folio personal y compuesto por asientos basados en la técnica de las inscripciones, y que funciona por rogación del interesado. Se trata de un registro de derechos al que acceden determinados actos cuya inscripción es obligatoria o facultativa, según lo dispuesto en el RRCBR, que son calificados por el Conservador respecto de su procedencia y eficacia jurídica, contra cuya opinión se puede reclamar judicialmente. La inscripción es constitutiva, pero la adquisición del respectivo derecho se asienta sobre un sistema causal de transferencia que se articula sobre la dualidad de título y modo. De esto se sigue que ella no tenga carácter convalidante, porque no sana los defectos que pueda presentar el título que accede al registro, lo que no obsta a que en ciertos casos los terceros adquirentes queden protegidos merced a la fe pública registral.

⁴⁷ ALCALDE SILVA (2016b), pp. 296-304.

⁴⁸ La naturaleza jurídica de la compensación económica ha sido hartamente discutida, pero sobre esa controversia no corresponde extenderse ahora. Basta tener presente que se trata de una obligación que debe ser pagada por uno de los cónyuges a favor del otro que sufrió un menoscabo por dedicarse a los hijos o a la familia común.

⁴⁹ A esto es a lo que se refiere el Mensaje del *Código Civil* cuando dice que el objetivo es avanzar “aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos” (§ 22).

El funcionamiento del sistema descansa sobre los llamados “principios registrales”, que es el nombre con el que se designa a aquellos criterios más o menos generales del ordenamiento, que permiten conocer las principales ideas sobre las que se halla construido el derecho registral inmobiliario de un país, los cuales se encuentran recogidos o pueden ser inferidos de una o más normas concretas. Entre ellos cabe mencionar los principios de publicidad (la inscripción conservatoria debe presumirse exacta), especialidad (el objeto del derecho inscrito debe estar perfectamente claro e identificado), inscripción (toda mutación sobre el derecho inscrito, cualquiera sea su causa, debe quedar reflejada en el registro), legalidad (la inscripción conservatoria da cuenta de un derecho, cuya eficacia ha sido comprobada tanto por su correspondencia con el título del que proviene como por los requisitos que la ley exige para que se produzca ese efecto), fe pública registral (las inscripciones se presumen exactas e íntegras), tracto sucesivo (toda inscripción conservatoria se apoya en una anterior, salvo cuando ella sea la primera), intervención judicial (la parte perjudicada por una negativa del Conservador a inscribir puede reclamar ante la justicia ordinaria), rogación (los cambios registrales operan a solicitud del interesado) y prioridad (la posibilidad de desconocer la titularidad respecto de quien la ha adquirido con posterioridad a otro derecho incompatible con ella)⁵⁰.

En el apartado anterior se han explicado las dos funciones principales de la inscripción conservatoria: es el modo de efectuar la tradición de los bienes raíces y los derechos reales constituidos sobre ellos, y otorga la posesión efectiva respecto de dicho bien o derecho. Esta última función se relaciona con el principio de publicidad registral, porque hace ostensible respecto de terceros que una persona determinada es la dueña de un inmueble⁵¹. También se ha señalado que en el caso que se comenta había dos atribuciones patrimoniales distintas: la liquidación de la comunidad nacida de la disolución de la sociedad conyugal, que supuso adjudicar por mitades el inmueble inscrito a nombre del demandado, y el pago de la compensación económica, donde la declaración judicial de divorcio operaba como *conditio iuris*, sin perjuicio de que la procedencia, monto y forma de pago había sido determinada por los cónyuges con antelación. Esta última no se aparta del régimen habitual de transferencia del dominio, vale decir, debía concurrir el título (la escritura pública suscrita por los cónyuges, aprobada por el tribunal) y el modo de adquirir (la inscripción conservatoria). Si bien el divorcio fue declarado antes de que el 4.º Juzgado Civil de Antofagasta decretase la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre el inmueble inscrito a nombre del demandado, y de ella se tomase nota en el registro de prohibiciones e interdicciones, la tercerista

⁵⁰ Véase ZÁRATE GONZÁLEZ (2019), pp. 327-342.

⁵¹ RAMS, MORENO y RUBIO (2020), p. 60, explican que el principio de publicidad se descompone en dos: el de legitimación, que opera a favor del titular del derecho inscrito y supone que su inscripción debe presumirse exacta, a menos que se pruebe lo contrario; y el de fe pública, que resguarda a los adquirentes de buena fe.

tardó cerca de 9 meses en requerir la inscripción por la que se cumplía el pago de la compensación económica acordada. Cuando lo hizo, ya era imposible practicar la inscripción porque previamente existía en el registro una inscripción incompatible. Sin embargo, la discusión estuvo centrada en el otro 50% de los derechos sobre el inmueble, que habían sido atribuidos a la tercerista.

Es aquí donde se produjo la controversia, la cual fue resuelta por la Corte Suprema de manera correcta. Aunque su sentencia no lo explicita, el razonamiento que desarrolló consiste en una aplicación del principio de especialidad. Para ese fin, primero distinguió los diversos negocios jurídicos que envolvía la escritura pública suscrita por el demandado y la tercerista el 26 de septiembre de 2016. La liquidación de la comunidad proveniente de una sociedad conyugal se rige por las reglas de la partición del haber hereditario (artículo 1776 CC). Esa remisión significa acudir al título x del libro III del *Código Civil*, pero también tener presente las normas especiales de la sociedad conyugal y los artículos 687 y 688 CC. El último de ellos prescribe las inscripciones que deben proceder después de que se concede la posesión efectiva de una herencia. En su n.º 3.º establece la inscripción de la adjudicación a favor del comunero a quien se atribuyó un bien raíz, sin la cual “éste no podrá disponer por sí solo” de ese inmueble. Ahí se alude al artículo 687 inciso 3.º CC, que ordena inscribir el acto de partición por el cual se adjudican a varias personas los inmuebles o parte de los inmuebles que antes se poseían proindiviso en el registro conservatorio del lugar donde se encuentre el inmueble⁵². Por eso, el artículo 703 inciso 4.º CC menciona el acto legal de partición como un título posesorio, puesto que debe acceder al registro de forma obligatoria, con referencia a la inscripción anterior sobre la que incide (artículo 692 CC). No cabe duda de que la escritura intitulada “Separación total de bienes y acuerdo de relaciones mutuas” debía ser inscrita en la parte que adjudicaba a cada uno de los cónyuges el 50% de los derechos sobre el inmueble.

A mayor abundamiento, el bien raíz se encontraba inscrito a nombre del demandado, de suerte que operaba respecto de terceros la presunción del artículo 1750 CC: ese inmueble se reputaba pertenecerle sólo a él. Esto significaba que, para que la tercerista pudiera realizar cualquier acto de disposición respecto de los derechos que le habían correspondido, era necesario que hubiese una inscripción a su nombre, porque de lo contrario el Conservador de Bienes Raíces estaba obligado a rehusar la inscripción (artículo 14 RRCBR). Para que la tercerista pudiese ser dueña de ese porcentaje, con la consiguiente coposesión, era necesario que se practicase una inscripción a su nombre para cambiar el titular. En esta parte, la Corte Suprema acudió al principio de especialidad, remitiendo a las reglas especiales de la sociedad conyugal, que hacen excepción al régimen común, porque lo normal es que las titularidades

⁵² Es evidente que, aunque la norma hable en plural, también es posible que el beneficiario de la adjudicación sea una sola persona. Con todo, en este caso la adjudicación ocurrió a favor de dos personas: el demandado y la tercerista.

reales lo sean respecto de todos, sin dividir su alcance. También por esta vía se requería la inscripción, puesto que el artículo 89 RRCBR señala que, si la variación de las menciones de una inscripción proviene de un título nuevo, se hará una nueva inscripción, con una nota de referencia en aquella que se modifica. En este caso, la mención que se altera es el nombre del dueño del predio (artículos 690 CC y 78 n.º 3.º RRCBR), dado que el bien pasó a pertenecer a la comunidad formada por el demandado y la tercerista.

De esto se sigue, como precisó la Corte Suprema, que no estaba añadiendo una exigencia adicional y no regulada al pacto de separación de bienes tratado en el 1723 CC. Los requisitos que ahí se mencionan son para la validez de ese pacto, cuyo objetivo se agota en sustituir el régimen matrimonial existente entre los cónyuges. Por el contrario, lo que la Corte reprochó fue que se omitieron las exigencias relativas a la adjudicación derivada de la inmediata liquidación que los cónyuges hicieron de la comunidad existente entre ellos. Ellas no cumplían una función con la adquisición del dominio de la cuota adjudicada, donde operaba el efecto declarativo de la partición que hacía retrotraer la titularidad al inicio de la comunidad, sino con la publicidad de dicha atribución y con el correcto encadenamiento del tracto registral. A fin de cuentas, la exigencia provenía de la legitimación respecto del bien que el artículo 696 CC denomina “posesión efectiva”. Como la inscripción nunca se practicó, y con posterioridad ella quedó bloqueada por la prohibición de actos y contratos y el posterior embargo decretados e inscritos respecto del inmueble, la tercerista no tenía la posesión que debía acreditar para que su tercería prosperase.

Por lo demás, el artículo 1723 CC sí cumplía en el caso una función: el pacto de separación de bienes “no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o la mujer” (inciso 2.º). La sentencia penal que dio por establecido el hecho ilícito del demandado que irrogó un daño a la sociedad demandante quedó firme el 01 de septiembre de 2016, mientras que el pacto de separación de bienes fue suscrito el 26 de ese mes. Esto significaba que la presunción del artículo 1750 CC se veía reforzada por el hecho de que los cónyuges no podían alterar la composición del patrimonio en perjuicio de la sociedad demandante.

Cuestión aparte es cómo debía soportarse en definitiva la condena pecuniaria impuesta en el juicio indemnizatorio. Dado que esa suma era una deuda proveniente de una sentencia derivada de un ilícito cometido por uno de los cónyuges (artículo 1748 CC), ella era una deuda personal del demandado (artículo 1740 inciso 3.º CC) y, por consiguiente, ingresaba al pasivo relativo. Esto significaba que la obligación debía ser pagada por el marido con cargo a la sociedad conyugal, pero quedando obligado éste a compensar por ese mismo monto (artículo 1740 inciso 3.º CC). La afectada tiene acción para repetir contra el responsable por el detrimento patrimonial sufrido. Pues bien, al momento de nacer la obligación indemnizatoria, la sociedad conyugal existía todavía, de suerte que el bien raíz podía ser objeto de agresión patrimonial por lo dispuesto en el artículo 1750 CC. El pacto de separación de bienes no podía

afectar la situación de la sociedad acreedora y demandante, pero quedaba a salvo el derecho de la tercerista para repetir contra el demandado por la suma que debió soportar sin corresponderle.

CONCLUSIONES

El caso que se ha comentado fue resuelto correctamente por la Corte Suprema, aunque la decisión parezca contradecir un criterio de justicia material. Para determinar qué había ocurrido respecto del bien raíz en disputa era necesario separar los tres negocios jurídicos que las partes habían suscrito en una misma escritura pública y, enseguida, aplicar a cada uno de ellos su régimen propio. La adjudicación de un bien inmueble como consecuencia de la liquidación de la comunidad surgida tras la disolución de la sociedad conyugal es un acto que tiene un efecto declarativo, lo que no quita que se trate de un título posesorio y que deba acceder al registro conservatorio por una exigencia de publicidad, tracto sucesivo y legitimación. Dicha inscripción no existía y, por tanto, la tercería no podía prosperar respecto de esa cuota. El efecto declarativo tiene un alcance diverso, pues está destinado a precisar que el adjudicatario debe ser considerado dueño desde el momento en que se originó la comunidad. Pero ese efecto que incide sobre la titularidad debe acceder al registro por exigencia legal expresa: la sociedad conyugal no elimina las normas generales existentes respecto de cualquier comunidad. Por su parte, el otro 50% de los derechos sobre el inmueble había sido adquirido por la tercerista por la compensación económica que ella y el demandado convinieron, la cual fue aprobada por el tribunal cuando se declaró el divorcio entre ambos. No hay duda de que la compensación económica constituye un título traslativo de dominio, que requiere de una tradición para efectuar su pago. Esto significa que respecto de esa cuota tampoco llegó a producirse la atribución patrimonial a favor de la tercerista, por faltar la inscripción conservatoria.

Fuera de estas reglas que provienen del régimen de las cosas, también era aplicable el artículo 1723 CC. Si bien esta norma exige ciertos requisitos para la validez del pacto de separación total de bienes, no se puede olvidar que ella contempla una regla de protección a terceros, los cuales no pueden verse perjudicados de modo alguno por la suscripción de dicha capitulación matrimonial. En el caso comentado, ese pacto había sido suscrito después de que la sentencia penal que condenó al demandado por delito de estafa había quedado ejecutoriada, de suerte que el crédito indemnizatorio ya existía.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCALDE SILVA, Jaime (2021a). “Imagina”. *El Mercurio Legal*, 11 de febrero. Disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2021/02/11/Imagina.aspx> [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2021].

- ALCALDE SILVA, Jaime (2021b). “Las acciones posesorias ordinarias y el concepto de posesión en el Código Civil. Corte Suprema, sentencia de 23 de marzo de 2021, rol núm. 18.957-2018, Westlaw CL/JUR/46365/2021”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 35, Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2020). “En torno al principio de prioridad registral”. *Revista Fojas*, 22 de mayo. Disponible en <http://fojas.conservadores.cl/portada/torno-al-principio-propiedad-registral> [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2021].
- ALCALDE SILVA, Jaime (2019). “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.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2016a). “La eficacia de la reserva de dominio en el Derecho chileno”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 69, fasc. n.º 4.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2016b). “Los supuestos de tenencia reconocidos por el derecho. El concepto de título de mera tenencia o no traslativo de dominio. La sociedad conyugal como título de tenencia suficiente para enervar una acción de precario ejercida por un tercero. La oponibilidad de la sociedad conyugal a terceros por parte de la mujer. El precario entre cónyuges. La legitimación activa de la acción de precario, especialmente cuando es ejercida por un usufructuario. La tutela del usufructuario. Corte Suprema, sentencia de 4 de mayo de 2015 (rol núm. 31.925-2014)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 26, Santiago.
- BARAHONA GALLARDO, Claudio (2016). *La teoría de la posesión inscrita en Chile en el siglo XIX (1857-1910)*. Tesis para optar al grado de magíster en Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, inédita.
- BARROS BOURIE, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2020). *Curso de Derecho civil. Bienes*. Santiago: Thomson Reuters.
- FLORES DURÁN, María y Carlos PEÑA HENRÍQUEZ (2014). *Sistema registral inmobiliario chileno. Diagnóstico de sus problemas actuales e intentos de reforma*. Santiago: Thomson Reuters.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2017). “Una propuesta de reconstrucción del sentido original del estado civil en el Código Civil chileno”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXXIX.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo (2009). “El principio de publicidad”, en Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Don Jerónimo González*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- GROSSI, PAOLO (2006). *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1995). *Las cosas incorporales en la doctrina y en el Derecho positivo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- JARA PÉREZ, Mónica (2016). “El artículo 925 del Código Civil. La verdadera querrela de amparo”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXIX, n.º 2, Valdivia.

- JORDANO BAREA, Juan (1986). “Una relectura sobre la posesión”. *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXIX, fasc. n.º 4.
- KIPER, Claudio (2010). *Juicio de acciones reales*. Buenos Aires: Hammurabi.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2015). “Acciones reales y estándares de prueba”. *Revista Ius et Praxis*, vol. 21, n.º 2, Talca.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando (2020). “Del valor constituyente de la histórica posesión tabular”. *Almacén de Derecho*. Disponible en <https://almacenederecho.org/historia-de-una-casa-de-madrid-la-transformacion-de-la-propiedad> [Fecha de consulta: 04 de octubre de 2021].
- PLANITZ, Hans (1957). *Principios de Derecho privado germánico*. (trad.) Carlos Melón Infante. Barcelona: Bosch.
- RAMS ALBESA, Joaquín, Rosa MORENO FLÓREZ y José Ignacio RUBIO SAN ROMÁN (2020). *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*. Edición revisada por Jorge ORTEGA DOMÉNECH y José Luis LACRUZ BESCÓS. Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ OTERO, Lino (2012). *La gestión del sistema registral alemán. Críticas y diferencias con el nuestro*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2017). *Manual de Derecho de familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio (2014). *Teoría general del Derecho registral inmobiliario*. Santiago: Metropolitana.
- VON BAR, Christian (2019). “Cuestiones fundamentales europeas del Derecho de posesión y del régimen jurídico negocial de las transmisiones en el Derecho de las cosas”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 72, n.º 3.
- ZÁRATE GONZÁLEZ, Santiago (2019). *Tratado de Derecho inmobiliario registral*. Santiago: Editorial Metropolitana.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema, 24 de noviembre de 2016, rol n.º 19292-2016, CL/JUR/7755/2016.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

CC	Código Civil
Cfr.	Confróntese
CPC	Código de Procedimiento Civil
COT	Código Orgánico de Tribunales
LMC	Ley de Matrimonio Civil
RRCBR	Reglamento del Registro Conservatorio del Conservador de Bienes Raíces

DERECHO DEL CONSUMO

*Eduardo Reveco**

*Ricardo Reveco***

SOBRE LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA
A PARTIR DEL DESEQUILIBRIO EN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES
ABOUT THE TERMS AND CONDITIONS IN ELECTRONIC CONTRACTING BASED
ON THE IMBALANCE IN THE RIGHTS AND OBLIGATIONS OF THE PARTIES
CORTE SUPREMA, 27 DE NOVIEMBRE DE 2019, ROL N.º 25739-2019;
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 06 DE MAYO DE 2019, ROL N.º 12758-2019;
Y, 24º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, 31 DE MAYO DE 2018, ROL N.º C-23576-2015

RESUMEN

Este comentario analiza las sentencias pronunciadas en virtud de una acción en protección del interés colectivo iniciada por el SERNAC destinada a declarar la abusividad de los términos y condiciones predispuestos en el sitio web de una plataforma de comercio electrónico, al cual los consumidores debían adherir al momento de realizar sus compras. El estudio se centra en el razonamiento, a la luz de los criterios establecidos en el artículo 16 letra g) de la ley n.º 19496, efectuado en las distintas instancias y por la Corte Suprema al examinar las cláusulas referidas al derecho de retracto, la formación del consentimiento en la contratación electrónica y las reglas sobre la competencia ante conflictos sufridos por los consumidores.

PALABRAS CLAVE: derecho del consumidor; plataformas de comercio electrónico; contratos por adhesión; cláusulas abusivas; términos y condiciones

* Ayudante de Derecho Civil, Universidad de Chile. Dirección postal: Avenida Vitacura 2939, oficina 2202, comuna de Las Condes, Santiago, Región Metropolitana. Correo electrónico: eduardo.reveco@ug.uchile.cl

** Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile. Dirección postal: Isidora Goyenechea 2800, piso 43, comuna de Las Condes, Santiago, Región Metropolitana. Correo electrónico: rreveco@carey.cl

Recepción: 2021-04-16; aceptación: 2021-05-24.

ABSTRACT

This comment analyzes the sentences handed down by virtue of an action in defense of the collective interest initiated by SERNAC aimed at declaring the abusiveness of the terms and conditions set forth on the website of an e-commerce platform, to which consumers had to adhere at the time to make your purchases. The study focuses on reasoning, in light of the criteria established in article 16 letter g) of Law No. 19,496, carried out in the different instances and by the Supreme Court when examining the clauses referring to the right of withdrawal; the formation of consent in electronic contracting and the rules on competition in the face of conflicts suffered by consumers.

KEYWORDS: consumer rights; e-commerce platforms; standar form agreements; unfair contracts terms; terms and conditions

I. EL CASO

En virtud de reclamos masivos por partes de consumidores que reportaron problemas en la entrega de sus productos comprados a través de la página web Paris.cl, el SERNAC examinó su plataforma y verificó presuntas cláusulas abusivas en los términos y condiciones del sitio, que debían ser aceptados por los consumidores al momento de materializar sus compras electrónicas.

Tras fracasar una mediación colectiva iniciada a instancias del SERNAC por los hechos descritos, éste dedujo una acción en protección del interés colectivo de los consumidores, solicitando la declaración de abusividad y consecencial nulidad –que calificó como “absoluta”¹– de las cláusulas contenidas en los términos y condiciones de la página web Paris.cl, arguyendo que se configuraba un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

Para fundamentar sus pretensiones, el SERNAC atribuyó la naturaleza jurídica de un contrato de adhesión a las variadas secciones y tópicos contenidas en la página web de Paris.cl que aspiraban a disciplinar y regular las transacciones electrónicas que se materializaban entre el proveedor y sus clientes². En

¹ Sin perjuicio de que la sanción de ineficacia jurídica atribuible a las cláusulas abusivas es una materia discutible en la doctrina. A favor de la nulidad absoluta: TAPIA y VALDIVIA (2002), pp. 161-164; PIZARRO (2013), p. 352; CORRAL (2013), p. 226; LORENZINI y POLIT (2013), pp. 476-478; y, CAMPOS (2018), pp. 15-17. Apoyando la nulidad relativa, al menos hasta antes de la entrada en vigor de la LPDC: BAMBACH (1991), pp. 47-79. A favor de una nulidad autónoma que operaría de pleno derecho: BARAONA (2014), pp. 395-396. Abogando por una ineficacia propiamente dicha que operaría como una especie de inoponibilidad: VIDAL (2000), p. 252. En similar sentido, como una ineficacia especial que produciría una inexigibilidad respecto del consumidor: CONTARDO (2014), pp. 124-127. A favor de la inexistencia: CARVAJAL (2002), p. 131.

² Si bien, en sentido técnico, dichos tópicos y secciones corresponderían a “condiciones generales de la contratación” pues se encontraban predispuestas en el sitio web con el fin de

general, entre las principales cláusulas objetadas por el Servicio, se cuestionó la supuesta existencia de: limitaciones a la devolución del dinero cuando existía anulación de una compra; imposición de condiciones al derecho de retracto; limitaciones al derecho a la garantía legal; infracciones a la formación del consentimiento en materia de contratación electrónica; y, alteración a las reglas de la competencia.

Junto con pedir las restituciones y prestaciones derivadas de los efectos de la nulidad, en los términos del artículo 1687 del *Código Civil*, el SERNAC solicitó que se declarara la responsabilidad infraccional por la inclusión de cláusulas abusivas, conforme al artículo 24 de la LPDC, y que se indemnizaran o repararan adecuadamente a todos los consumidores afectados, conforme a lo establecido en el artículo 3.º letra e) inciso primero de la LPDC, pidiendo al tribunal fijar los grupos y subgrupos de tales consumidores.

El 31 de mayo de 2018, el 24º Juzgado Civil de Santiago³ acogió parcialmente la demanda, declarando abusiva solo la cláusula sobre “Términos y Condiciones” en aquella parte que alteró las reglas de la competencia e impuso una multa de 45 UTM como infracción al artículo 50 A de la LPDC. Tanto la declaración de nulidad del resto de las cláusulas impugnadas como la pretensión resarcitoria fueron rechazadas.

La Corte de Apelaciones de Santiago⁴, conociendo del recurso de apelación deducido por el SERNAC y de una adhesión apelación promovida en segunda instancia por la demandada, confirmó la sentencia definitiva, compartiendo los criterios del tribunal *a quo*, manteniendo la nulidad de la única cláusula declarada abusiva y declarando que las restantes cláusulas cuestionadas se ajustaban a derecho. Asimismo, mantuvo la imposición de la multa por 45 UTM por considerar infringido el artículo 50 A.

La Corte Suprema⁵, vía de recurso de casación en el fondo deducido por el SERNAC, declaró que los sentenciadores razonaron de forma correcta al declarar que las cláusulas cuestionadas no resultaban abusivas, rechazando el recurso interpuesto contra la sentencia de segunda instancia.

Manteniéndose inalterable lo fallado por el tribunal *a quo*, la respectiva sentencia definitiva adquirió el carácter de firme o ejecutoriada⁶, la cual fue cumplida por la demandada, modificando la redacción de la cláusula contrac-

disciplinar futuras relaciones jurídicas con los consumidores, lo cierto es que dichas disposiciones –pese a ser formuladas *ex ante*– se integraron al contrato electrónico de adhesión al momento de ser aceptados y materializarse las compras electrónicas. Se configuraba, de esta forma, un control de contenido de carácter represivo al existir un contrato de adhesión en los términos del artículo 1.º n.º 6 de la LPDC. Parte de la doctrina, sin embargo, estima que la diferenciación entre contrato de adhesión y condiciones generales de la contratación es más bien teórica que práctica: TAPIA y VALDIVIA (2002), pp. 24-25 y PIZARRO y PÉREZ (2013), p. 56.

³ Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Retail S. A. (2018).

⁴ Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Retail S. A. (2019a).

⁵ Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Retail S. A. (2019b).

⁶ El proveído “Cúmplase” fue dictado por el 24.º Juzgado de Civil de Santiago el 22 de enero de 2020.

tual declarada nula en su sitio web y pagando la multa a beneficio fiscal. Tras publicarse el extracto de la sentencia, no compareció ningún consumidor a efectuar reserva de sus acciones civiles.

Dada la escasa cantidad de acciones –principalmente individuales– y sentencias que se pronuncien sobre cláusulas abusivas en la contratación de consumo⁷, el control represivo de fondo efectuado por los tribunales de justicia en este caso constituye un antecedente relevante para delimitar ciertas directrices en la contratación en masa, más aún considerando la vertiginosa proliferación de las plataformas electrónicas.

En este trabajo centraremos nuestro análisis en el pretendido desequilibrio alegado en juicio respecto de las principales estipulaciones en el ámbito del comercio electrónico que ligaban a la empresa proveedora con los consumidores personas naturales, es decir, contratos B2C (*business to consumer*)⁸.

II. ANÁLISIS DE LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES IMPUGNADOS

1. Sobre el derecho de retracto en los contratos electrónicos

Una de las cláusulas cuestionadas se refería al tópico “Facilitamos tus devoluciones” referida a la devolución de productos cuando los consumidores ejercían su derecho de retracto. El SERNAC aducía que se limitaba dicho ejercicio, el cual debía ser puro y simple en los términos del artículo 3.º bis de la LPDC, no ajustándose a dicho parámetro, por cuanto fijaría un régimen mayor de exigencia al imponer obligaciones extraordinarias.

La criticada cláusula expresaba

“¿No quedaste conforme con tu compra? ¡Realizar una devolución es muy simple en Paris! Puedes dirigirte a cualquiera de nuestras tiendas,

⁷ Esto ha llevado a parte de la doctrina a sostener que el control judicial represivo presentaría señales de fracaso o debilidad en nuestro país, siendo urgente su complementación con controles preventivos. En este sentido, PIZARRO (2007), pp. 31-47; BARRIENTOS (2013), pp. 415-428; y, MORALES (2018), pp. 128-137.

⁸ Sin perjuicio de que las últimas reformas normativas demuestran que las cláusulas abusivas pueden ser controladas en las relaciones B2B (*business to business*), tal como acontece en la ley n.º 20416, que en virtud de su artículo 9.º n.º 2, hace aplicable las normas del párrafo 4 del título II de la LPDC (“normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión”) a los actos y contratos celebrados entre micro o pequeñas empresas con sus proveedores. En idéntico sentido, la ley n.º 21131 del año 2019 que establece el pago a 30 a días, normativa que modificó: (i) la ley n.º 19983 que regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a la copia de la factura, en cuyo inciso sexto del artículo 2.º establece la abusividad de aquellas cláusulas que intentan demorar indebidamente el pago de la factura al vendedor o prestador del servicio, estableciendo hipótesis similares a las consagradas en el artículo 16 de la LPDC, y; (ii) la ley n.º 20169 sobre competencia desleal, al configurar en su artículo 4.º letra i) como un acto de competencia desleal “el establecimiento o aplicación de cláusulas contractuales o conductas abusivas en desmedro de los proveedores”. Para un análisis crítico de esta extensión, véase MOMBERG (2020), pp. 623-633.

presentando tu boleta y producto. Y si no puedes ir a una tienda, no te preocupes, podrás comunicarte con nuestro servicio al cliente al 600 400 8000 o desde celulares al 02 2264 6701 para retirar el producto desde tu casa sin pagar el costo del retiro. Nuestro compromiso es su satisfacción total.

Recuerda que el producto no puede haber sido probado y/o usado, deben tener su embalaje original completo y todos sus accesorios, manuales etc. Es por esto que cuando abras el producto hazlo con cuidado para no romper los sellos, gráficas de caja, bolsas y plumavit”.

En la misma línea, el SERNAC sostenía que no se le informaba al consumidor la posibilidad de pagar el valor de los elementos, tales como embalajes originales, para hacer efectivo el derecho a retractarse de la operación. De acuerdo al mencionado Servicio, se configuraba una transgresión a las exigencias de la buena fe, atendiendo a parámetros objetivos, pues la empresa limitaría el derecho de retracto al no informar el valor, en tiempo y forma, de los embalajes o etiquetas.

De un primer análisis, llama la atención que el reproche del SERNAC se fundara en una restricción al derecho de retracto en circunstancias que el propio artículo 3.º bis letra b) de la LPDC lo consagra en términos facultativos para los proveedores ante contratos electrónicos⁹, es decir, como un elemento de la naturaleza del contrato. En efecto, el citado artículo dispone que el consumidor puede poner término unilateralmente al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación de este en determinados casos, especificando en su letra b):

“En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario”.

Pizarro se refiere a la particularidad de esta hipótesis legal, sosteniendo que

“la protección al consumidor en los contratos electrónicos y aquellos celebrados a distancia puede dejarse sin efecto por la voluntad unilateral del

⁹ La consagración legal con carácter facultativo para los proveedores ha generado variadas críticas por parte de la doctrina, quienes han abogado por su consagración legal en términos obligatorios. En este sentido, Pinochet considera que el legislador fue “tímido” al no consagrar como una prerrogativa irrenunciable a los contratos celebrados por medios electrónicos, “haciendo posible por voluntad unilateral, esta vez del proveedor, el negar la posibilidad de ejercicio de la facultad de retracto al consumidor, lo que según hemos visto contraría los principios inspiradores del Derecho de Consumo. Definitivamente tal excepción debiera ser eliminada”. PINOCHET (2013), p. 173. Pizarro, en idéntico sentido, advertía que: “la exclusión del derecho de retracto será una cláusula de estilo en este tipo de contratación. De esta manera la protección al consumidor se desvanece y parece más bien formal que sustantiva”. PIZARRO (2005), p. 263. De la Maza, siguiendo las ideas de Colin Camerer, sostiene que “la no existencia de un derecho de retracto genera incentivos para que los proveedores generen las condiciones en que los consumidores realizarán irreflexivamente este tipo de negocios”. DE LA MAZA (2003), p. 145.

proveedor. En efecto, el derecho de retracto está supeditado a la exclusión por voluntad del proveedor, el cual puede excluir el derecho de retracto informándolo en los mismos términos que la oferta al consumidor”¹⁰.

Por otra parte, más curioso es que se alegue un desequilibrio entre las prestaciones de las partes en circunstancias que la proveedora junto con proporcionar el derecho de retracto, lo sujetaba a la obligación exigida por el inciso final del artículo 3.º bis de la LPDC, esto es, que el consumidor restituyera en buen estado los elementos originales del embalaje, “como las etiquetas, certificados de garantía, manuales de uso, cajas, elementos de protección o su valor respectivo, previamente informado”.

Precisamente, por la necesidad de que el consumidor desarrolle una conducta ajustada a los estándares mínimos de la buena fe, se le imponía la obligación de cuidar los elementos accesorios del producto al momento de efectuar la restitución del bien. En este sentido, Pinochet expresa:

“Directamente relacionado con el deber del consumidor de devolver en buenas condiciones el bien recibido, para que el proveedor pueda volver a comercializarlo –la ley no lo dice pero no puede si no entenderse que es ése el propósito buscado- se encuentra la obligación que también impone al consumidor, y con idéntico propósito, el inciso final del inciso 1º de la letra b) del artículo 3 bis, al establecer la obligación de restituir en buen estado los elementos originales del embalaje, como las etiquetas, certificados de garantía, manuales de uso, cajas, elementos de protección o su valor respectivo, previamente informado”¹¹.

Con justa razón el artículo 16 letra g) de la LPDC establece como uno de los criterios para ponderar la abusividad de una cláusula a las disposiciones generales y especiales que lo rigen. Por lo que, ajustándose la proveedora a las exigencias consagradas en el artículo 3.º bis de la LPDC, no se verificaba una desproporción en las prestaciones en detrimento de los derechos del consumidor. Dicha constatación implicó el rechazo de la pretensión de nulidad por abusividad en cada una de las instancias jurisdiccionales.

En primera instancia, el 24.º Juzgado Civil de Santiago, rechazó la presunta abusividad, estimando que:

“las exigencias que se hacen en la sección respectiva ‘Facilitamos tus devoluciones’, están de acuerdo a los parámetro fijados en el citado artículo 3 bis, ni se aprecia, cómo podría establecerse un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en desmedro de los consumidores, si el contrato de comercio electrónico, puede incluso, no contemplar

¹⁰ PIZARRO (2005), pp. 262-263.

¹¹ PINOCHET (2013), p. 181.

el derecho a retracto, cuestión que sí considera la demandada para sus cliente, siendo de la lógica y de la conmutatividad de las obligaciones de un contrato bilateral, que el derecho a retracto se haga por el cliente, con el máximo cuidado de los embalajes y accesorios del bien, que permiten nuevamente su comercialización por la proveedora”.

La Corte de Apelaciones de Santiago replicó esta fundamentación dado el carácter voluntario de los proveedores para otorgar el precitado derecho en sus contratos de comercio electrónico, pues

“la estipulación voluntaria de dichos términos no puede estimarse contrarios a la buena fe, entendida en el sentido objetivo de comportarse de manera correcta, leal y honesta durante toda la etapa precontractual y contractual propiamente tal, esto es, desde el inicio de las tratativas hasta la celebración y perfeccionamiento del contrato, en particular, de los deberes de información y protección que ésta impone; menos aún, que hayan producido un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, por lo que, tal como lo señaló el sentenciador, no corresponde que sean declaradas abusivas ni consecuentemente nulas”.

La Corte Suprema, en el mismo sentido, declaró que los sentenciadores ajustaron su sentencia a las normas de la LPDC, sin infringirla, advirtiendo que:

“el artículo 3 bis letra b de la Ley 19.496 permite al consumidor poner término al contrato dentro de 10 días desde la recepción del producto en el caso de los contratos celebrados por comercio electrónico. Además, esta disposición expresamente dispone la obligación de restituir en buen estado los elementos originales de embalaje y su valor respectivo cuando haya sido informado”.

Dado el cumplimiento a las exigencias del artículo 3.º bis de la LPDC y examinando la cláusula de acuerdo a los parámetros objetivos exigidos por el artículo 16 letra g) de la LPDC, la Corte Suprema rechazó la abusividad de la cláusula, declarando que:

“De lo anterior, no se advierte vulneración al artículo ya mencionado, en relación con el 16 letra g), ya que las exigencias contenidas en la cláusula están acordes con el mencionado artículo y con el principio de la buena fe que rige la relación entre proveedores y consumidores, que exige que el cliente, en caso de ejercer el derecho a retracto, tenga el máximo cuidado de los embalajes y accesorios del bien, que permiten nuevamente su comercialización por la proveedora”.

En definitiva, constituyendo el derecho de retracto un derecho dispositivo para el proveedor en la contratación electrónica (sin perjuicio de las diversas propuestas que actualmente se discuten vía *lege ferenda*) y ajustándose en la redacción de la cláusula a las mismas disposiciones especiales que disciplinan esta facultad, en virtud del artículo 3.º bis de la LPDC, no se lograba configurar un desequilibrio en las prestaciones de las partes representativo de una facultad exorbitante para la demandada, ni una apariencia de mala fe. Por el contrario, la cláusula reportaba beneficios solo al consumidor.

2. *Sobre la formación del consentimiento en los contratos electrónicos.
La incorporación de procesos de validación y confirmación
en las compras electrónicas.*

Otra de las cláusulas cuestionadas a través de la acción colectiva se encontraba en la sección “Términos y condiciones” del sitio web, la cual disponía:

“A través de este sitio web tanto Paris S.A. como otras empresas podrán ofertar, ofertas que podrán ser aceptadas vía electrónica o telefónica utilizando los mecanismos que el sitio web dispone como necesarios.

Al ser aceptada una o más de estas ofertas ofrecidas en sitio web, ésta quedará sujeta a que se valide la transacción. En consecuencia, para toda transacción que se efectúe en este sitio, la confirmación, validación y verificación por parte de Paris S.A. o de otras empresas ofertantes en el sitio web, será requisito para la formación del consentimiento”.

En términos del SERNAC, esta cláusula facultaba al proveedor para terminar a su arbitrio y unilateralmente las compras que el consumidor realizaba a través de su plataforma web, condicionando la celebración de la compraventa a criterios cuyo cumplimiento sólo dependían de la demandada, y no a criterios objetivos de buena fe.

Los parámetros de validación y verificación establecidos por la proveedora en la referida cláusula correspondían a:

- 1) el *stock* disponible;
- 2) la validación del medio de pago elegido por el cliente;
- 3) la validación de datos registrados por éste; y,
- 4) en el caso de transacción de bebidas alcohólicas, que ésta fuera realizada por un mayor de 18 años.

En esta línea, el SERNAC alegaba que la proveedora invertía los roles de la oferta y aceptación en el contrato de compraventa debido a que ella aceptaba la oferta de compra del consumidor cuando se cumplían los criterios unilaterales precitados. Así, al condicionar el acto a su aceptación y la consecuente celebración de la compraventa (validación), la actora reprochaba que la demandada actuaba sobre seguro y limitaba su responsabilidad ante eventuales incumplimientos con el consumidor.

Arguyendo que existía una reserva expresa del consentimiento, estimaba que se vulneraba el artículo 16 letras a), e) y g) de la LPDC y el artículo 12 A, referido a la formación del consentimiento.

Cabe precisar, que si bien la LPDC no reguló orgánicamente la formación del consentimiento en los contratos de consumo –materia regulada por las reglas generales establecidas en el *Código Comercio*–, sí procuró en su artículo 12 A modelar las reglas del consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos, exigiendo a los proveedores para con sus consumidores, por una parte, el acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo (deber de información) y, por otra, la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos (obligación de escrituración).

Sobre este punto, la doctrina ha sostenido que el artículo 12 A consagraría una carga de cognoscibilidad con fines informativos oportunos para el adherente, siendo una manifestación del control de inclusión o de forma¹². Por dicha razón, si el proveedor incumple la obligación de transparentar sus condiciones generales de forma oportuna a los consumidores, se excluiría el consentimiento, de modo que las correspondientes cláusulas no se entenderán incorporadas al contrato¹³.

En los hechos, los términos y condiciones del sitio web contemplaban expresamente una oferta sujeta a reserva por parte de el proveedor, estableciendo un proceso de validación y verificación previo a confirmar la compra. La pregunta de fondo, entonces, es si dichas condiciones generales de contratación eran vinculantes para los usuarios compradores. De la Maza, analizando los términos y condiciones en contratos electrónicos mediante el análisis de un caso práctico, formula dos alternativas ante dicha interrogante:

“Si lo eran [vinculantes], entonces el usuario aceptó una reserva expresa y, por lo mismo, no puede, lícitamente, alegar que con su aceptación se perfeccionó un contrato de compraventa. Si no lo eran, entonces parece más bien que la proposición de contrato creó una apariencia de oferta contractual y quien la formuló queda obligado contractualmente por la aceptación de la misma”¹⁴.

Siguiendo esta postura, estimamos que al momento de ser aceptados los términos y condiciones predispuestos en sitio web, los consumidores adhirieron a la reserva de la oferta, condicionando el perfeccionamiento del contrato electrónico a la verificación de los cuatro requisitos impuestos por el proveedor y a la posterior confirmación de la orden de compra.

Luego, surge la inquietud de si los requisitos establecidos por el proveedor resultaban legítimos y razonables para imponerlos a todo consumidor o, por el

¹² Sobre el control de inclusión o de forma, véase: CAMPOS (2019), pp. 291-298; BARRIENTOS (2018), pp. 1001-1018; MORALES (2018), pp. 85-87; y, PIZARRO y PÉREZ (2013), pp. 359-363.

¹³ HERNÁNDEZ y CAMPOS (2020), p. 174 y HERNÁNDEZ (2019), p. 903.

¹⁴ DE LA MAZA (2009), p. 84.

contrario, eran arbitrarios; y si la modificación a las normas sobre formación del consentimiento en la contratación electrónica, en contra de la buena fe objetiva, generaría un desequilibrio importante en las prestaciones (derechos y obligaciones) que para las partes se derivan del contrato, en perjuicio del consumidor, que amerite su declaración de abusividad.

En cuanto a la significativa desproporción de las contraprestaciones, la doctrina¹⁵ ha sostenido que el análisis se debe centrar en un desequilibrio jurídico y no en uno económico del contrato. Incluso, bajo la idea de equilibrio o conmutatividad contractual, se ha estimado que las expectativas razonables¹⁶ podrían operar como un criterio orientador para calificar la abusividad de una estipulación en virtud de la letra g) del artículo 16 de la LPDC.

Una primera aproximación a la cláusula no nos permite deducir un desequilibrio relevante para el consumidor o una facultad exorbitante para el proveedor que pudiera afectar el equilibrio del contrato. Si bien existen requisitos predispuestos por el proveedor para confirmar las compras electrónicas, la particularidad que conlleva esta modalidad de contratación involucra mayores resguardos, sin que por ello se genere un beneficio exclusivo para una de las partes.

Por otro lado, no debe perderse de vista que este proceso de contratación electrónica se complementa con una obligación para el proveedor consagrada en el inciso final del artículo 12 A de la LPDC, consistente en enviar confirmación escrita al proveedor que contenga una copia íntegra, clara y legible del contrato¹⁷, ya sea por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor¹⁸.

En el caso en particular, el 24.º Juzgado Civil de Santiago realizó un examen acucioso de la cláusula impugnada, partiendo por reconocer que efectivamente se había efectuado una modificación a la norma consagrada en el artículo 12 A de la LPDC, disponiendo:

¹⁵ En este sentido, MOMBERG y PIZARRO (2013), pp. 345-346; DE LA MAZA (2003), p. 53; y, MÍQUEL (2002), p. 948. Aludiendo al concepto de “déficit jurídico”: DIEZ-PICAZO (2007), p. 464.

¹⁶ DE LA MAZA (2014), p. 342. En este mismo sentido, se pronunció la sentencia C. con Comercializadora Aldo Manatagua S.A. (2007).

¹⁷ Al respecto, nuestra jurisprudencia ha declarado que aquel proveedor que ofrece bienes a la venta al público a través de su página web, debe cumplir con dos obligaciones una vez perfeccionado el contrato suscrito con el consumidor: “la primera, de entregar una confirmación escrita que dé cuenta de los términos y condiciones de la compraventa respectiva, lo que supone, a lo menos, describir debidamente sus dos elementos esenciales, esto es la cosa vendida y el precio de venta de ella, ello conforme dispone el artículo 12 letra A de la Ley del Consumidor ‘Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato’ [...]. Y, la segunda, la obligación de entregar el producto ofrecido”. No se consigna con Falabella Retail S.A. (2014).

¹⁸ Cabe advertir que esta obligación cumple un rol esencial en el derecho de retracto, consagrado en términos facultativos para el proveedor en el artículo 3.º bis letra b) de la LPDC en contratos celebrados a través de medios electrónicos. En efecto, dicho derecho debe ejercerse por el consumidor dentro del plazo de 10 días; sin embargo, dicho plazo se amplía a 90 si el proveedor no envía la confirmación escrita a que refiere el inciso 3.º del artículo 12 A de la LPDC, contados desde la entrega del bien o desde el momento de perfeccionarse el contrato.

“efectivamente, de las estipulaciones del contrato de adhesión, es posible advertir que se modifica la formación del consentimiento establecida en la Ley, ya que condiciona el acuerdo a la confirmación, validación y verificación por parte de Paris S.A. o de otras empresas oferentes de su página web, estableciendo 4 parámetros a verificar”.

Sin embargo, el juez precisó que dicho desequilibrio no revestía el carácter de importante, significativo o trascendental, en los términos exigidos por la LPDC, dado que el proceso de validación y confirmación del proveedor no generaba un detrimento en el ejercicio de los derechos por parte de los consumidores. En efecto, declaró:

“que tal desequilibrio no parece importante, ya que, por un lado, tal cláusula no modifica el consentimiento del consumidor en la forma establecida en la Ley, sobre todo si los derechos que establece la ley en favor de éste, ya que son irrenunciables, y por otro lado, la misma disposición legal del artículo 12 A de la LPC, estable la obligación del proveedor de enviar confirmación escrita del contrato, ya perfeccionado, por vía electrónica o por cualquier medio que garantice el oportuno conocimiento del consumidor, apareciendo lógico, desde ese punto de vista, que se entiendan verificados todas las formalidades del contrato electrónico, una vez validado y confirmado el contrato por el proveedor”.

Más aún, respecto de los cuatro criterios fijados por el proveedor para validar las compras cursadas por los usuarios a través de la página web, se desestimó la alegación sobre su arbitrariedad, declarando que cada requisito era objetivo:

“Por lo demás, los parámetros fijados por el proveedor para la validación y confirmación de la compra por el consumidor, parecen razonables, desde que, evidentemente, debe verificarse el stock disponible del producto, en un comercio tan dinámico como es el electrónico, que puede dar la posibilidad de coincidir la misma compra de un producto, en un mismo momento, por varios consumidores; es lógico que el proveedor pueda verificar, también, el medio de pago elegido por el cliente y sus datos, sobre todo considerando que tiene derecho a resguardar su patrimonio, considerando que existe la posibilidad de estafas y otros delitos, por medios electrónicos; y porque, la última condición, es obligatoria para la demandada como proveedora de bebidas alcohólicas, de prevenir el consumo de dichos productos por menores de edad. Cabe agregar sobre este mismo punto, que los criterios utilizados por la proveedor, sí aparecen como objetivos, en ningún caso de carácter arbitrario”.

Pese a que el SERNAC intentó revertir este razonamiento vía un recurso de apelación con el fin de declarar abusiva la cláusula impugnada, la Corte de Apelaciones de Santiago compartió las consideraciones del tribunal de primera instancia, validando los requisitos impuestos por el proveedor en las compras electrónicas:

“Que esta Corte comparte el razonamiento del tribunal a quo que lo llevó a descartar el carácter abusivo de la cláusula en cuestión y que infringiera las disposiciones legales que el actor considera afectadas, teniendo, además, en cuenta que los criterios sujetos a corroboración tales como si se encuentran o no disponibles las unidades referidas es un hecho objetivamente contrastable, que dependerá del comportamiento, en definitiva, del mercado, no siendo esa circunstancia resorte exclusivo de la demandada, por lo que no se advierte en su formulación vicio de arbitrariedad que le pudiera afectar. Cuestión distinta sería, que no incide en la licitud de la referida cláusula per se, que desde el primer día que se incorporan los productos ofrecidos en la página web se encuentren éstos en existencia, lo que más bien se relaciona con la seriedad de la proposición de parte de quien los publicita. En el caso sublite, no hay antecedentes que permitan establecer que la denunciada no tuvo la intención de vincularse al efectuar la oferta publicitada por el sitio web”.

Compartimos el razonamiento del tribunal *a quo* y las consideraciones adicionales esgrimidas por el tribunal de alzada. En efecto, si bien la cláusula evidenciaba un cierto desequilibrio jurídico (manifestado en el proceso de validación y confirmación de la compra una vez verificados los requisitos predispuestos e impuestos por el proveedor), éste no revestía la entidad suficiente para ser calificado como “importante” pues, atendidas las características propias de la contratación masiva a distancia, en contraposición a las compras presenciales, resultaba plausible y no desmedida la verificación de aspectos objetivos por la proveedora. Este proceso se reforzaba con la obligación posterior de enviar una confirmación escrita al consumidor una vez verificadas dichas condiciones y perfeccionado el contrato, cumpliendo así con las exigencias impuestas por la LPDC.

En ese sentido, tan insignificante se tornaba este desequilibrio en las prestaciones que, si bien la aceptación de la oferta por parte del consumidor no formaba el consentimiento de inmediato, la postergación del consentimiento estaba destinada a resguardar situaciones jurídicas de mayor envergadura, como evitar la insatisfacción del consumidor ante un producto que no contaba con disponibilidad de *stock*, evitar el acceso a bebidas alcohólicas por menores de edad o incluso resguardar la ciberseguridad de los consumidores al utilizar sus claves y medios de pago en plataformas electrónicas.

3. Sobre la regla de la competencia y su declaración abusiva. *El control represivo que produjo efectos preventivos en beneficio de los consumidores*

El SERNAC impugnó la parte final de la estipulación “Términos y Condiciones” en aquella parte que expresaba:

“El consentimiento se entenderá formado desde el momento en que se envía esta confirmación escrita al usuario y en el lugar en que fue expedida, que será siempre Kennedy 9001 7° piso, comuna de Las Condes”.

Fundó dicho reproche en que mediante esta declaración, contraviniendo a la buena fe contractual, se alteraban las normas de la competencia establecidas en el artículo 50 A de la LPDC.

Para analizar esta situación, es necesario observar el artículo 50 A de la LPDC, cuya redacción –con anterioridad a la ley n.º 21081¹⁹– disponía que los jueces de policía local tenían la competencia para conocer de las acciones emanadas de la ley, siendo competente, a elección del actor, aquel correspondiente:

- 1) a la comuna en que se celebró el contrato;
- 2) a la comuna en que se hubiere cometido la infracción; o,
- 3) la comuna en que se hubiere dado inicio a su ejecución.

En subsidio, tratándose de contratos celebrados por medios electrónicos en que no resultaba posible determinar dichos factores, la competencia se radicaba en el juez de la comuna en que residía el consumidor.

Por ello, al establecer la comuna de Las Condes (lugar en que residía el proveedor) como el territorio en que siempre se expediría la confirmación escrita de la transacción electrónica al usuario, se podía configurar una transgresión a las reglas de la competencia dado que el consumidor se veía en la necesidad de trasladarse a litigar siempre en la residencia del proveedor al accionar conforme a las normas de la LPDC, pues el consentimiento se entendía formado únicamente en dicho domicilio.

La interpretación del Servicio fue acogida por el tribunal de primera instancia, el cual declaró que junto con verificarse la infracción a las reglas de competencia establecidas en el artículo 50 A, se configuraba una cláusula abusiva al generarse un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en los términos del artículo 16 letra g) de la LPDC, declarando su nulidad. En este sentido, se resolvió:

“Que en relación a la vulneración de las reglas de competencia fijadas en el artículo 50 A de la LPC, con la estipulación de entender formado el consentimiento en el lugar en que se expide el correo electrónico de confirmación ubicado en Kennedy 9001, 7° piso, comuna de Las Condes, la verdad, es que tal disposición contractual, sí se estima que vulnera, expresamente, lo previsto en la norma citada, ya que se pretende por la proveedora, a través de dicha estipulación, fijar el consentimiento, siempre, en el domicilio central de esta ubicado en la comuna de Las Condes,

¹⁹ La ley n.º 21081 modificó el artículo 50 A de la LPDC estableciendo una competencia acumulativa o preventiva para la interposición de acciones individuales, permitiendo al consumidor elegir entre el juzgado de policía local correspondiente a su domicilio o al domicilio del proveedor. En la parte final del inciso 1.º de dicho artículo se estableció expresamente la prohibición de la prórroga de competencia por vía contractual.

intentando con ello, soslayar el derecho del consumidor, en los contratos celebrados por medios electrónicos, a fijar la competencia de los jueces de Policía Local en las acciones comprendidas en la ley del ramo, primero, en el lugar donde se hubiera celebrado el contrato, que normalmente coincide con el domicilio o lugar donde éste consumidor cuando acepta la oferta, o bien donde se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del consumidor; o en segundo lugar, cuando no fuere posible determinar lo anterior, en el domicilio del consumidor. Tal estipulación produce un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes del contrato de adhesión, de carácter importante, lo cual torna procedente, que se declare abusiva y consecuentemente, nula, considerando que con tal estipulación se grava o dificulta el accionar del consumidor y se facilita la defensa del proveedor”.

Si bien la demandada intentó impugnar esta decisión mediante su adhesión a la apelación en segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Santiago compartió el razonamiento esbozado por el tribunal de primera instancia, al no ajustarse el proveedor a las normas imperativas de la LPDC en materia de competencia. En dicho sentido, resolvió:

“Que más allá de las alegaciones formuladas por el demandado aun en el evento de asistirle la razón, lo cierto es que de todas maneras la estipulación es abusiva, por cuanto en definitiva lo que hace es privar al actor de la elección a la que tiene derecho.

Con todo, esta Corte comparte el criterio del sentenciador en orden a que en el caso de marras tiene aplicación el artículo 50 A inciso segundo de la ley especial cuyo expreso tenor es desatendido por la estipulación en examen”.

En este punto, cabe también aludir a la alegación subsidiaria de la demandada, en orden a exigir solo la declaración de nulidad, en tanto sanción de ineficacia legalmente establecida, y excluir la aplicación de una multa, la que sólo tendría carácter residual en el caso de que no existiera una sanción diferente, en virtud del tenor literal del artículo 24 de la LPDC. Dicho razonamiento también fue rechazado por el tribunal *ad quem* en virtud de la confluencia de dos disposiciones legales, arguyendo:

“Que con respecto a la alegación formulada en subsidio de la anterior en orden a que sería improcedente declarar nula la cláusula y, además, condenar a la demandada a pagar una multa, será desestimada toda vez que en el caso sub lite se ha cometido infracción a lo establecido en el artículo 16 inciso primero letra g) y también al artículo 50 A de la Ley N° 19.496, por lo que no se verifica la contravención acusada”.

Dado que no se rindió prueba alguna en el proceso tendiente a acreditar reclamos o gastos específicos sufridos por los consumidores con motivo de la cláusula que pretendía modificar las reglas de la competencia, la pretensión indemnizatoria fue rechazada en todas las instancias.

Merece especial atención el hecho de que si bien, a partir de estas condiciones generales consagradas en el sitio web de Paris.cl, los jueces efectuaron un control represivo de fondo, la declaración de nulidad implicó la modificación de la cláusula en los “Términos y Condiciones”²⁰ con el fin de resguardar la competencia legal ante controversias que pudieran surgir en el marco de la contratación electrónica, generándose un efecto preventivo en beneficio de todos los potenciales consumidores²¹.

En la especie se produce lo que Morales califica como una nueva fórmula contractual, lista para regir una nueva relación entre proveedor y futuros consumidores, esto es, “un control represivo desde el punto de vista temporal que, al recaer sobre condiciones generales incorporadas a un contrato, produce, al mismo tiempo, efectos preventivos”²².

CONCLUSIONES

La sentencia comentada permite, a partir del análisis del desequilibrio jurídico contemplado en la causal de abusividad de la letra g) del artículo 16 de la

²⁰ Mediante presentación de 02 de febrero de 2020, la demandada acompañó ante el 24.º Juzgado Civil de Santiago la modificación de las condiciones generales de contratación de su sitio web, con el fin de acreditar la nueva redacción de la sección “Términos y Condiciones” en aquella parte que fue declarada nula por abusividad. La nueva cláusula, con base en la modificación del artículo 50 A de la LPDC tras la ley n.º 21081, indica: “Las controversias que surjan en relación con lo establecido en estos Términos y Condiciones podrán interponerse, a elección del consumidor, ante el juzgado de policía local correspondiente a su domicilio o al domicilio del proveedor. Sin perjuicio de la competencia de los tribunales ordinarios de justicia para otro tipo de materias. Todo lo anterior, según el artículo 50 A de la ley 19.496”. Mediante resolución de 25 de febrero de 2020, el 24.º Juzgado Civil de Santiago tuvo por cumplido lo decretado.

²¹ Similar control represivo con efectos preventivos, a raíz de la modificación de los términos y condiciones contenidos en los sitios webs de plataformas electrónicas, se verificó en: 1) Servicio Nacional del Consumidor con Bicycle Latam SpA (2019), en que las partes alcanzaron un acuerdo conciliatorio que puso término al juicio. En dicho procedimiento en protección del interés colectivo, la demandada realizó un ajuste integral de las cláusulas contenidas en su sitio web tanto de forma (por tamaño de la letra) como de fondo (por presuntas cláusulas abusivas impugnadas por SERNAC); 2) Servicio Nacional del Consumidor con Falabella Retail S.A., también en el marco de un acuerdo conciliatorio que puso término al litigio colectivo, la demandada sustituyó íntegramente los términos y condiciones establecidos en su sitio web para disciplinar los futuros contratos electrónicos con los consumidores; y, 3) Servicio Nacional del Consumidor con Pez Urbano Chile SpA (2016), en virtud de la suscripción de un acuerdo conciliatorio y dado que la proveedora había dejado de operar comercialmente en el país, eliminó su página web con los términos y condiciones presuntamente abusivos y se obligó en el futuro a sujetar sus términos y condiciones a la validación previa del SERNAC.

²² MORALES (2018), p. 58.

LPDC, extraer algunas consideraciones respecto de la validez de los términos y condiciones predispuestos en páginas webs para regular los contratos electrónicos que se efectúen con consumidores.

En primer lugar, la posibilidad de ejercer el derecho de retracto de los consumidores constituye un elemento de la naturaleza en los contratos electrónicos. Constituyendo un derecho dispositivo para el proveedor y ajustándose en su estipulación a las exigencias impuestas por el artículo 3.º bis de la LPDC con el fin de que el consumidor procure adoptar un mínimo de cuidado de los empaques y accesorios para que el producto pueda ser reintroducido al mercado, no se verifica desequilibrio alguno en los derechos y obligaciones entre las partes.

En segundo término, la inclusión de condiciones para materializar la celebración de un contrato electrónico, en virtud de procesos de validación y confirmación de una compra, si bien produce una alteración en la formación del consentimiento en los términos del artículo 12 A de la LPDC, en la medida que los requisitos impuestos sean objetivos y se cumplan los deberes de información pre y post contractuales, como el envío de confirmación escrita a los consumidores, dicho desequilibrio no revestirá el carácter de “importante” pues no generará detrimento en los derechos de los consumidores, quienes en todo momento podrán ejercerlos ante el proveedor.

En tercer lugar, la alteración de las reglas de la competencia con el fin de que los consumidores se sujeten a los tribunales correspondientes al territorio jurisdiccional de la comuna del proveedor produce un desequilibrio en sus derechos al verse limitada la posibilidad de accionar ante un único juez, alterando y contraviniendo la disposición especial contenida en el artículo 50 A de la LPDC. Dicho desequilibrio fue calificado como “importante” por los tribunales, pues todos los consumidores tendrán la necesidad de desplazarse para ejercer judicialmente sus acciones, a diferencia del proveedor quién podrá litigar a su conveniencia en el domicilio de su comuna.

Por último, la sentencia comentada constituye un valioso aporte en materia de protección al consumidor ya que el control represivo de los términos y condiciones, al constituir condiciones generales de la contratación, producirá efectos preventivos en beneficio de todos los consumidores, pues las cláusulas contenidas en el sitio web de un proveedor pueden ser suprimidas o modificadas con flexibilidad para disciplinar las futuras relaciones jurídicas electrónicas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BAMBACH SALVATORE, María Victoria (1991). “Las cláusulas abusivas”, en Enrique BARROS (coord.). *Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014). “La regulación contenida en la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 2, Santiago.

- BARRIENTOS CAMUS, 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 (editores). *Estudios de derecho civil XIII*. Santiago: Thomson Reuters.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2013). “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión”, en Carmen DOMÍNGUEZ, Joel GONZÁLEZ, Marcelo BARRIENTOS y Juan Luis GOLDENBERG (coords.). *Estudios de Derecho civil VIII*. Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- CAMPOS MICIN, Sebastián (2019). *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas*. Santiago: Thomson Reuters.
- CAMPOS MICIN, Sebastián (2018). “Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de cláusulas manifiestamente abusivas y su aplicabilidad en Chile”. *Revista de Derecho y Consumo*, n.º 1, Santiago.
- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio (2002). “Sugerencias para un derecho de consumo unitario”. *Revista chilena de Derecho*, vol. 29, n.º 1, Santiago.
- CONTARDO GONZÁLEZ, 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.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013) “Notas sobre el caso ‘SERNAC contra Cencosud’: Valor del silencio y prescripción de acción de nulidad de cláusulas abusivas”. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, n.º 3, Santiago.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2014). “¿Pero qué es lo que esperabas? Contratos por adhesión y expectativas razonables”, en Susan TURNER y Juan Andrés VARAS (coordinadores). *Estudios de derecho civil IX*. Santiago: Thomson Reuters.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2009). “Ofertas sujetas a reserva: A propósito de los términos y condiciones en los contratos celebrados por medios electrónicos”. *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile (Valdivia)*, vol. XXII, n.º 2, Valdivia.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2003). “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas, ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”. *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, n.º 1, Santiago.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6ª edición. Navarra: Thomson-Civitas, vol. I.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel y Sebastián CAMPOS MICIN (2020). “Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno”. *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*, n.º 39.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, 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 (editores). *Estudios de derecho civil XIV. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Coquimbo, 2018*. Santiago: Thomson Reuters.

- LORENZINI BARRÍA, Jaime y Joaquín POLIT CORVALÁN (2013) “El régimen de la nulidad y la resolución en el derecho del consumidor chileno”, en Carmen DOMÍNGUEZ, Joel GONZÁLEZ, Marcelo BARRIENTOS y Juan Luis GOLDENBERG (coords.). *Estudios de Derecho civil VIII*. Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- MÍQUEL, José María (2002). “Comentarios a la Disposición Adicional 1ª.3”, en Aurelio MENÉNDEZ, Luis Díez-PICAZO y Luis PONCE DE LEÓN (directores), Jesús ALFARO (coord.). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*. Madrid: Editorial Civitas.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2020) “El control de las cláusulas abusivas en contratos entre profesionales en el derecho chileno”, en Fabián ELORRIAGA DE BONIS (edit.). *Estudios de Derecho civil XV*. Santiago: Thomson Reuters.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y Carlos PIZARRO WILSON (2013). “Comentarios al artículo 16 letra g) LPDC”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (directores), Francisca BARRIENTOS (coordinadora). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- MORALES ORTÍZ, María Elisa (2018). *Control preventivo de cláusulas abusivas*. Santiago: DER Ediciones.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013). “Comentarios al artículo 3º bis LPDC”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (directores), Francisca BARRIENTOS (coordinadora). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2013). “Comentarios al artículo 16 A LPDC”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (directores), Francisca BARRIENTOS (coordinadora). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2007). “El fracaso de un sistema: análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. xx, n.º 2, Valdivia.
- PIZARRO WILSON, Carlos e Ignacio PÉREZ LÓPEZ (2013). “Comentarios al artículo 1º N° 6 LPDC”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (directores), Francisca BARRIENTOS (coordinadora). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2005). “El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: El derecho de Retracto”. *Revista actualidad jurídica*, n.º 11, Santiago.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y José Miguel VALDIVIA OLIVARES (2002). “Contratos por adhesión. Ley N° 19.496”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2000). “Contratación y consumo. El contrato de consumo en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXI, Valparaíso.

Normas citadas

- Ley n.º 19496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial*, 07 de marzo de 1997.
- Ley n.º 19955, modifica la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial*, 14 de julio de 2004.
- Ley n.º 20416, fija normas para las empresas de menor tamaño. *Diario Oficial*, 03 de febrero de 2010.
- Ley n.º 21081, modifica la ley sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial*, 13 de septiembre de 2018.
- Ley n.º 21131, establece pago a treinta días. *Diario Oficial*, 16 de enero de 2019.

Jurisprudencia citada

- C. con Comercializadora Aldo Manatagua S.A. (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, rol n.º 3746-2007.
- No se consigna con Falabella Retail S.A. (2014): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30 de abril de 2014, rol n.º 96-2014, VLEX 577671642.
- Servicio Nacional del Consumidor con Bicycle Latam SpA (2019): 7.º Juzgado Civil de Santiago, 30 de julio de 2019, rol n.º C-4112-2018.
- Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Retail S.A. (2018): 24.º Juzgado Civil de Santiago, 31 de mayo de 2018, rol n.º C-23576-2015.
- Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Retail S.A. (2019a): Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de mayo de 2019, rol n.º 12758-2019.
- Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Retail S.A. (2019b): Corte Suprema, 27 de noviembre de 2019, rol n.º 25739-2019.
- Servicio Nacional del Consumidor con Falabella Retail S.A. (2016): 12.º Juzgado Civil de Santiago, 03 de febrero de 2016, rol n.º C-6924-2015.
- Servicio Nacional del Consumidor con Pez Urbano Chile SpA (2016): 12.º Juzgado Civil de Santiago, 05 de septiembre de 2016, rol n.º C-14628-2013.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

art.	artículo
B2B	<i>business to business</i>
B2C	<i>business to consumer</i>
coord.	coordinador <i>a veces</i> coordinadora
coords.	coordinadores
dirs.	directores
etc.	etcétera
LPDC	Ley n.º. 19496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores

n.º a veces	Nº	número
	p.	página
	pp.	páginas
	S.A.	sociedad anónima
	SpA	sociedad por acciones
SERNAC		Servicio Nacional del Consumidor
UTM		Unidad Tributaria Mensual
vol.		volumen

DERECHO DE FAMILIA

*Bernardita Conley Garrido**

DE LA REPUDIACIÓN DE FILIACIÓN DETERMINADA POR PARTO
 OF REPUDIATION THE MATERNITY DUE TO CHILDBIRTH
 CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA,
 03 DE MARZO DE 2020, ROL N.º 571-2020

RESUMEN

En el presente comentario se analiza el caso de repudio de la maternidad por parto, y la confusión en que incurren el Registro Civil y la Corte de Apelaciones de Antofagasta entre este acto de renuncia de derechos y la institución de la impugnación de maternidad.

PALABRAS CLAVE: repudiación; determinación de filiación por parto; renuncia a derechos

ABSTRACT

This commentary analyzes a case related to a maternity repudiation due to childbirth and the confusion incurred between the Civil Registry (Registro Civil e Identificación) and the Court of Appeals of Antofagasta due to act of right's waiver because of the impugnation of a maternity being as a legal institution.

KEYWORDS: repudiation; determination of filiation due to childbirth; waiver of rights

* Docente de derecho civil, Escuela de Derecho, Facultad de Humanidades, Universidad Mayor, Chile. Magíster en derecho mención derecho civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Avenida Manuel Montt 367, cuarto piso. Correo electrónico: bernardita.conley@umayor.cl

Recepción: 2021-06-16; aceptación: 2021-10-01.

I. SÍNTESIS DEL CASO

A. B. P. L dedujo un recurso de protección en contra de la oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación de Antofagasta, por los hechos que se relatan. Indicó que su registro de nacimiento originario consigna como padres de filiación no matrimonial a C. A. P. B y M. C. L. B. No obstante, alegó que no tuvo relación con ellos y que en sus 19 años de vida fueron sus abuelos maternos sus figuras paternas. Estos últimos incoaron una acción de adopción a su respecto, pero no fue acogida. Por eso, A. B. P. L. suscribió una escritura pública mediante la cual efectuó una repudiación de la filiación materna y paterna, solicitando su subinscripción ante el Servicio. En consecuencia, el Registro Civil procedió a la subinscripción de repudiación paterna, permitiendo así que el abuelo paterno reconociera como hijo al actor, pero rechazó la subinscripción de repudiación materna.

Los motivos que fundaron la resolución del Registro Civil se consignaron por medio del memorándum n.º 13451, refiriendo que el parto fue acreditado mediante comprobante emitido en el hospital regional de Antofagasta, además de la inscripción requerida por el padre C. A. P. B., y

“teniendo presente que por regla general la maternidad no se determina por reconocimiento de la madre, la citada disposición del artículo 191 que establece el repudio, no es aplicable a la maternidad, por cuanto ésta emana del documento médico que acredita el hecho del parto y no de un acto jurídico realizado expresa y determinadamente por la madre con la finalidad de reconocer a su hijo como tal”¹.

El recurrente declaró no haber aceptado el reconocimiento de quienes figuraban en su partida como padres, de forma expresa o tácita, por lo que ya cumplida su mayoría de edad podría repudiar la filiación en atención al artículo 192 del *Código Civil*. De tal forma, estimó vulnerados el

“derecho a la vida e integridad física y psíquica; la igualdad ante la ley y principio de no discriminación; la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y su derecho de propiedad”

y señaló que el Registro Civil confundió “determinación de maternidad” con “reconocimiento”.

Este caso nos permite cuestionar si el artículo 192 del *Código Civil* limita, en los hechos, la repudiación de maternidad. Con este fin, nos referiremos a la determinación y reconocimiento de maternidad en el *Código Civil*, para luego examinar los fundamentos de la repudiación y, así, ofrecer al lector un análisis

¹ Reproducido en cons. 1.º de la sentencia A. B. P. L con Servicio de Registro Civil e Identificación (2020).

del ámbito de aplicación de la determinación de maternidad por parto, las reglas de repudio y la renuncia de derechos en el caso en comento.

II. DETERMINACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE MATERNIDAD
EN EL *CÓDIGO CIVIL*

El artículo 183 de *Código Civil* manifiesta el principio romano de *mater semper certa est* de la siguiente manera:

“la maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil”,

en tanto reconoce en su inciso 2.º que, en otros casos, “la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes”.

Así, nuestra legislación reconoce que, si bien son tres las posibles vías de determinación de la maternidad, existe un orden de prelación entre ellas, según el cual el parto será la primera y procede incluso sin el consentimiento de la madre biológica. En este sentido, la ley n.º 4808, del Registro Civil, indica en su artículo 31 que

“Las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, las siguientes: [...] 4.º Los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, o los del padre o madre que le reconozca o haya reconocido. *Se dejará constancia de los nombres y apellidos de la madre, aunque no haya reconocimiento, cuando la declaración del requirente coincida con el comprobante del médico que haya asistido al parto, en lo concerniente a las identidades del nacido y de la mujer que lo dio a luz*”².

De no aplicarse la regla precedente, podría determinarse la maternidad por la voluntad de la madre al efectuar el reconocimiento del hijo, y en el caso en que ello no ocurra, por sentencia judicial³. Así las cosas, el reconocimiento se manifiesta como un acto jurídico voluntario de la madre, mediante el cual determina su maternidad. En cambio, en el caso de ser fijada la filiación por sentencia judicial, la voluntad que consta es del hijo por sí, o representado, que desea establecer el vínculo filiativo. En razón de ello, podemos consignar que ambos esquemas difieren de la determinación del artículo 183 inciso 1º del *Código Civil*, según el cual no es necesaria la voluntad de la madre, ni se observará una conducta del hijo por ser reconocido.

² Resaltado nuestro.

³ En este sentido, ACUÑA SAN MARTÍN (2016) y CORRAL TALCIANI (1999), p. 55.

Esta conclusión es la que nos lleva a plantear la siguiente interrogante: ¿existen fundamentos para otorgar la posibilidad de repudiar la determinación materna por parto, entendiendo, al igual que Gandulfo, que el “derecho a repudiación a favor del hijo, [es] de ejercicio discrecional para él”?⁴

III. REPUDIACIÓN: FUNDAMENTO

El punto de controversia en este caso es si es posible que un hijo, cuya filiación materna fue determinada por parto (por tanto, sin manifestación de voluntad de la madre ni la de él) ostente el derecho a repudiarla, aun cuando corresponda a la verdad biológica. ¿Es razonable prohibir la repudiación en este caso, pero aplicarla en los casos de reconocimiento? Claramente ello no supera el estándar *ubi edem ratio ibi ius*. Nuestro *Código Civil* permite, en virtud del artículo 191 y siguientes, que el hijo que no desee mantener una filiación determinada por reconocimiento pueda repudiarla, mas no lo autoriza de forma expresa cuando la filiación, como en este caso, sea determinada por parto. Por razones obvias, queda excluida del análisis la posibilidad de repudiar la determinación por sentencia judicial, pues, en palabras de Corral (las cuales compartimos) relativas al estudio de la ley n.º 19585, refiere que

380

“[e]s obvio que sólo se puede repudiar el reconocimiento, y no así la determinación judicial de la filiación. Tampoco parece posible que pueda repudiarse el reconocimiento obtenido mediante la citación del supuesto padre o madre a confesar paternidad, puesto que como se hacía ver ya en la anterior regulación ‘¿Cómo podría repudiar el hijo un reconocimiento que él mismo ha provocado y perseguido?’. Se opondría a ello el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos”⁵.

Habiendo despejado, entonces, las hipótesis de imposibilidad de repudio en el caso de determinación judicial de la filiación y admitido sea el caso de autorización legal expresa de permitir aquella reglada en el artículo 191 y siguientes del *Código Civil*, nos queda examinar el caso de la sentencia en comento. Para ello, nos detendremos en el análisis del fundamento de la repudiación: tensión entre la verdad biológica y la autonomía de la voluntad.

La determinación por parto supone, en la mayoría de los casos, que la mujer que da a luz es la madre biológica del hijo producto de aquél⁶, verificando así, que la filiación es manifestación del vínculo biológico de madre e hijo, según el artículo 183 inciso 1.º del *Código Civil*. El constatar que la verdad

⁴ GANDULFO (2007), p. 203.

⁵ CORRAL TALCIANI (1999), p. 61.

⁶ No se cumpliría dicha premisa, por ejemplo, en los partos producto de embarazos por ovodonación.

biológica es el fundamento de la filiación para nuestro ordenamiento también se expresa, de igual forma, en el artículo 195 del *Código Civil*, que consagra la libertad de investigación de la filiación, por los medios y formas indicadas en los artículos que le siguen. Así, es relevante destacar que el artículo 199 bis del mismo cuerpo normativo, señala que si la persona demandada no comparece a la audiencia preparatoria, o presenta dudas respecto de la filiación reclamada, se premune al juez para que ordene, de forma inmediata, la realización de una prueba pericial biológica a fin de establecer la filiación como resultado de una coincidencia genética.

De tal forma, tanto la determinación de maternidad por parto (artículo 183 del *Código Civil*) como las pruebas periciales biológicas reguladas en el artículo 199 y siguientes del Código constatan que la filiación debiese estar ligada a un vínculo biológico. En palabras de la Corte Suprema,

“la reforma introducida por la Ley N° 19.585 hace primar la verdad real o biológica por sobre la formal, por lo tanto, es presidido por el denominado principio de veracidad cuyo criterio rector es el derecho a la identidad”⁷.

Cabe hacer presente que, aunque existan casos de excepción en nuestra legislación, éstos no corresponden a la regla general del sistema⁸.

La repudiación a la filiación materna, así, aparece como un fenómeno de contrasentido. El parto es, por regla general, la manifestación inequívoca de coincidencia entre la verdad biológica y formal, protegida –como ya mencionamos– por el sistema filiativo instaurado por la ley n.º 19585. No obstante, el legislador entendió, ya en la tramitación de la ley, que ello podría ser modificado por voluntad del hijo. El primer informe de la Comisión de Constitución sobre la ley n.º 19585 reconoció que suprimir eventualmente el repudio en casos de reconocimiento

“de nada servirá si el reconocimiento corresponde a la verdad biológica, porque así quedará acreditado en el proceso. Esta circunstancia es perfectamente lógica siguiendo el criterio que inspira al proyecto de ley de hacer prevalecer la verdad biológica, pero a la Comisión no le pareció equitativo imponerla a un hijo que no la desee”⁹.

En este orden de ideas, es razonable que el hijo que ostente una filiación que no ha provocado y que no desee, pueda repudiar. El mantener una filiación

⁷ G. R. E.E. con C. F. B. (2019), cons. 5.º. En similar sentido, C. M. P. con A. B. H y otros (2020), cons. 3.º; J. P. I. M. con L. S. G. (2016), cons. 6.º; y F. T. C. con E. C. V. y otros (2015), cons. 3.º.

⁸ Nos referimos al reconocimiento de casos en que se determine la filiación cuando no exista correspondencia biológica. En este sentido, la posesión notoria –sea como prueba o acción (posibilidad a la cual ya nos hemos referido en otra ocasión, ver CONLEY GARRIDO [2020], pp. 229-242)–, la adopción o la filiación determinada por técnicas de reproducción asistida.

⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1998), pp. 29-30.

381

biológica no deseada constituye, en los hechos, una carga que no es razonable soportar, aun cuando corresponda al vínculo biológico.

Y ello no es más que manifestación y ejercicio del principio de autonomía de la voluntad en casos de filiación. Gómez de la Torre identifica su aplicación como fundamento de la repudiación, señalando que “nadie puede ser obligado a adquirir derechos contra su voluntad, en este caso, a aceptar una filiación que no se quiere”¹⁰, y en la posibilidad de renunciar a los derechos conferidos por nuestro ordenamiento jurídico, al tenor del artículo 12 del Código de Bello, en tanto “miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”.

IV. REPUDIACIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 183 Y 191 Y SIGUIENTES DEL *CÓDIGO CIVIL*

Para analizar la repudiación y su aplicación, nos remitiremos al caso en comentario. A. B. P. L., en virtud de su autonomía de la voluntad, decidió renunciar a la filiación materna, determinada por parto, que corresponde a coincidencia genética. Al analizar esta abdicación, es cuando el fallo yerra. Para su análisis, procedemos a reproducir los considerandos pertinentes:

“SEXTO: Que, asentado lo anterior, la maternidad puede ser impugnada atacando alguno de los dos supuestos mencionados en el considerando anterior¹¹. Ahora bien, lo razonado no obsta a que la maternidad pueda ser reconocida por otras vías, como por el reconocimiento que la madre hace del hijo o bien por sentencia firme dictada en juicio de filiación, hipótesis que no concurre en la especie, ya que tal como lo reconoce el recurrente, en su caso la maternidad quedó determinada al momento del parto.

SÉPTIMO: Que, cualquiera haya sido la vía para determinar la maternidad, siempre existirá la posibilidad de impugnarla a través de las acciones que establece nuestra legislación, pero es necesario antes, distinguir la forma en que previamente se ha establecido. Por lo tanto, en el caso de aquella determinada por el parto, la acción ha de estar orientada a acreditar que no hubo parto o que el hijo no fue producto de éste. En consecuencia, conforme a lo prescrito en el artículo 183 del Código Civil no resulta aplicable la acción de repudio contemplada en el artículo 191 del mismo cuerpo normativo, por cuanto la maternidad quedó determinada producto del documento médico que acreditó la existencia de un parto. Por el contrario, no ha existido una manifestación de voluntad de la madre con la finalidad de reconocer al recurrente como su hijo y que pueda ser repudiada por éste”¹².

¹⁰ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (2016), p. 166.

¹¹ Entiéndase que la “madre efectivamente haya parido y que el hijo que pasa por suyo sea producto del parto”.

¹² A. B. P. L con Servicio de Registro Civil e Identificación (2020).

De la redacción del fallo, nos podemos percatar que la Corte de Apelaciones de Antofagasta confundió, en su razonamiento, dos instituciones: la impugnación de la filiación y el repudio. La impugnación, como acción judicial, busca desvirtuar la filiación legalmente determinada. Así, en el caso de la impugnación de la maternidad, el artículo 217 del *Código Civil* señala que procederá ya sea “probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero”; esto es, que en el caso en concreto no se cumplieron los requisitos del artículo 183, inciso 1.º. En tanto, la repudiación no tiene como finalidad determinar si la filiación que se ostenta corresponde o no a un vínculo biológico, sino que es un acto de renuncia a derechos.

1. Repudiación como manifestación del artículo 12 Código Civil

El escueto artículo 191 del *Código Civil*, si bien no prohíbe de forma expresa la repudiación determinada por parto, sólo regula la repudiación del reconocimiento. ¿Significará ello que no puedan repudiarse los casos de filiación determinada por parto? Para una adecuada respuesta, debemos acudir a las reglas generales; esto es, al ya mencionado artículo 12.

A. B. P. L., al repudiar, renuncia a un interés individual, que mira en su propio provecho o desventaja. No existiría colisión de un supuesto interés de la madre en mantener la filiación, pues la repudiación es un acto jurídico unilateral cuyo autor sólo puede ser el hijo. Así, solo resta esclarecer la aplicación de la última parte del artículo 12, que menciona que podrá renunciar a sus derechos (en este caso, el mantener una filiación materna determinada por parto) en tanto “no esté prohibida su renuncia”. La autonomía de la voluntad o autonomía privada, en materia de familia, procede en tanto se establezcan los límites de su ejercicio, o en palabras de Barcia el

“ámbito de autonomía dentro de un estatuto regulatorio que es necesario fijar. Son las particularidades de este estatuto regulatorio las que señalan el contenido y límites de la autonomía privada”¹³.

Así, debemos esclarecer si existe alguna norma que señale algún límite a la repudiación, como manifestación de la autonomía de la voluntad reconocida en el artículo 12 del Código de Bello. Como ya analizamos, el artículo 191 del *Código Civil* no prohíbe la repudiación de la maternidad por parto. Es más, ni siquiera analiza dicha hipótesis, por lo cual fuerza es concluir que dicha norma no prohíbe la repudiación de la filiación materna determinada por parto. Es en definitiva el artículo 192 del *Código Civil* el que establece las prohibiciones a la renuncia a la filiación, esto es, los límites a la repudiación. La norma sólo indica que, en casos de aceptación expresa o tácita del reconocimiento, dicha

¹³ BARCIA LEHMANN (2020).

renuncia no procede, mas no de las filiaciones determinadas en otras hipótesis. De tal forma, en la regulación del *Código Civil*, el estatuto destinado a normar la repudiación, no prohíbe el ejercicio de la autonomía de la voluntad, como fundamento de renuncia a la filiación materna determinada por parto.

De tal forma, se cumplían en autos los requisitos establecidos por la ley para renunciar a la filiación, en atención a los artículos 12, 191 y 192 del *Código Civil*. Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad en el derecho de familia se encuentra restringida, ello no significa que no sea aplicable a la repudiación de la filiación determinada por parto. En palabras de Lepín

“[e]n un escenario donde se garantiza el pleno ejercicio de los derechos humanos de los ciudadanos, incluso en el ámbito familiar, donde priman el pleno ejercicio de la libertad y la igualdad entre los integrantes del grupo familiar, son estos los primeros llamados a resolver sus conflictos”¹⁴

y en este caso, al ejercer este acto de renuncia, A. B. P. L. se amparó en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, la cual no está prohibida ni limitada respecto a esta hipótesis.

2. Repudiación y derecho a la identidad

La repudiación debe ser analizada a la luz de los derechos e intereses del hijo, pues es una institución que se basa en su sola voluntad. No es necesario que se funde la decisión o ésta merezca revisión judicial, y aun en casos en que no se discuta el vínculo biológico, basta la sola manifestación de voluntad del hijo en orden de repudiar la filiación, según las solemnidades ya señaladas.

Así, el principal derecho reflejado en la repudiación que ejerce el hijo es el de la identidad personal. Ésta se ha definido como “aquel que tiene toda persona sobre la verdad de su propia biografía”¹⁵. Corral lo conceptualiza como “la facultad de la persona de conocerse y darse a conocer tal como ella es”¹⁶. De tal forma, se hace patente que su contenido ya no puede ser entendido solo como la posibilidad de conocer los orígenes biológicos, sino tal como señala Lathrop

“desde el punto de vista doctrinal abarca mucho más: en primer término, conocer los orígenes, no solo biológicos sino también familiares, étnicos, sociales y religiosos que identifican y definen a un individuo como tal; y, en segundo lugar, la posibilidad de exigir que dichas características sean respetadas en la proyección social de la persona”¹⁷.

A su turno, el derecho a la identidad ha sido reconocido de forma expresa, como ocurre en el artículo 8º de la Convención de Derechos del Niño, estableciéndose la obligación de los Estados a preservar su identidad. Así, se constata que este derecho está ligado a los vínculos familiares, y no distingue si ellos atienden a nexos biológicos o sociales. También se ha confirmado su injerencia en el sistema interamericano de Derechos Humanos de forma tácita, al entenderse integrado el ya mencionado artículo 8º de la Convención de Derechos del Niño. De tal forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que si bien no se menciona de forma expresa en la Convención al derecho a la identidad¹⁸, éste es “un elemento consustancial del ser humano”¹⁹, entendiéndose por tal que “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad”²⁰, esto es, sin fundar la identidad como equivalencia de un nexo biológico. Es por ello que, el hecho de repudiar la maternidad por parto, es sólo manifestación del ejercicio del derecho a la identidad, que el sujeto efectúa.

Mismo razonamiento lo comparte nuestro Tribunal Constitucional, fundando su argumentación en el artículo 5.º inciso 2.º de la *Constitución Política de la República* al indicar que

“[a]ún si se sostuviera que el reconocimiento del derecho a la identidad personal no encuentra sustento en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque no lo mencionan en forma expresa, igualmente habría que reconocer que el ejercicio de la soberanía, por parte del legislador, se encuentra limitado por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como es el caso del derecho a la identidad personal. [...] De esta forma puede sostenerse que el derecho a la identidad personal constituye un derecho implícitamente reconocido en nuestro ordenamiento constitucional, cuyo fundamento se encuentra en lo dispuesto en los artículos 1º, 5º, inciso segundo, y 19 N° 4º de la Ley Fundamental, siendo un deber para los órganos del Estado respetarlo y promoverlo”²¹.

A mayor abundamiento, en nuestro *Código Civil* se menciona la libre investigación respecto de la filiación biológica el artículo 195 como parte de la identidad personal, pero ya mencionamos que ella no se agota en los vínculos cromosómicos. Es el propio artículo 201 el que decanta que, ante la disputa entre identidad biológica y social, se prefiera esta última. Corolario de lo anterior, es que somos partidarios de considerar que, el derecho a la identidad,

¹⁴ LEPÍN (2014), p. 44.

¹⁵ ALLENDES y VILLAVICENCIO (2013), p. 10.

¹⁶ CORRAL TALCIANI (2018), p. 363 (destacado nuestro).

¹⁷ LATHROP (2016).

¹⁸ G. vs. Uruguay (2011), párrafo 122.

¹⁹ STEINER y URIBE (coords.) (2014), p. 109.

²⁰ STEINER y URIBE (coords.) (2014), p. 120.

²¹ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por L. A. K. L. sobre recurso de apelación, seguido ante la Corte Apelaciones de Santiago (2020), cons. 26.º.

es exigible y que si bien pudo ser concebido como el derecho a conocer sus orígenes biológicos, también abarca el derecho a ser reconocido conforme a las características que permiten diferenciarnos respecto de otros, entre ellos, el respeto a la decisión de mantener o no una filiación determinada, permitiendo así, el ejercicio de renuncia de derechos del artículo 12 del *Código Civil* repudiando la maternidad determinada por parto.

De tal forma, la interpretación que debe efectuarse en estos casos, es *pro personae* y según las normativas ya analizadas. La lectura que debe efectuarse de los artículos 191 y 192 del *Código Civil* no debe ser restrictiva, sino entender que se reguló un caso específico de repudiación, lo que no prohíbe, por sí, el repudio de la maternidad determinada por parto. Concluir lo contrario, sería desconocer el ejercicio al derecho a la identidad y de la autonomía de la voluntad de personas mayores de edad, las cuales son aplicables al derecho de familia.

CONCLUSIONES

El derecho a la filiación no puede ser entendido como el derecho a contar con una, sea biológica o no, sino como aquel que concierne a la propia identidad del sujeto. Los individuos nos convertimos en más que sólo nuestra biología, por lo cual la interpretación que se debe efectuar de las reglas de la repudiación debe ser omnicomprendensiva. Si bien el artículo 191 y siguientes del *Código Civil* mencionan su aplicación a propósito de filiaciones determinadas por reconocimiento, no es menos cierto que las reglas generales, esto es, el artículo 12, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y el reconocimiento al derecho a la identidad, se debe aplicar en materia filiativa.

Así en este caso, A. B. P. L. no estaba impugnando la maternidad en los términos del artículo 217 del *Código Civil*, sino que renunciando a dicha filiación. No hay razón jurídica que justifique excluir del ámbito de aplicación del artículo 12 del *Código Civil*, en concordancia con el reconocimiento del derecho a la identidad, a la filiación determinada por parto, y así permitir el repudio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2016). “Cuarta parte Relaciones jurídicas entre los padres y el (la) hijo (a). Filiación. Título primero Aspectos generales sobre la filiación, determinación y acciones. Capítulo II Determinación de la filiación 1. Determinación de la maternidad, parto, reconocimiento de la madre, sentencia judicial”, en Jorge DEL PICÓ RUBIO (director). *Derecho de familia*. Santiago: Legal Publishing.
- ALLENDES, Bárbara y Melanie VILLAVICENCIO (2013). “El hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida y su derecho a la identidad”. *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, n.º 3, Valparaíso.

- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2020). *Estructura del Derecho de Familia y de la Infancia*. Santiago: Thomson Reuters, tomo I.
- CONLEY GARRIDO, Bernardita (2020). “Notas sobre la naturaleza de la Posesión Notoria respecto de las acciones de filiación”, en María Elisa MORALES ORTIZ y Pamela MENDOZA ALONZO (dirs.). *Estudios de Derecho Privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*. Santiago: DER ediciones.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1999). “Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N°19.585, 1998”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 20, Valparaíso.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018). *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Santiago: Thomson Reuters.
- GANDULFO, Eduardo (2007). “Reconocimiento de paternidad: tópicos y cuestiones civiles”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n.º 2, Santiago.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2017). *El sistema filiativo. Filiación Biológica chileno*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LATHROP, Fabiola (2016). “Notas sobre una relectura del derecho a la identidad en contextos de filiación a la luz del desarrollo jurisprudencial chileno” en Cristián LEPÍN y Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE (coords.) *Estudios de Derecho Familiar, I Jornadas Nacionales de Derecho Familiar*, Santiago: Legal Publishing.
- LEPÍN, Cristián (2014). “Los nuevos principios del Derecho de Familia”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 23, Santiago.
- STEINER, Christian y Patricia URIBE (coords.) (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>. [Fecha de consulta: 9 de junio de 2021].

Otros documentos citados

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1988). Historia de la ley n.º 19.585. modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/6627/HLD_6627_6995de31453451f4363b4436cf60da27.pdf [Fecha de consulta: 5 de mayo de 2021].

Normas citadas

- Código Civil*.
- Ley n.º 4808, reforma la ley sobre el Registro Civil. *Diario oficial de la República de Chile*, Santiago, 10 de febrero de 1930.
- Decreto n.º 830, que promulga Convención sobre los derechos del niño. *Diario oficial de la República de Chile*, Santiago, 27 de septiembre de 1990.
- Ley n.º 19585, modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. *Diario oficial de la República de Chile*, Santiago, 26 de octubre de 1998.

Jurisprudencia citada

- G. vs. Uruguay (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, serie C n.º 221.
- F. T. C. con E. C. V. y otros (2015): Corte Suprema, 25 de mayo de 2015, rol n.º 1102-2015, Legal Publishing CL/JUR/4793/2015.
- J. P. I. M. con L. S. G. (2016): Corte Suprema, 27 de julio de 2016, rol n.º 38321-2016, Legal Publishing CL/JUR/5321/2016.
- A. B. P. L. con Servicio de Registro Civil e Identificación (2020): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 03 de marzo de 2020, rol n.º 571-2020, Legal Publishing CL/JUR/15626/2020.
- G. R. E. E. con C. F. B. (2020): Corte Suprema, 16 de marzo de 2020, rol n.º 11467-2019, Legal Publishing CL/JUR/20343/2020.
- C. M. P. con A. B. H. y otros (2020): Corte Suprema, 13 de octubre de 2020, rol n.º 30533-2020, Legal Publishing CL/JUR/147979/2020.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por L. A. K. L. respecto de los artículos 206 del Código Civil; y 5º transitorio, incisos tercero y cuarto, de la ley n.º 19.585, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, en el proceso rol n.º 857-2020, sobre recurso de apelación, seguido ante la Corte Apelaciones de Santiago (2020): Tribunal Constitucional, 04 de agosto de 2021, rol n.º 9961-2020.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

cons.	considerando
coords.	coordinadores
dirs.	directoras.
p.	página
pp.	páginas
vol.	volumen

DERECHO PROCESAL CIVIL

*Maitte Aguirrezabal Grünstein**

LAS FACULTADES DEL JUEZ EN EL CONTROL DEL PROCEDIMIENTO
 COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO *PRO ACTIONE*
 THE JUDGE'S POWERS IN CONTROLLING THE PROCEDURE
 AS A GUARANTEE OF THE *PRO ACTIONE* PRINCIPLE
 CORTE SUPREMA, 04 DE ENERO DE 2021, ROL N.º 5493-2020

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza una sentencia pronunciada por la Corte Suprema, referida a la importancia de la función que cumple el órgano jurisdiccional en el control de la corrección del procedimiento como una forma de garantizar el debido proceso.

PALABRAS CLAVE: debido proceso; *pro actione*; facultades jurisdiccionales

ABSTRACT

This paper analyzes the judgment pronounced by the Supreme Court, dated January 4, 2021, in case roll n.º 5493-2020, entitled "Z. with Talcahuano Health Service", referring to the importance of the function that complies with the court in controlling the correctness of the procedure as a way of guaranteeing due process of law.

KEYWORDS: due process of law; *pro actione*; judge's powers

* Profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago de Chile. Dirección postal: Avenida Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Las Condes. Correo electrónico: maguirrezabal@uandes.cl

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analiza una sentencia que permite advertir la importancia de la función que cumple el órgano jurisdiccional en el control de la corrección del procedimiento como una forma de garantizar el debido proceso.

El fallo resulta de gran relevancia puesto que permite analizar la oportunidad para controlar de oficio la corrección del procedimiento asegurando el derecho a la tutela judicial efectiva.

I. HECHOS RELEVANTES QUE MOTIVAN EL FALLO

La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo, pero haciendo uso de las facultades previstas en el artículo 84 del *Código de Procedimiento Civil*, invalidó de oficio la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, que revocó una sentencia del Segundo Juzgado Civil de Talcahuano y acogió un incidente de nulidad procesal de todo lo obrado opuesto por el Servicio de Salud de Talcahuano.

El conflicto surgió el año 2014 luego de que una menor de 12 años ingresara al hospital de Tomé con múltiples malestares, donde fue hospitalizada y se trató por un cuadro febril. Luego de tres días fue trasladada al hospital Las Higueras de Talcahuano, en donde falleció.

La familia de la menor interpuso una demanda de indemnización de perjuicios en contra del Servicio de Salud de Talcahuano, acusando que su hija falleció debido al actuar negligente de los médicos del Hospital de Tomé, ya que no tomaron en cuenta los altos índices de PCR¹ que arrojó la menor al momento de tratarla y que la derivaron a un centro hospitalario más especializado de forma tardía.

Uno de los demandados, Hospital Las Higueras, interpuso primero una excepción dilatoria que fue acogida por el tribunal, en atención a que respecto de su parte no se habría acompañado el certificado de mediación prejudicial fracasada.

La demandante procedió a corregir el vicio acompañando el certificado que daba cuenta de este trámite en relación con el reclamante.

Luego, el demandado opuso un incidente de nulidad procesal, señalando que, en conformidad con el artículo 43 de la ley n.º 19966, el ejercicio de acciones jurisdiccionales en contra de prestadores institucionales públicos que forman parte de las redes asistenciales de salud requieren que el interesado haya sometido su reclamo a un procedimiento previo de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, y que los actores sólo realizaron dicho trámite en relación al Hospital de Tomé pero no respecto al Hospital Las Higueras, donde falleció la menor.

¹ Sigla de la prueba de proteína reactiva.

En primera instancia el tribunal civil rechazó el incidente, al estimar que la nulidad fue interpuesta de forma extemporánea. La Corte Apelaciones de Concepción revocó la resolución en alzada y acogió la nulidad todo lo obrado, al estimar que en el certificado de mediación acompañado por la demandante en virtud de la ley n.º 19996 sólo se realizaron reclamos en relación con uno de los hospitales involucrados.

Los actores dedujeron un recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia, acusando un error de derecho de los jueces de segundo grado, ya que la demanda de indemnización de perjuicios se dedujo en contra del Servicio de Salud a cargo de ambos hospitales involucrados y el certificado de mediación exigido por la ley fue acompañado conforme a derecho. A su vez, señalaron que la nulidad de todo lo obrado fue interpuesta de forma extemporánea, ya que los demandados tuvieron conocimiento de los vicios impugnados meses antes que se interpusiera el incidente.

La Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso de casación en el fondo, pero aplicando las facultades correctoras establecida en el artículo 84 del *Código de Procedimiento Civil*, invalidó de oficio la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción y confirmó el rechazo al incidente de nulidad, considerando que el certificado de mediación acompañado por la demandante era válido y que la declaración de nulidad constituía un grave error de procedimiento que había impedido la materialización del debido proceso.

II. EL CERTIFICADO DE MEDIACIÓN FRACASADA
COMO REQUISITO PROCEDIMENTAL PREVIO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

La preocupación por garantizar el acceso a la justicia a todas las personas no ha estado ausente de los procesos de reforma judicial.

Dentro del conjunto de medidas dirigidas a corregir los obstáculos en dicho acceso, en cuanto a la lentitud de los procesos, el excesivo formalismo o su carácter marcadamente adversarial, se encuentran los mecanismos alternativos a la solución jurisdiccional, tales como la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, que permiten agilizar la solución de conflictos².

La mediación puede definirse como

“la acción cumplida por un tercero entre personas o grupos que lo consiente libremente y participan en ello, y a quienes pertenecerá tomar la decisión final, dirigida a hacer nacer o renacer nuevas relaciones entre ellos, o prevenir o curar las relaciones perturbadas”³.

² En este sentido, BORDALÍ (2009), pp. 165-186.

³ MARÍN (2007), p. 19 y ss.

En ella, un tercero neutral e imparcial busca facilitar un acuerdo al que las propias partes lleguen, consiguiendo una cooperación en el diálogo, pero sin que este tercero proponga bases para un arreglo. Esto, a diferencia de lo que sucede en la conciliación, en que el tercero actúa como amigable componedor, efectuando propuestas concretas de solución.

La doctrina y jurisprudencia nacional se han planteado si la mediación de carácter previo y prejudicial atentaría contra la garantía constitucional establecida en el artículo 19 n.º 3 de la *Constitución Política*. Ello, porque la obligatoriedad del procedimiento obstaculizaría el acceso al órgano jurisdiccional, derecho consagrado en el texto constitucional y que confiere a toda persona la posibilidad real de acceder a la justicia no siendo sus derechos limitados con exigencias de actuaciones prejudiciales.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado en reiteradas oportunidades que

“la exigencia de una mediación previa obstaculice el libre acceso a la justicia, puesto que el proceso no impide que luego se pueda recurrir efectivamente a los tribunales de justicia en el evento que la mediación fracase”

y que debe tenerse presente que

“el acuerdo de mediación ha sido elevado a la categoría de equivalente jurisdiccional, es decir, resuelve un conflicto de carácter jurídico con efectos equivalentes a los que produce una sentencia y con efecto de cosa juzgada, lo que permitiría su cumplimiento forzado”⁴.

En lo que respecta al fallo que se comenta, el artículo 43 de la ley n.º 19966 dispone que

“el ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N° 2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los requisitos del artículo 54. En el caso de los prestadores privados, los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud, conforme a esta ley y el reglamento,

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada con fecha 10 de julio de 2012, en la causa rol n.º 2042-11-INA, referida a la constitucionalidad del procedimiento de mediación como trámite previo y obligatorio para poder acceder a los tribunales de justicia.

procedimiento que será de cargo de las partes. Las partes deberán designar de común acuerdo al mediador y, a falta de acuerdo, la mediación se entenderá fracasada. La mediación es un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”.

En concordancia con lo señalado, el artículo 16 bis del decreto ley n.º 2763 define a la red asistencial como

“un sistema organizacional compuesto por un conjunto de establecimientos asistenciales públicos, que de manera complementaria y armónica, realizan sus actividades con la finalidad de promover, prevenir, tratar, rehabilitar y reinsertar socialmente a las personas que hubieren sufrido perjuicios en su salud”.

Se encuentra conformada por

“Los establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenios con el servicio de salud respectivo”.

De acuerdo con este mismo artículo, el legitimado activo para iniciar un proceso de mediación es “toda persona que sienta que ha sufrido algún tipo de daño a causa de una prestación asistencial en un prestador de la red pública de salud”, mientras que el legitimado pasivo es el facultativo y/o las instituciones de salud pública pertenecientes a la red asistencial que prestaron los servicios por los cuales se reclama.

El artículo 48 de ley establece, además, que la comparecencia del paciente deberá ser siempre personal, sin embargo, éste podrá designar a un apoderado dándole especiales facultades para transigir. A su vez, el prestador de salud puede comparecer mediante su representante legal o un apoderado especialmente facultado para ello. Sin perjuicio de lo anterior, ambas partes podrán ser acompañadas por terceros a las distintas sesiones.

La mediación puede fracasar, entre otros motivos, cuando una o ambas partes no asisten a las audiencias, cuando vence el plazo, cuando los consejeros del Consejo de Defensa del Estado no aprueban la indemnización superior a 1000 UF o el Ministro de Hacienda no aprueba la indemnización superior a 3000 UF⁵.

⁵ Artículo 36 de la ley n.º 19966.

III. EL ROL DEL JUEZ EN EL CONTROL DEL PROCEDIMIENTO Y LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

1. En el Código de Procedimiento Civil

Según lo establece el artículo 19 n.º 3 de la Constitución, los justiciables pueden acceder a los órganos jurisdiccionales para defender sus derechos en un proceso legal previamente establecido por el legislador.

La doctrina comparte la idea de que la consagración constitucional del derecho al debido proceso no se limitó a mantener la concepción tradicional de este derecho, sino que persigue “obtener la respectiva protección de la ley en el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos”⁶.

Esta perspectiva ha llevado al legislador nacional a establecer diversos mecanismos que permiten una correcta protección de esta garantía, entre los cuales se encuentra la posibilidad de que el órgano jurisdiccional controle de oficio la corrección del procedimiento, evitando con ello la concurrencia de vicios que luego tornen en inútil el litigio iniciado.

Romero sostiene que en el proceso civil chileno se contemplan diversas opciones técnicas para impetrar y aplicar la nulidad, entre los que señala, como tercera opción, la declaración de oficio por los tribunales. Agrega que el principal instrumento en tal sentido proviene de la facultad prevista en el artículo 84 inciso final del *Código de Procedimiento Civil*, que dispone en su parte pertinente que “el juez podrá corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso. Podrá asimismo tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento”⁷.

Además, posee, aunque de modo más restringido, la posibilidad de casar de oficio en la forma y en el fondo.

Sin perjuicio de lo anterior, en la actual legislación las facultades para controlar los vicios de un procedimiento escrito son bastante limitadas, quedando este control entregado a las partes a través de la interposición de las correspondientes excepciones dilatorias.

2. En el proyecto de Código Procesal Civil

Bajo la rúbrica de “Principios Generales”, el libro primero del proyecto de *Código Procesal Civil* consagra en 9 artículos las directrices que han de conducir el nuevo proceso civil y que consolidan un proceso moderno, actual y eficiente.

En este sentido, consagra ciertos principios fundamentales tales como el debido proceso, la igualdad de las partes y la bilateralidad, y otros que responden más bien a la técnica procesal que se utiliza en el proyecto⁸.

⁶ CEA (1988) p. 370.

⁷ ROMERO (2017), p. 58.

⁸ Se ha distinguido entre los principios jurídicos naturales y los principios en sentido técnico. Son del primer grupo aquellos que derivan de mandatos de la Constitución o Tratados

Una atenta lectura de los deberes del juez en la dirección del procedimiento permite extraer que ese articulado se encuentra inspirado en los principios de autoridad, concentración, saneamiento, economía procesal, celeridad, igualdad y buena fe procesal.

El artículo 3.º del proyecto prescribe una de las más importantes novedades derivadas de la oralidad del procedimiento, y que el proyecto ha denominado como de dirección e impulso procesal. En este sentido, dispone la norma que

“la dirección del procedimiento corresponde al tribunal, quien adoptará de oficio todas las medidas que considere pertinentes para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de evitar su paralización y conducirlo sin dilaciones indebidas a la justa solución del conflicto”.

Ese impulso implicará que los jueces deben adoptar de oficio las medidas oportunas para evitar todo tipo de dilación indebida y conseguir una respuesta judicial eficiente.

La forma cómo se ha previsto este principio en el proyecto de *Código Procesal Civil* es a través de la regulación de la posición en la que debe encontrarse el juez de dirigir el proceso, y conducirlo hasta su resolución con la mayor celeridad compatible con una decisión acertada.

3. Manifestaciones de la facultad de la dirección del proceso en el proyecto de Código Procesal Civil

En lo que respecta a los poderes del juez para la conducción del proceso, el proyecto viene a reforzar las facultades contenidas en el actual texto normativo, estableciendo diversas facultades específicas de control del procedimiento.

a) En el control de admisibilidad de la demanda

El artículo 258 del PCPC ha previsto la posibilidad del rechazo *in limine* de la demanda.

En este sentido dispone que

“si el tribunal estimare que la demanda no puede ser admitida a tramitación por carecer de jurisdicción o de competencia absoluta, existencia de litispendencia, por inexistencia, falta de capacidad o representación de una de las partes, manifiesta falta de legitimación para actuar u otro

Internacionales como el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio, o el principio de bilateralidad, y que su ausencia determina la inexistencia de un proceso legal. Los segundos son aquellos que implican una elección del legislador para regular el mecanismo procesal, los cuales difícilmente aparecen puros, presentan matices, o elementos del principio opuesto. En este sentido, es posible encontrarse ante un procedimiento de única o doble instancia, escrito u oral, ante tribunal colegiado o unipersonal, etc.

defecto que afecte la existencia, validez o eficacia del proceso, lo declarará de plano, siempre que consten en forma manifiesta del expediente o se funden en hechos de pública notoriedad, expresando los fundamentos de su decisión”⁹.

Desde esa perspectiva, el rechazo inicial de la demanda queda reducido a casos de evidente inadmisibilidad que imposibilite toda reconducción, pues con el uso judicial descomedido de esa posibilidad legal puede afectarse el derecho constitucional de acción y de acceso irrestricto a la jurisdicción¹⁰, por los cuales, toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter¹¹.

b) En la correcta integración del litisconsorcio necesario

El proyecto incorpora una importante innovación en los artículos 34 y 35, cuando autoriza al juez a controlar la correcta integración del litisconsorcio necesario activo y pasivo.

De esta manera, disponen las normas citadas que,

“en caso de falta o indebida constitución de litisconsorcio necesario activo, el tribunal, de oficio o a petición del actor en su demanda, comunicará el proceso a los demás litisconsortes activos ausentes para que, dentro del plazo que les señale, que no podrá ser superior a treinta días, comparezcan a ejercer los derechos que les competen, y no dará curso a la demanda hasta tanto no se cumpla con este trámite”,

y que

“la falta o indebida constitución de un litisconsorcio necesario pasivo deberá ser declarada de oficio por el tribunal desde la presentación de la demanda y hasta la audiencia preliminar, cuando ello apareciere de manifiesto de los antecedentes acompañados por el actor”.

⁹ El artículo 21 del proyecto, sobre la apreciación de oficio de la falta de capacidad dispone que “La falta de capacidad para ser parte, así como de capacidad procesal, podrá ser declarada de oficio por el tribunal hasta en la audiencia preliminar”, mientras que el artículo 258 permite que “Presentada una demanda sin cumplir con los requisitos formales previstos en la ley, el tribunal dispondrá que se subsanen los defectos en un plazo no superior a diez días, y el actor quedará apercibido, por el solo ministerio de la ley, de que, si no lo hiciere, se tendrá por no presentada y se procederá al archivo de los antecedentes”.

¹⁰ Artículos 14, 17 y 18 del Pacto de San José de Costa Rica.

¹¹ Artículo 8.º del Pacto de San José de Costa Rica.

c) En las atribuciones legales para proceder a la dirección de la audiencia

El tribunal está llamado a dirigir el debate, disponer la práctica de actuaciones judiciales, exigir el cumplimiento de los actos procesales que correspondieren, velar por el normal desarrollo de la audiencia y moderar la discusión, según la naturaleza de la audiencia respectiva. Podrá impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero con la limitación de no coartar el ejercicio del derecho a defensa de las partes.

También podrá limitar el tiempo de uso de la palabra a las partes y a quienes debieren intervenir, fijando límites máximos iguales para todos ellos o interrumpiendo a quien hiciere un uso abusivo o impropio de su facultad. En caso de que una parte contara con más de un abogado, el tribunal podrá solicitarle determinar cuál de ellos hará uso de la palabra o la forma en que se alternarán.

El juez, en la conducción de la audiencia puede ordenar, por ejemplo, que quienes asistan a esta guarden respeto y silencio mientras no estén autorizados para exponer o deban responder a las preguntas que se les formulen; que no utilicen ningún elemento que pueda perturbar el orden de la audiencia, o adoptar un comportamiento intimidatorio o contrario a la disciplina judicial.

En el ejercicio de las facultades que la ley le asigna, el juez deberá dispensar a los abogados, un trato respetuoso y considerado. También puede ejercer facultades disciplinarias destinadas a castigar las faltas o abusos que se cometieren durante la audiencia, y en general adoptará las medidas necesarias para garantizar su correcto desarrollo. Los asistentes que infringieren sus deberes de comportamiento durante la audiencia podrán ser sancionados. El juez, además de sancionar al infractor, podrá expulsarlo de la sala, salvo en el caso del abogado, quien podrá ser sancionado al finalizar la audiencia.

También tiene poder para prevenir y corregir situaciones en las que considere que se produjo un acto anulable de aquellos que admiten convalidación, sin que se haya saneado la nulidad, para lo cual podrá poner el hecho en conocimiento de las partes, a fin de que procedan como creyeren conveniente a sus derechos. El tribunal sólo podrá corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptar las medidas que tiendan a evitar nulidades procesales.

d) La congruencia procesal como límite al impulso del juez

Ya sea que se trate de un procedimiento escrito u oral, el principio dispositivo indica que la parte es la que trae los hechos y las pruebas al proceso, quedando el juez limitado en materia decisoria por el principio de congruencia procesal.

Por lo mismo, el artículo 201 del proyecto dispone que

“las resoluciones judiciales se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente some-

tidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio”.

IV. LA FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES COMO GARANTÍA DE DEFENSA DEL JUSTICIABLE Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *PRO ACTIONE*

1. *Función del principio pro actione*

Una de las maneras como se ha evitado caer en un formalismo excesivo y la consecuente pérdida de la función del proceso es a través de la aplicación de una orientación *pro actione* o en favor de la tutela judicial efectiva, por la cual

“los órganos judiciales deben interpretar los diferentes requisitos y presupuestos procesales de un modo más favorable con el derecho constitucional a obtener la protección judicial de los derechos, debiendo rechazarse in limine litis las tesis rígidas o formalistas que puedan privar a las personas de obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos”¹².

Este principio exige que el órgano jurisdiccional, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, evite los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales y que con ello se impida un enjuiciamiento de fondo del asunto.

En palabras de Sánchez Gil,

“la finalidad de este derecho es impedir que los derechos sustantivos de las personas –que finalmente son una expresión de la dignidad humana queden sin protección ante cualquier ataque en su contra, por medios que aseguren una decisión objetiva al respecto, dada la prohibición general de autotutela, que es correlativa -implícita o explícitamente- a ese derecho fundamental; de lo que concluimos que la acción procesal es una concretización del derecho de acceso a la justicia, por ser la facultad que permite a su sujeto activo instar la realización de un proceso determinado y adecuado para satisfacer sus pretensiones en un litigio concreto”¹³.

2. *El principio pro actione y el respeto por las normas de procedimiento como garantía de un debido proceso*

En un proceso judicial es esencial la libertad reglada de los litigantes, en armonía con la interpretación y aplicación de la norma jurídica por parte del órgano jurisdiccional. Las exigencias formales han sido previstas como una garantía del justiciable, para evitar posibles arbitrariedades.

¹² ROMERO (2017), p. 60.

¹³ SÁNCHEZ (2005), p. 240.

Por forma del acto procesal “se entiende la apariencia externa que ha de revestir el acto para ser eficaz, el modo de su manifestación al exterior”¹⁴.

Junto con sus respectivos requisitos, sirven para garantizar los fines del proceso, pero ello no debe conducir a que se conviertan en obstáculos dejando así de cumplir con su finalidad meramente instrumental.

Agrega Gutiérrez de Cabiedes, que

“quizá la regla de oro para distinguir entre el derecho a las formas en un proceso y el culto al formalismo sería preguntarse: ¿la forma en un proceso o en este sistema procesal está al servicio de la justicia, o se sacrifica la justicia en algún caso en obsequio de la forma?”¹⁵.

Lo que hizo la Corte Suprema con la decisión que adoptó en la sentencia que se comenta, es corregir precisamente el procedimiento aplicando el principio *pro actione*, ya que sin perjuicio de declarar inadmisibles los recursos de casación en el fondo por no tratarse de una sentencia susceptible de ser recurrida por esta vía de impugnación, corrigió de oficio los vicios procedimentales aplicando las facultades establecidas en el artículo 84 del CPC.

Fundó dicha decisión en la necesidad de revisar la regularidad formal de lo actuado, cuando se afecta el derecho de acción y se compromete el debido proceso.

Ello porque habiéndose opuesto una excepción dilatoria en primera instancia, el demandante subsanó el vicio alegado acompañando también el certificado de la mediación fracasada en relación con el hospital Las Higueras, ya que, a juicio del Tribunal, el trámite de mediación previa obligatoria “reviste el carácter de procedimental, en cuanto impone requisitos previos al ejercicio de la acción jurisdiccional”¹⁶.

El no acompañar dicho certificado implica entonces que no se puede demandar a uno de los prestadores institucionales públicos, por no haberse cumplido con el procedimiento previo establecido por la ley n.º 19966.

Consideró nuestro máximo tribunal que la decisión de la Corte de Apelaciones, en el sentido de acoger el incidente de nulidad planteado por la demandada porque supuestamente el procedimiento no habría sido corregido por la actora, violenta el derecho de acción y de defensa de la parte demandante, ya que la demandante sí cumplió con la obligación que le exige la norma citada respecto de ambos demandados, imponiendo con ello “una restricción improcedente al ejercicio de la acción jurisdiccional de los actores, fundado en un grave error de procedimiento que ha impedido la materialización del debido proceso”¹⁷.

¹⁴ ORTELLS (1991), p.572.

¹⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, (1977), p. 556.

¹⁶ Considerando 4.º de la sentencia que se comenta.

¹⁷ Considerando 7.º de la sentencia que se comenta.

Por todo lo anterior procedió entonces a anular de oficio la resolución dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 07 de diciembre de 2019.

CONCLUSIONES

- 1) Las formas de los actos procesales integran la garantía del debido proceso porque cumplen con la función de asegurar la debida igualdad en la defensa de las partes.
- 2) Por ello, el legislador se ha preocupado especialmente de consagrar, de modo más o menos limitado, las facultades del órgano jurisdiccional para corregir de oficio los vicios que se observen durante la tramitación del proceso. El proyecto de *Código Procesal Civil* mantiene esta orientación e incrementa los poderes correctivos del juez en la implementación de los procedimientos orales.
- 3) La forma de los actos procesales reconoce un límite en el reconocimiento del principio *pro actione*, en virtud del cual se prioriza el derecho en el ejercicio de la acción por sobre un excesivo formalismo cuando este último impide el derecho de defensa de las partes.
- 4) La Corte Suprema en el fallo que se comenta, hizo aplicación de este principio cuando corrigió de oficio el procedimiento priorizando el derecho a la tutela judicial efectiva sobre cualquier forma procesal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BORDALÍ, Andrés (2009). “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad católica de Valparaíso*, n.º XXXIII, Valparaíso.
- CEA EGAÑA, José Luis (1988). *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo (1977). “El derecho procesal en la hora presente”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 2-3, Madrid.
- MARÍN, Manuel (2007). “Consumidores y medios alternativos de solución de conflictos”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 11.
- ORTELLS RAMOS, Manuel (1991). *Derecho Jurisdiccional, parte general*. Barcelona, Bosch Editores.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2017). *Curso de Derecho Procesal Civil. De los actos procesales y sus efectos*. Santiago: Legal Publishing, tomo IV.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén (2005). “El Derecho de Acceso a la Justicia y el Amparo Mexicano”. *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 4, ciudad de México.

Jurisprudencia citada

- Z. con Servicio de Salud Talcahuano (2020): Corte Suprema, 04 de enero de 2021, rol n.º 5493-2020.
- Sentencia del Tribunal Constitucional dictada con fecha 10 de julio de 2012, en la causa rol n.º 2042-11-INA.

Normas citadas

- Ley n.º 19966, establece un régimen de garantías en salud. *Diario Oficial*, 03 de septiembre de 2004.
- Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por decreto n.º 873, de 05 de enero de 1991
- Decreto ley n.º 2.763, que Reorganiza el Ministerio de Salud y crea los servicios de salud, el Fondo Nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, de 11 de julio de 1979.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

CPC	<i>Código de Procedimiento Civil</i>
PCPC	Proyecto de <i>Código Procesal Civil</i>
PCR	<i>Prueba de proteína reactiva</i>
UF	<i>Unidad de Fomento</i>

Actualidad Legislativa

ACTUALIDAD LEGISLATIVA

*Hernán Corral Talciani**

LEY N.º 21334, SOBRE DETERMINACIÓN DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS
LAW N° 21334, ON DETERMINATION OF THE ORDER OF SURNAMES

RESUMEN

El texto describe el contenido, estructura y propósitos de la reciente ley que permite modificar el orden de los apellidos, ya sea por la vía administrativa (Registro Civil) o a través del procedimiento judicial para el cambio de nombres. Se realizan algunos comentarios críticos a modo de conclusión provisional.

PALABRAS CLAVE: orden de apellidos; ley n.º 21334; apellidos materno y paterno

405

ABSTRACT

The paper describes the content, structure and purposes of the recent law that allows modifying the order of surnames, either by administrative means (Civil Registry) or through the judicial procedure for changing names. Some critical comments are made as a tentative conclusion.

KEYWORDS: order of surnames; law N° 21334, maternal and paternal surnames

I. PROPÓSITOS Y ESTRUCTURA DE LA LEY

El 14 de mayo de 2021 se publicó en el *Diario Oficial* la ley n.º 21334, que lleva por título “Sobre determinación del orden de los apellidos por acuerdo de los padres”. El texto legal se compone de 6 artículos permanentes y 3 transitorios. Los primeros 4 artículos permanentes introducen reformas al *Código Civil*, a la

* Profesor titular de Derecho Civil, Departamento de Derecho Civil y Romano, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes (Chile). Correo electrónico: hcorral@uandes.cl

ley n.º 4808 de Registro Civil, a la ley n.º 19477, orgánica del Registro Civil, y a la ley n.º 17344, sobre cambio de nombres y apellidos¹.

El artículo 5.º dispone que

“en todas las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, en que aparezcan los términos ‘apellido paterno y apellido materno’, deberá entenderse que se refieren al vocablo ‘apellidos’”.

El artículo 6.º establece que un reglamento deberá ser dictado por el Ministerio de Justicia para regular los detalles administrativos de la ley.

Los artículos 1.º y 2.º transitorios dan un plazo de 1 año para que los padres o el padre o la madre que tiene un hijo cuya filiación no ha sido determinada por el otro progenitor, puedan invertir el orden de los apellidos del hijo. El artículo 3.º transitorio señala que el reglamento deberá dictarse en el plazo de 4 meses desde la publicación de la ley, y que ésta entrará en vigor al día siguiente de la publicación del referido reglamento.

La ley se propone dos grandes objetivos:

- 1) posibilitar que el orden de los apellidos se invierta por acuerdo de los padres al momento de la inscripción de nacimiento del primer hijo en común; y,
- 2) facultar a las personas a cambiar el orden de sus apellidos o asumir el apellido de otro ascendiente.

406

II. APELLIDOS DEL HIJO E INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

Esta reforma se contiene en dos artículos que se agregan al *Código Civil*, en un párrafo 2.º al título I del libro I que pasa a denominarse “De las personas, en cuanto a su nombre, nacionalidad y domicilio”. El párrafo 2.º que se denomina “Nombre de las personas” contempla dos nuevos artículos: los artículos 58 bis y 58 ter. El primero señala lo que es el nombre y como está compuesto:

“Nombre es el conjunto de palabras que sirve legalmente para identificar a una persona. Está formado por el o los nombres propios, y por el o los apellidos con que se encuentre individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento” (artículo 58 bis).

El artículo 58 ter se refiere a la transmisión del primer apellido del padre y el primer apellido de la madre, y regula dos situaciones:

¹ Esta idea es antigua y proviene de una copia de la legislación española. Incluso desde una perspectiva de género, se ha criticado el primer proyecto que se presentó el año 2001 (boletín n.º 2662-18). Cfr. NOVALES ALQUÉZAR (2003), pp. 321-330. La actual ley proviene de dos mociones de diputados (boletín n.º 3810-18, de 2005 y boletín n.º 4149-18, de 2006), que fueron refundidas.

- 1) si padre y madre están determinados al momento de la inscripción; o,
- 2) si sólo uno de ellos está determinado.

Si padre y madre están determinados y se trata de inscribir al primero de los hijos comunes, el orden de transmisión de los apellidos paterno y materno se determinará por acuerdo de los padres que debe manifestarse al momento de inscribir el nacimiento del hijo. A falta de acuerdo,

“se entenderá su voluntad de que [sic] el primer apellido del padre anteceda al primer apellido de la madre en las partidas de nacimiento de todos sus hijos comunes” (artículo 58 ter inciso 2.º)².

Si la filiación está determinada sólo para uno de los progenitores, se inscribirá el hijo con el apellido del padre o madre que esté determinado, pero si luego se determina la paternidad o maternidad que falta, hay que distinguir: si tenían hijos en común se estará al orden que se haya acordado para ellos; en caso contrario, el apellido del padre o madre que se determina con posterioridad se pondrá a continuación del apellido del padre o madre que inscribió el nacimiento, a menos que haya acuerdo entre los padres para invertir ese orden (artículo 58 ter inciso 4.º).

La norma parece dar a entender que el niño con un único padre o madre sólo puede tener un apellido: el del padre o madre determinado, pero es claro que este progenitor podrá añadir otro apellido e incluso con precedencia al suyo, siguiéndose así la regla que se da en el nuevo n.º 3 del artículo 31 de la ley n.º 4808 sobre inscripción de nacidos cuya filiación no se encuentre determinada y que establece que se inscribirá con el o los apellidos que indique el requirente.

Las normas reiteran que los hijos comunes necesariamente deberán llevar los apellidos en el orden con los que fue inscrito el primero de ellos:

“En cualquier caso, todos los hijos que una madre y un padre tengan en común deberán inscribirse siempre con el mismo orden de apellidos, conforme al orden que en aplicación de las disposiciones del presente artículo se hubiere fijado en la inscripción de nacimiento del primero de sus hijos comunes” (artículo 58 ter inciso 5.º).

Para concordar con estas normas se modifica el artículo 31 de la ley de Registro Civil que explicita el contenido de la inscripción de nacimiento. Se dispone que

“Las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, las siguientes: [...] 3º El o los nombres del

² Esta opción ha sido criticada por NOVALES (2003), p. 327, quien sugiere como solución que dirima el juez el desacuerdo según el interés superior del hijo. Nos parece que esto, aparte de judicializar decisiones familiares, tampoco resolverá el problema, porque normalmente el juez determinará, invocando el interés superior del niño, que se siga el orden de apellidos tradicional.

407

nacido, que indique la persona que requiere la inscripción, y el o los apellidos del nacido que correspondan, de conformidad con las disposiciones del Párrafo 2 del Título I del Libro I del Código Civil. Tratándose de la inscripción de un nacido cuya filiación no se encuentre determinada, se inscribirá con el o los apellidos que indique la persona que requiere la inscripción” (artículo 31 n.º 3.º LRC).

La reforma legal olvida modificar el decreto con fuerza de ley n.º 2128, de 1930, que contiene el reglamento orgánico del Servicio de Registro Civil, que sigue hablando de hijos legítimos e hijos ilegítimos, y que en el artículo 126 inciso 2.º sigue disponiendo que el Oficial que inscribe el nacimiento de un hijo matrimonial deberá poner los nombres que solicite el requirente y “se le pondrá a continuación el apellido del padre y en seguida el de la madre”. Hemos de entender, sin embargo, que ha habido una derogación tácita en cuanto a que ello sólo es así si no hay acuerdo en contrario de los padres.

III. CAMBIO DE ORDEN DE LOS APELLIDOS POR VÍA ADMINISTRATIVA

Se reforma la ley de Registro Civil, ley n.º 4808, con el objeto de que pueda modificarse la inscripción de nacimiento e invertir el orden de los apellidos. Esta regulación se contiene en los nuevos artículos 17 bis, 17 ter y 17 quáter que se incorporan en la referida LRC. Se dispone que toda persona mayor de edad podrá pedir, por una sola vez, el cambio de orden de sus apellidos. Para ello debe presentar una solicitud en el Servicio de Registro Civil que debe contener el orden de los apellidos que pide y la rectificación de ellos en todos los registros con que se le hubiera identificado en el Servicio de Registro Civil e Identificación. Si se trata de extranjeros se exige acreditar su permanencia en el país y que previamente hayan inscrito su nacimiento en la oficina de Santiago del Servicio.

Se excluyen las personas que se encontraren procesadas o formalizadas, o respecto de las cuales existieren órdenes de arresto o detención pendientes u otras medidas cautelares personales, y las condenadas por crimen o simple delito que merezcan pena aflictiva. Estas últimas personas podrían cambiar los apellidos de manera judicial a través de la ley n.º 17344, siempre que no se trate de personas condenadas por alguno de los delitos establecidos en los párrafos v y vi del título séptimo del libro segundo del *Código Penal* (violación, estupro y otros delitos sexuales).

El Director Nacional del Servicio pedirá informes a los organismos respectivos y verificará el cumplimiento de los requisitos, tras lo cual deberá dictar una orden de servicio en la que podrá acoger, rechazar o declarar inadmisibles las solicitudes. Se modifica la letra v) del artículo 7.º de la ley n.º 19477, orgánica del Registro Civil, para incorporar como atribución del Director Nacional la de dictar resoluciones y “órdenes de servicio”.

El Director Nacional debe declarar inadmisibles las solicitudes si el solicitante no es mayor de edad, si se trata de una persona procesada o formalizada o de otras que no tienen derecho a este cambio. Si acoge la solicitud, el Servicio procederá a practicar las modificaciones y subinscripciones pertinentes, tras lo cual se emitirán los nuevos documentos identificatorios, para lo cual se citará a la persona interesada para que concurra de manera personal a retirar esos nuevos documentos. El Servicio, además, debe comunicar esta rectificación al Servicio Electoral, Servicio de Impuestos Internos, Tesorería General, Carabineros, Investigaciones, Gendarmería, Superintendencia de Salud y otras instituciones. Se debe informar también a las asociaciones de notarios, conservadores y archiveros judiciales, para que éstas informen a sus asociados del cambio de orden de los apellidos de la persona solicitante (artículo 17 ter inciso 7.º letra n). El solicitante puede pedir que se informe a otra institución pública o privada, exponiendo las razones que justifican esa comunicación.

El cambio del orden de los apellidos no altera al número de rol único nacional y sólo afecta al solicitante y no a sus ascendientes. No obstante, respecto de los hijos se señala que el cambio “provocará el cambio del respectivo apellido de transmisión a los hijos menores de edad, debiendo procederse por igual respecto de todos ellos”. Se exceptiona a los hijos menores de edad pero mayores de 14 años, ya que éstos deberán manifestar su consentimiento, mediante declaración escrita extendida ante el Oficial de Registro Civil. En estos casos, la orden de servicio que acoja la solicitud deberá ordenar las correspondientes rectificaciones en las partidas de nacimiento de todos los hijos menores de edad.

Cuando la ley se refiere al “apellido de transmisión” hemos de entender el apellido del padre o madre que, una vez hecha la inversión del orden, quede en primer lugar, y siguiendo el orden que se haya determinado para los hijos al momento de la inscripción.

Pongamos un ejemplo para aclarar: Pedro Muñoz Paredes, tiene dos hijos menores de 14 años con Isabel Contreras Rengifo y al momento de la inscripción de nacimiento del primer hijo han acordado que el apellido materno preceda al paterno, de modo que los hijos se apellidarán Contreras Muñoz. Si la madre pide que se invierta el orden de sus apellidos y pasa a ser inscrita como Isabel Rengifo Contreras, los hijos asumirán el primer apellido de la madre y serán Rengifo Muñoz. Pero, como veremos, queda la duda de si tienen un tercer hijo mayor de 14 y menor de 18 que no consiente en el cambio. Si se acepta la solicitud sin que afecte a este hijo entonces quedarán dos con los apellidos Rengifo Muñoz, y uno con los apellidos Contreras Muñoz.

La ley señala que la rectificación se publicará a costa del solicitante, en extracto, en el *Diario Oficial* de los días 01 o 15 del mes o al día siguiente hábil si no circulara en esas fechas, y que este extracto contendrá necesariamente la individualización del solicitante y la indicación de los apellidos que usará. Aunque la ley no lo señala debe entenderse que se procederá una vez dictada la orden de servicio que acoja la solicitud y antes de que se practiquen las rec-

tificaciones y la emisión de los nuevos documentos. Aunque el nuevo artículo 17 quáter de la LRC sólo se refiere al solicitante, si se incluyen hijos menores de edad el extracto que se publique deberá contener sus datos.

Si se trata de hijos mayores de edad, una vez modificado el orden de los apellidos del padre o madre por este procedimiento administrativo o por el judicial de la ley n.º 17344, podrán solicitar ante el Servicio de Registro Civil el cambio del respectivo apellido de transmisión.

La ley dispone que el cambio de apellidos no afectará la filiación del solicitante ni la titularidad de los derechos y obligaciones patrimoniales que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio. Tampoco afectará “las” provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, “las” que se mantendrán inmodificables. La preposición “las” pareciera dar a entender que sólo son las obligaciones las que no son afectadas, pero es obvio que se trata de un error y que deben incluirse también los derechos. Igualmente se dispone que la rectificación no afectará las garantías, derechos y las prestaciones de salud u otras que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio.

En todo caso, los efectos jurídicos del cambio serán oponibles a terceros desde el momento en que se extienda la inscripción rectificadora.

Una vez rectificadas la inscripción de nacimiento, el solicitante sólo podrá usar en el futuro, en todas sus actuaciones, sus apellidos en la forma en que han sido rectificadas. Se tipifica como delito

“el uso de los apellidos en el orden primitivo y la utilización de los apellidos en la forma en que han sido rectificadas para eximirse, impedir, dificultar o eludir el cumplimiento de cualquier obligación”,

lo que es sancionado con presidio menor en su grado mínimo. Se ve que son dos conductas: el uso del orden antiguo de los apellidos o el nuevo orden con el que fueron rectificadas, siempre que se haga con el objeto de eximirse, impedir, dificultar o eludir el cumplimiento de cualquier obligación.

IV. CAMBIO DE APELLIDOS POR VÍA JUDICIAL

Se modifica la ley n.º 17344, que autoriza el cambio de nombre y apellidos por vía judicial, para incorporar dos nuevas causales, que figurarán como letras d) y e) del inciso 2.º del artículo 1.º. Una de ellas parece redundante con la regulación anterior: “d) Cuando el solicitante desee invertir el orden de los apellidos fijado en su inscripción de nacimiento”. Se reitera que el cambio de orden afectará a todos los hijos menores de edad, y que para los hijos mayores de 14 y menores de 18 años es necesario que consientan.

El mismo legislador parece advertir que esto es innecesario y ordena al juez que, al proveer la solicitud de una persona mayor de 18 años de edad, le

informe del procedimiento administrativo para solicitar el cambio del orden de los apellidos regulado en los artículos 17 bis, 17 ter y 17 quáter de la ley n.º 4808, sobre Registro Civil. No obstante, podría servir en caso de quien solicita el cambio de orden de los apellidos sea un menor de edad, lo que deberá efectuar su representante legal o, en caso de ausencia, impedimento o negativa, el juez puede acceder al cambio solicitado con audiencia del menor y a petición de cualquier consanguíneo, el defensor de menores e incluso de oficio (artículo 1.º inciso 5.º de la ley n.º 17344). También parece ser la única manera para que cambie el orden de los apellidos una persona mayor de edad condenada por delito que merezca pena aflictiva ya que se establece aquí una excepción.

La segunda causal que se agrega es novedosa: “Cuando el solicitante desee usar uno u otro apellido de un ascendiente en línea recta hasta el segundo grado”. Entendemos que se mantiene la regla de que no puede haber más de dos apellidos, por eso se habla de “uno u otro apellido”. Se trata del apellido de un ascendiente en línea recta hasta el segundo grado. La ley omite señalar que debe tratarse de un ascendiente consanguíneo y no por afinidad. Como es hasta el segundo grado, se debe incluir a alguno de los cuatro abuelos, incluso si han muerto. Es dudoso si podría pedirse la sustitución de ambos apellidos por los de un ascendiente o tomar uno de un ascendiente y otro de otro.

Se reforma el inciso 7.º del artículo 2 para ampliar las causales de improcedencia de este derecho e incluir a las mismas personas que no pueden requerir el cambio de orden de los apellidos por vía administrativa, esto es, procesados o formalizados, con órdenes de arresto o detención pendientes o sujeto a otras medidas cautelares personales. Se excluyen también los condenados por crimen o simple delito que merezcan pena aflictiva, a menos que hubieren transcurrido más de 10 años contados desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de condena y se encuentre cumplida la pena. Esto ya estaba en la ley vigente, pero ahora se agrega que cuando el tribunal autorice el cambio de nombres o apellidos de una persona que hubiere sido condenada por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva, debe ordenar al Registro Civil que proceda a actualizar los datos del solicitante contenidos en el registro general de condenas y el prontuario, regulados en el decreto ley n.º 645, de 1925 (nuevo inciso final del artículo 3.º). Se establece, además, que

“en ningún caso se autorizará el cambio o supresión cuando el solicitante hubiere sido condenado por alguno de los delitos establecidos en los Párrafos V y VI del Título Séptimo del Libro Segundo del Código Penal” (violación, estupro y otros delitos sexuales).

Tampoco se autorizará el cambio o supresión

“cuando, de los antecedentes que obran en el proceso, el juez aprecie que existe riesgo de que se pueda afectar la seguridad de otras personas, o que

existe riesgo de que se pueda afectar el desarrollo de procesos pendientes, o que existe riesgo de que se puedan cometer fraudes”.

Debe oírse a la Dirección del Registro Civil y se señala que esta deberá informar si el solicitante registra condenas, los datos de las partidas de nacimiento de cada uno de sus hijos, los datos de su cónyuge o conviviente civil, y todo otro antecedente que resultare relevante. El juez debe oficiar a Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Ministerio Público, con el objeto de que informen si el solicitante se encuentra procesado o formalizado, tuviere condenas pendientes, si existieren a su respecto órdenes de arresto o detención pendientes o se encontrare sujeto a otras medidas cautelares personales.

Se reitera que el cambio de orden de los apellidos no se extiende a los ascendientes y que no afectará la filiación del solicitante, aunque sí surtirá efectos en el apellido de transmisión de los hijos menores de 14 años y respecto de los menores de edad mayores de 14 años que expresen su consentimiento. Para los hijos mayores de edad, el juez en la sentencia que autorice el cambio de orden de los apellidos informará de la posibilidad de solicitar el cambio del respectivo apellido de transmisión por los hijos mayores de edad ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, conforme con el inciso 6.º del artículo 17 ter de la ley n.º 4808.

Se modifica el artículo 5º de la ley para disponer que

“El uso malicioso de los primitivos nombres o apellidos y la utilización del nuevo nombre o apellido para impedir, dificultar o eludir el cumplimiento de cualquier obligación, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo”.

Se suprime la exigencia de que la utilización sea fraudulenta y se uniforma el objetivo de impedir, dificultar o eludir el cumplimiento de cualquier obligación.

V. FACULTAD PARA CAMBIAR EL ORDEN DE LOS APELLIDOS PARA HIJOS YA INSCRITOS

Los artículos 1.º y 2.º transitorios dan derecho a los padres que ya habían inscrito los nacimientos de sus hijos para modificar el orden de los apellidos en el plazo de 1 año contado desde la entrada en vigencia de la ley. El artículo 1º transitorio concede ese derecho a los padres que tuvieran en común uno o más hijos menores de edad para, de común acuerdo, solicitar por una sola vez invertir el orden de los apellidos de todos los hijos comunes. La solicitud se tramita conforme el procedimiento contenido en el artículo 17 bis de la ley n.º 4808 y con los requisitos y efectos de los artículos 17 ter y 17 quáter de esa ley. Si tuvieran uno o más hijos mayores de 14 años y menores de 18 años de edad, éstos deberán manifestar su consentimiento para que se altere

el orden de sus apellidos, mediante declaración escrita extendida ante el Oficial del Registro Civil. Si alguno de estos hijos no consiente no se accederá a la solicitud de cambio de orden de los apellidos. La ley es clara en esto: “Sin dicho consentimiento no se accederá a la solicitud de cambio de orden de los apellidos” (artículo 1.º transitorio).

Se prevé que los padres que tuvieran en común uno o más hijos menores de edad, y uno o más hijos mayores de edad, también podrán formular la solicitud regulada en el inciso anterior, siempre que concurren conjuntamente con los hijos mayores de edad. Así lo señala la ley:

“Los padres que tuvieran en común uno o más hijos menores de edad, y uno o más hijos mayores de edad, también podrán formular la solicitud regulada en el inciso anterior, siempre que concurren conjuntamente con los hijos mayores de edad” (artículo 1.º transitorio inciso 2.º).

Al parecer si los hijos son todos mayores de edad no se admitiría la modificación del orden de los apellidos aunque los padres y los hijos estuvieran de acuerdo, ya que la norma se pone en el caso en que haya hijos menores y mayores de edad.

El artículo 2.º transitorio se pone en el caso de que sólo haya un padre o madre determinados legalmente. En tal caso, también se da el plazo de un año para que ese madre o padre solicite, por una sola vez, invertir el orden de los apellidos de ese hijo. A esta solicitud se le aplican los artículos 17 bis, 17 ter y 17 quáter de la ley n.º 4808. Si el hijo es mayor de 14 años éste debe manifestar su consentimiento mediante declaración escrita extendida ante el Oficial del Registro Civil, y la ley declara expresamente que “sin dicho consentimiento no se accederá a la solicitud de cambio de orden de los apellidos” (artículo 2.º transitorio).

En estos casos en que se aprovecha esta facultad establecida por una norma transitoria, deberá entenderse que si hecho el cambio nace un nuevo hijo en común deberá llevar el orden de los apellidos que se determinó para los anteriores.

VI. ALGUNOS COMENTARIOS CRÍTICOS

En primer lugar, y coincidiendo con la opinión manifestada por la profesora de derecho civil Rommy Álvarez Escudero durante la discusión en la comisión especial de la mujer y la igualdad de género del Senado³, pensamos que no

³ La profesora, según el informe, “respecto a las modificaciones propuestas al Código Civil, afirmó que, atendido el propósito de la iniciativa, no se advierte la necesidad de reformar dicho cuerpo normativo. Agregó que, aun cuando se debe promover una modificación integral y armónica en el tratamiento de la persona y los derechos de la personalidad, se trata de una materia que excede el objetivo de la iniciativa. Por ello, reiteró que la propuesta legislativa –si

era necesario modificar el *Código Civil* para definir el nombre y dar las reglas sobre la imposición de los nombres y apellidos. Esto tiene su lugar más natural en la LRC. Por otro lado, si se buscaba modificar el *Código Civil* podría haberse incorporado en el artículo 58 bis el derecho al nombre, por ejemplo trasladando la regla del artículo 1.º de la ley n.º 17344 de que “toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento”.

Además, si el nombre tiene una función social y jurídica debiera ser estable y, en general inmutable, pero esta reforma permite que se cambie el orden de los apellidos incluso por vía administrativa sin requerir causal alguna, aunque se limita a las personas mayores de edad, y no se incluye a los hijos mayores de 14 años si no consienten, ni a los hijos mayores de edad que deben pedirlo de manera autónoma.

Siendo así la estabilidad que la ley intenta al exigir que todos los hijos comunes lleven el mismo apellido no se logrará, ya que habría hermanos con un orden de apellidos y otros con el inverso. Algo similar sucede al agregarse como causal de cambio judicial de nombre conforme a la ley n.º 17344 el cambiar el orden de los apellidos sin añadir nada más que la voluntad, lo que nuevamente sólo se extiende a los hijos mayores de 14 años si estos consienten. Además, se agrega una nueva causal al cambio de nombre por vía judicial cuando se desea usar el apellido de un ascendiente, pero no se entiende por qué se permite esto sin el consentimiento del mismo⁴.

Se señala que esta nueva ley contribuiría a la igualdad entre hombres y mujeres ya que le daría mayor visibilidad a la madre. Pero esto parece un exceso de voluntarismo. De hecho en España se optó por esta misma solución por una ley de 1999 (ley 40/1999 de 05 de noviembre), y el orden de los apellidos de los niños inscritos siguió siendo abrumadoramente primero el paterno y luego el materno. El 2017 entró a regir una segunda reforma que se incluyó

bien incide en uno de los derechos de la personalidad, como es el derecho a la identidad— no apunta a una regulación integral de la materia, lo que sí ameritaría una intervención de mayor entidad al Código Civil. Acerca de la incorporación de un concepto legal de ‘Nombre’, afirmó que no constituye un aporte esencial en nuestro sistema, atendido a que se trata de un concepto abordado por la doctrina jurídica nacional y extranjera, sin que se hubiere verificado un debate a su respecto. En lo que respecta a la incorporación de un artículo 58 ter al Código Civil, afirmó que se trata de una norma que representaría una novedad en nuestro sistema, pues tal materia se encuentra regulada por otros cuerpos normativos, tales como la ley de Registro Civil y, particularmente, el decreto con fuerza de ley N° 2128, Reglamento Orgánico del Registro Civil. Con todo, sostuvo que, fuera de un contexto sistemático y armónico que implique una modificación de mayor entidad, no se aprecia el aporte que pudiese significar la incorporación de dicha norma de forma aislada”. ÁLVAREZ ESCUDERO (2020), primer informe de la comisión especial del Senado sobre mujer y equidad de género, 23 de enero de 2020, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7869/> [fecha de consulta 26 de julio de 2021]. Como se observa, nadie prestó atención a estas razones pese a que las mociones sólo contemplaban reformar la LRC.

⁴ Esto ya era criticado por Leonor Etcheberry en un informe solicitado por la Fundación Fueyo sobre el primer proyecto. Cfr. NOVALES (2003), p. 327.

en la nueva ley de registro civil (ley n.º 20/2011, de 22 de julio) para señalar que si no había acuerdo corresponderá al encargado del Registro Civil elegir tomando en consideración el interés del hijo, pero tampoco esta modificación parece haber tenido una incidencia, y, según informes de prensa, los niños inscritos con el apellido materno antes que el paterno no alcanzan el 0,5%.

Además, las restricciones que se ponen en el sentido de que todos los hijos que tengan en común esos padres deberán llevar el mismo orden que se acordó para el primer hijo, serán un gran desincentivo para que los varones consientan en anteponer al primer hijo el apellido materno. Y no habiendo consentimiento del padre la ley conserva el orden actual, es decir, la precedencia del apellido paterno, y esto se mantendrá en todos los hijos posteriores. Como lo usual es que sea el padre quien inscribe el nacimiento del primer hijo no habrá acuerdo ya que no comparecerá la madre al Registro Civil, la que normalmente estará reponiéndose del parto.

Por eso, estimamos que si se quería visibilizar a la madre sin debilitar la función de los apellidos debería haberse optado por imponer el orden inverso al actual: que el primer apellido de la madre preceda al primer apellido del padre, lo que es usual en los países de habla portuguesa (Brasil, Portugal). Ahora si se quería sacrificar la estabilidad del nombre, no se entiende por qué no se permite variar el orden de los apellidos según los hijos que tengan los padres. Esto le daría alguna viabilidad práctica a los acuerdos, ya que podrían alternarse el orden según los hijos que vayan teniendo en común.

Por otro lado, debe considerarse que la estabilidad del orden de los apellidos es minada desde el momento en que se admite que una persona mayor de edad pida por una sola vez el cambio del orden de apellidos en el Registro Civil; es decir, que contraríe el orden que se impuso por acuerdo de sus padres en la inscripción de nacimiento. Es decir, si los padres se pusieron de acuerdo en que fuera primero el apellido materno y luego el paterno, esa persona podría cambiar ese orden y volver al tradicional (apellido paterno primero y segundo apellido materno). Con ello se hace posible, de manera bastante incoherente, que hijos de unos mismos padres tengan orden de apellidos diferentes. Incluso más, si se trata de un hijo menor de edad podría pedir el cambio del orden de apellidos conforme al procedimiento judicial de la ley n.º 17344, concurriendo a través de su representante legal u otro consanguíneo o incluso pidiendo que el juez proceda de oficio, y asumir un orden de apellidos distinto al acordado por los padres en la inscripción de nacimiento.

Además, no es clara la ley tanto para el cambio por vía administrativa o judicial sobre qué sucede si los hijos menores de edad pero mayores de 14 años no consienten. Por una parte, podría pensarse que si no lo hacen no procedería el cambio del orden de los apellidos para el solicitante y para ninguno de sus hijos menores de edad, ya que el nuevo artículo 17 ter en su inciso 5.º dispone que la orden del Servicio que acoja la solicitud “deberá ordenar las correspondientes rectificaciones en las partidas de nacimiento de todos los hijos menores de edad”; y el nuevo inciso final del artículo 4.º de la ley n.º 17344 señala que

“el solicitante deberá pedir también, en el mismo acto en que solicite el cambio del orden de sus apellidos, la modificación pertinente en las partidas de nacimiento de sus hijos menores de edad, debiendo manifestarse el consentimiento de todos los hijos mayores de 14 y menores de 18 años de edad, si fuere el caso”.

Pero del hecho de que si hay hijos mayores de edad estos no se verán afectados por el cambio de orden de los apellidos del padre o madre, y a falta de una expresión categórica en contra de la ley –como sí la hay en la posibilidad de cambio del orden de apellidos que disponen los artículos 1.º y 2.º transitorios–, también podría pensarse que si uno o más hijos mayores de 14 años no consienten, procede el cambio respecto del solicitante, de los hijos menores de 14 y de los mayores de 14 y menores de 18 que así lo consientan y sin afectar el orden de los apellidos de los hijos mayores de 14 y menores de 18 que no consientan.

Con ello, nuevamente se frustrará el objetivo de que todos los hijos comunes tengan no sólo el mismo orden de los apellidos, sino que tengan los mismos apellidos.

Tampoco aclara la ley si una persona mayor de edad puede cambiar el orden de los apellidos mediante resolución del Director del Registro Civil y luego volver a cambiarlos recurriendo al procedimiento de la ley n.º 17344. En ambos casos se señala que es por una sola vez (nuevo artículo 17 bis de la LRC y artículo 1.º inciso 2º de la ley n.º 17344), pero es posible entender que sería “una vez” por vía administrativa y “una vez” por vía judicial.

Como vemos, la ley traerá mucha confusión en lo referido al orden de los apellidos y a los apellidos mismos (que podrían ser los de un abuelo). Sólo queda esperar que el reglamento aclare muchas de estas dudas. Si no, habrá que confiar en la sensatez y benevolencia de quienes estén llamados a interpretar y aplicar esta ley, que enredó más de la cuenta el tema del nombre de la persona y su identificación.

POST SCRIPTUM

Ya entregado a publicación el comentario anterior, se aprobó la ley n.º 21400, publicada en el *Diario Oficial* el 10 de diciembre de 2021, que regula, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo, y que modifica el n.º 2 del artículo 1.º de la ley n.º 21334, para disponer que se agregará al *Código Civil* un artículo 58 ter con el siguiente texto:

“El primer apellido del o los progenitores se transmitirá a sus hijos, conforme el orden que, según los casos, se determine en aplicación de las reglas siguientes:

1. En la inscripción de nacimiento del primero de los hijos comunes, los progenitores determinarán, de común acuerdo, el orden de transmisión de sus respectivos primeros apellidos, que valdrá para todos sus hijos comunes. En caso de no manifestarse acuerdo al momento de inscribir al primero de los hijos comunes, se entenderá su voluntad de que el orden de los apellidos sea determinado mediante sorteo ante el Oficial del Registro Civil.
2. En toda inscripción de nacimiento en que al tiempo de la inscripción quede determinada la filiación del nacido respecto de ambos progenitores, el oficial del Registro Civil procederá según el orden de los apellidos fijado en la inscripción de nacimiento del primero de los hijos comunes de dichas personas; y si no tuvieren más hijos comunes, según el orden que se determine al practicarse la inscripción, de conformidad a lo dispuesto en la regla precedente.
3. En la inscripción de nacimiento de un hijo cuya filiación al tiempo de la inscripción quede determinada sólo respecto de uno de los progenitores, se inscribirá al nacido con el respectivo primer apellido de dicho progenitor. En este caso, cuando con posterioridad obrare determinación de la filiación no determinada al tiempo de la inscripción de nacimiento, si hubiere otro u otros hijos comunes de dichos progenitores, se estará al orden de los apellidos fijado en la inscripción de nacimiento del primero de sus hijos comunes. Si, por el contrario, no hubiere más hijos comunes de dichos progenitores, el primer apellido del progenitor que quedó determinado al momento de la inscripción de nacimiento antecederá al otro apellido, a menos que, no habiendo el hijo alcanzado la mayoría de edad, los progenitores manifiesten, de común acuerdo, su voluntad de que se proceda con el orden inverso.

Con todo, para aplicar las reglas señaladas en el inciso anterior, previamente el oficial del Registro Civil deberá verificar si existen en los registros hijos inscritos a nombre de cada uno de los progenitores.

Fijado en la inscripción de nacimiento el orden de los apellidos del primero de los hijos comunes, los demás hijos que dos progenitores tengan en común deberán inscribirse siempre con el mismo orden de apellidos, conforme a las disposiciones del presente artículo.

Las inscripciones de nacimiento y las manifestaciones del acuerdo de los progenitores, respecto del orden de los apellidos, se practicarán de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, y en la forma que determine el reglamento”.

Formalmente llama la atención que se haya enumerado las reglas. No sorprende, en cambio, que se reemplace padre, madre, paternidad o mater-

nidad por progenitores, ya que esa es la nomenclatura que la ley n.º 21400 eligió para reemplazar dichos términos. La regla fundamental es que el niño debe inscribirse con los primeros apellidos de sus progenitores en el orden en que ellos acuerden. Se cambia la regla subsidiaria porque, a falta de acuerdo, no se mantiene la precedencia del apellido paterno y el orden se determina por sorteo efectuado ante el Oficial del Registro Civil. Sea determinado por acuerdo o por sorteo, ese orden se mantendrá para todos los hijos que esos progenitores tengan en común.

Enseguida se trata el caso en que la filiación queda determinada para ambos progenitores en la inscripción de nacimiento. En él, se aplicará el orden de apellidos de algún hijo anterior que tengan en común, y si no los hubiere, opera la regla anterior: acuerdo de los progenitores y, a falta de acuerdo, sorteo.

La tercera regla determina la situación en que un hijo al momento de la inscripción de nacimiento tiene determinada la filiación respecto de solo uno de los progenitores: en tal escenario, se inscribirá al niño con el primer apellido de ese progenitor. Si luego se determina la filiación por parte del otro progenitor, hay que distinguir si tienen uno o más hijos en común porque, en esta última hipótesis, el orden de los apellidos será el del primer hijo común. Si no hay hijos en común el primer apellido del progenitor determinado con posterioridad quedará como segundo apellido del hijo, a menos que siendo éste menor de edad se acuerde por los progenitores que el orden sea el inverso. Aquí, a diferencia de lo aprobado por la ley n.º 21334, se exige que el hijo no haya alcanzado la mayoría de edad; pero ¿qué sucede si ya es mayor de edad? En este caso, pensamos, tendrá que pedir la modificación del orden de sus apellidos conforme al procedimiento administrativo.

De manera innecesaria se señala que el Oficial del Registro Civil debe consultar los registros para saber si los progenitores tienen hijos inscritos. Esto era obvio porque si no el Oficial no podría saber si había hijos en común que determinaran el orden de los apellidos.

Se reitera, aunque esto también estaba en la ley n.º 21334, aunque hablando de padre y madre, que los hijos que dos progenitores tengan en común deberán tener el mismo orden de apellidos. No se varía el inciso final.

Por cierto, esto es consecuencia de que desaparezcan las figuras de padre y madre del *Código Civil* y que haya sólo progenitores, privilegiando la igualdad por sobre el interés superior de los niños.

La solución que se da para la falta de acuerdo y que es la del sorteo es poco apropiada, ya que un niño va a tener el orden de los apellidos que determina la suerte. Insistimos en que una solución más adecuada, ya que la estabilidad del orden de los apellidos no se va a mantener ya que siempre quedará la posibilidad de invertir los apellidos por vía administrativa o judicial, era que el orden, salvo acuerdo, se fuera turnando según los hijos que vayan teniendo los progenitores. Esto parece más justo que determinar el orden del primero de los hijos y de todos sus hermanos por sorteo.

En todo caso, la reforma mantiene la entrada en vigencia en el día siguiente a la publicación en el *Diario Oficial* del reglamento que debe dictarse (artículo 3.º transitorio de la ley n.º 21334).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy (2020). Intervención en la comisión especial del Senado sobre mujer y equidad de género. Primer informe de la comisión especial del Senado sobre mujer y equidad de género, 23 de enero de 2020. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/7869/> [Fecha de consulta: 26 de julio de 2021].
- NOVALES ALQUÉZAR, María de Aranzázu (2003). “Orden de los apellidos de la persona nacida: observaciones a propósito de un proyecto de ley”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, n.º 2.

Normas citadas

- Decreto ley n.º 645, sobre el registro general de condenas. *Diario Oficial*, 18 de octubre de 1925.
- Ley n.º 4808, sobre registro civil. Texto refundido por D.F.L. N° 1, Ministerio de Justicia. *Diario oficial*, 30 de mayo de 2000.
- Ley n.º 19477, aprueba ley orgánica del registro civil. *Diario Oficial*, 19 de octubre de 1996.
- Ley n.º 17344, que autoriza cambio de nombres y apellidos. Texto refundido por decreto con fuerza de ley n.º 1, Ministerio de Justicia. *Diario oficial*, 30 de mayo de 2000.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

- Cfr. confróntese
- LRC Ley n.º 4808, sobre registro civil. Texto refundido por D.F.L. N° 1, Ministerio de Justicia. *Diario oficial*, 30 de mayo de 2000
- n.º número
- vol. volumen

Instrucciones para autores y autoras

INSTRUCCIONES PARA AUTORES Y AUTORAS

Los trabajos deben ser enviados a través de la página web de la *RChDP* y ceñirse a las siguientes instrucciones:

1. *La Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri (RChDP)* contiene tres secciones permanentes y dos ocasionales. De las permanentes, la primera se titula “Artículos de doctrina”, en que se publican trabajos inéditos, resultados de investigaciones. La segunda parte “Doctrina y Jurisprudencia Comparada”, reciben artículos científicos y comentarios de sentencias foráneas, que pueden estar traducidos al inglés o español. La tercera sección está dedicada a “Comentarios de Jurisprudencia”, en la que se publican análisis breves y críticos de sentencias relevantes en materias de derecho privado. Puede dividirse en las siguientes subsecciones: Derecho de Obligaciones y Responsabilidad Civil, Contratos Especiales, Bienes y Derechos Reales, Derecho de Familia y Sucesorio, Derecho de Consumo, Derecho Mercantil y Derecho Procesal Civil. El objetivo consiste en entregar al público lector un estudio crítico de la jurisprudencia relevante con un método de síntesis. En todas estas secciones, los trabajos serán sometidos a evaluación por el Equipo Editorial y se someterán a un proceso de doble arbitraje ciego, en el que se garantiza el anonimato del autor o de la autora.

De las secciones ocasionales, la primera es la “Opinión Profesional”, que recopila la opinión de juristas especializados, respecto de una determinada problemática que se haya planteado en su ejercicio profesional. La segunda es “Actualidad Legislativa”, en que se comentan proyectos de ley en tramitación o leyes recientemente promulgadas. Y, la tercera es “Recensiones”, que está abierta a las contribuciones de autores y autoras siendo su objetivo dar noticia de las publicaciones en el área del derecho privado, tanto en el ámbito nacional como extranjero. En todas ellas, los trabajos serán sometidos a aprobación del Equipo Editorial.

2. Los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año se recibirán durante todo el año, mediante la platafor-

ma OJS. El trabajo debe ser remitido con interlineado sencillo, 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. Los trabajos no podrán tener una extensión superior a 40 páginas, entendiéndose incluida la bibliografía.

Si un mismo autor o autora envía a la *RChDP* dos o más trabajos y estos son aceptados, solo se publicará uno de ellos al año. El restante se publicarán en las ediciones sucesivas de la *RChDP*.

3. Para las secciones permanentes la dirección de la revista remitirá el trabajo sometido para su publicación a dos expertos o expertas, mediante la revisión de pares con arbitraje ciego. El arbitraje se llevará a cabo según una pauta que evalúe: que el trabajo se enmarque dentro de la disciplina del derecho privado, que se trate de un análisis original e inédito, la calidad de los argumentos, la metodología de investigación (hipótesis y objetivos) en caso de ser artículo de doctrina, la redacción, bibliografía y jurisprudencia pertinente. La persona que arbitre deberá indicar si recomienda la aceptación del trabajo, la aceptación con correcciones o su rechazo.
4. Solo se publicarán trabajos originales e inéditos, abriendo también la posibilidad de que una misma investigación sea publicada en dos partes, en números sucesivos. Los idiomas oficiales de la revista son el español e inglés.
5. Todos los trabajos, exceptuando las recensiones, deberán contener un resumen de no más de doscientas palabras, en español e inglés y no más de cuatro palabras claves en español e inglés.
6. Los artículos indicarán, bajo su título, el nombre del autor o de la autora. En el primer llamado a pie de página se deberá señalar el máximo grado académico que detente con indicación de la institución otorgante, la universidad, centro de investigación o institución a la cual pertenezca, la dirección postal y su correo electrónico institucional. Asimismo, deberá informarse, si corresponde, la fuente de financiamiento de su trabajo, o el hecho de tratarse de un documento (o extracto) realizado en el marco de un programa de pregrado o posgrado. En este último caso, deberá acompañarse una carta del profesor o profesora guía que respalde la postulación del trabajo a la *RChDP*.
7. El cuerpo de los estudios se dividirá en secciones numeradas con romanos.

Cada párrafo podrá ser nuevamente subdividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de un punto (1.). Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los párrafos,

cada una de ellas será señalada con letras con paréntesis final [a), b), c), etcétera].

8. Se requiere, como *conditio sine qua non*, que cada autor desarrolle cada abreviatura y sigla que utilice en su texto, e incorporarlas al final de su artículo.
9. 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.
10. 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 o de la autora en versalitas.

Ejemplos de referencia completa:

 - Libro:
FERRANDO, María de Lourdes (1999). *La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - Capítulo de libro o escritos reunidos:
GUZMÁN BRITO, Alejandro (2008). “Las prendas ordinaria y sin desplazamiento de la ley N° 20.190, recaídas en cosa ajena”, en Fabricio MANTILLA y Carlos PIZARRO (coords.). *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*. Santiago: Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri.
 - Artículos de revista:
PIZARRO, Carlos (2007). “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”. *Ius et Praxis*, vol. 13, n.º 1, Talca.
 - 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: Bosch.
 - Documentos en formato electrónico:
PIZARRO, Carlos (2007). “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”. *Ius et Praxis*, vol. 13, n.º 1. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100002 [fecha de consulta: 23 de julio de 2020].

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 versalitas, 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:
FERRANDO (1999), pp. 22-24.
- 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).

11. Normas citadas. Las referencias completas de las normas citadas se incluirán al final del trabajo, bajo el título “Normas citadas”. Se deberá incluir todas las referencias legales o normativas y, en el caso de una ley, el número de ella, su denominación oficial, el título de la publicación en que aparece oficialmente, y la fecha de publicación (día, mes, año). Se exceptúan de las especificaciones anteriormente dadas, la Constitución Política de la República y los códigos nacionales, para los cuales bastará mencionarlas según su denominación oficial.

Ejemplo de referencia completa:

Ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 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.

12. Jurisprudencia citada. Las referencias completas de las sentencias utilizadas se 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, rol y lugar de publicación si corresponde.

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 o número identificador si es una base de datos electrónica.

Ejemplo de referencia completa:

- Gabriel Francisco Retamal García con Comercial Automotora del Maule S.A. (2003): Corte Suprema, 24 de julio de 2003, rol n.º 1726-2002, en *Gaceta Jurídica*, n.º 277, Santiago, p. 245 y ss.
- Aldo Rojas Riobo con Aguas del Altiplano S.A. (2008): Corte de Apelaciones de Iquique, 10 de marzo de 2008, rol n.º 165-2007, Legal Publishing CL/JUR/5359/2008.

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 (1984).

13. Copyright

Los derechos de propiedad intelectual se entenderán traspasados por el autor o la autora a la revista, una vez que se le comunique la aceptación del trabajo presentado para su publicación.

Toda solicitud de uso o reproducción con fines comerciales debe comunicarse, previamente, a la dirección de la revista. Asimismo, toda reproducción autorizada, en cualquier medio, debe citar en forma completa el artículo y la revista.

La Fundación Fernando Fueyo Laneri autoriza la impresión de artículos y fotocopias para uso personal. Asimismo, se promueve el uso de la revista para fines educacionales, permitiéndose la creación de enlaces con artículos específicos que se encuentren en sus servidores, para la creación de material de instrucción. No se permitirá, sin embargo, la utilización de la versión digital de la revista o partes de ella, en servidores de acceso público sin la autorización de la dirección. En este caso, deberá asegurarse que la reproducción sea íntegra con la nota de propiedad intelectual y que si existe un cobro este sea solo por el costo de reproducción.

Directivas éticas de la publicación y declaración respecto de malas prácticas

DIRECTIVAS ÉTICAS

I. DIRECTIVAS ÉTICAS DE LA PUBLICACIÓN Y DECLARACIÓN RESPECTO DE MALAS PRÁCTICAS

La publicación de cualquier trabajo en la *RChDP* 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: autores y autoras, equipo editorial, comité editorial, árbitros de cada trabajo y demás personas que, bajo su responsabilidad, publican la Revista.

431

II. DEBERES

2.1. Deberes de los autores o las autoras

Los autores o las autoras de artículos originales deben enviar únicamente manuscritos que sean el resultado de una investigación original. Así, no se considera inédita una obra que hayan publicado –o esté en proceso de publicación– total o parcialmente, de manera previa en cualquier otro medio.

Si se han servido del trabajo o las ideas de otros u otras, ello debe ser reconocido en forma adecuada según las reglas de citación o registro pertinentes.

El plagio o autoplagio, 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 quienes hayan participado de esta manera se consideran como autores o autoras, y deben haber aceptado enviar el trabajo para su publicación.

La información de que se ha servido debe presentarse de una manera que permita acceder a las fuentes utilizadas. Eventualmente, podrá solici-

társeles 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.

No deberán remitir el mismo trabajo a varias publicaciones ni enviar uno que contenga, parcial o 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. Por ejemplo, el hecho de que se trate de un informe en derecho o algún otro tipo de documento que haya sido financiado para defender un determinado interés.

En el evento que con posterioridad al envío del escrito, descubra errores o faltas de exactitud en el mismo, debe informarlo a la mayor brevedad posible a la dirección de la revista y señalar la forma de corregir la situación.

2.2. Deberes del comité editorial

El comité editorial de la *RChDP* es el responsable de la publicación de los manuscritos enviados por los autores o las autoras. Por lo mismo, deberá emplear el cuidado debido para tutelar de forma adecuada los derechos de autor y evitar el plagio o autoplagio en cualquiera de sus formas. En este sentido, será deber de la dirección de la revista informar al comité editorial acerca de cualquier conducta reñida con la ética.

La evaluación de los manuscritos se realizará solo en consideración de su calidad intelectual con total independencia de la raza, género, orientación sexual, creencias religiosas, origen étnico, nacionalidad o convicciones políticas de los autores o las autoras.

El equipo y el comité editorial 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. Además, 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 o de la autora que lo envió. En caso de que perciban un conflicto de interés en su labor respecto de un escrito, deberán declinar su participación en el proceso de revisión.

La dirección y el comité editorial deberán llevar el procedimiento por infracciones a la ética de manera adecuada, garantizando su razonabilidad. Asimismo, deberán resguardar la posibilidad de que el autor o la autora a quien se le reprocha la eventual conducta contraria a la ética, formule sus descargos y defensas.

2.3. Deberes de las o los árbitros

La publicación de un trabajo para su publicación en la revista exige arbitrajes ciegos que lo aprueben.

La revisión anónima y por pares constituye un elemento esencial en la producción del conocimiento. La labor de las y los árbitros consiste en evaluar la adecuación del escrito enviado a los estándares formales y de fondo de la *RChDP*. En el marco de esta labor, deben informar de manera justificada si, en su opinión, el trabajo satisface los requisitos para su publicación y si procediere, sugerir 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 o la autora.

Si se consideran que no se encuentran calificados o calificadas para la evaluación de un manuscrito o que no podrán hacerlo con la prontitud solicitada por el equipo editorial, deberán comunicarlo a la mayor brevedad posible. Asimismo, consignarán si consideran que la investigación no cita publicaciones. Especialmente relevante resulta informar cualquier riesgo de plagio.

Deberán tratar con confidencialidad los manuscritos que reciban, de manera que se abstendrán de emplearlos en sus propias investigaciones o comunicarlos a terceros. Igualmente, deben declinar la revisión si notan cualquier conflicto de interés, incluyendo –pero no limitado a– trabajos en colaboración con el autor o la autora, relaciones de cercana familiaridad o amistad con alguno de ellos, enemistad, competencia en proyectos, etcétera.

3. PROCEDIMIENTO POR CONDUCTAS CONTRARIAS A LA ÉTICA

Este proceso podrá iniciarse por cualquier persona que detecte una conducta contraria a la ética que afecte a esta revista, quien podrá dirigir una denuncia por cualquier medio razonable, informándola a la dirección. La denuncia también podrá ser realizada por cualquier integrante del equipo o comité editorial de la revista que haya tenido conocimiento de estos hechos. 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 directora o de un integrante

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, cuyo objetivo consistirá en evaluar de forma adecuada 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 o expertas. Se velará por crear instancias de descargos que sirvan a la persona a quien se le reprocha una conducta contraria a la ética.

Los modelos de procedimientos 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 o afectada. Sin perjuicio de lo anterior, la dirección de la revista, con acuerdo de la mayoría de los integrantes del comité editorial, podrá adoptar medidas preventivas destinadas a resguardar el compromiso de la revista con el conocimiento científico.

Las infracciones pueden ser leves o graves. En el primer caso, la sanción se adoptará, de manera expedita, por el director o la directora previa consulta a dos integrantes del comité editorial. En el segundo caso, se consultará con todos los miembros del comité editorial y se solicitará su opinión acerca de la necesidad de contar con un ex~perto o experta que evalúe la situación y la conveniencia de informar a la entidad empleadora de quien ha incurrido en la conducta acerca de ella.

Las infracciones por defecto se considerarán leves, a menos que de la primera consulta al comité editorial, este la considere grave.

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 la fecha en que haya sido publicada, informándose al empleador o a la institución a que pertenezca la persona que cometió la infracción.
- En caso de que la conducta corresponda a un ilícito penal, informarlo a las autoridades correspondientes.

Se terminó de imprimir
en el mes de diciembre de 2021
en Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

