

UBO

ISSN 0718-2457

Revista
Jurídica de la
Universidad
Bernardo
O'Higgins

Ars
Ars
Bonnet
Aequi

Año 11 • Número 1

UNIVERSIDAD
BERNARDO
O'HIGGINS

Ars Boni et Aequi es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins.

En la Editorial del primer número de la Revista, el ex Decano Sergio Gaete Rojas decía:

“El nombre escogido, “Ars Boni et Aequi”, tomado de la definición de Derecho que nos ofrece Celso en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, no es casualidad.

Por una parte, al recordar que la naturaleza de nuestro objeto de estudio es la “técnica de lo bueno y lo equitativo” hemos pretendido destacar que, si bien los conocimientos específicos de cualquier índole suelen referirse a cuestiones eminentemente “técnicas”, no puede olvidarse jamás que toda actividad humana, y por cierto la actividad jurídica, debe sustentarse en sólidos y omnipresentes valores. Esto último es representativo del pensamiento más profundo con que nuestra Universidad enfrenta su misión educativa.

Por otra parte, con la selección de esta vieja y autorizada cita celsina también hemos querido subrayar la esencial universalidad de la ciencia jurídica. Dicha universalidad –reclamo ineludible de su carácter de ciencia– hace que resulte indispensable el estudio de todos los estadios evolutivos de la experiencia jurídica que se observan a través de la Historia y, asimismo, obliga a la observación de todas las realidades jurídicas y todas las opiniones de los juristas del orbe. Este espíritu netamente científico, exorbitante de las realidades legislativas nacionales, es el que mueve a nuestra Facultad de Derecho”.

Año 11 N° 1, junio 2015

ISSN 0718-2457 Versión impresa

ISSN 0719-2568 Versión en línea

DIRECTORA

Nathalie Walker Silva, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

COMITÉ EDITORIAL

Jorge Van De Wyngard Moyano, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile (Presidente).

Dr. Jakob Fortunat Stagl, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn, Alemania.

Dr. Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Dra. Regina Ingrid Díaz Tolosa, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Dr. Carlos Isler Soto, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Dr. Marcelo Nasser Olea, Universidad de Los Andes, Chile.

Dr. Julio Alvear Téllez, Universidad del Desarrollo, Chile.

Dr. Carlos Darío Barrera, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.

Dra. María Leoba Castañeda Rivas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Dr. José Díaz Nieva, Universidad Santo Tomás, Chile.

Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, Universidad Central de Venezuela, Venezuela.

Dra. Miriam Henríquez Viñas, Universidad Alberto Hurtado, Chile.

Dr. Eduardo Hernando Nieto, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.

Dr. Raúl Madrid Ramírez, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Dra. Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda, Universidad Complutense, España.

Dr. Waldo L. Parra, Universidad de Chile, Chile.

Dr. Francisco Pinilla Rodríguez, Universidad Central, Chile.

Dr. Juan Manuel Portilla Gómez, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Dra. Cristine Zanella, Faculdade de Direito de Santa Maria, Brasil.

COMITÉ DE REDACCIÓN

Secretaría de Redacción

Constanza Carrasco Salazar, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Asistente de Redacción

Iván Verdejo Clavero, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Ayudantes de Redacción

Jhon Troncoso, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Felipe Andrés Godoy Veas, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Macarena Álvarez Bulnes, Pontificia Universidad Católica de Chile.

PÁGINA REVISTA

<http://www.ubo.cl/icsyc/actividades-academicas/publicaciones/revista-ars-boni-et-aequi/>

Indexaciones

Al-día, El Mercurio Legal, Westlaw, Pro Quest, EBSCO, Dialnet y Latindex – Catálogo.

Avenida Viel 1497, Santiago-Chile.

Teléfonos: (56-2) 24774147- 24774150 - Fax: (56-2) 24774141

E-mail: arsboni@ubo.cl

IMPRESIÓN - PRODUCCIÓN GENERAL: Gráfica LOM

ÍNDICE

Editorial

NATHALIE WALKER SILVA	7
-----------------------------	---

ESTUDIOS

El juicio de probabilidad en la valoración del lucro cesante por daño físico

ANA GABRIELA SANTOS GUARDADO	11
------------------------------------	----

Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española

JOSÉ M. RIVERA RESTREPO	31
-------------------------------	----

Principios que informan la regulación de los criterios legales para establecer el riesgo de confusión entre marcas

CARLOS CORNEJO GUERRERO	49
-------------------------------	----

Los efectos procesales de la corrección política en el ordenamiento jurídico chileno con ocasión de la Ley 20.609

JAVIERA FARÍAS SOTO	67
---------------------------	----

La dación en pago: elementos y propuesta de calificación jurídica

PABLO MANTEROLA DOMÍNGUEZ	101
---------------------------------	-----

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Cargos en tarjeta de crédito no autorizados por el consumidor. Comentario de una sentencia

ERIKA MARLENE ISLER SOTO 137

RECENSIONES

Recensión de “El producto defectuoso en la Ley 19.496”, de Érika Isler Soto, Santiago de Chile, Editorial Librotecnia, 1ª edición, 2013, 274 pp.

PEDRO ANTONIO GOIC MARTINIC 157

Instrucciones a los autores 161**Instructions to authors** 169

EDITORIAL

Lo que el lector tiene en sus manos es el volumen 11 N°1 de la Revista *Ars Boni et Aequi* que, desde hace un año, tengo el honor de dirigir. Tal como lo expresamos en el número anterior, tuvimos el privilegio de celebrar el primer decenio de vida de esta publicación, que se ha editado de manera ininterrumpida desde el año 2005.

En el afán continuo de mejorar la calidad de nuestra revista, a partir de este volumen hemos adoptado algunas importantes medidas para elevar los estándares de funcionamiento del proceso editorial. Así, entre los cambios que *Ars Boni et Aequi* irá experimentando de manera gradual se encuentran: la renovación de una parte importante de su Comité Editorial; la adopción de normas de citación más simples y que resuelvan de mejor manera las dificultades que puedan producirse en la citación de obras en diversos formatos; un sistema de arbitraje más riguroso, con una mejor pauta, que facilite el trabajo del árbitro y nos entregue una información más precisa y detallada. A lo anterior, se suman otras medidas de mejoramiento interno que facilitarán el proceso de edición de la revista, a fin de hacerla cada vez más atractiva para nuestros lectores y que nos permitan también prepararla de un modo más adecuado para enfrentar futuros procesos de indexación.

En cuanto al contenido del presente fascículo, incorpora seis estudios de autores nacionales y extranjeros, en las áreas de Derecho Civil, Derecho Mercantil y Derecho procesal. También contempla un comentario de jurisprudencia y una reseña de una obra publicada el año 2013 en Santiago de Chile, ambos en el ámbito del Derecho del Consumo.

Cinco de los siete trabajos publicados en este volumen son el producto de investigaciones realizadas en el marco de estudios de Doctorado, situación que nos llena de orgullo, a la vez que nos impulsa a ir mejorando día a día para estimular a un espectro cada vez más amplio de autores a que confíen en nosotros como editores de sus trabajos. Se trata de un permanente desafío, que asumimos como un compromiso con el país y con la ciencia del Derecho.

Nathalie Walker Silva
Directora
Ars Boni et Aequi

ESTUDIOS

EL JUICIO DE PROBABILIDAD EN LA VALORACIÓN DEL LUCRO CESANTE POR DAÑO FÍSICO

Probability judgment in the evaluation of loss of profits caused by physical damage

ANA GABRIELA SANTOS GUARDADO*
Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

RESUMEN: Este trabajo realiza una aproximación a los problemas que se generan en la valoración del lucro cesante a raíz del daño físico. Para ello se examina la herramienta del “juicio de probabilidad” como metodología para evaluar objetivamente el daño y que contribuye de forma importante para determinar la reparación del mismo.

PALABRAS CLAVE: Juicio de probabilidad - lucro cesante - daño físico.

ABSTRACT: This work is an approach to the problems that arises in the valuation of loss of profits as a result of physical damage. For this purpose, “probability judgment” is examined as a methodology to objectively assess the damage, which contributes significantly to determine its repair.

KEY WORDS: probability judgment - loss of profits - physical damage.

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, El Salvador. Doctoranda en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.
Artículo recibido el 2 de abril de 2015 y aprobado el 11 de mayo de 2015.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende abordar los problemas que se generan en la valoración del lucro cesante, particularmente aquel que se deriva en un daño a la persona, llamado daño físico. Cuando se habla de daño físico se hace referencia a aquel desmedro que ha tenido una persona en su capacidad física y su consecuente perjuicio patrimonial. Al tratarse de un daño propiamente en la persona, se vuelve complejo establecer la cuantía o el monto de indemnización.

Como parte del daño material se tiene el elemento del daño emergente y el lucro cesante. Por la naturaleza de este último es que se vuelve menester saber cuál será su naturaleza. Teniendo en cuenta el carácter resarcitorio de la indemnización, se deben establecer parámetros que permitan que la indemnización pueda reparar el daño sin que se convierta en una fuente de enriquecimiento para la víctima.

Problemas como las lesiones permanentes o la muerte son casos que precisan de una mayor delimitación a la hora de fijar el quantum de la indemnización. Para ello, la jurisprudencia y la doctrina ha desarrollado el “*juicio de probabilidad*”, donde se requiere una certeza probable, como un método para dilucidar lo más objetivamente posible cuál es el monto al que asciende el perjuicio causado.

A través del estudio de la doctrina y jurisprudencia se da un esbozo de la situación actual de esta figura y sus repercusiones, no sin antes hacer relación a la importancia que este guarda con el principio de reparación integral del daño y la protección a la persona humana, particularmente en su integridad física.

Por ello, previo al desarrollo del tema resulta imprescindible adentrarse en él desde la óptica de dos premisas o principios importantes. Primero, visualizar este tema desde la protección que otorga la Constitución sobre el Derecho a la vida y la integridad física y psíquica¹ y segundo, destacar la función resarcitoria de la indemnización por daños y perjuicios.

Estas consideraciones son fundamentales para comprender la importancia del juicio de probabilidad como instrumento para hacer posible la

¹ La Constitución Política de la República de Chile en su artículo 19 numeral 1 señala que “La Constitución asegura a todas las personas: 1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas”.

indemnización por lucro cesante. En efecto, *“el ordenamiento jurídico busca a través de la indemnización restaurar el interés humano contra el que se ha atendido. Persigue un propósito de igualación: restablecer el equilibrio patrimonial, “quitar el daño”, neutralizando el pasivo injustamente producido en la víctima y desplazándolo hacia el responsable”*².

Compartiendo lo sostenido por Ramón Domínguez se entenderá daño como una *“situación jurídica afectada”*, pues este no recae solamente en los bienes o derechos, sino, como es el caso, en la persona misma. Asimismo, el daño viene a delimitar la procedencia de la indemnización, perfilándose como *“la medida del quantum de la acción reparatoria, de modo que la condena al respecto no puede exceder el daño causado y, en principio, no debe ser menor a éste: todo el daño y nada más que el daño causado son los límites impuestos al juez para la condena por responsabilidad civil”*³. Es decir, el daño es el marco que tiene el juez para determinar la indemnización por el perjuicio surgido.

Esta delimitación es importante pues tiene relación directa con el principio de reparación integral, donde el objetivo es resarcir a la víctima tratando que su situación se vea lo más asemejada al momento anterior al daño, sin que esto implique una evidente desmejora en su situación o un enriquecimiento sin causa.

En casos como lesiones permanentes o muerte, la reparación integral se ve dificultada ya que no es posible retrotraer la situación de la víctima y dejarla tal cual estaba antes y he ahí la necesidad de buscar parámetros para reparar lo más y mejor posible el daño, sin que se incurra en un enriquecimiento de la víctima. *“La reparación íntegra, o el principio de equivalencia entre la reparación y el daño, condiciona la extensión de la reparación, sea cual sea la naturaleza del daño alegado. De manera constante, la Corte de Casación proclama que el principio de responsabilidad civil es restablecer lo más exactamente posible en equilibrio destruido por el daño y devolver a la víctima a la situación en la que se encontraría si el acto dañoso no se hubiere producido”*⁴.

Hechas las observaciones anteriores, es posible dar paso a estudiar los elementos que conforman el presente trabajo.

² STIGHLITZ, Y GHERSI (1997) p. 290

³ DOMÍNGUEZ (2000) p. 329

⁴ BOURDOISEAU (2011) p. 239

II. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

Como punto de partida, resulta oportuno precisar los términos objeto del estudio, determinando a qué se refiere el daño físico, el lucro cesante y el juicio de probabilidad y cómo estos elementos se interrelacionan para poder hacer efectiva una indemnización.

Dentro de las clasificaciones tradicionales del daño se encuentra la de distinguir entre daño patrimonial o con contenido económico y el daño no patrimonial o moral. Asimismo, existe otra clasificación de acuerdo a su duración. Según esta categorización, pueden ser duraderos, continuados y sobrevenidos. La importancia de saber frente a qué daños nos encontramos es respecto a la indemnización que procede⁵.

La complejidad de que los efectos del daño no se circunscriban a un momento determinado, sino que se extiendan a lo largo del tiempo ya sea de forma transitoria o permanente, se ve agravada cuando el daño no recae sobre una cosa, sino sobre la persona, pues se torna difícil determinar de qué forma se va a reparar y sobre todo, establecer qué implica una *reparación integral*⁶.

1. Daño físico

Este tipo de daño que recae sobre la persona es el llamado daño físico –o daño corporal– entendiéndose como aquel que *“se le causa a la persona en su organismo. Se trata de un daño que afecta la integridad sicosomática del individuo; de un perjuicio a la salud que compromete el bienestar del individuo. Sintéticamente, el daño corporal es el que afecta la integridad física del hombre”*⁷.

En el Derecho Romano, no obstante no estaba desarrollado el daño que sufrían las personas, *“Por lo menos desde el tiempo de Adriano, la persona lesionada se encontró protegida mediante la concesión de una utilis Aquiliae actio contra el culpable. Ulpiano, en un texto recogido en Digesto, 9, 2, 13 y procedente de un comentario del primer capítulo de la Lex Aquilia, dice que cuando la víctima es una persona libre, le compete una acción útil, aunque no tenga la directa, porque nadie es considerado dueño de sus miembros. En los casos de lesiones corporales o de muerte, el resarcimiento comprende los*

⁵ ROCA (2003) p. 140

⁶ DOMÍNGUEZ (2000) p. 331

⁷ ELORRIAGA DE BONIS (2006) p. 232

*gastos de curación, las ganancias dejadas de obtener y la disminución de la capacidad para adquirir en el futuro*⁸.

En el Derecho francés, la problemática de la reparación del daño corporal como tal, *“surgió a finales del siglo XIX, ocupando a los juristas franceses durante todo el siglo XX y aún en nuestros días. Nació de la conjunción de una serie de fenómenos, en especial la industrialización en Francia y la transformación de la familia. Por un lado, la civilización material cuesta numerosas vidas y supone la mutilación de los cuerpos. Por otro, la solidaridad familiar y parroquial pierden fuerza dejando paso al individualismo. En consecuencia, la víctima de daños corporales ya no puede contar con los suyos para cargar con el peso de la fatalidad. Debe afrontar su destino individualmente y con su propio patrimonio*⁹.

Generalmente, este tipo de daño queda comprendido dentro del daño patrimonial en general o dentro de los denominados *“daños materiales”*. Es así que en Chile aún se considera el daño físico como un *“perjuicio de carácter material”*, debido a que se le ha dado una connotación patrimonial a la incapacidad de una persona, en el entendido que esta se ve inhabilitada de poder generar ingresos¹⁰.

2. Lucro cesante

Dentro del concepto de daño patrimonial se configuran dos elementos: el daño emergente, entendido como la *“pérdida efectiva experimentada por el acreedor a consecuencia del incumplimiento de la obligación, o del incumplimiento imperfecto y tardío de ella”*¹¹ y, por otra parte, el lucro cesante. Este último, no obstante su antigüedad, no ha tenido un gran desarrollo y se ha visto más *“como una categoría conceptual de poca relevancia práctica, o como un capítulo indemnizatorio, que, por ser anticipadamente calificado de incierto o especulativo, pocas veces se concede a la víctima que lo ha padecido”*¹².

En la legislación chilena, el Código Civil establece en el artículo 1556 que *“la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante”*. Tradicionalmente, la doctrina ha entendido por lucro cesante *“la*

⁸ DIEZ-PICAZO (1999) p. 69

⁹ BOURDOISEAU (2011) p. 235

¹⁰ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 233

¹¹ ALESSANDRI (1988) p. 97

¹² ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 53

*utilidad que deja de percibir el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación*¹³.

¿Cuándo se entenderá que hay lucro cesante por daño físico? Cuando a causa de una lesión física se dejan de percibir ingresos debido a un impedimento a seguir produciéndolos. Asimismo, en el caso de muerte, existe el lucro cesante *“cuando una persona –efectiva y realmente– obtiene de otra un determinado ingreso y deja de percibirlo por la muerte de ella”*¹⁴.

Así como lo afirma Diez-Picazo, *“en el capítulo del lucro cesante deben comprenderse los casos de lesiones personales, la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo y, por consiguiente, de la capacidad de obtener la remuneración del mismo, que en el caso de que sea temporal cubrirá el período contemplado y en los casos en que sea permanente debe cubrir las posibilidades de vida de acuerdo con criterios extraídos de un despliegue de las posibilidades normales de actividad durante la vida media”*¹⁵.

La problemática que se da respecto a la concepción del lucro cesante es que se le ha situado en oposición al daño emergente, afirmándose que es un perjuicio incierto, especulativo, difícil de probar. Al respecto, es necesario hacer énfasis en que *“no se trata de conceptos contrapuestos, sino que de perjuicios diferentes”*¹⁶; lo que sucede con el lucro cesante es que no se afecta el patrimonio de la víctima en sentido estricto, sino la posibilidad de aumentar el mismo.

En ese orden de ideas, se comparte lo planteado por Fabián Elorriaga quien sostiene que el problema reside en catalogar el lucro cesante como un perjuicio incierto, lo que devendría en que no podría ser indemnizado. Esto a su vez ha desembocado en una renuencia por parte de los tribunales a otorgar partidas por lucro cesante.¹⁷

Sobre la base de las condiciones anteriores, *“el lucro cesante se caracteriza por la dificultad –que no por la imposibilidad– de aportar la prueba de las ganancias dejadas de obtener por el perjudicado. No obstante, las pérdidas que resulten acreditadas, en cuanto poseen naturaleza patrimonial, son*

¹³ ABELIUK (1971) p. 575

¹⁴ ELORRIAGA DE BONIS (2006) p. 244

¹⁵ DIEZ-PICAZO (1999) p. 323

¹⁶ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 55

¹⁷ ELORRIAGA DE BONIS (2006) p. 237

*susceptibles, al igual que el daño emergente, de una valoración pecuniaria precisa y, en consecuencia, son susceptibles de reparación integral*¹⁸.

En España, el tema no ha estado exento del debate, sobre todo a nivel jurisprudencial, donde también se ha tenido una postura restrictiva a aceptar el lucro cesante por la misma dificultad de probarlo y por la proyección que se debe hacer del mismo para su cuantificación. Esta restricción se observaba también por parte del Tribunal Supremo español; no obstante, *“una lectura atenta a decisiones de los años 90 en las que se realizaba semejante afirmación, pone de manifiesto que los problemas de prueba versaban no tanto sobre cómo valorar sino sobre si efectivamente se había producido una pérdida. En la misma época, otras decisiones evitaban hablar de criterio restrictivo y también justificaban su parecer no en problemas de valoración sino de existencia o no de una pérdida de ganancia*”¹⁹.

Con todo, es posible que aun cuando la partida por lucro cesante sea evidente, un criterio restrictivo a la hora de valorar el mismo puede dar paso a considerar que *“ningún daño está efectivamente probado*”²⁰. Por ello, es necesario establecer criterios de probabilidad que permitan resarcir adecuadamente el perjuicio causado.

3. Juicio de probabilidad

En cuanto al juicio de probabilidad, este ha sido desarrollado mayoritariamente a nivel jurisprudencial, aunque se pueden observar algunos indicios de este en la doctrina clásica. Verbigracia, Abeliuk señala que el lucro cesante *“queda entregado enteramente al criterio del juez apreciarlo, considerando siempre lo que normalmente habría ocurrido*”²¹, esto vendría siendo al fin de cuentas el juicio de probabilidad.

En términos generales, el juicio de probabilidad implica dar cabida al proceso *normal de las cosas*, siendo más que una mera posibilidad que algo suceda aunque menor que una certeza absoluta. Esa ponderación sobre la probabilidad de las cosas va en dos sentidos: uno, en el sentido que se debe aceptar como indemnizable aquello que vaya dentro del curso normal de las cosas, desechando aquellas que no –es decir, no se deben sumar casos hipotéticos que afirmen una ganancia basada en posibilidades (llamados también

¹⁸ NAVEIRA (2003) p. 600

¹⁹ ASÚA (2011) p. 158

²⁰ ASÚA (2011) p. 158

²¹ ABELIUK (1971) p. 575

sueños de ganancia)– y dos, tampoco se debe privar de una ganancia por impedimentos irreales, de procedencia excepcional o que se limitan al ámbito hipotético.

Así lo afirma Fabián Elorriaga, al señalar la importancia práctica del juicio de probabilidad que va en dos sentidos: “*primero, implica descartar las ganancias que no se ajusten a lo realmente probable y, segundo, impone evitar la suposición de sucesos extraordinarios que impidan el curso normal de los acontecimientos*”²².

El juicio de probabilidad es lo que la doctrina moderna ha estimado para establecer la existencia y el monto del lucro cesante, “*sin que éste deba ser seguro, exacto o infalible*”²³. Lo que interesa dentro del juicio de probabilidad son las “*consideraciones fundadas y razonables, dentro del proceso de la normalidad de las cosas y no aspirar a una certeza que es simplemente imposible de encontrar en la especie*”²⁴.

El juicio de probabilidad nace también por la concepción moderna del lucro cesante y la garantía que se le exige a este. En ese sentido, por la misma naturaleza de la figura del lucro cesante no es posible exigir una certeza absoluta. Si bien el daño debe ser cierto, esta certeza tiene un carácter relativo, como se expondrá a continuación.

III. CERTIDUMBRE DEL DAÑO

Antes de entrar de lleno al análisis en torno a la certeza que reviste al lucro cesante es menester hacer referencia al momento en que este se produce. El daño, de manera general, puede ser actual o futuro y lo mismo sucede con el lucro cesante. Es en este último caso; es decir, en el lucro que deja de acaecer de forma ulterior al hecho dañoso donde se encuentra el debate.

1. Momento de producción del daño: el lucro cesante futuro

Se entiende por daño futuro aquel que “*aun no habiéndose materializado al tiempo de la sentencia, ya por entonces aparece como objetivamente previsible su existencia, que habría de concretarse verosímilmente según las circunstancias del caso y la experiencia de la vida*”²⁵.

²² ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 65

²³ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 63

²⁴ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 63

²⁵ STIGLITZ Y GHERSI (1997) en: MOSSET ITURRASPE, p. 223

Con el lucro cesante, como elemento del daño patrimonial, ocurre lo mismo, siendo que este puede ser pasado o futuro, dependiendo del momento en que se dejen de percibir las utilidades. Así, *“la distinción entre uno y otro viene marcada por la existencia de un proceso judicial en el que se pretende hacer efectiva la responsabilidad civil del agresor. Desde este punto de vista, el lucro cesante pasado está constituido por las utilidades frustradas con anterioridad al proceso judicial, concretamente hasta antes de la sentencia y lucro cesante futuro es el que se produce más allá de la conclusión del proceso”*²⁶.

Esto tiene relación directa con la certeza que reviste al lucro cesante, pues cuando se trata de lucro cesante pasado es difícil objetar su procedencia. En sentido opuesto, las ganancias dejadas de percibir en un futuro son muchas veces rechazadas en razón de si resulta un daño cierto o no. En definitiva, es la suma del lucro cesante pasado con la del futuro lo que conformará el lucro cesante total que se debe indemnizar²⁷.

Por ello, la existencia del daño futuro y consiguientemente, la procedencia de su indemnización, va a venir dada por la verosimilitud del mismo, donde *“se brinde una seguridad fundada en la razonable probabilidad objetiva de concretarse el perjuicio. En cambio el daño no es resarcible, por resultar incierto, cuando no se tiene ninguna seguridad que vaya a existir, ofreciéndose como una simple posibilidad o conjetura. En este caso el daño es hipotético o eventual, no generando derecho a indemnización, porque no ofrece seguridad objetiva de que acontecerá”*²⁸.

En la misma línea, importante es la afirmación siguiente que sirve de fundamento para poder hablar de la certeza exigible a un daño futuro y consecuentemente al lucro cesante futuro. La verosimilitud o la seguridad de existencia que se requiere del perjuicio *“no significa que la certidumbre del acaecimiento dañoso deba ser absoluta, que haya de ocurrir fatalmente. Basta –insistimos– la razonable verosimilitud, sobre la base del curso ordinario de los acontecimientos”*²⁹.

²⁶ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 58

²⁷ ASÚA (2011) p. 58

²⁸ STIGHLITZ Y GHERSI (1997) en: MOSSET ITURRASPE p.224

²⁹ STIGHLITZ Y GHERSI (1997) en: MOSSET ITURRASPE p. 224

2. La certeza del lucro cesante

Que el daño debe ser cierto para que proceda una indemnización es una premisa indiscutible; sin embargo, como se ha venido sosteniendo, la reparación de la partida del lucro cesante se ve dificultada por la aparente incertidumbre de este, su carácter hipotético y eventual. En este debate se genera una confusión entre el contenido cierto del daño y la valoración del monto; por ello, es necesario acotar que *“hoy día constituye una afirmación incompatible con la función económica del Derecho afirmar el carácter hipotético e incierto de las expectativas económicas cuya existencia y alcance puede ser acreditada por los mecanismos de medición que ofrecen las ciencias económicas, como ocurre con el lucro cesante futuro”*³⁰.

Ramón Domínguez sostiene que *“la doctrina actual modera el criterio de certeza para permitir la reparación a atentados en contra de situaciones jurídicas que no confieren un derecho actual, pero que tienen de todas formas un valor económico o al menos psicológico para el afectado”*³¹. En el mismo sentido de lo anterior, Zannoni, citando a Acuña Anzorena, señala que la certidumbre del daño se refiere a su existencia y no a su actualidad o su monto³².

Asimismo, Zannoni afirma que el daño es, en primer lugar, un *acaecer fáctico* y como tal, *“adquiere certidumbre tanto cuando es actual como cuando es futuro”*³³. Si el hecho desencadena consecuencias nada más temidas, entonces se entiende que el daño es incierto.

Asumir una postura drástica respecto a la existencia y monto del lucro cesante conlleva a que *“un perjuicio cierto y cuantificable de acuerdo a bases objetivas, queda sin ser indemnizado, y, en el mejor de los casos, el tribunal suple este defecto mediante el incremento de la cantidad que se puede otorgar por concepto de daño moral”*³⁴.

En relación al momento de producción del lucro cesante, cuando este es pasado, no representa mayor complejidad para el juzgador la determinación de su certeza y la evaluación, pues probado que se frustraron las ganancias desde la fecha del hecho dañoso hasta la emisión de la sentencia, se resuelve mediante la ponderación de los ingresos dejados de percibir y el tiempo

³⁰ ASÚA (2011) p. 161

³¹ DOMÍNGUEZ (2000), p. 333

³² ASÚA (2011) p. 161

³³ ZANNONI (1982) p. 24

³⁴ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 62

transcurrido. Distinto es cuando se debe hacer una proyección a futuro, sobre todo en casos prolongados como lesiones permanentes o muerte.

El debate no ha estado exento en la doctrina española, junto con el grado de probabilidad necesario que debe tener el lucro cesante como requisito para ser indemnizado. Es ahí que se constituye *“en esencia, un problema de prueba. Y puede ser éste el motivo por el que la doctrina española no ha tratado en profundidad la cuestión, limitándose a definir ante qué tipo de daños nos encontramos y a poner de relieve las dificultades probatorias que obstaculizan su reconocimiento”*³⁵.

Aquí es donde reside la importancia del juicio de probabilidad para determinar la certeza del lucro cesante futuro, *“aquel que, con probabilidad –y no como mera conjetura–, estima el juez que se habrá de producir en el patrimonio damnificado con posterioridad a la sentencia liquidatoria de los daños”*. En ese entendido es que se pasará a examinar los casos en los que se hace presente el lucro cesante futuro: la incapacidad por lesiones y la muerte de la víctima.

IV. ALCANCES DEL JUICIO DE PROBABILIDAD

Precisados los conceptos anteriores es necesario detenerse a evaluar los alcances del juicio de probabilidad respecto a los dos grandes casos en los que se manifiesta: muerte y lesiones corporales.

En ese propósito, determinar qué se entenderá por *el curso normal de los acontecimientos* es fundamental para comprender el alcance del juicio de probabilidad. En este sentido, se entenderá enmarcado dentro de este, *“los ingresos de la víctima, anteriores al suceso ilícito y tomarlos como base para calcular las utilidades que ha dejado de percibir a consecuencia de él (...) es razonable entender que existe una utilidad frustrada, que se debe reparar con el auxilio de un cálculo estimado de las pérdidas por ese concepto”*³⁶.

1. Lesiones temporales y permanentes

Respecto de las lesiones, conviene hacer una sub-clasificación que incide directamente en el tipo de indemnización que se dará, dependiendo si son temporales o permanentes. Lesiones corporales serán aquellas que ocasionen *“la pérdida de algún miembro o las secuelas que provocan una discapacidad,*

³⁵ ALARCÓN (2003) p. 642

³⁶ ELORRIAGA DE BONIS (2006) p. 242

*permanente o no. Incluye la indemnización del sufrimiento hasta la curación de la lesión; la imposibilidad de llevar una vida e relación, el daño sexual y el daño estético*³⁷.

En las lesiones temporales, *“el período a considerar vendrá dado precisamente por la duración del período de convalecencia y siempre en la medida en que la víctima haya estado impedida de generar ingresos. Si el impedimento es solo parcial, deberá determinarse si en el caso concreto la lesión impide o no generar renta y la forma en que ello ocurre. Normalmente, esa capacidad se expresa en un porcentaje*³⁸.

Por otro lado, las lesiones permanentes pueden ser a su vez, parciales o imparciales. Para determinar la parcialidad de la incapacidad, *“debe establecerse el déficit de capacidad en que quedó afectada la víctima en comparación con la aptitud completa del sujeto para el trabajo, lo que se mide en términos de porcentajes y a partir de pericias médicas*³⁹.

Mientras tanto, cuando la incapacidad es total y permanente, la indemnización procede *“atendiendo a la naturaleza de la actividad impedida, perspectivas de progreso, etc., cuyo límite en el tiempo estará dado por la duración probable de vida del damnificado, en atención a su edad y condiciones personales, conforme a la media estadística y sometida dicha duración al correctivo de la vida útil*⁴⁰.

La doctrina judicial ha destacado en este tema los siguientes aspectos: el cómputo de la incapacidad se hace atendiendo a las posibilidades genéricas de la vida y no solo al déficit para determinado trabajo; a tal fin se computan las cualidades personales de la víctima, edad, sexo, salud, etc⁴¹.

El Derecho español reviste un carácter especial, pues dentro del ordenamiento se ha establecido una valoración del lucro cesante cuando derive de la incapacidad tanto temporal como permanente a causa de accidentes de circulación. Es así que en España se ha regulado un *“Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”*.

³⁷ ROCA (2003) p. 146

³⁸ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 89

³⁹ STIGHLITZ Y GHERSI (1997) en: MOSSET ITURRASPE, p. 273

⁴⁰ STIGHLITZ Y GHERSI (1997) en: MOSSET ITURRASPE, p. 273

⁴¹ STIGHLITZ Y GHERSI (1997) en: MOSSET ITURRASPE, p. 272

Este parámetro o baremo *“ha recibido críticas, no sólo por parte de la doctrina española, sino también de la comparada (...) pues si el sometimiento a criterios legales de valoración puede estimarse adecuado cuando de daños extrapatrimoniales se trata, en la medida que la valoración de los mismos no puede llevarse a cabo por medio de criterios objetivos, no puede decirse lo mismo cuando lo que se pretende es baremar daños patrimoniales, como el lucro cesante, pues los mismos han de ser valorados en concreto, sobre la base de los datos objetivos proporcionados por las pruebas aportadas”*⁴².

Con todo, este sistema es un medio de valoración con el que se ha intentado hacer frente a los problemas planteados por la discrecionalidad judicial⁴³. No obstante, en sentencia del 25 de marzo de 2010 del Tribunal Supremo Español se examina el problema del lucro cesante producido como consecuencia de lesiones permanentes y señala que *“el porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación”*⁴⁴.

2. Muerte

Al igual que en la incapacidad permanente, no existe un lapso de duración de la incapacidad por lo que es imprescindible realizar una estimación tope del período a contabilizar para la indemnización. En Derecho comparado se encuentra ya la aceptación de *“ciertos topes de edad entendidos sobre la base de lo que comúnmente ocurre en la vida de las personas, es decir, sobre la base del curso natural y corriente de los acontecimientos”*⁴⁵. Existen dos criterios:

- i) Vida útil o productiva, que está asociado a la edad de jubilación, que se sitúa normalmente en los sesenta y cinco años. Se toma esa edad como tope, considerándose que a partir de ahí se puede optar al cien por ciento de pensión. Más allá de esa edad podría ser un enriquecimiento injusto. Ese límite es usado en Argentina y Puerto Rico.
- ii) Vida esperada o presumible. Este criterio es más amplio, señalando que aceptarse la fórmula de los sesenta y cinco años como tope es concluir que una persona mayor de esa edad no tendría Derecho a ser

⁴² NAVEIRA (2003) p. 611

⁴³ NAVEIRA (2003) p. 612

⁴⁴ XIOL (2012) p. 66

⁴⁵ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 89

compensada en su lucro cesante. Existen sentencias que efectúan el lucro cesante hasta los setenta o setenta y cinco años⁴⁶.

En un principio podría verse como un posible enriquecimiento exacerbado por parte de la víctima (que en el caso de muerte sería la víctima por rebote) por garantizar a lo largo de su vida útil una indemnización. Pero, así como lo afirma Elorriaga, *“lo natural es que un sujeto comience su vida laboral, más o menos, a partir de los 20 ó 25 años, y luego la continúe en ascenso hasta su jubilación, sin que los infortunios frustren, en la inmensa mayoría de los casos, estos sucesos”*⁴⁷.

Con todo lo dicho, queda a los jueces fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla, teniendo como parámetros la condición socio-económica de la víctima como criterio para valorar la cuantía de la pérdida patrimonial sufrida por los damnificados en el caso de una persona sostén económico del hogar⁴⁸; sin embargo, *“resulta un planteamiento desacertado utilizar las dificultades de prueba, no para poner de manifiesto lo difícil de la consecución de una reparación integral, sino para negar la virtualidad de este principio como modelo en los daños patrimoniales”*⁴⁹.

Generalmente en el daño corporal o daño físico es donde suelen darse este tipo de inconvenientes pero, aunque el futuro siempre es imprevisible e ignoto, en el mundo jurídico la secuencia de los acontecimientos esperados presenta márgenes de anticipación y confianza que permiten, dentro de límites razonables, saber qué habría sido de las expectativas si los acontecimientos hubieran discurrido con normalidad, sin que el lucro cesante pueda reducirse a algo quimérico y sin que pueda exigirse para su apreciación una prueba de realización imposible⁵⁰.

*“El resarcimiento del lucro cesante futuro y cierto tendrá como base el grado de incapacidad subsistente al momento de la sentencia si no puede esperarse que continúe disminuyendo o que, incluso, llegue a cesar en su caso. Si así fuere, la cuenta indemnizatoria por lucro cesante futuro computará las ganancias frustradas que, con certidumbre, sufrirá el damnificado en la medida que la incapacidad subsista y en tanto es dable esperar que subsista”*⁵¹.

⁴⁶ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 90

⁴⁷ ELORRIAGA DE BONIS (2006) p. 243

⁴⁸ STIGLITZ Y GHERSI (1997) en: MOSSET ITURRASPE, p. 265

⁴⁹ ASÚA (2011) p. 163

⁵⁰ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 33

⁵¹ ZANNONI (1982) p. 24 p. 228

En definitiva, lo que se espera es que se repare “*en justa medida la pérdida de los ingresos esperados*”⁵².

3. *El juicio de probabilidad en la jurisprudencia*

Dado que el juicio de probabilidad es una herramienta que se ha desarrollado en gran medida a nivel jurisprudencial, es necesario traer a colación resoluciones que pueden brindar una perspectiva de cómo se ha ido utilizando o desarrollando esta figura.

La jurisprudencia chilena, no obstante reconocer el juicio de probabilidad, no ha sido conteste a la hora de emplear dicha herramienta para ponderar el lucro cesante. Como ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago en Rol N° 2367-2005, desestimó otorgar lucro cesante futuro en el caso de una incapacidad del setenta por ciento sobre una persona que se desempeñaba como soldador, debido a un accidente de trabajo. La sentencia sostuvo que era procedente otorgar indemnización por lucro cesante de la fecha del accidente a la fecha de la sentencia, pero no otorgó partida indemnizatoria por lucro cesante futuro, ya que consideró que “*no era posible anticiparse a numerosas eventualidades que pueden hacer variar el cálculo que pudiera hacerse, sea por circunstancias de la vida o por el acceso a capacitación y fuentes de trabajo que la medicina ha desarrollado (...) teniendo presente que no ha sufrido daños en su capacidad intelectual*”⁵³.

Esta puede ser una sentencia bastante objetable, pues el juicio de probabilidad permite precisamente que no se consideren las eventualidades o ‘*circunstancias de la vida*’ que vendrían siendo realmente hipotéticas e inciertas, sino que dar cabida nada más al curso normal de los acontecimientos. Asimismo, una incapacidad corporal del setenta por ciento para una persona que utiliza más su capacidad física que intelectual, tiene un evidente desmedro en la posibilidad de obtener ingresos futuros.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia Rol N° 3398-2007, rechaza la acción indemnizatoria por lucro cesante en el caso de una persona que ha tenido un accidente de trabajo que ha devenido en incapacidad del sesenta por ciento. La Corte alega que no puede establecerse como parámetro de ponderación para establecer el lucro cesante, los años que restan a la víctima de fecha del accidente hasta su jubilación.

⁵² ELORRIAGA DE BONIS (2006) p. 236

⁵³ Corte de Apelaciones de Santiago, *Espinoza Villagra con Maestranza Mussre Ltda o Metalúrgica Mussre SA* (2006, rol N° 2367-2005)

Sin embargo, hay voto en contra del ministro Carlos Cerda que está en concordancia con los razonamientos que se han venido sosteniendo.

En su voto, el ministro señala que ha existido la tendencia a contraponer el lucro cesante al daño emergente, en cuanto a la certidumbre de su ocurrencia, dando a entender que es un daño incierto, que se construye sobre suposiciones y es especulativo. Continúa diciendo que si bien se requiere certidumbre acerca del perjuicio futuro; señala que *“en Derecho no se habla de certezas sino de razonable probabilidad, la que se obtiene sobre la base de datos objetivos y reales, unidos a la experiencia y el sentido común y que el lucro cesante resulta ser más bien un juicio de probabilidad, cuyo resultado no puede ser exacto ni matemático, sino estimativo, basado en justificaciones criteriosas, dentro de un contexto de normalidad y atendidas las circunstancias del caso”*⁵⁴.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia Rol N° 4146-2006, respecto también a un accidente de trabajo habla sobre una *“probabilidad suficiente”* que es más que la posibilidad pero menos que la certeza. Asimismo, se refiere a que el acaecer fáctico se da en una *“zona gris”* donde corresponde al fallador en cada caso concreto determinar el monto a pagar y, haciendo una afirmación interesante, señala que *“por el carácter vago e incierto del lucro cesante, el legislador no ha establecido reglas para su apreciación, con el objeto, justamente, de dejar su determinación sujeta a la prudencia del Tribunal”*⁵⁵.

En esta sentencia se vislumbra un esfuerzo de parte del juzgador por otorgar una partida por lucro cesante ya que el daño ha sido evidentemente probado y existe. Apoyándose de criterios doctrinarios afirma que es procedente una indemnización, distinguiendo de la mera posibilidad de la probabilidad⁵⁶ y haciendo uso de su apreciación prudencial, fija parámetros para otorgar el lucro cesante para el caso concreto, a saber: *“a) que con motivo*

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, *Antihueno Vielma con Puerto Lirquén S.A. y otros* (2008, rol N° 3398-2007)

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, *Paredes Muñoz con Empresa de Servicios Marítimos y Portuarios Hualpén Limitada* (2009, rol N° 4146-2006)

⁵⁶ La Corte de Apelaciones de Santiago afirma que *“no se puede exigir al perjudicado que demuestre una certeza absoluta de que las ganancias esperadas se habrían realizado en caso de no realización del hecho dañoso y que tampoco es suficiente un interés seguro e incierto agregando que entre un extremo y otro cabe una graduación que habrá de hacerse en cada caso con criterio equitativo, distinguiendo la mera posibilidad de la probabilidad y teniendo en cuenta que tal vez en algún caso sea indemnizable la mera posibilidad*

del accidente el actor quedó con una incapacidad del 70%; b) que el actor tuvo que jubilar por invalidez a los 28 años; c) que su pensión de invalidez ascendió a \$62.075, muy inferior a lo que habría obtenido de seguir trabajando y d) que el actor se encuentra totalmente limitado físicamente por lo que no está en condiciones de poder realizar algún tipo de actividad remunerada⁵⁷.

En cuanto a la jurisprudencia española, el Tribunal Supremo de España, en sentencia de fecha 31 de mayo de 1983, señaló que para acreditar el lucro cesante “no puede menos que hacerse por medio de aprecios o cálculos teóricos, basados en una cierta probabilidad objetiva inscrita en el curso normal de los acontecimientos”⁵⁸.

En ese mismo orden y dirección, ha resuelto la jurisprudencia argentina precisando que ‘la indemnización del lucro cesante tiene su fundamento y límite en la probabilidad objetiva cierta (vale decir, suficiente) que emana del curso natural de las cosas y de las circunstancias generales o especiales del caso concreto (razonabilidad y verosimilitud)’ y que ‘cuando lo que se trata de evaluar es el lucro cesante, no es menester una certeza matemática sino solo un juicio de verosimilitud, como quiera que el objeto de la prueba es la probabilidad de obtención de una ganancia frustrada’⁵⁹.

Por último, el Código Civil alemán (BGB) en el parágrafo N° 252 señala que “consideráse ganancia frustrada la que con cierta probabilidad fuese de esperar, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto, y particularmente a las medidas y previsiones adoptadas”⁶⁰.

V. CONCLUSIÓN

El establecimiento del monto de la indemnización en materia de lucro cesante es aún un punto de debate. No obstante ello, a nivel doctrinario y jurisprudencial se ha tratado de avanzar en aras de determinar un umbral que le permita al juzgador establecer lo más objetivamente posible el *quantum*.

si bien en menor cantidad que la probabilidad base de los lucros cesantes propiamente dichos”.

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, *Paredes Muñoz con Empresa de Servicios Marítimos y Portuarios Hualpén Limitada* (2009, rol N° 4146-2006)

⁵⁸ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 64

⁵⁹ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 64

⁶⁰ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 65

Por ello, el juicio de probabilidad viene a ser un instrumento importante cuya esencia es establecer un parámetro para determinar la frustración de una ganancia futura. Este juicio supone prescindir de las ganancias que no resulten previsibles, pero a la vez, implica no suponer sucesos extraordinarios que impidan el normal curso de los acontecimientos y que vaya en detrimento de la víctima.

Utilizar criterios que estimen situaciones extraordinarias que vayan tanto a favor como en contra del perjudicado, se convierte en una vulneración al principio de reparar integralmente el daño, pues si se deniega una partida de lucro cesante futuro; por ejemplo, en el caso que una persona podría ser despedida eventualmente del trabajo, es igual de injusto que considerar que la víctima podría haber visto incrementado su salario y su situación económica.

Se debe reparar el daño y nada más que el daño y bajo esa premisa es que la apreciación prudencial del juez debe dar paso a utilizar este criterio razonable, de probable certeza, de utilidades que van más allá de la posibilidad para poder no solamente reparar integralmente el daño, sino también, velar porque se cumpla la protección de la integridad de la persona que mandata la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABELIUK, René (1971): *Las obligaciones y sus principales fuentes en el Derecho Civil chileno* (Santiago, Imprenta Fantasía) 825 pp.

ALESSANDRI, Arturo (1988): *Teoría de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur) 582 pp.

ASÚA, Clara (2011): "Algunas consideraciones sobre la reparación del daño en el derecho español", *Anales de Derecho UC* (nº 7) pp. 153-192.

ALARCÓN, Rodrigo (2003): "Evolución histórica de la figura del lucro cesante" *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (nº 7) pp. 641-652

BOURDOISEAU, Julien (2011): "La reparación del daño corporal", *Anales de Derecho UC* (nº 7) pp. 215-230.

DIEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños* (Madrid, Editorial Civitas) 367 pp.

DOMÍNGUEZ A., Ramón (2000): "Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil", *Revista Actualidad Jurídica* (nº 7) pp. 327-345.

- DURAND-PASQUIER, Gwenaëlle (2011): *"Las evoluciones del derecho francés de la responsabilidad civil"*, *Anales de Derecho UC* (n° 7) pp. 195-211.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2002): *"Daño físico y lucro cesante"*.
- COURT MURASSO Eduardo, *Derecho de Daños* (Santiago, Editorial LexisNexis) pp. 53-109.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2006): *"El perjuicio patrimonial por daños físicos en la doctrina y jurisprudencia chilenas"*, *Anales de Derecho UC*, (vol. 1 N° 1) pp. 229-256.
- FUEYO LANERI, Fernando (2004): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 650 pp.
- NAVEIRA, Maita (2003): *"La valoración del daño resarcible"*, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (n° 7) pp. 597-616.
- ROCA, Encarna (2003): *Derecho de daños. Textos y materiales* (Valencia, Tirant lo Blanch) 390 pp.
- STIGHLITZ, Gabriel A., GHERSI, CARLOS A. (1997) *"El daño resarcible"*, MOSSET ITURRASPE, Jorge (director), *Responsabilidad Civil* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi) pp. 211-234.
- STIGHLITZ, Gabriel A.; GHERSI, CARLOS A. (1997) *"El daño resarcible en casos particulares"*, MOSSET ITURRASPE, Jorge (director), *Responsabilidad Civil* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi) pp. 235-258.
- STIGHLITZ, Gabriel A., GHERSI, CARLOS A. (1997) *"La determinación de la indemnización"*, MOSSET ITURRASPE, Jorge (director), *Responsabilidad Civil* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi) pp. 289-334.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio (2012): *"El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por la muerte"*, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (n° 41) pp. 41-68.
- ZANNONI, Eduardo A. (1982): *El daño en la responsabilidad civil* (Buenos Aires, Editorial Astrea) pp. 384.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Santiago, *Claudio Espinoza Villagra con Maestranza Mussre Ltda. o Metalúrgica Mussre S.A.* (2006): 24 de abril de 2006, rol N° 2367-2005, *Legal Publishing* CL/JUR/5885/2006.

Corte de Apelaciones de Santiago, *César Antihueno Vielma con Puerto Lirquén S.A. y otros* (2008): 3 de abril de 2008, rol N° 3398-2007, *Legal Publishing* CL/JUR/5194/2008.

Corte de Apelaciones de Concepción, *Marcos Roberto Paredes Muñoz con Empresa de Servicios Marítimos y Portuarios Hualpén Limitada* (2009): 29 de enero de 2009, rol N° 4146-2006, *Legal Publishing* CL/JUR/8654/2009

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

República de Chile, Código Civil, (1857, y modificaciones posteriores), Santiago, (Editorial Jurídica).

República de Chile, Constitución Política de la República, (1980, y modificaciones posteriores), Santiago (Editorial Jurídica).

HISTORIA Y FUNDAMENTOS DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* (TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN). UNA MIRADA A LA DOCTRINA ESPAÑOLA

*History and fundamentals of the
rebus sic stantibus clause (theory of
unforeseen). A look at the spanish
doctrine*

JOSÉ M. RIVERA RESTREPO*
Universidad de Chile
Santiago, Chile

RESUMEN: En este trabajo se pretenden analizar dos aspectos relevantes en torno a la teoría de la imprevisión (cláusula *rebus sic stantibus*): una breve referencia histórica y los fundamentos de la misma. Todo ello con el fin de mantener encendida la pretensión doctrinaria de contar con un texto legal adecuado que la regule, como asimismo, recordarles a los jueces su importancia.

PALABRAS CLAVE: Cláusula *rebus sic stantibus*, imprevisión, revisión judicial de los contratos, contrato, Derecho Civil.

* Abogado y Magíster en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Máster Oficial en Derecho Civil por la Universidad Complutense de Madrid. Doctorando en Derecho Civil por la Universidad Complutense de Madrid. BecasChile 2010. Ha sido profesor de Derecho civil en las Universidades de Chile y de Talca. <jrivera_lex@hotmail.com>. **Artículo recibido el 16 de agosto de 2014 y aprobado el 20 de noviembre de 2014.**

ABSTRACT: This paper is intended to analyze two important aspects around the theory of unforeseen (*rebus sic stantibus* clause): a brief historical reference and the grounds of it. All this in order to keep alive the doctrine claim to have an appropriate legal text that regulates it, as also, remind the judges of its importance.

KEYWORDS: *Rebus sic stantibus* clause, unforeseen, contracts judicial review, contracts, Civil Law.

I. PRESENTACIÓN

En el presente trabajo me propongo analizar, someramente, la historia que gira en torno a la teoría de la imprevisión y las principales teorías que se han elaborado para explicar su fundamento. Para comenzar, se debe recordar que esta institución también es conocida, principalmente en España, con el nombre de cláusula *rebus sic stantibus*¹. La teoría de la imprevisión constituye

¹ En realidad, la doctrina comparada utiliza la denominación teoría de la imprevisión para designar a esta institución, pues, como indica GARCÍA: “Dentro de las modificaciones objetivas de la relación contractual, tiene un relieve especial la llamada (mal) cláusula *rebus sic stantibus*. Mal llamada cláusula porque precisamente no está entre las cláusulas del contrato; se dice que es implícita [...]”. GARCÍA (1995) p. 385. La denominación teoría de la imprevisión es de origen francés. En este sentido, expresa FLOUR lo siguiente: “Dès 1916, et par l’arrêt Gaz de Bordeaux, non moins célèbre que celui qu’avait rendu la Cour de cassation dans l’affaire du canal de Crapone, le Conseil d’État a, au contraire, consacré la théorie de l’imprévisions. Une hausse du charbon –don’t le Conseil constate que, déjouant toutes les prévisions, elle dépassait les limites extrêmes qui auraient pu être envisagées– avait <bouleversé l’économie> du contrat de concession. Un droit à indemnité a été reconnu à la compagnie concessionnaire contre l’autorité concédante, en raison des circonstances extracontractuelles –c’est-à-dire, au fond, des circonstances imprévues– où la première se trouvait ainsi placée”. FLOUR, AUBERT Y SAVAUX (2004) pp. 310, 312. Sin embargo, y en honor a la verdad, se debe indicar que la mayoría de la doctrina española habla de cláusula *rebus sic stantibus*, al respecto, cfr.: ÁLVAREZ (2002) pp. 107 y ss.; DE AMUNÁTEGUI (2003) pp. 15 y ss. y en especial el título de la obra; DE CUEVILLAS, DE CASTRO, J. Y GONZÁLEZ GARCÍA-MIER (2011) pp. 232 y ss.; LACRUZ et. al. (2011) pp. 505 y ss., en especial pág. 507. Similar problema surge, v. gr., al analizar la llamada condición resolutoria tácita, ya que en estricto rigor, ella no es una condición, porque toda condición, como elemento puramente accidental del negocio jurídico, requiere de un especial pronunciamiento por parte de los contratantes, expresión que no se da en la mal llamada condición resolutoria tácita. Con todo, la mayoría de los autores señala que en este caso, dicha cláusula se encontraría implícita en los contratos bilaterales, pero surge la interrogante, ¿podemos atribuir a la voluntad implícita de las partes, una institución que la ley

una importante excepción al principio del *pacta sunt servanda*, contenido en el artículo 1091 del Código civil español². En este sentido, la doctrina española ha dejado clara la “tensión” existente entre los artículos 1091 y 1258 del Código civil español: el primero se refiere al mentado principio de la autonomía de la voluntad y el segundo plasma el principio de la buena fe.

Cabe mencionar que, en el estudio, se utiliza principalmente bibliografía española, sin perjuicio de la mención a otros ordenamientos jurídicos.

II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

1. Derecho Romano

En opinión general de la doctrina, se indica que el Derecho romano no conoció la cláusula *rebus sic stantibus*, debido al rigor de su Derecho obligacional³. Con todo, en cierto estadio de desarrollo, el pretor comenzó a otorgar una excepción al deudor, cuando el acreedor exigía el cumplimiento de una obligación que fuese injusta para aquél⁴. En este sentido, considero

incluye como elemento de la naturaleza de los negocios bilaterales, con el fin de que los mismos se cumplan? Pareciera ser que no, es decir, la condición resolutoria tácita no tiene de condición más que el nombre, pues no responde a las finalidades propias de un elemento puramente accidental o modalidad, sino que, por el contrario, es incluida por el legislador con el fin de cumplir los objetivos que éste le asigna.

² Al respecto, vid.: LACRUZ et al (2011); SALAS (2010).

³ Como dijo PAULO: “[e]n los contratos interesa el momento en que se celebran, y no por tanto el de su ejecución (in stipulatione, id tempo spectatu quae contrahimus)”. Cfr.: BADENES (1946) p. 32. En este sentido, indica DE AMUNÁTEGUI lo siguiente: “Coincide la mayoría de la doctrina en afirmar que los orígenes de la cláusula *rebus sic stantibus* aparecen en el Derecho medieval, por obra de los post-glosadores”. DE AMUNÁTEGUI (2003) p. 31. Sin embargo, en contrario piensa BADENES, quien señala: “[los] filósofos romanos también se preocuparon por esta cuestión, llegando a afirmar que no se puede obligar a nadie al cumplimiento de lo pactado si las condiciones son distintas de las condiciones que existían al momento de contratar, –en apoyo de esta tesis cita a CICERÓN Y SÉNECA, en cuanto– <[c]onsideran ambos que para tener que cumplir lo prometido debe permanecer en el mismo estado de cosas que existía cuando se formuló la promesa>”. BADENES (1946) p. 32. Cfr.: SALVADOR (1991) p. 15.

⁴ En este sentido, LARENZ expresa lo siguiente: “No hablamos del Derecho Romano Clásico, del siglo segundo de nuestra era; ni siquiera del Derecho Romano Justiniano. Pero, no debemos olvidar que el Derecho Romano abarca un periodo de más de veinte siglos, que van desde la fundación de Roma, en 750 A.C., hasta la caída de Constantinopla en manos de los turcos, momento en el cual deja de aplicarse el Derecho Romano Bizantino, que

relevante el trabajo de los juristas romanos, ya que a partir de su labor, se comienza a gestar lo que daría lugar a la cláusula *rebus sic stantibus*.

2. Derecho Medieval o Intermedio

La Edad Media, lejos de ser un período oscuro para la humanidad, a lo menos en el campo del Derecho Civil, constituyó un período extraordinariamente importante en lo que atinge a la cláusula *rebus sic stantibus*. En el Derecho medieval, como dice LARENZ, mientras “[e]l Derecho romano todavía se aplicaba y evolucionaba en Bizancio, en Occidente, con el redescubrimiento del *Corpus iuris* por la Escuela de Bolonia, se produce un renacimiento de sus estudios y florecen las escuelas de los glosadores, de los doctores y de los posglosadores, que trabajan activamente sobre los textos del *Digesto*. En ese momento, y especialmente por la tarea de Bartolo, aparece lo que podemos considerar el antecedente más antiguo de la imprevisión, con la formulación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, que se consideraba implícita, y exigía el mantenimiento del contrato mientras las cosas (*rebus*) siguieran siendo lo que eran al contratar (*sic stantibus*)”⁵.

3. Derecho francés

En el siglo XIX, marcado por el racionalismo y la prevalencia del principio de la autonomía de la voluntad, se abandona la cláusula *rebus sic stantibus*, que se había desprestigiado por causa de su excesivo uso por parte de los Tribunales de Justicia, lo que se tradujo en la afectación de la estabilidad de los contratos. A lo anterior, se unía la profunda desconfianza que los revolucionarios tenían hacia el Poder Judicial, ya que representaba al Antiguo Régimen. Ello explica que autores como DOMAT y POTHIER la hayan preterido en sus obras y además, influyeran en que no se adoptara como tal en el Código civil francés. Lo anterior significó que todos los códigos civiles decimonónicos no lo recepcionaran, salvo algunos códigos germanos, que desde el siglo XVIII ya lo habían hecho. Lo anterior tiene relevancia, pues muchos códigos civiles tomaron como base al *Code* en esta materia, dentro de ellos el Código civil español⁶.

tuvo su exponente más alto, quizás, en el *Corpus Iuris* de Justiniano”. LARENZ, Traducc. de C. Fernández Rodríguez (1956) p. 1148. En este mismo sentido, Vid. también: DÖRR (1985) pág. 254.

⁵ LARENZ (2002) p. 1148.

⁶ En este sentido, y respecto de los códigos civiles de influencia germana, podemos citar al CÓDIGO CIVIL BÁVARO de 1756, llamado también CÓDIGO MASIMILIANEUS, el cual dispone en su artículo 12: “Cuando [...] 3º todos los vínculos incluyen tácitamente en sí la cláusula

4. La gran guerra

Uno de los efectos que tuvo la Primera Guerra Mundial en el campo del Derecho, es que gracias a la labor jurisprudencial gala se reconoce la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, a propósito del Derecho obligacional. En este sentido, en 1916, el Consejo de Estado francés falló un caso aplicando la cláusula *rebus sic stantibus*. En efecto, este Tribunal admite la aplicación de la teoría de la imprevisión para revisar el contrato que había suscrito la Compañía de Alumbrados de la ciudad de Burdeos con la municipalidad de dicha ciudad, en cuya virtud, la primera se había obligado a suministrar electricidad bajo ciertas tarifas. Con la ocupación germana de la cuenca carbonífera del norte de Francia, los galos debieron recurrir al carbón de la región de Gales, carbón que adquirirían a un mayor precio. Entonces se presentó la siguiente cuestión ante el tribunal: el mayor coste que significaba la adquisición de carbón galés debía ser asumido por la Compañía de Electricidad o, se debía proceder a la revisión de la cláusula del contrato que establecía el

rebus sic stantibus, estos resultarán inválidos por el cambio de la cosa acordada en la obligación, siempre y cuando se realicen los siguientes requisitos: 1ero. Que el cambio no sea originado por mora o culpa aut facto debitoris; 2do. Que no sea fácil de prever; 3ero. Que sea de tal naturaleza que si el deudor lo hubiese sabido antes según la opinión desinteresada y honesta de las personas inteligentes no se habría obligado, procediendo en estas circunstancias a considerar según la apreciación jurídica, si la obligación debe ser disuelta o solamente reducida en proporción del advenimiento"; el CÓDIGO CIVIL PRUSIANO de 1796 el cual en su Título I, Capítulo V, artículo 355 señala: "Fuera de los casos de una efectiva imposibilidad del incumplimiento de un contrato, no puede ser éste recusado por el cambio de circunstancias". En el fragmento 378 dispone: "Si por un cambio imprevisto resulta imposible alcanzar el fin que se han propuesto ambas partes expresamente declarado, o que resulta de la naturaleza del negocio que todavía no se haya cumplido"; y el CÓDIGO CIVIL AUSTRIACO de 1812 –que tuvo como antecedente al CÓDIGO PRUSIANO– señala en su artículo 901: "Si las partes han elevado a condición expresamente el motivo o el fin de su acuerdo, éste será considerado al igual que cualquier otra condición. Fuera de esta hipótesis, las expresiones de esta naturaleza no ejercitan ninguna influencia sobre la validez de los contratos onerosos". Por lo tanto, y a la luz de lo expresado, justo es señalar que el primer código civil que recepcionó la cláusula *rebus sic stantibus*, fue el CÓDIGO CIVIL BÁVARO de 1756, y no el ITALIANO de 1942 como plantean algunos autores. Al respecto, vid.: VILLATE (1961) p. 176; DÖRR (2005) pp. 255–256. Por su parte, DE AMUNÁTEGUI expresa que: "Ni el Código francés (Domat y Pothier no hicieron mención alguna de la cláusula), ni el italiano de 1865, ni el nuestro, ni tan siquiera el Código alemán, pese a la influencia que en el mismo tuvieron las doctrinas de Windscheid, recogieron atisbo alguno de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* o de la presuposición". DE AMUNATEGUI (2003) pp. 35–36. Cfr.: FLOUR; AUBERT Y SAVALUX (2004) p. 311.

precio en que se suministraría dicha energía. El principal problema con que se encontró el tribunal fue el principio del *pacta sunt servanda*, contenido en el Código civil francés, en virtud del cual los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley para los contratantes y por ello deben ser respetados por éstos. Sin embargo, prevaleció el interés público y el tribunal procedió a revisar el precio de la energía fijado en el contrato⁷.

5. Derecho moderno

Así como el modelo de Código Civil en el siglo XIX fue el Código civil francés de 1804, se dice que el modelo del siglo XX y de los primeros años del siglo XXI es el Código civil italiano de 1942. Este dispone en su artículo 1467, que se denomina *Contratto con prestazioni corrispettive*: “*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’ art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923)”⁸. En este sentido, la doctrina postula que en el seno de la comisión encargada de redactar el Código civil italiano, se discutió mucho acerca de la conveniencia de acoger la llamada cláusula *rebus sic stantibus*. En caso de responder afirmativamente a la recepción de la cláusula *rebus sic stantibus* en el Código Civil, se planteaba un nuevo dilema: se debían establecer estrictos requisitos o presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* con el fin de evitar la inseguridad*

⁷ Cfr.: MOISSET (1976) p. 1150. El Fallo del CONSEJO DE ESTADO es de fecha 30 de marzo de 1916. Cfr.: FLOUR; AUBERT Y SAVALUX (2004) pp. 312 y ss. También encontramos un precedente legislativo, aunque se trate de una ley de aplicación transitoria o de emergencia. Poco antes del término de la Primera Guerra Mundial se promulgó con fecha 21 de enero de 1918, la llamada Ley Failliot –llamada así por el nombre de su principal promotor– que se refiere a los contratos comerciales o mixtos celebrados antes del 1º de agosto de 1914, que generaban prestaciones sucesivas o diferidas. El juez no podía revisar el contrato, sino solamente suspenderlo o rescindirlo, con o sin el pago de daños y perjuicios. La demanda debía fundarse en “[q]ue en razón de estado de guerra la ejecución de las obligaciones [...] acarrearía carga, o le causaría perjuicios cuya importancia sobrepasaría en mucho las previsiones que razonablemente pudieron efectuarse a la época de la convención, (artículo 2 de la Ley Failliot)”. Cfr.: MOISSET (1976) p. 1151.

⁸ Cfr.: Codice Civile Italiano, disponible en: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm/>

jurídica, o bien, por el contrario, ella quedaría sometida a la discrecionalidad del juez a través del establecimiento de alguna teoría que la justificara, por ejemplo, la teoría de la presuposición o la teoría de la base del negocio jurídico⁹.

⁹ Cfr.: DE AMUNÁTEGUI (2003) p. 45. En este sentido, es importante adelantar que, en España, el único tratamiento de la cláusula *rebus sic stantibus*, se encuentra en el FUERO NUEVO DE NAVARRA, de 1973, el que dispone en su Ley 493, párrafo tercero que: “Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”. Cfr.: <http://www.unavarra.es/digitalAssets/150/150326_fuero_nuevo.pdf>. En este sentido, conviene revisar lo que expresa SALVADOR respecto de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*: “[...] Hubo, efectivamente, una legislación especial que ajustó el derecho contractual al desenlace de la Guerra Civil. Al efecto, hay que tener muy en cuenta, la Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre <contratación en zona roja>. Esta disposición permitía anular los <contratos celebrados en lugar sometido a la dominación roja con posterioridad al 18.7.36, al amparo de disposiciones emanadas de su ilegítimo poder y contrarios al régimen jurídico subsistente en dicha fecha>, así como modificar el precio del contrato de suministro o contrato de obra. Al efecto, se modificó la competencia de los depurados tribunales ordinarios, estableciéndose un <Tribunal Especial radicante en Madrid> compuesto por tres Magistrados que conocería de los recursos de apelación contra las resoluciones de primera instancia, Tribunal <cuyo fallo pondrá fin al pleito>. No faltaron, así, la resolución y revisión de contratos al amparo de la legalización de la cláusula *rebus*, pero pensadas para los vencedores de la Guerra Civil. De rebote, pudo considerarse entonces que la cláusula era inaplicable con carácter general a la casuística ordinaria, es decir a aquella no derivada de la liquidación de la contienda. Tal es el sesgo originario, que conviene tener en cuenta para la discusión sobre esta temática en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, incomprensible fuera del contexto en que se originó. Con el tiempo, ha quedado la formulación de la cláusula *rebus* que se reproduce en el texto, pero, hoy, valga de nuevo la paradoja, las circunstancias son muy otras a las del largo veinteno de la posguerra española. Permanece, con todo, la primera razón, la cual ampara en buena medida la continuada cautela del Tribunal Supremo a la hora de admitir la alegación de la cláusula. Su aceptación ha sido, en la práctica, poco frecuente [...]”. SALVADOR (2009) p. 20. Quizás este apunte histórico explicaría la resistencia del T.S. para aplicar más extensivamente la cláusula *rebus sic stantibus*.

III. FUNDAMENTOS DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

1. Teoría de la buena fe

La buena fe constituye un principio básico que informa al Derecho Civil, el cual se proyecta también como un principio en materia de contratación. En el ámbito de los contratos, la buena fe es –en mi opinión– el único principio que rivaliza con el de autonomía de la voluntad, incluso más, quizás tenga una relevancia superior a la autonomía privada¹⁰. En materia de contratos, la buena fe se encuentra consagrada en el artículo 1258 del Código Civil, el cual expresa: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”. En este sentido, expresa LARENZ que la ejecución de buena fe “[r]epresenta un principio supremo del derecho de las obligaciones, de forma que todas las demás normas han de medirse por él, y, en cuanto se le opongan, han de ser, en principio, pospuestas [...]”¹¹.

La buena fe aparece como el eje central en que se funda la cláusula *rebus sic stantibus*, toda vez que ella constituye el principal fundamento de los fallos de tribunales alemanes y españoles, que han acogido la cláusula *rebus sic stantibus*. Se dice que los contratos deben exigirse y cumplirse de buena fe, y por tanto, sino se admiten estos cambios ocurridos en la comunidad, el acreedor que demanda igualmente su crédito –el que por hechos imprevisibles se ha transformado en notablemente más beneficioso– contraviene este deber de conducta que le impone el Derecho¹². En general, la doctrina ha

¹⁰ En este sentido, v. gr., LACRUZ indica que: “La buena fe en el ejercicio de los derechos y la prohibición del abuso en su ejercicio (art. 7.1) vedan al acreedor exigir el cumplimiento que sólo sea ya posible mediante un acto ilícito o el sacrificio de la integridad u otro atributo de la persona del obligado (<inexigibilidad>, Unzumutbarkeit)”. LACRUZ et al. (2007) p. 187.

¹¹ LARENZ (1956) p. 142.

¹² En este sentido, DE AMUNÁTEGUI expresa lo siguiente: “La función integradora que reconoce la norma a la buena fe es algo que está fuera de duda, si bien pueden plantearse problemas de relación con la interpretación al no existir en nuestro Código una norma que reconozca la buena fe como criterio hermenéutico de forma independiente, aunque como principio general la buena fe deba presidir todas las tareas de interpretación”. DE AMUNÁTEGUI (2003) pp. 152–153. En este mismo sentido, expresa VON TUHR lo siguiente: “Modernamente, se prescinde de esta ficción [cláusula *rebus sic stantibus*], acogiéndose a la idea de que el principio de la fidelidad al contrato se detiene ante el principio superior de la buena fe. En efecto, es contrario a la bona fides obligar al deudor a respetar el

señalado que es la buena fe, la que justifica una excepción a la autonomía de la voluntad y el posible impacto en la seguridad de las relaciones contractuales. Es el principio de la buena fe el que justifica la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, consagrando de esta manera la noción de justicia conmutativa. Se agrega que, sobre este punto, coinciden la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Lo anterior presenta una gran relevancia, sobre todo en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no se consagrado positivamente a la cláusula *rebus sic stantibus*¹³.

Ahora bien, la buena fe –en mi opinión– no sólo justifica la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino que también establece la conducta a seguir por el juez, porque se dice que se debe buscar primero el restablecimiento del equilibrio roto, y sólo cuando este no se pueda restablecer, entonces el juez debe proceder a declarar la resolución del contrato. Por último, se debe indicar que la buena fe ha adquirido una inusitada importancia: ella siempre aparece expresamente mencionada en los textos modernos, *v. gr.*, en los Principios Europeos de Derecho de Contratos, el artículo 1:201, que se refiere a la buena fe contractual, dispone que: “[...] (1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo”¹⁴.

2. Teoría de la intención o voluntad real de los contratantes

Esta teoría sostiene que, como norma interpretativa básica, debe prevalecer aquella según la cual el intérprete de un contrato debe buscar la intención o voluntad real de las partes, y se dice que no pudo estar en la intención del deudor obligarse en términos tales que dicha obligación lo conduzca a la ruina económica. En este sentido, la doctrina plantea que debe prevalecer el equilibrio conmutativo, debiendo el tribunal restablecerlo a través de la revisión de sus cláusulas, cuando este se ha roto¹⁵. En este sentido, es dable indicar que existen –a nivel de Derecho comparado– dos sistemas o escuelas en torno a la interpretación de los contratos: el sistema subjetivo, que pretende determinar la intención o voluntad real de los contratantes, y el sistema objetivo, que hace prevalecer la voluntad declarada por los contratantes, con la finalidad de proteger a los terceros que no han participado en la elaboración

contrato cuando las condiciones se han modificado de tal manera, que en caso de cumplirlo no obtendría contraprestación perfectamente insignificante”. VON TUHR, Traducc. del alemán W. Roces (2006) p. 373.

¹³ Cfr.: DE AMUNÁTEGUI (2003) p. 139.

¹⁴ LANDO Y BEALE (2000) pp. 141–142.

¹⁵ Cfr.: DÖRR(2005) p. 166.

de dicho negocio jurídico. El primer sistema se basa en la justicia, ya que intenta determinar qué es lo que realmente buscaban obtener las partes con la celebración del contrato. Es decir, según mi opinión, el juez debe indagar en la mente de los contratantes, principalmente a través de presunciones, estableciendo el querer interno o intención real de los mismos. En España, estimo que se acoge el primer método, pues el artículo 1281 del Código Civil dispone que: “*Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas*”¹⁶.

3. Teoría de la equidad natural

En términos generales, podemos decir que la equidad natural es una virtud que nos permite distinguir entre lo justo y lo injusto, entre lo bueno y lo malo, que se traduce en un sentimiento espontáneo, emanado de la naturaleza humana, que sirve para corregir los vicios o defectos del Derecho positivo. Ahora bien, en general, la doctrina ha dicho que la equidad natural, con relación a la cláusula *rebus sic stantibus*, tiene una doble finalidad: autorizaría al tribunal para proceder a la revisión de las cláusulas contractuales, constituyendo una excepción al *pacta sunt servanda* y, en segundo lugar, como una forma de restablecer el equilibrio conmutativo roto en el contrato¹⁷.

Es importante señalar que la jurisprudencia emplea la noción de equidad para justificar el acomodo del contrato a las nuevas circunstancias fácticas¹⁸. La cláusula *rebus sic stantibus* nació ligada a las nociones de buena fe y equidad natural, ya que se decía que era injusto exigir la prestación, cuando ésta le imponía al deudor un deber notablemente más gravoso, por circunstancias imprevisibles al momento de contratar. Este fundamento, es el que supone que la cláusula *rebus sic stantibus* constituya una excepción al principio de la autonomía de la voluntad, contenido en el artículo 1091

¹⁶ El subrayado es mío.

¹⁷ Cfr.: DE AMUNÁTEGUI (2003) pp. 157–158.

¹⁸ En este sentido, la STS de 10 de noviembre, dispuso que: “[...] El desequilibrio entre las recíprocas prestaciones que se producen en los contratos a largo plazo o de ejecución diferida a consecuencia de la constante pérdida del valor adquisitivo de la moneda, ha pretendido corregirse a través de distintos remedios jurídicos como son la aplicación de la implícita cláusula *rebus sic stantibus* et *aliquid novo non emergentibus*, la teoría de la quiebra o desaparición de la base del negocio. La de la equivalencia de prestaciones o la de la equidad al amparo del artículo 3.2 del CC; la reiterada jurisprudencia de esta Sala viene admitiendo la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* si bien de forma restringida [...]”. MUNAR (1993) p. 126.

del Código Civil¹⁹. Cierta parte de la doctrina, ha entendido que el *principio de la buena fe*, contenido en el artículo 1258 del Código civil, consagraría la llamada auto-integración del contrato, en virtud de la cual y con el fin de lograr la integración del contrato, se debería recurrir a la voluntad hipotética o conjetural de los contratantes. Es decir, la norma tendría la función de salvar las lagunas que los contratantes han dejado subsistentes en el contrato, aplicándose incluso en el supuesto en las partes hayan excluido los mecanismos de integración contenidos en la norma, por tratarse de una disposición de *ius cogens*²⁰. La buena fe sirve como criterio delimitador de las prestaciones de las partes, incluso para el acreedor, estableciéndole un límite a su actuación: el acreedor puede hacer valer su derecho, siempre que ello no signifique un ejercicio abusivo del mismo²¹.

Por otra parte, la doctrina señala que el artículo 1258 del Código civil, le impone a los contratantes un patrón de conducta orientado hacia la moral, de tal manera que toda conducta contraria a ella le está vedada a las partes. La buena fe obliga a las partes a mantener con la contraria una conducta leal, correcta y honesta durante toda la vigencia de la relación contractual, incluso desde las tratativas preliminares hasta la etapa postcontractual. Las partes quedan obligadas no sólo a lo literal de las palabras contenidas en el contrato, sino que también, a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o el uso pertenecen a ella²². Es en este marco, que la buena fe aparece como justificante habitual de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuestión que coincide con el status privilegiado que la doctrina comparada le ha otorgado a este principio en el último tiempo²³.

Por último, en lo que se refiere a la tensión que genera la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, entre los principios de autonomía de la voluntad y de buena fe, contenidos en los artículos 1091 y 1258 del Código Civil, respectivamente, hay que señalar en la doctrina entiende que para aplicar correctamente el artículo 1091, se deben distinguir dos etapas: (a) primero se debe proceder a interpretar el contenido de las cláusulas contractuales, fijando la voluntad real o intención de los contratantes y (b) a continuación, y una vez fijado el verdadero alcance de lo pactado, se debe proceder a *integrar* dicha voluntad con el mecanismo del artículo 1258, esto es, la buena fe,

¹⁹ MUNAR (1993) pp. 138, 139.

²⁰ Cfr.: BERCOVITZ (2009) pp. 1482, 1483.

²¹ Cfr.: BERCOVITZ, DIEZ-PICAZO, PAZ-ARES Y SALVADOR (1991) p. 437 y DE AMUNÁTEGUI (2003) pp. 146, 147.

²² Cfr.: BERCOVITZ, DIEZ-PICAZO, PAZ-ARES Y SALVADOR (1991) pp. 1483-1484.

²³ Cfr.: DE AMUNÁTEGUI (2003) pp. 141, 142.

los usos y la ley contribuirán a moldear la voluntad de los contratantes, ajustándola a la noción de equidad natural. Así, la aparición de circunstancias imprevisibles, que ocasionen una ruptura del equilibrio de las prestaciones recíprocas, supone, necesariamente, una reformulación de las obligaciones emanadas del contrato, con prescindencia de su tenor literal²⁴.

Siguiendo con la línea argumental precedente, hay que señalar que cualquier intento por aplicar esta cláusula *rebus sic stantibus*, va a encontrarse con la dificultad del artículo 1091 del Código Civil, que dispone: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*”. Esta norma se inspiró en el artículo 1134 del Código civil francés, que establece: “*Los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre los que los han hecho. Sólo pueden revocarse por mutuo acuerdo o por las causas que autoriza la ley. Deben cumplirse de buena fe*”²⁵. Sin embargo, en honor a la verdad, se debe indicar que ya los autores clásicos franceses discutían la posibilidad de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión). Algunos mostraban su rechazo a esta teoría, por encontrarla inmoral, en el sentido de que no era posible que una de las partes se aprovechara de las circunstancias imprevistas en el momento de la celebración del contrato para eludir el cumplimiento de su deber. Otros, en cambio, consideraban injusto que el acreedor empleara su derecho con excesivo rigor, exigiéndole el pago de su obligación al deudor cuyo deber, por circunstancias extraordinarias e imprevistas, se tornaba excesivamente más gravoso²⁶.

Ahora bien, tratando de explicar la inteligencia de la norma contenida en el artículo 1134 del Código Civil francés, la doctrina ha planteado que esta norma se inspira en los trabajos de DOMAT. Con todo, este autor –si bien era partidario de la doctrina del liberalismo– en varias ocasiones hace alusión a la equidad natural y la moral para explicar el deber de ejecutar las obligaciones nacidas de un contrato. Además, señala que esta norma no le otorga el valor de fuerza obligatoria al contrato, ni tampoco le otorga el status de principio a la autonomía de la voluntad. Concluye que el contrato es obligatorio por razones de justicia y no por ser obra de la voluntad de las partes²⁷.

²⁴ Cfr.: BERCOVITZ (2009) p. 1279.

²⁵ CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, Traducc. A. Núñez Iglesias, (2005) p. 532.

²⁶ Cfr.: DÖRR (2005) pp. 259, 260.

²⁷ Cfr.: PIZARRO (2004) pp. 226–227.

4. Teoría de la causa

Cuando las partes no pudieron prever las condiciones futuras que transformaron a la prestación de una de ellas, en notablemente más gravosa, se dice que el contrato adolece de falta de causa. Los autores que siguen esta teoría entienden que la causa que opera es la causa ocasional o impulsiva, es decir, el motivo psicológico que induce a las partes a celebrar el contrato²⁸. Desde este punto de vista, el desaparecimiento de la causa produce importantes efectos, los cuales no sólo se reflejan cuando el desvanecimiento de la misma se verifica por culpa de uno de los contratantes, como sucede en el caso de la excepción de inejecución o en la condición resolutoria tácita cumplida; también tiene relevancia cuando ha acaecido un caso fortuito o fuerza mayor, el cual si se reúne junto a otros elementos hace aplicable la llamada teoría de los riesgos²⁹.

La doctrina, en general, ha entendido que la causa debe mantenerse durante todo el *iter* de la relación contractual. Por ello, si desaparece la causa por circunstancias imprevisibles para las partes al momento de celebrar el contrato, entonces, el mantenimiento del contrato se opone al propósito negocial³⁰. La doctrina alemana, en este punto, habla de la llamada teoría de la base del negocio jurídico, la que es explicada por LARENZ, partiendo de los escritos de KEGEL. LARENZ se refiere a un caso: ¿qué ocurre si, por las perturbaciones del sistema monetario, como en el caso de guerra por ejemplo, se dificulta enormemente el cumplimiento de la obligación de uno los contratantes en un negocio bilateral, debido a que la prestación que recibirá de su contraparte se rebaja esencialmente? En principio –dice LARENZ– los daños y perjuicios se deben repartir por mitades entre los contratantes. Este autor alemán explica esta teoría a través del siguiente ejemplo: un empresario encargó, al parecer durante la guerra, unas rejas para cubrir los escaparates de su negocio de venta de joyas. Una vez construidas las rejas, la aviación enemiga bombardeó su establecimiento, destruyendo varios de los escaparates que pretendían ser cubiertos por las rejas. En este caso, el joyero puede reclamar una reducción del precio, de conformidad con el § 242 del B.G.B.³¹ o bien,

²⁸ En este sentido, JOSSEAND señala que: “[la causa] no interviene solamente en el momento de concertarse las voluntades. Su influencia se deja sentir hasta cuando el contrato ha sido puesto en completa ejecución”. JOSSEAND, Traducc. de C. Julio Latorre (2005) pp. 7, 8. Con relación a la teoría de la causa, vid.: RIVERA (2010) pp. 155–218; RIVERA (2011) pp. 295–337; RIVERA (2011) pp. 305–346; RIVERA (2012) pp. 1 y ss.

²⁹ En doctrina, vid.: SÁNCHEZ et al. (2008) pp. 202, 203.

³⁰ Cfr.: SALVADOR (2009) pp. 21.

³¹ Código Civil de Alemania (en alemán Bürgerliches Gesetzbuch)

al tenor del amparo judicial para la revisión de los contratos, podría solicitar la anulación del contrato, indemnizando a la empresa constructora, todo ello conforme a la *V.H.V.O.*³².

Ahora bien, la transformación de las circunstancias fácticas existentes al momento de contratar, sólo pueden considerarse dar lugar a la desaparición de la base del negocio jurídico, cuando las partes celebraron el negocio jurídico en base de ciertos hechos que eran esperados por ellos (base subjetiva), y cuando el mantenimiento de dichas circunstancias fácticas era objetivamente necesario en la etapa de ejecución del contrato, (base objetiva). Esta última desaparece con la ruptura del equilibrio de las prestaciones recíprocas, de tal forma que ya no cabe hablar de contraprestación, y cuando la finalidad objetiva del contrato ya no se puede alcanzar, (en este caso se frustra la finalidad del negocio jurídico)³³.

En síntesis, cuando varían esencialmente las circunstancias fácticas existentes al momento de la celebración del contrato, de tal forma que al momento de cumplir con las obligaciones emergentes de dicho negocio, las circunstancias de hecho le imponen a una de las partes una carga excesiva, que no podía ser prevista al tiempo de la celebración del contrato, entonces, ha desaparecido la base de dicho negocio jurídico. Ahora bien, la doctrina se ha preguntado si vale la pena seguir insistiendo en que no existe, a lo menos esa voluntad implícita que justificaría la cláusula *rebus sic stantibus*, y no en la voluntad real de las partes. Es decir, los efectos del contrato se producirían objetivamente y no estarían supeditados a la intención de los contratantes, sobre todo cuando acontezca un hecho imprevisible para las partes al tiempo de suscribir el contrato. Desde este punto de vista, se ha dicho que es innecesario recurrir a doctrinas como la de la base del negocio jurídico, de la presuposición o incluso al principio de la buena fe, para justificar la revisión judicial de los contratos. Bastaría con realizar una adecuada integración del contrato³⁴.

Por último, la doctrina ha planteado que el problema que presenta la doctrina de la base del negocio, es que ella exige requisitos distintos a los presupuestos requeridos por la jurisprudencia española. Así los requisitos para aplicar la teoría de la base del negocio son: (a) una alteración de ciertas circunstancias, con posterioridad a la suscripción del contrato; (b) que tales circunstancias integren la base del contrato; (c) que dichas alteraciones

³² Cfr.: LARENZ, Traducc. de C. Fernández Rodríguez (2002) p. 189. Vid.: RUBIO (2010).

³³ LARENZ, Traducc. de C. Fernández Rodríguez (2002) p. 189.

³⁴ BELLO (1992) pp. 1023, 1024.

fueron imprevisibles para las partes al tiempo de contratar; (d) que, de haber conocido dichas alteraciones, hipotéticamente, las partes no hubieran celebrado el negocio jurídico, y (e) que la alteración sea esencial, de tal manera que la ejecución de la prestación original no es exigible al contratante cuyo deber se transformó en una obligación notablemente más gravosa³⁵.

IV. CONCLUSIONES

1. La cláusula *rebus sic stantibus* no sólo se funda en la buena fe, sino que en variadas doctrinas que intentan justificarla, de las cuales sólo nos referimos a las más relevantes. Pienso que –en definitiva–, todas estas doctrinas intentan establecer y aplicar lo que se entiende por equidad natural, principio que, en el último tiempo ha pasado a segundo plano, pues se dice, que atenta contra la seguridad de las relaciones jurídicas. Nada más alejado de la realidad, porque la equidad natural, según nuestra opinión, constituye la causa eficiente de lo que se conoce como ciencia jurídica. Esa es la causa primera del Derecho, y como tal, nunca puede ser postergada, en aras de la seguridad jurídica y la paz social.
2. La cláusula *rebus sic stantibus* se erige, precisamente, como uno de esos institutos que moralizan el frío rigor de las normas del Derecho obligatorio, al igual que la teoría de la causa, cuestionada fuertemente actualmente en el espacio europeo, las obligaciones naturales, cuya relevancia práctica –se dice– es escasa, entre varios otros institutos, teniendo aplicación –aunque restringida según la jurisprudencia– en el Derecho civil. Todas estas nociones extrañas al *common law*, propias del Derecho continental, que provocan una cierta inseguridad jurídica, han sido fuertemente cuestionadas en el último tiempo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ, José Antonio (2002): *Curso de Derecho de obligaciones. El Derecho de los contratos* (Madrid, Editorial Civitas) 397 pp.

BADENES, Ramón (1946): *Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional. El riesgo imprevisible* (Barcelona, Editorial Bosch) 250 pp.

³⁵ Cfr.: SALVADOR (2009) pp. 34.

BELLO, Domingo (1992): "Comentario a la S.T.S. de 6 de noviembre de 1992", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 30, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Direct.), (Madrid, Editorial Civitas).

BERCOVITZ, Rodrigo (2009): *Comentarios al Código Civil* (3ª Edición, Navarra, Aranzadi) 2260 pp.

BERCOVITZ, Rodrigo; DIEZ-PICAZO, Luis; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido y SALVADOR, Pablo (1991): *Comentario del Código Civil*, T. II, (Madrid, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones) 1769 pp.

DE AMUNÁTEGUI, Cristina (2003): *La cláusula rebus sic stantibus* (Valencia, Tirant lo Blanch) 342 pp.

DE CUEVILLAS, Ignacio; DE CASTRO, Jaime y GONZÁLEZ, Rocío (2011): *Instituciones de Derecho civil patrimonial* (4ª Edición, Madrid, Editorial Tecnos) 280 pp.

DÖRR, Juan (2005): "La teoría de la imprevisión", RODRÍGUEZ, Pablo (Director) *II Curso de Actualización Jurídica. Teorías del Derecho Civil Moderno* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad del Desarrollo) pp. 143-174.

_____, (1985): "Notas acerca de la teoría de la imprevisión", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 12, n° 2) pp. 253-270.

FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric (2004): *Droit Civil. Les obligations. 1. L'acte juridique* (París, Dalloz) 530 pp.

FUERO NUEVO DE NAVARRA O COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA, disponible en: <http://www.unavarra.es/digitalAssets/150/150326_fuero_nuevo.pdf>

GARCÍA, Manuel (1995): *Lecciones de Derecho Civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos* (Madrid, McGraw-Hill).

JOSSERAND, Louis (2005): *Los móviles de los actos jurídicos en el Derecho Privado*, (Traducc. de C. Julio Latorre, Bogotá, Ed. Leyer) 333 pp.

LACRUZ, José Luis; SANCHO, Francisco; LUNA, Agustín; DELGADO, Jesús; RIVERO, Francisco y RAMS, Joaquín (2011): *Elementos de Derecho Civil*, T. II, (5ª edición, Madrid, Ed. Dykinson) 520 pp.

_____, (2011): *Elementos de Derecho Civil*, T. II, (4ª edición, Madrid, Ed. Dykinson) 580 pp.

- LANDO, Ole y BEALE, Hugh (2000): *Principles of European Contract Law*, (La Haya Kluwer Law International) 561 pp.
- LARENZ, Karl (1956): *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, (Traducc. de C. Fernández Rodríguez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado) 237 pp.
- _____ (1956): *La buena fe como principio fundamental de la relación obligatoria*, T. I., (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado) 142 pp.
- _____ (2002): *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* (Traducc. de Carlos Fernández Rodríguez, Granada, Ed. Comares) 232 pp.
- MOISSET, Luis: (1976): "La lesión en el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino y en algunas legislaciones modernas", *Anuario de Derecho Civil* (T. 29), pp. 85-155.
- MUNAR, Pedro: "Comentario a la STS de 10 de noviembre de 1990", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (n° 25) pp. 135-144.
- PIZARRO, Carlos (2004): "Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 31, n° 2) pp. 225-237.
- RIVERA, José (2012): *La causa en el Derecho chileno* (Santiago de Chile, LegalPublishing) 234 pp.
- _____, (2011): "De la causa en el Derecho comparado", *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile* (n° 3) pp. 295-337.
- _____, (2011): "Una mirada a la doctrina de la causa y sus distintas versiones en el Código Civil chileno", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (vol. 18, n° 2) pp. 305-346.
- _____, (2010): "De los aspectos Generales en torno a la Teoría de la Causa", *Ars Boni et Aequi* (año 6, n° 2) pp. 155-218.
- RUBIO, Enrique (2010): "Ruptura de la base del negocio", *BIB 2010/2405 Aranzadi Civil: Revista Doctrinal* (n° 8) pp. 17-22.

RIVERA RESTREPO, JOSÉ M. (2015): HISTORIA Y FUNDAMENTOS DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* (TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN). UNA MIRADA A LA DOCTRINA ESPAÑOLA

SALAS, Antonio (2010): “La causa en los contratos y la llamada ruptura de la base del negocio”, *BIB* 2010/1725, *Revista Aranzadi Doctrinal* (nº 6) pp. 9-14

SALVADOR, Pablo (2009): “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *Revista InDret* (nº 4) pp. 1-60

SÁNCHEZ, Francisco Javier; MORENO, Bernardo; OSSORIO, Juan; GONZÁLEZ, José; OSSORIO, Juan; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia; GONZÁLEZ, José; HERRERA, Ramón; ORTI VALLEJO, Antonio y MORENO, Luis (2008): *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* (5ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch).

VILLATE, Guillermo (1961): “La teoría de la imprevisión en el Derecho Privado”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata* (T. XX) pp. 151-248

VON TUHR, Andreas (2006): *Tratado de las obligaciones* (Traducc. Wenceslao Roces, Granada, Editorial Comares) 576 pp.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil Austríaco de 1812.

Código Civil Bávaro de 1756.

Código Civil Francés (2005): Traducc. A. Núñez Iglesias, Edición Bilingüe, (Madrid, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales).

Código Civil Prusiano de 1796.

Código Civile Italiano, *Gazzetta Ufficiale*, n. 79, 4 de abril de 1942.

PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA REGULACIÓN DE LOS CRITERIOS LEGALES PARA ESTABLECER EL RIESGO DE CONFUSIÓN ENTRE MARCAS

*Principles that support the regulation
of the legal factors to determine the
likelihood of confusion between
trademarks*

CARLOS CORNEJO GUERRERO*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Lima, Perú

RESUMEN: Uno de los temas fundamentales dentro de la disciplina del Derecho de Marcas es el referido a los criterios para establecer el riesgo de confusión entre tales signos distintivos. La utilidad de toda la disciplina del Derecho de Marcas, sus principios, conceptos e instituciones, la sofisticación de sus reglas y su desarrollo orgánico tienen como propósito último y principal, el solucionar los conflictos que se presentan en la práctica mercantil sobre posible confusión entre marcas ya registradas y las que se solicitan a registro o en el supuesto de infracciones de marcas. Los criterios legales, jurisprudenciales o doctrinarios que establecen el riesgo de confusión entre marcas no deben ser aplicados mecánicamente, sino que hay que ajustar su utilización a las especificidades del caso concreto. En el presente artículo se busca esclarecer y explicar los principios o premisas de

* Profesor principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, correo electrónico: <carloscornejoguerrero@yahoo.com>.

Artículo recibido el 15 de febrero de 2015 y aprobado el 24 de abril de 2015.

los que parte la formulación de dichos criterios según la normativa legal peruana, de modo que los criterios mencionados se apliquen con justeza y cumplan el objetivo de solucionar adecuadamente los conflictos entre marcas.

PALABRAS CLAVE: principios, criterios, riesgo de confusión, marcas, propiedad intelectual.

ABSTRACT: One of the fundamental issues within the discipline of the Trademark Law is the question of the criteria for determining the risk of confusion between such trademarks. The usefulness of the entire discipline of Trademark Law, its principles, concepts and institutions, the sophistication of its rules and its organic development has, as ultimate and primary purpose, solving conflicts that are presented in the commercial practice about possible confusion between marks already registered and those requested to register in the case of trademark infringement. Legal, jurisprudential or doctrinal criteria that establish the risk of confusion between marks, should not be applied mechanically, but must be adjusted to use in the specific case. This article seek to clarify and explain the principles or premises from which part the formulation of the criteria according to Peruvian legislation, to fairness application of them, and will give a clean solution between trademarks conflicts.

KEY WORDS: principles, factors, criteria, likelihood of confusion, trademarks, intellectual property.

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas fundamentales dentro de la disciplina del Derecho de Marcas es el referido a los criterios para establecer el riesgo de confusión entre tales signos distintivos. Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que la utilidad de toda la disciplina del Derecho de Marcas, todos sus principios, conceptos e instituciones, la sofisticación de sus reglas y su desarrollo orgánico, tienen como propósito último y principal, el solucionar los conflictos que se presentan en la práctica mercantil sobre posible confusión entre marcas ya registradas y las que se solicitan a registro¹.

¹ Dependiendo del sistema de adquisición del derecho de marcas vigente en cada país, el referido conflicto también podrá presentarse entre marcas en uso y otras marcas cuyo uso y/o registro sea posterior. De otro lado, en nuestro país asimismo, pueden presentarse

El Derecho de Marcas se ha elaborado para solucionar este problema; para no permitir que se afecte un derecho de marcas ya constituido, sea porque se otorgue otro que entre en conflicto con él o porque se ampare el uso de una marca incompatible con la marca registrada. En este sentido, la idea de protección del derecho constituido no es una simple declaración, sino que es un concepto que adquiere la categoría de principio jurídico; este principio puede tener efectos en la solución concreta de conflictos entre marcas. El Derecho de Marcas comporta un sub-sistema jurídico, que forma parte de otro sub-sistema más amplio que es el de los signos distintivos, el que a su vez está integrado a un sistema mayor denominado Propiedad Industrial.

En dicho sistema se aplican principios, conceptos e instituciones que preservan su armonía y que están alimentados por la realidad de los negocios; es por ello que un método o aproximación adecuados para el estudio de este tema es partir de la observación de la realidad, particularmente del análisis de la jurisprudencia y de las nuevas herramientas publicitarias que utilizan las empresas de hoy en día, en donde la marca ocupa un lugar privilegiado. Este enfoque, el del análisis de las instituciones con la ayuda de la jurisprudencia y de la revisión de la práctica mercantil diaria, es la que guiará nuestro trabajo.

El estudio de los criterios para determinar la confundibilidad de las marcas es importantísimo, porque es la respuesta del Derecho de Marcas a ciertos actos típicos de competencia indebida. En algunos países, los criterios a aplicarse para los casos de confundibilidad entre marcas se han establecido en la Ley². La elaboración de estos criterios y su plasmación en la Ley, no se ha producido de un día para otro, sino que por lo general, fue la Jurisprudencia la que primero dejó sentado los conceptos básicos aplicables a los casos presentados en la realidad, luego la doctrina desarrolló y sistematizó estos conceptos en base a las decisiones jurisprudenciales, y por último la Ley los depuró y los consagró positivamente.

casos de infracción del derecho de marcas que se siguen en un procedimiento especial diferente al procedimiento de oposición a la solicitud de registro de marca; en estos supuestos, igualmente tendrá que evaluarse la proximidad entre la marca registrada y aquella con la que se estaría cometiendo el acto de infracción.

² Como ha sido el caso del Perú. Como un ejemplo de los países que no cuentan con una plasmación legislativa de los criterios aplicables al cotejo marcario está la República Argentina, donde se ha desarrollado una creativa jurisprudencia. NÚÑEZ (2002) fascículo n° 9.

La primera norma jurídica peruana que consigna los criterios para determinar la confundibilidad entre las marcas es el Decreto Ley n° 26.017, el cual es antecedente inmediato del Decreto Legislativo n° 823, publicado el 24 de Abril de 1996³. En realidad, el Decreto Legislativo n° 823 se ha elaborado con base en el Decreto Ley 26.017, de 1992, mejorando algunos aspectos puntuales, pero manteniendo su idea de fondo. Asimismo, el Decreto Legislativo n° 1.075⁴, actualmente vigente, tiene prácticamente el mismo texto que el del Decreto Legislativo n° 823.

Las normas antedichas han consagrado criterios que ya habían sido elaborados por la doctrina nacional y extranjera, y que eran ampliamente conocidos y utilizados desde antaño. La plasmación de estos criterios en la Ley, además de confirmar la justeza de los desarrollos doctrinales en la materia, proporciona una guía útil y adecuada para resolver los conflictos entre marcas. Se ha legislado con la suficiente flexibilidad, para que en el examen de confundibilidad, se pueda atender a las particularidades del caso concreto, sin que queden desvirtuados los principios generales sobre los que descansa esta disciplina.

Si bien es cierto este artículo tratará sobre los principios que informan la regulación de los criterios legales para establecer el riesgo de confusión entre marcas tomando como base la normatividad peruana, nada impide que sea

³ Decreto Legislativo n° 823, de 1996. La primera obra peruana en la que se categorizan y analizan los criterios para establecer la confundibilidad entre marcas es: Cornejo (1992), del autor de este trabajo. La obra se publicó antes que en el Perú se produjera el establecimiento en la Ley, de los criterios para determinar la confundibilidad entre marcas.

⁴ Decreto Legislativo que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión n° 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial. El artículo 45 del Decreto Legislativo n° 1.075, de 2008, de tiene el texto siguiente:

“Artículo 45.- Determinación de semejanza.

A efectos de establecer si dos signos son semejantes y capaces de inducir a confusión y error al consumidor, la Dirección competente tendrá en cuenta , principalmente los siguientes criterios:

- a) la apreciación sucesiva de los signos considerando su aspecto de conjunto, y con mayor énfasis en las semejanzas que en las diferencias;*
- b) el grado de percepción del consumidor medio;*
- c) la naturaleza de los productos o servicios y su forma de comercialización o prestación; respectivamente;*
- d) el carácter arbitrario del signo, su uso, publicidad y reputación en el mercado; y*
- e) si el signo es parte de una familia de marcas”.*

de utilidad cuando dichos criterios han sido elaborados por la jurisprudencia o doctrina; por otro lado, el trabajo también será útil cuando en el país de que se trate no exista un desarrollo particular sobre el tema.

Antes de entrar al estudio de los criterios legales, jurisprudenciales o doctrinarios que establecen el riesgo de confusión entre marcas, es importante esclarecer cuáles son los principios o premisas de los que parte la formulación de dichos criterios, así como cuál es la naturaleza del examen de confundibilidad entre marcas a realizarse por el órgano competente⁵, razón por la cual nos hemos avocado al tratamiento de este tema.

I. EN EL EXAMEN COMPARATIVO, EL JUZGADOR DEBE SITUARSE LO MÁS CERCA POSIBLE A LAS MISMAS CONDICIONES Y CIRCUNSTANCIAS EN QUE ESTARÍA EL PÚBLICO CONSUMIDOR PERTINENTE, AL MOMENTO EN QUE ADQUIERE DETERMINADO PRODUCTO O SERVICIO

El principio básico que informa los criterios legales para examinar la confundibilidad entre marcas consiste en que, en tal examen, es indispensable que el juzgador se sitúe lo más cerca posible a las mismas condiciones y circunstancias en que estaría el público consumidor pertinente, al momento en que adquiere determinado producto o servicio. Los criterios plasmados en la ley, no son otra cosa que guías o pautas probadas por la ciencia y la experiencia, tendientes a que el examen de confundibilidad reproduzca o se aproxime a la situación real en la que se vería incurso el consumidor. En el examen de confundibilidad entre marcas y específicamente en la aplicación de los criterios concretos para establecer si hay riesgo de confusión, es fundamental tener en mente este principio básico.

Un criterio fundamental que se desprende de este principio es que en el examen comparativo el juzgador debe ponerse en la situación del consumidor medio. La noción de consumidor medio es un estándar jurídico que sólo

⁵ En el Perú, los criterios para establecer la confundibilidad entre marcas han sido plasmados en la Ley y los casos sobre conflictos entre marcas causados por este motivo se conocen en primer término en sede administrativa (Dirección de Signos Distintivos del Indecopi, primera instancia administrativa y Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del Indecopi, segunda Instancia que agota la vía administrativa. Las Resoluciones del Tribunal son impugnables ante el Poder Judicial, dentro del procedimiento contencioso-administrativo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no en todos los países se sigue este sistema para la resolución de estos conflictos. En la República Argentina, por ejemplo, sólo es el Poder Judicial quien conoce y decide los casos de conflicto surgidos por un posible riesgo de confusión entre marcas.

puede determinarse según las especificidades del caso concreto; sin embargo para aproximarse a su concepto, muchas veces se realiza la clasificación siguiente:

Consumidor diligente: Es aquel consumidor analítico, observador, de especial cultura y que está bien informado.

Consumidor medio: Es aquel consumidor que no es muy diligente, pero tampoco muy distraído.

Consumidor distraído: Es aquel consumidor poco observador, que no pone cuidado en la atención a las cosas o asuntos y que no está bien informado.

A veces ha surgido la discusión de si el criterio aplicable para determinar el riesgo de confusión entre marcas o el existente para resolver los conflictos en sede de competencia desleal, debe ser el concerniente al del consumidor medio o al del consumidor razonable; estimándose que para los casos de propiedad industrial (como son los de conflictos entre marcas) debe aplicarse la noción de consumidor medio; en cambio, para los conflictos propios de la competencia desleal debe aplicarse la noción del consumidor razonable. Así se ha establecido en la legislación y en la jurisprudencia en el Perú.

A veces se estima que la noción de consumidor razonable implica un grado más alto de diligencia que el consumidor medio y también se ha indicado que la noción de consumidor razonable refiere a un consumidor que está a mitad de camino entre el consumidor medio y el consumidor diligente. Nosotros disintimos de estas posiciones y pensamos que no hay mucha diferencia entre la noción de consumidor medio y la de consumidor razonable. La noción de consumidor razonable se comenzó a utilizar en el Perú por vía jurisprudencial administrativa⁶, señalándose que esta correspondía a aquel consumidor que actuara con una diligencia ordinaria. Un consumidor que actúa con una diligencia ordinaria, es decir la diligencia esperada según una situación determinada, no es muy diferente a un consumidor medio que no es totalmente diligente, pero tampoco distraído.

⁶ Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

II. LA ELECCIÓN DE LOS CRITERIOS APLICABLES DEBE HACERSE SEGÚN LAS ESPECIFICIDADES DEL CASO CONCRETO

Otro principio importante es el de que la elección de los criterios aplicables debe hacerse según las especificidades del caso concreto. Este principio tiene dos consecuencias importantes. La primera es la consideración –que se desprende inclusive de la misma Ley– que los criterios expresamente señalados en ella, son los que principalmente se tomarán en cuenta, pero no son necesariamente los únicos. Es decir, la lista de criterios indicados del artículo 45° al artículo 49° del Decreto Legislativo n° 1.075, no constituye una lista taxativa sino meramente enunciativa⁷.

Aún cuando de la lectura del primer párrafo del artículo 45° del Decreto Legislativo n° 1.075 se desprenda que se da mayor importancia a los criterios

⁷ El artículo 45 del Decreto Legislativo ya fue transcrito en la nota 5. Los artículos 46 al 49 del mismo cuerpo legal tienen el texto siguiente:

“Artículo 46.- Signos denominativos Tratándose de signos denominativos, en adición a los criterios señalados en el artículo 45 de este Decreto Legislativo, se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) la semejanza gráfico-fonética;
- b) la semejanza conceptual; y,
- c) si el signo incluye palabras genéricas y/o descriptivas, se realizará el análisis sobre la palabra o palabras de mayor fuerza distintiva.

Artículo 47.- Signos figurativos Tratándose de signos figurativos, en adición a los criterios señalados en el artículo 45 de este Decreto Legislativo, se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) Si las figuras son semejantes, si suscitan una impresión visual idéntica o parecida.
- b) Si las figuras son distintas, si evocan un mismo concepto.

Artículo 48.- Signos mixtos Tratándose de signos mixtos, formados por una denominación y un elemento figurativo, en adición a los criterios señalados en los artículos 45, 46 y 47 del presente Decreto Legislativo se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) la denominación que acompaña al elemento figurativo;
- b) la semejanza conceptual; y
- c) la mayor o menor relevancia del aspecto denominativo frente al elemento gráfico, con el objeto de identificar la dimensión característica del signo.

Artículo 49.- Semejanza conceptual Tratándose de un signo denominativo y uno figurativo, se tendrá en consideración la semejanza conceptual. Tratándose de un signo denominativo y uno mixto, se tendrán en cuenta los criterios señalados en los artículos 45 y 47 de este Decreto Legislativo. Tratándose de un signo figurativo y uno mixto, se tendrán en cuenta los criterios señalados en los artículos 47 y 48 del presente Decreto Legislativo.

En los tres supuestos serán igualmente de aplicación los criterios señalados en el artículo 45 del presente Decreto Legislativo.”

consignados expresamente por dicha norma, ello no niega que en el caso concreto sea también importante la aplicación de otros criterios. Ello está plenamente justificado, en vista de la riqueza de matices y particularidades que puede presentar la realidad, que no harían aconsejable una limitación de los criterios. Los criterios consignados expresamente por la Ley, no constituyen en modo alguno, una camisa de fuerza para el juzgador; como hemos mencionado, la propia Ley deja en claro que tales criterios no son los únicos, sino solamente aquellos que por su importancia, deben ser considerados principalmente.

Algunos criterios que no están contemplados en la norma y que dado el caso podrían invocarse, son por ejemplo el de la coexistencia pacífica de marcas, el de que mayor significación para la comparación tienen los elementos característicos o más distintivos de las marcas, o el de hay que tener en cuenta los informes de sondeo de opinión o encuestas entre los consumidores potenciales de los productos a ser distinguidos con la marca, etc.

También debemos considerar en relación a este aspecto, que los criterios legales para establecer el riesgo de confusión entre marcas han sido formulados teniendo en mente signos tradicionales o típicos; recurriendo a la clasificación clásica de marcas que las divide en nominativas, figurativas y mixtas. Ello ha generado que nuevos tipos de marcas permitidos por la actual Legislación, e inclusive signos que eran permitidos por la Legislación anterior, como las marcas tridimensionales, no encuentren una regulación específica en este aspecto.

De esto puede sobrevenir la creación de nuevos criterios aplicables a estas clases especiales de marcas, o por lo menos, el perfeccionamiento de los antiguos. Un ejemplo de este fenómeno es el que se presenta cuando se trata de establecer la confundibilidad de dos marcas tridimensionales que consisten en la forma del producto. Un criterio que no encontramos plasmado en la Legislación, pero que tiene mucha justificación es el de que en estos casos el ámbito de protección de la marca tridimensional registrada, sólo puede llegar a impedir la utilización de exactamente la misma forma tridimensional registrada o una que sea casi la misma. Es decir, en el examen de confundibilidad entre estas marcas, se considerará que la protección que brinda una marca tridimensional es más reducida, por lo que no se rechazará el registro de una marca tridimensional solicitada, cuando pese a que presente similitud con la registrada, no se trate de la misma forma ni de una muy cercana a ella.

La segunda consecuencia del principio de elección de los criterios aplicables, según las especificidades del caso concreto, es que no necesariamente podrán siempre aplicarse todos los criterios consagrados en la Ley para la

solución del caso. Imagínese por ejemplo que existiera un conflicto entre dos marcas nominativas, siendo que ninguna de ellas perteneciera a una familia de marcas; entonces, no habría forma de aplicar el referido criterio aún cuando esté consignado expresamente en el literal e) del artículo 45 del Decreto Legislativo n° 1.075. Es decir, como bien dice la ley, la Dirección competente tendrá en cuenta estos criterios, pero lógicamente sólo entrarán a tallar cuando el caso concreto pueda adecuarse al supuesto de hecho previsto en la norma.

III. DEBE HACERSE UNA LIBRE PONDERACIÓN DEL PESO DE LOS CRITERIOS APLICABLES A UN CASO PARTICULAR

Además, tenemos el principio de la libre ponderación del peso de los criterios aplicables a un caso particular. El rol de los criterios no es el dar una solución mecánica a los casos, sino más bien proporcionar una guía de los aspectos que deben ser considerados al momento de evaluar si dos marcas son confundibles o no. Es indispensable hacer una verdadera evaluación del caso concreto, conjugando de la mejor manera los criterios aplicables.

No puede dejar de observarse, en vista de la naturaleza del examen de confundibilidad entre marcas, que siempre habrá un cierto grado de subjetividad al momento de decidir en un sentido u otro. Los criterios señalados buscan –en la medida de lo posible– reducir ese grado de subjetividad y de incertidumbre que se produce normalmente por interpretaciones o evaluaciones que no se ajusten a parámetros ya aceptados; sin embargo, siempre serán las particularidades del caso concreto, a las que habrá que poner atención especial para una correcta decisión.

Refiriéndonos en conjunto, al principio de la elección de los criterios según las especificidades del caso concreto y al de la libre ponderación del peso de los criterios aplicables en un caso particular, se debería considerar por ejemplo, que no todos los criterios legales serían aplicables al momento de comparar dos marcas, además que no todos tienen necesariamente la misma jerarquía y que algunas veces habrán criterios que no han sido consignados en la Ley, pero que deben aplicarse en atención al caso particular.

Para establecer el riesgo de confusión en los Estados Unidos de América, las Cortes aplican varios factores que se derivan del caso *"Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp."*; se entiende que estos factores sirven como guía y no

todos ellos pueden ser de utilidad en un caso determinado⁸. Es interesante ver la similitud de estos factores con los criterios que se aplican en nuestra legislación.

IV. ES IMPORTANTE TENER EN CUENTA LA CLASIFICACIÓN DE LOS CRITERIOS EN GENERALES Y ESPECIALES

El principio referido a la clasificación de los criterios en generales⁹ y especiales es indispensable para no olvidar todas las variables que deben aplicarse al momento de juzgar un caso. Se entiende que los criterios generales se aplican a cualquier clase de conflicto entre marcas, los criterios especiales únicamente a los conflictos derivados de marcas del mismo tipo, según la clasificación anotada que divide a las marcas en denominativas, figurativas y mixtas. Esta regulación servirá de guía para establecer cuáles son los criterios aplicables, por ejemplo, entre dos o más marcas denominativas, dos o más marcas figurativas, marcas denominativas *versus* marcas mixtas, etc. Los criterios especiales se aplican, según los tipos de marca de que se trate, adicionalmente a los criterios generales.

La formulación de los criterios en base a esta diferenciación permite, además, aplicar en lo posible, los criterios generales a relativamente nuevos tipos de marcas, sin que la no existencia de criterios dirigidos específicamente a ellas, se constituyan en un obstáculo para la decisión.

⁸ Citado por STIM (2000) p.127. Los factores referidos son los siguientes: *strength of the senior's user mark, similarity of the marks, similarity of the products or services, likelihood that the senior user will bridge the gap, the junior user's intent in adopting the mark, evidence of actual confusion, sophistication of the buyers and quality of the junior user's products or services.*

⁹ Es posible encontrar otras clasificaciones de los criterios. Por ejemplo en la República Argentina, se habla de reglas o principios y de circunstancias adjetivas para el cotejo marcario. Estas reglas o principios y circunstancias adjetivas han sido desarrolladas por la jurisprudencia. Así en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Pfizer Inc. y Finadiet S.A. (1998, causa n° 3369/98) sobre cese de oposición al Registro de Marca, se señala: "Antes que nada voy a recordar algunos principios que a los fines de la confrontación marcaria, ha sentado la jurisprudencia del Tribunal [...]". Asimismo, más adelante se indica: "[...] En definitiva, como en todos los conflictos marcarios, habrá de ponderarse el escenario en el cual se ambienta la contienda o "las circunstancias adjetivas de la causa", sin que quepa limitar la decisión a un desnudo cotejo de los signos".

V. EN LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS PROPIOS DEL EXAMEN DE CONFUNDIBILIDAD ENTRE MARCAS Y, EN GENERAL, EN EL DEL EXAMEN DE REGISTRABILIDAD, SE EVALUARÁN ASPECTOS DE HECHO COMO DE DERECHO, Y NO SÓLO ESTOS ÚLTIMOS

El presente principio está referido a la naturaleza del examen de confundibilidad entre marcas y –en general– al examen de registrabilidad. Este consiste en que, en la aplicación de los criterios, se evaluarán aspectos tanto de hecho, como de derecho, y no sólo estos últimos.

En relación a este punto, la Resolución n° 0329-2004 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual¹⁰, recaída en el expediente n° 185700-2003¹¹, que versa sobre solicitud de registro de marca de producto, presentada por Industria de Calzado S.A.C. – ICALSAC (Perú), señala lo siguiente: *Finalmente, en el procedimiento de registro de marcas, no existe la posibilidad ni la obligación de parte de la Autoridad de determinar concretamente si el público realmente aprecia el signo como proveniente de un determinado origen empresarial. En el examen de distintividad, se trata de una cuestión de derecho, que se decide en base a hechos y experiencias generales sin que sea necesario realizar investigaciones extensas (por ejemplo encuestas de consumidores). Sin embargo, sí se requiere que la decisión de la Autoridad se base en apreciaciones concretas; por lo que suposiciones teóricas, especulaciones, conjeturas, no son suficientes para determinar que un signo no es distintivo*¹².

Asimismo, en cuanto al examen de confundibilidad ente marcas, la Resolución n° 0112-2005/TPI-INDECOPI, del 10 de febrero del 2005, recaída en el expediente n° 180182-2003, sobre solicitud de registro de marca de producto *Ola*, para distinguir leche y productos lácteos, productos a base de yogurt, postres, batidos de leche, bebidas licuadas en las que predomina la

¹⁰ En adelante, "INDECOPI".

¹¹ En la indicada solicitud se pedía el registro de la marca de producto constituida por la figura tridimensional de un calzado para niño en cuya suela se aprecian ruedas y diversas figuras; la parte lateral se encuentra compuesta por el diseño de ruedas; la parte frontal se encuentra compuesta por el diseño de llantas y diversas líneas; conforme al modelo, para distinguir calzado, prendas de vestir y sombrerería, de la clase 25 de la Nomenclatura Oficial.

¹² En Resolución N° 1326-2005/TPI-INDECOPI, p. 151 y 152, aparece un criterio similar. Véase comentario en el punto V.1.3.1, titulado: "Aproximación a la percepción efectiva del consumidor".

leche (*smoothies*), clase 29, presentada por Unilever N.V. (Reino de los Países bajos), señala:

CERTIFICADO N° 5.647

“Con relación a lo manifestado por el solicitante –en el sentido que, en la práctica, las marcas de la opositora distinguen únicamente conservas de pescado, por lo que su coexistencia en el mercado no es susceptible de inducir al público consumidor a confundir un producto por otro o asociar el origen empresarial de los mismos–, la sala conviene en señalar que existe diferencia entre el registro y el uso de un signo. Así, el riesgo de confusión en derecho de marcas no es una cuestión de hecho sino de derecho y se establece basándose en dos elementos: la similitud entre los productos que distinguen cada uno de los signos y la semejanza entre los signos –en ambos casos de acuerdo a cómo se encuentren registrados o solicitados– tomando además en consideración la distintividad de los signos. En tal sentido, los productos que la marca distinga en la práctica o la forma particular como el titular del signo comercialice sus productos en el mercado no son relevantes a efectos de determinar el riesgo de confusión entre los signos”.

Es pertinente destacar en relación a los extractos de las resoluciones transcritas, que el examen de registrabilidad, o específicamente el examen de confundibilidad entre marcas, no necesariamente consiste en una cuestión de puro Derecho, sino que –dicho examen– requiere el análisis de cuestiones de Derecho conjuntamente con una evaluación de los hechos, conforme a la prueba actuada.

También debe tenerse presente que muchas veces puede ser necesario, para que el juzgador forme su convicción, el contar con estudios de encuestas de consumidores o estudios de mercadeo. En la decisión sobre la registrabilidad o confundibilidad, entran en juego variables complejas referidas a la realidad del mercado y a la percepción del consumidor medio, para cuyo conocimiento, los estudios técnicos correspondientes son muy útiles y a veces indispensables.

El juzgador debe valerse de todos los medios permitidos a su alcance, para garantizar una decisión justa, aprovechando y no desechando las herramientas técnicas disponibles, cuando sea conveniente.

VI. SE PODRÁN ACEPTAR ACUERDOS DE COEXISTENCIA DE MARCAS, CUANDO NO SE AFECTE EL INTERÉS GENERAL DE LOS CONSUMIDORES

Por otro lado, la aplicación del examen de registrabilidad y específicamente la apreciación de la posible confundibilidad entre marcas, no queda descartada necesariamente, en el supuesto que hubiera un acuerdo de coexistencia entre los titulares de las marcas en conflicto. Así, el artículo 56 del Decreto Legislativo n° 1.075, establece que las partes en un procedimiento podrán acordar la coexistencia de signos idénticos o semejantes siempre que, en opinión de la autoridad competente, la coexistencia no afecte el interés general de los consumidores.

La Resolución n° 1934-2003/TPI-INDECOPI, del 2 de Octubre del 2003, emitida en el Expediente n° 176997-2003, sobre solicitud de registro de la marca de producto constituida por la denominación *bellezza* escrita en letras características, la palabra *toallas* escrita en letras características y la representación estilizada de un sol y tres líneas ondulantes, todo en los colores azul, turquesa, amarillo y anaranjado; conforme al modelo, para distinguir toallas de materias textiles, de la clase n° 24 de la Nomenclatura Oficial:

2. Acuerdo de coexistencia

2.1 MARCO CONCEPTUAL

Las marcas como instrumentos de identificación y diferenciación de los productos o servicios hacen posible la producción en masa y el desarrollo industrial y comercial de una sociedad.

Las marcas coadyuvan a la transparencia en el mercado al permitirle a su titular individualizar –entre la multiplicidad de productos o servicios que se encuentran en el mercado– los productos o servicios que ofrece. De esta forma puede diferenciar sus productos o servicios de los de sus competidores y crear y asegurarse una clientela.

La marca permite a los consumidores diferenciar inequívocamente los productos o servicios que son ofrecidos en el mercado, y en base a esta diferenciación asociar los productos o servicios con una determinada calidad.

El interés del público consumidor en que exista la debida diferenciación entre los competidores radica en la posibilidad de identificar los productos o servicios que ha probado y con los cuales ha quedado satisfecho, sin posibilidad de error alguno. Este interés normalmente coincide con el interés privado del industrial, del comerciante o del prestador de servicios de cautelar

su derecho exclusivo al uso de los signos que distinguen a los productos o servicios que ofrecen, por ser el primer interesado en que si un consumidor ha quedado satisfecho con su producto o servicio lo adquiera nuevamente sin que, por la similitud de los signos, el consumidor termine adquiriendo un producto o servicio de un competidor.

Puede darse, sin embargo, el caso de que dos titulares lleguen a un acuerdo económico de coexistencia de sus respectivas marcas pero que el riesgo de confusión subsista, con lo que se privaría al consumidor de su derecho a elegir libremente entre los productos del mercado, de acuerdo a su origen empresarial, además el consumidor puede verse expuesto a adquirir un producto o servicio que no posea la calidad o alguna otra característica esperada. Para impedir lo anterior, el artículo 158 del Decreto Legislativo n° 823 (1) establece expresamente que las partes en un procedimiento podrán acordar la coexistencia de marcas similares para productos o servicios de la misma clase, siempre que, en opinión de la oficina administrativa competente, la coexistencia no afecte negativamente el interés general de los consumidores.

Si bien la Decisión n° 486 no incluye ninguna norma que expresamente regule este supuesto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha pronunciado sobre el tema. En el Proceso N° 41-IP-99 –en una sentencia expedida durante la vigencia de la Decisión 344 (2)– en relación al caso de una solicitud de registro de una marca similar a otra ya registrada, señaló que pese a existir una autorización del titular cuyo registro ya está consolidado; necesariamente se tiene que considerar el interés del consumidor quien puede llegar a verse confundido con la presencia de dos marcas similares en el mercado, más aún si ellas se encuentran destinadas a proteger productos de la misma clase internacional; y si, además, las marcas confrontadas han sido solicitadas para todos los productos o servicios comprendidos en la correspondiente clase (3). En tal sentido, concluyó que en estos casos el administrador al momento de valorar estas circunstancias, en su decisión deberá velar que las marcas a confrontarse no produzcan confusión en el mercado. Precisó que el acuerdo puede facilitar el registro, pero la autoridad nacional puede tomar su decisión en contra, no conduciendo el acuerdo necesariamente a un registro (4).

En este sentido, frente a acuerdos de coexistencia o cartas de consentimiento para el registro de un signo distintivo idéntico o similar a uno ya registrado, se evaluará la posibilidad de aceptar dichos acuerdos siempre que no afecten el interés general de los consumidores; a su vez se podrá tomar en consideración, el hecho de estar frente a casos en que las partes intervinientes formen parte de un mismo grupo empresarial o tengan la condición de sucursales, ello debidamente acreditado en el procedimiento correspondiente; es

decir, que tengan vínculos económicos, al grado que el público consumidor no se vea inducido a confusión en el mercado.

2.2 APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

Tejidos San Jacinto S.A. presentó un acuerdo de coexistencia de marcas celebrado entre las empresas Inversiones Comindustria S.A. y Tejidos San Jacinto S.A.

En dicho documento se señala lo siguiente:

- Inversiones Comindustria S.A. otorga consentimiento a Tejidos San Jacinto S.A. para que registre y use la marca "bellezza" y logotipo, únicamente para distinguir toallas, excluyendo los demás productos de la clase comprendidos en el registro de la marca registrada a favor de Inversiones Comindustria S.A. (certificado N° 73971), particularmente ropa de cama y de mesa, y asume que no levantará ninguna objeción para el uso y registro respecto al producto indicado.

- Tejidos San Jacinto S.A. se compromete a realizar el registro únicamente para toallas de materias textiles, particularmente de felpa, comprometiéndose a hacer referencia a su razón social en sus productos, con lo cual evitaría la posibilidad de cualquier riesgo de confusión.

- El acuerdo y consentimiento es válido para los registros de marcas que realicen ambas empresas en países pertenecientes a la Comunidad Andina y países latinoamericanos y centroamericanos, incluyendo México, de tal manera que los registros comprendan sólo los productos mencionados.

Respecto a dicho documento, cabe señalar que ha sido firmado por el señor Geri Ciabatti Salocchi en representación de Inversiones Comindustria S.A. y el señor Ramón Ricardo Rázuri Ramírez en representación de Tejidos San Jacinto S.A., y las firmas han sido legalizadas por el notario Jaime Murguía Cavero.

No obstante lo anterior, en aras del derecho de los consumidores (derecho reconocido en "el artículo 158 del Decreto Legislativo 823) a una debida diferenciación de los servicios que ofrecen los competidores para que puedan tomar decisiones de compra racionales basadas principalmente en calidad y precio, se tendrá que realizar el examen de confundibilidad entre los signos en conflicto, para determinar si corresponde o no aceptar el acuerdo de coexistencia presentado".

Citas de la Resolución:

- (1) *“Artículo 158.- Las partes en un procedimiento podrán acordar la coexistencia de signos idénticos o semejantes siempre que, en opinión de la Oficina competente, la coexistencia no afecte el interés general de los consumidores.*
- (2) *La Decisión 344 tampoco incluía norma alguna que expresamente regulara este supuesto.*
- (3) *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 542 del 8 de marzo de 2000, p. 15.*
- (4) *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 542 (nota 3), p.19”.*

Como vemos, es posible el registro de marcas que deriven de un acuerdo de coexistencia pacífica entre las partes; sin embargo, ello es posible siempre que no se afecte el interés general de los consumidores.

El punto importante es determinar cuándo se afecta o no el interés general de los consumidores. Pensamos que si las marcas son semejantes, sólo pueden existir condiciones especialísimas en el que esta afectación no genere riesgo de confusión y en consecuencia no se afecte el interés general de los consumidores. Ello podría ocurrir, si entre las partes se ha acordado dirigirse a segmentos de mercados distintos y perfectamente delimitados. Ello se plasmaría, por ejemplo, si una de las partes vende sus productos directamente al público individual y tiene prohibido venderlos a grandes consumidores (hospitales, clínicas, centros escolares, universidades, institutos, etc.). También es posible aceptar estas marcas si sus titulares pertenecen a un mismo grupo empresarial o si las empresas tienen algún vínculo organizativo o económico.

CONCLUSIONES

Como podemos apreciar, la aplicación de los criterios legales para establecer el riesgo de confusión entre marcas es un asunto complejo que tiene siempre un margen de subjetividad. No obstante y justamente por ello, es muy útil conocer los principios sobre los cuales descansa la aplicación de tales criterios, para aplicarlos correctamente de una manera creativa, flexible y razonable.

Los criterios son pautas o guías que sirven para la solución de casos, que están contruidos en base a la experiencia y práctica jurídico-mercantil y que nunca deben aplicarse como una camisa de fuerza en la decisión. Los principios que hemos estudiado ayudan a aplicar dichos criterios con tino y acierto.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BERTONE, Luis y CABANELLAS, Guillermo (1989): *Derecho de Marcas* (Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L.) Tomos I y Tomo II, 602 pp.

BREUER, Pedro (1937): *Tratado de Marcas de Fábrica y Comercio* (Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez) 665 pp.

CORNEJO, Carlos (2007): *Derecho de Marcas* (2º Edición, Lima, Cultural Cuzco) 565 pp.

_____ (1992): *Derecho de Marcas* (Lima, Cultural Cuzco) 256 pp.

FERRÁNDIZ, José (2007): *Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial, Publicidad y Derecho de la Competencia* (Madrid, La Ley, Grupo Wolters Kluwer) 1374 pp.

INDECOPI (1996): *Compilación Legislativa de Propiedad Intelectual* (Lima, INDECOPI) 420 pp.

NÚÑEZ, Javier (2002): "La similitud confusionista en materia marcaria: reglas jurisprudenciales sobre cotejo de los signos", *J.A. 2002-III*, fascículo n° 9.

OTAMENDI, Jorge (2002): *Derecho de Marcas* (4º Edición, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot) 395 pp.

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (2007): *Propiedad Industrial Facultad de Derecho, VIII Curso Intensivo de Post-grado invierno*, materiales de lectura (Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires).

STIM, Richard (2000): *Trademark Law* (Canada, West Legal Studies - Thomson Learning) 293 pp.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decisión n° 486, de la Comisión de la Comunidad Andina, establece un régimen común sobre propiedad industrial. *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, 19 de septiembre de 2000. Disponible en: <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/10/par/leg_norsupra/decis486comcomand.pdf>, fecha de consulta: 2 de febrero de 2015.

Decreto Legislativo n° 823 (Perú), Ley de Propiedad Industrial. *Diario Oficial El Peruano*, 24 de abril de 1996.

Decreto Legislativo n° 1.075 (Perú), que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión n° 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial. *Diario Oficial El Peruano*, 28 de junio de 2008.

Decreto Ley n° 26.017 (Perú), Ley General de Propiedad Industrial. *Diario Oficial El Peruano*, 12 de diciembre de 1992. Derogado por la Cuarta Disposición Final del Decreto Legislativo n° 823. *Diario Oficial El Peruano*, 24 de abril de 1996.

JURISPRUDENCIA CITADA

Cámara Nacional De Apelaciones Federal En Lo Civil y Comercial, *Pfizer Inc. Contra Finadiet S.A*, *Sentencia de la Sala n° 2* (1998): 9 de setiembre de 2004, Causa n° 3369/98.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), *solicitud de registro de la marca de producto constituida por la denominación BELLEZZA, TOALLAS, clase 24 de la Nomenclatura Oficial* (2003): 2 de Octubre de 2003, Resolución n° 1934-2003/TPI-INDECOPI, Expediente n° 176997-2003.

_____, *solicitud de registro de marca de producto, presentada por Industria de Calcado S.A.C. – ICALSAC, Perú* (2004), Resolución n° 0329-2004-INDECOPI, expediente N° 185700-2003.

_____, *solicitud de registro de marca de producto OLA, para distinguir leche y productos lácteos, bebidas licuadas en las que predomina la leche (smoothies), clase 29, Unilever N.V del Reino de los Países bajos* (2005): 10 de febrero de 2005, Resolución n° 0112-2005/TPI-INDECOPI, expediente n° 180182-2003.

_____, *solicitud de registro de marca, Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A, Perú* (2005), Resolución n° 1326-2005/TPI-INDECOPI, expediente n° 195126-2003.

En Resolución N° 1326-2005/TPI-INDECOPI, p. 151 y 152, aparece un criterio similar. Véase comentario en el punto V.1.3.1, titulado: “*Aproximación a la percepción efectiva del consumidor*”.

LOS EFECTOS PROCESALES DE LA CORRECCIÓN POLÍTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO CON OCASIÓN DE LA LEY N° 20.609

*The procedural effects of political
correctness within the chilean legal
system, especially regarding law no.
20.609*

JAVIERA FARÍAS SOTO*
Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

RESUMEN: El artículo realiza un análisis de los criterios de corrección política que en estos últimos años han permeado parte de la legislación nacional; centrandó su estudio en el procedimiento judicial contemplado en la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación. Como resultado de este análisis, la autora sostiene que dicho procedimiento conlleva implícitamente el uso de criterios de corrección política que, atendida la praxis chilena, tienen la potencialidad de transformarse en verdaderos inversores de la carga de la prueba al obligar al denunciado la prueba del hecho negativo de “no discriminar”, entre otras nocivas consecuencias procesales en el sistema judicial nacional.

* Abogada. Licenciada en Derecho y Bachiller en Ciencias Sociales y Humanidades, Pontificia Universidad Católica de Chile. Alumna regular del Programa de Doctorado, Pontificia Universidad Católica de Chile., Santiago, Chile. Becaria CONICYT para estudios de postgrado en Chile CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2014-21140540. Dirección Postal: Alameda 340, Santiago, Chile. <jcfarias@uc.cl>

Artículo recibido el 23 de marzo de 2015 y aprobado el 5 de mayo de 2015.

PALABRAS CLAVE: Ley n° 20.609 - corrección política - debido proceso - *onus probandi*.

ABSTRACT: The article analyzes the criteria of political correctness that have been included in part of the Chilean law in recent years; focusing its study in the judicial proceedings under Law n° 20.609 that establishes measures against discrimination issues. As a result of this analysis, the author exposes that this kind of procedure implicitly involves the use of political correctness's criteria that, given the Chilean praxis, have the potential to invert the *onus probandi* by requiring proof of a negative fact (not acting in a discriminatory manner), among other harmful procedural consequences in the national judiciary system.

KEY WORDS: Law N° 20.609 - political correctness - due process of law - *onus probandi*.

I. INTRODUCCIÓN

Desde mediados del siglo XX nuestras sociedades han sido protagonistas de cambios paradigmáticos a nivel de comprensión de los fenómenos económicos, políticos, sociales y jurídicos, los cuales han sido reinterpretados y redefinidos gracias a la influencia del postmodernismo¹ y otros movimientos² que niegan las grandes narrativas y cánones universales³, reemplazándolos

¹ Los planteamientos de este movimiento fueron la respuesta a los excesos totalitarios que inundaron la Europa de la Segunda Guerra Mundial. Así, identificando totalitarismos con universalismos se postuló que había que acabar con los segundos para evitar los primeros. En efecto, Pinillos (1995) p. 162 señala que el diferendo es la piedra angular de la concepción postmoderna, que permite hacer frente a la idea del Todo que han manejado a su antojo los totalitarismos para justificarse moralmente. El fenómeno postmoderno carece de un discurso unificado, su pluralismo es grande y en él cabe de todo y hay de todo. El postmodernismo es un intento menos agresivo y totalizador de ver el mundo y la vida en él, que acepta la ambigüedad de la vida, que se resiste a ponerse el uniforme de una pseudo universalidad, que rechaza las grandes narrativas de las que desciende la uniformidad que cohibe, que desconfía del progreso, que cree en la utilidad de las rupturas, que vive cómodo en los fragmentos que resultan de ellas y que, en última instancia, no quiere que la diversidad de las culturas perezca bajo la hegemonía de una civilización materialmente unificada. PINILLOS (1995) p. 167.

² Entre ellos, el deconstructivismo lingüístico de Jacques Derridá al cual nos referiremos *infra*.

³ Cánones que vienen desde el mundo clásico, donde la ley era la expresión de la racionalidad de la naturaleza y, por tanto, de alcance universal, inmutable y eterna. Esta uni-

por la particularidad de las pequeñas historias y el valor intrínseco de la diversidad por la diversidad.

En lo que respecta a lo jurídico como fenómeno, ante la imposibilidad de recurrir a sistemas normativos o éticas cuyo contenido sea material universalmente; ha tomado gran relevancia la determinación de los derechos subjetivos frente a los derechos objetivos de antaño, que son desertados precisamente a causa de este abandono de los cánones universales de los cuales dependen.

Sin embargo, esta reafirmación de los derechos subjetivos no se da aisladamente en una comunidad. Va premunido, sino pragmáticamente coordinado, con una campaña mediática que paralelamente reformula en la sociedad el modo de concebir las exigencias jurídicas y reconstruye el lenguaje mediante el cual se expresan los derechos y deberes de los operadores jurídicos⁴.

versalidad vino a cambiar de fuente y de forma con el Renacimiento, pasando a ser una universalidad de fuente terrenal y más pragmática. En la Ilustración, en cambio, se retornó al estudio de los principios intemporales y universales a través de los postulados de la razón, transfiriendo la autoridad universal de la ley medieval a una razón secular de la cual las ciencias fueran su principal instrumento (como la Ley de Newton), llevando a la unicidad de la civilización y a la construcción de una gran narrativa en torno a la misma (todos los hombres, sin distinción, respondían al mismo constructo filosófico y racional). PINILLOS (1995) pp. 163-166.

⁴ Esta reconstrucción, o más propiamente deconstrucción lingüística, bebe de la base post-moderna planteada por Derridá de que ya la sociedad se encontraba al fin de la historia del logocentrismo, pasando a separar el significado –contenido– del significante –conteniente lingüístico sonoro, gráfico, etc.–, perdiendo la univocidad y pudiendo éste a su vez contener múltiples significados. Siendo que el significante ya no se encuentra anclado al significado (tiene existencia autónoma) y que el significante puede adoptar diversas formas (escrituras), lo que determinará la expresión que esté contenida en el significante será lo que el intérprete aporte a dicho significante y de la manera como él lo construya (Cfr. DERRIDA, (1967) pp. 48 y ss.). Con esta noción, se clausura la tesis clásica sostenida desde Aristóteles que existen cosas (significados) externas al intérprete a los cuales el intelecto se adapta y que son cognoscibles (*Adaequatio rei et intellectus*) y de las cuales el significante es su fiel huella o reflejo.

Con lo anterior, la aproximación cognoscitiva a todo (incluyendo al Derecho) no puede ser orientada a la cosa (significado) misma, pues no existe; lo que existe de ella son sólo los significantes que, sin parámetro previo, pueden ser llenados por un intérprete a plena arbitrariedad y, a través de ellos y de un constante ejercicio de destruir/construir, acercarse al significado (mas nunca llegar a él). Es lo que se llama deconstruccionismo lingüístico. Ejemplo de ello es “La farmacia de Platón”, texto en el cual Derrida expone: “Cuando el

Así, el lenguaje básico de los operadores jurídicos (la norma jurídica) ha sufrido modificaciones en orden a adaptarse a estos nuevos estímulos de corte ideológico⁵ no sólo por sus planteamientos, sino también por sus efectos. Para que ocurra esto se debe prescindir o clausurar aquellos parámetros comunes e inmutables que regían la actividad jurídica. Es necesario repensar la formación y el contenido normativo, dado que ya no es la norma la que se adapta a la realidad (parámetro objetivo), sino que es la interpretación de la realidad (parámetro subjetivo) la que debe adquirir un carácter legal: ser protegido, promovido o permitido por el Derecho.

Dado que la interpretación de la realidad de los operadores jurídicos puede ser tan buena una de otra, la realidad que viene a regular la norma no es tal, sino una expresión de la opinión pública e incluso se puede sostener que las normas jurídicas encontrarían su fundamento más en la psicología de grupo⁶ que en determinaciones materiales-universales como la justicia conmutativa o distributiva aristotélica.

Y es precisamente lo que ha ocurrido en Chile con el establecimiento de legislaciones especializadas donde los expertos divisaron lagunas (que no eran tales)⁷ y abogaron por años la creación de normas subjetivizadas⁸

proscenio textual de la palabra *fármaco*, aun significando *remedio*, cita, re-cita y da a leer lo que en *la misma palabra* significa, en otro lugar y a otra altura de la escena, *veneno* (pues *farmacon* quiere decir aún más cosas), la elección de una sola de esas palabras francesas por el traductor tiene como primer efecto neutralizar el juego citativo, el “anagrama”, y en último término sencillamente la textualidad del texto traducido.” (Cfr. DERRIDA (1975) p. 146)

⁵ Como forma de interpretar el mundo desde una determinada praxis, en este caso, la lucha de los opuestos (Cfr. DERRIDA (1975) p. 137). Los autores sostienen que una ideología ha sido exitosa cuando las políticas públicas y los acuerdos sociales, por ejemplo, son visibilizados como lógicos y necesarios; cuando su legitimidad, en otras palabras, es entendida basada en una estructura universal y apela a intereses generalizables (Cfr. MING CHOI Y MURPHY (1992) p. 32, la traducción es nuestra.) Y es precisamente la forma que ha adaptado esta reafirmación de los derechos subjetivos: generalizándolos en la diversidad, que es lo que ha ocurrido en el ordenamiento jurídico chileno.

⁶ MING CHOI Y MURPHY (1992) p. 37, la traducción es nuestra.

⁷ Bastan ejercicios de integración e interpretación normativa para dar cumplimiento al mandato constitucional de asegurar a todas las personas sus derechos fundamentales consagrados tanto en la legislación nacional como en la internacional ratificada y vigente. En definitiva, construir racionales y sólidas argumentaciones.

⁸ Esta subjetivización normativa queda reflejada en un fenómeno comunicacional muy curioso. En los últimos cinco años la nomenclatura de la legislación ha variado desde el parámetro objetivo del número (v.gr.: Ley 18.175 sobre Quiebras) al parámetro subjetivo

basadas en el clamor popular concreto de un determinado hecho; obviando con ello la circunstancia de que la multiplicidad de normas creadas por este ímpetu subjetivo llevará a mayores lagunas y contradicciones, resultando en un efecto contraproducente por quienes precisamente deseaban salvarlas mediante la dictación de normativa de carácter especial.

En este contexto de reconstrucción (o deconstrucción) del lenguaje jurídico y de sus consecuencias, procederemos a analizar la Ley n° 20.609 que Establece Medidas contra la Discriminación, en particular, el aspecto de aplicación judicial de esta normativa; por cuanto ella es un reflejo especialísimo de uno de los fenómenos postmodernistas que ha tenido mayor influencia jurídica en los últimos años: la denominada “*corrección política*” cambiando no sólo las concepciones sobre el derecho subjetivo a ser tratado en igualdad de condiciones, sino que también la sustancialidad de otros derechos fundamentales, como el derecho al Debido Proceso según se demostrará.

II. LA ADOPCIÓN DE CRITERIOS DE CORRECCIÓN POLÍTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Inspirado en postulados postmodernistas, la corrección política es un fenómeno que ha venido desarrollándose desde la academia y las organizaciones no gubernamentales con amplia fuerza desde 1960. La doctrina especializada la ha descrito como un hecho social y lingüístico, un conjunto de comportamientos y actitudes que tienden a minimizar la discriminación de diversos grupos en función de su origen, raza o sexo⁹. Por su parte, para el *Oxford Dictionary of New Worlds* este fenómeno consiste en adecuarse

del nombre de quienes motivaron su creación. Así, frente al “ciudadano a pie”, la Ley n° 20.770 puede no decirle nada, mientras que señalar “Ley Emilia” apela a la circunstancia de que se legisló para establecer en la Ley del Tránsito la responsabilidad penal del conductor que no se somete a los exámenes para determinar el manejo en estado de ebriedad; y la Ley n° 20.770 es la nomenclatura objetiva de la “*Ley Emilia*”.

Esto da pie, a su vez, para la siguiente reflexión que excede el propósito de esta monografía, pero que sería interesante de abordar a nivel sociológico y de teoría del Derecho: el paso del uso de la numeración al uso de la denominación legislativa nos lleva implícitamente a sobrepoblarnos de cuantas normas sean necesarias por situaciones subjetivas que afecten a las personas; perdiendo noción de que se volverá imposible para los operados jurídicos el dominio de más de 21.000 leyes (no contando los Decretos Leyes y otros cuerpos normativos de igual o inferior rango), conduciendo a la fragmentación del conocimiento y de la lógica jurídica cuya unidad e integración armónica es esencial para la preservación del orden social.

⁹ BALLESTER (2012) p. 175

a un cuerpo de opiniones liberales o radicales en materias de orden social, caracterizado por la defensa de los puntos de vista aprobados (socialmente), y el rechazo del lenguaje y del comportamiento discriminatorio u ofensivo¹⁰.

La situación diagnosticada que lleva al surgimiento de la corrección política obedece, de acuerdo a la academia, a la necesidad de re-examinar el lenguaje que ocupamos habida la consideración de las necesidades y sentimientos de los otros cuando escogemos las palabras que escogemos para comunicarnos, abogando por una mayor precisión en el uso del lenguaje (precisión material, más que formal). El emplear un lenguaje determinado dentro de la esfera pública asegura que diferentes opiniones, estilos de vida, elecciones y experiencias sean reconocidos (en lo que respecta a lo jurídico, mediante el Derecho), dando la oportunidad a todos de ser escuchados y minimizando los efectos alienantes y ostracistas que pueden generarse mediante el lenguaje que no refleja precisamente a determinados grupos¹¹.

Pero dichas descripciones y fundamentos no exponen los mecanismos que usa la corrección política para permear el haber social. Por ello, sostenemos que la corrección política, amén de las anteriores descripciones y en razón del fundamento expuesto, es principalmente una estrategia de dominación¹² del lenguaje y control conductual-social basada en la generación de determinados códigos (expresiones, acciones y doctrinas) considerados aceptables o inaceptables dentro de la esfera pública y su correspondiente promoción o sanción, respectivamente¹³, con el propósito de orientar la comunicación humana y sus consecuencias.

Esta estrategia, para el caso en estudio, busca implantarse por medio de la legislación mediante la modificación del lenguaje¹⁴ utilizado en la misma. Para ello, sirva de parangón la siguiente comparativa:

¹⁰ Citado por MADRID (2014) p. 237.

¹¹ UNIVERSITY OF MELBOURNE (2014) p. 2-3 (la traducción es nuestra). En la búsqueda de un lenguaje respetuoso y a la vez representativo, se han generado nuevos neologismos para en ellos abarcar determinadas concepciones, estilos de vida y elecciones de las más diversas clases; todas con mayor o menor relevancia en la vida jurídica, que es la vida de interacciones entre las personas.

¹² De ahí el adjetivo de política.

¹³ MADRID (2014) p. 242.

¹⁴ Dentro de las características que se predicen de la corrección política se encuentran: centralidad en el lenguaje (entendiendo que toda forma de expresión del ser humano es lenguaje –aquí es donde radica el tinte totalitarista de esta concepción pues abarcaría todo lo que el ser humano es en forma contingente, mas no trascendentemente–); reflejo de opiniones

- A) Nuestra Constitución Política establece en el artículo 20 inciso primero lo siguiente: *“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º¹⁵, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.*
- A) Paralelamente, en un cuerpo normativo de inferior rango (Ley n° 20.609) se establece en su artículo 2º lo siguiente: *“Artículo 2º.- Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.*

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.

aprobadas socialmente, rechazo al lenguaje discriminatorio contra las minorías (reemplazándolo por un lenguaje inclusivo), impulso de políticas de discriminación positiva y de reparación hacia grupos catalogados como víctimas, fomento de la multiculturalidad (con la consecuente desestabilización de concepciones unitarias y ordenadas de civilización) y orientación hacia la subjetividad.

¹⁵ Este numeral del artículo 19º establece: La Constitución asegura a todas las personas: *“2º La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.*

Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.

Es observable aquí como un mismo fenómeno (la arbitrariedad¹⁶ frente al ejercicio legítimo de determinados derechos) abordado en simples palabras por lo dispuesto en la norma constitucional requiere una elaboración lingüística tan sofisticada en la Ley n° 20.609 para lograr el mismo efecto, esto es, el restablecimiento del imperio del derecho¹⁷. ¿A qué se debe esto? Pues bien, sostenemos que se debe precisamente a una estrategia de transformación lingüística de la expresión constitucional “*actos u omisiones arbitrarios o ilegales*” en la expresión legal “*distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable*”, estrategia que responde precisamente a criterios de corrección política.

En efecto, mientras la primera expresión apela a parámetros objetivos (lo arbitrario como un concepto predefinido de igual rango que lo ilegal¹⁸), la segunda más bien apela a parámetros subjetivos mediante la noción de “*justificación razonable*” por cuanto la razonabilidad, si bien deriva de la racionalidad, no es su sinónimo. Lo racional es aquello que responde a la razón, al intelecto adecuado a la realidad; mientras que lo razonable es aquello que puede deducirse o inducirse desde determinadas premisas lógicas para fabricar una conclusión. Así, se puede decir que una argumentación es razonable mas puede no ser racional; no así a la inversa. Sin embargo, el hablar de “*justificación racional*” en el contexto de esta Ley es precisamente excluido¹⁹, por

¹⁶ Que puede adoptar la forma de acción u omisión. En ese sentido, es interesante destacar como la Ley n° 20.609 indica que el criterio viene a ser “*toda distinción, exclusión o restricción*”, es decir, acciones (no obstante puedan algunas omisiones entenderse así, pero eso complejizaría aún más la judicialización del proceso en materia probatoria como se verá *infra*); mientras que la norma constitucional es mucho más amplia al abarcar en su texto tanto acciones como omisiones.

¹⁷ Artículo 20 de la Constitución Política de la República y Artículo 1° inciso primero de la Ley n° 20.609 *in fine*. Si bien en abstracto el objetivo de ambas normas es el mismo, los mecanismos procesales para ello guardan grandes diferencias.

¹⁸ SOTO KLOSS (2009) p. 589

¹⁹ En efecto, según la historia fidedigna del establecimiento de esta Ley, las indicaciones que buscaban re-redactar el actual artículo 2° en el siguiente tenor: “*toda forma injustificada de distinción, exclusión, restricción o preferencia*” o “*toda forma injustificada, caprichosa*

cuanto significaría apelar a un parámetro objetivo que no se condice con los fundamentos postmodernistas ya expuestos.

Es observable que la corrección política, como estrategia del lenguaje, es representada mediante constructos lingüísticos que adoptan la forma de eufemismos pero que materialmente poseen un contenido diverso, tan fluctuante como lo sean las redes de persuasión a través de las cuales ellos se propagan²⁰. Así, los eufemismos usados por la corrección política “no tienen por objeto suavizar el lenguaje por una razón tradicional de buenas maneras, educación o respeto; se trata más bien de eufemismo utilizados para imponer, a través del lenguaje, una cierta ideología de contenidos muy específicos”²¹. Estos eufemismos siguen una línea que surge desde la academia²², pasando a popularizarse en el lenguaje común y encontrando asiento definitivo en las bases organizativas de la sociedad, como por ejemplo, en las leyes.

Pero en el caso de la ley ¿es tan dañina la inclusión eufemística de una expresión, si con ello se clarifica su alcance o, como se señaló *supra*, mediante ella se asegura la participación y reconocimiento de opiniones, estilos de vida, actitudes y elecciones de diversa índole? *Prima facie* no guarda daño alguno, pero la reverberación del fenómeno sí trae a la larga consecuencias jurídicas sustanciales y adjetivas.

Respecto de las primeras, implica repensar y re-crear las instituciones jurídicas que han servido de base para el ordenamiento social, recreación que volverá a repetirse cuantas veces sea exigido con todo el desgaste que

o irracional de distinción, exclusión, restricción o preferencia” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2012) p. 490 y p. 653) fueron desechadas.

²⁰ Ejemplo de ello es la popularización de determinadas expresiones en el habla común de una determinada sociedad; expresiones que antes tenían un uso científicamente acotado y que, en una de sus acepciones, se fueron masificando para pasar a ser parte del discurso diario. Así, las expresiones: pluralismo, tolerancia, inclusivo(a), representativo(a), entre otras, fueron privadas de su contenido técnico (de su significado), pasando a ser significantes adaptables en el lenguaje y cuyo uso mejora, en algún sentido, la percepción del discurso en el cual es utilizada. Ejemplo de ello es el discurso en el que se aluda al alza de impuestos, medida muy poco popular, pero que si es aderezada con expresiones como “la necesidad de generar espacios inclusivos con los recursos que provea dicha alza” ya no es una medida tan impopular (no obstante esa frase no diga nada y mantenga el centro del discurso, cual es, el justificar razonablemente –ver *supra*– un alza de impuestos).

²¹ MADRID (2014) p. 242.

²² Su fuente y hogar por excelencia, en el entendido de que son construcciones lingüísticas necesarias para arribar al estudio y análisis de la verdad.

ello conlleva²³, a costa de valores fundamentales como la certeza y seguridad jurídicas. Respecto de las segundas, obliga a los operadores jurídicos a multiplicar y especializar normativas que se hagan cargo de cada constructo eufemístico por el alejamiento que éste representa con los fundamentos básicos²⁴, normativas que también irán creciendo hacia el infinito²⁵.

En nuestro país, este replanteamiento de conceptos mediante la corrección política ha adoptado diversas formas legislativas²⁶, entre las cuales destacamos:

²³ Véase, por ejemplo, toda la discusión sostenida en la legislación occidental sobre la naturaleza jurídica del Matrimonio y los contratos miméticos que desean obtener reconocimiento legislativo (como el Acuerdo de Vida en Pareja y el Pacto de Unión Civil).

²⁴ En efecto, tal como es observable en el ejemplo *supra*; siendo los fundamentos básicos de determinada acción jurisdiccional el restablecer el imperio del Derecho vulnerado por el actuar u omisión arbitraria o ilegal de un tercero respecto de los derechos fundamentales (sea que estén explicitados o puedan ser reconducidos unos a otros mediante un ejercicio interpretativo), no se ve la necesidad teórica o práctica de la creación de una normativa especial que explicita determinadas vulneraciones arbitrarias. Díaz (2013) p. 636 cita al efecto la opinión de la propia Corte Suprema de Justicia y de destacados académicos que sostenían esta posición. Quizás las únicas necesidades que vendrían a ser satisfechas por esta legislación son tres: a) poner a disposición de la población una de las tantas acciones jurisdiccionales con el fin de los promotores de esta iniciativa pudieran obtener mayores índices de popularidad/votos; b) colaborar en la estrategia comunicacional de repensar el discurso jurídico en orden a dar cabida a toda clase de derechos subjetivos (incluso aquellos que lejanamente pueden predicarse como derechos), por cuanto su preclusión podría responder a una discriminación arbitraria; y c) más siniestramente, proveer a una fuente de financiamiento estatal producto de estas conductas, si se tiene en consideración lo dispuesto en el artículo 12 incisos 2° y 3° de la Ley n° 20.609 que establece multas a beneficio fiscal para quienes incurran en una acción de discriminación arbitraria y a quienes realicen semejante denuncia sin fundamento.

²⁵ Este efecto se produce por el denominado *molino eufemístico*. Dado que la creación de un denominado eufemismo para referirse a una realidad (v.gr.: discapacitados por *personas con capacidades diferentes*) no modifica las realidades subyacentes o la dinámica social relacionada con ellas, el término eufemístico entra en circulación y es usado por las personas en la misma forma en que era usado el término que el eufemismo vino a reemplazar (sea despectiva, científica o neutra); debiendo a corto o mediano plazo ser reemplazado por otro eufemismo y así sucesivamente (O'NEILL (2011) pp. 282 - 283. La traducción es nuestra). Estos reemplazos continuos pueden ir ganando en riqueza de vocabulario, pero perdiendo en orden a ser adecuados descriptores de la realidad y, en lo que respecta al Derecho, precisas guías de conducta de las personas.

²⁶ Se citan aquí aquellas que reflejan la corrección política de un modo más evidente. Hay otras normas, por ejemplo, el establecimiento de feriados regionales o interregionales que se enfocan en resaltar la diferencia respecto a las fechas relevantes para uno y otro sector

- A) Ley n° 20.480, publicada en el D.O. de fecha 18 de diciembre de 2010 que *Modifica el Código Penal y la Ley n° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el "Femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre Parricidio*. Esta norma miscelánea contempla en su contenido varias modificaciones al Código Penal que inciden de forma relevante en su dogmática²⁷, pero la modificación que ha hecho más conocida a esta norma es el cambio de paradigma respecto de la figura penal de parricidio y la aparición del neologismo femicidio. Ambas circunstancias responden al fenómeno de la corrección política. La primera, por cuanto con el propósito de extender el fundamento de la figura penal privilegiada basal (el parricidio) a relaciones pasadas (a quien es o haya sido su cónyuge o conviviente); estima que el vínculo afectivo pasado que ligó a víctima y victimario continúa vigente para efectos de agravar el delito²⁸. La segunda, en cambio, siendo aún para la estructura dogmática de la pena un parricidio, cambia de nombre pasando a denominarse *femicidio* en razón de que se trata de un parricidio cometido sobre una mujer que tiene o tuvo la calidad de cónyuge o conviviente del sujeto activo. En cuanto a la punibilidad del delito, éste no sufre mayores modificaciones, pero en cuanto a la estela de publicidad que representa un *femicidio* respecto de un parricidio (cambio lingüístico) éste es observado por la sociedad común como más grave y, por ende, más reprochable que el homicidio de un padre a un hijo, de una mujer a su marido o entre hermanos; por cuanto todos esos hechos se denominan, igualmente, parricidio; no generando el impacto de repudio que dicha figura debe conllevar.
- B) Ley n° 20.776 publicada en el D.O. de fecha 27 de octubre de 2014 que *Modifica la jornada, descanso y composición de la remuneración de los Trabajadores de Casa Particular, y prohíbe la exigencia de Uniforme en Lugares Públicos*. Si bien esta norma viene a proteger los derechos de

del país; lo cual demuestra la fragmentación de la historia chilena mediante la multiplicidad de fechas conmemorativas ya no a nivel nacional, sino regional.

²⁷ Como el establecimiento de la eximente de responsabilidad penal denominada "*estado de necesidad exculpante*" (mediante la introducción del artículo 10 N°11 del Código Penal) y la coautoría en los delitos de violación, estupro y otros delitos sexuales como agravante específica (mediante la introducción del artículo 368 Bis).

²⁸ Apelando así a la influencia de subjetividad emocional que ligó a ambos y, con ello, desmejorando la posición de las relaciones afectivas actuales y su estabilidad, al equipararlas con las pasadas.

los trabajadores de casa particular²⁹ atendidas las precarias condiciones de trabajo que en algunos casos conservan, la inclusión del artículo 151 Bis³⁰ en el Código del Trabajo en razón de esta ley es otro ejemplo del fenómeno de la corrección política. Atendido a que ya no sólo el término de trabajador de casa particular pueda resultar alienante u ostracista para algún sector de la población, ahora su expresión mediante las vestimentas identificatorias de la labor que desarrollan es clausurada a las paredes de la vivienda en que trabajan; no pudiendo ser obligados por su empleador a utilizarlas en recintos públicos ni ello condicionar su situación laboral. Esto implícitamente trae dos consecuencias aparejadas: la primera, que la dignidad y distinción de la labor misma se irá desvaneciendo ya que no, siendo requisito usar en público una vestimenta identificatoria, ésta perderá el sentido de ser utilizada en privado (sólo estará a la vista del empleador, que bien puede desistirse de su uso). La segunda es la intencionada igualación frente a terceros entre empleado y empleador, desvaneciéndose también la relación jerárquica que los liga en virtud de un contrato de trabajo absolutamente reglado y tutelar del trabajador de casa particular. El empleador no podrá aludir ante el público que X o Y son sus empleados, pues no están usando sus vestimentas ni pueden ser obligados a ello³¹, dependiendo así del acuerdo o declaración de voluntad de éstos frente a terceros de que efectivamente se encuentran ambos vinculados en una relación laboral.

- C) Ley n° 20.729 publicada en el D.O. de fecha 04 de marzo del 2014 que *Establece obligaciones relativas a la propina en restaurantes, bares, pubs, clubes, discotecas y similares*. Esta norma introduce un artículo 64 en

²⁹ Es necesario hacer presente que la expresión “trabajadores de casa particular” responde también a la influencia de la corrección política. Primeramente llamados “empleados domésticos” (o “domésticos”), la expresión comenzó a adquirir tonos despectivos (véase nota 26) lo que impulsó el rediseño de la misma hacia la expresión eufemística “trabajadores de casa particular”, que se incluyó en el Capítulo V del Libro I del Código del Trabajo promulgado mediante el D.F.L. 1 publicado en el D.O. de fecha 16 de enero del 2003.

³⁰ *Artículo 151 bis.- Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores de casa particular, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, al uso de uniformes, delantales o cualquier otro distintivo o vestimenta identificadores en espacios, lugares o establecimientos públicos como parques, plazas, playas, restaurantes, hoteles, locales comerciales, clubes sociales y otros de similar naturaleza.*

³¹ Incluso señalar que son sus empleados en público puede ser enmarcado dentro de la Ley n° 20.609 como un acto de discriminación arbitraria.

el Código del Trabajo³² que viene a regular una práctica de entregar un estipendio por un buen servicio prestado por los funcionarios del local (la propina) transformándola en una obligación jurídica y, por ende, obligando a que independiente de las circunstancias de atención el cliente deje el 10% del consumo a dicho título salvo que manifieste su voluntad en contrario; situación que en la práctica es casi imposible pues dicho 10% vendrá agregado al cobro completo del servicio otorgado, disfrazado bajo el eufemismo de "*propina sugerida*". Así, la conducta de la propina se juridifica como un derecho subjetivo que las personas que trabajan en el servicio de dichos locales se han adjudicado por el sólo hecho de prestar ese servicio (independiente de la calidad o circunstancias del mismo), conculcando en la práctica el derecho reservado del otro (del cliente) a otorgarla o no³³.

- D) Ley n° 20.609 publicada en el D.O. de fecha 24 de julio de 2012 que "*Establece medidas contra la discriminación*". Como se expondrá en este trabajo, esta norma consiste en una clara juridización de la corrección política. Tal como expone un autor, el propósito de esta Ley es transformar las mentalidades y prácticas sociales que dan sustento a los actos específicos de discriminación. En ese sentido, ella debe ser vista como portadora de un *juicio reflexivo* formulado a través del proceso legislativo que enjuicia ciertas creencias socialmente compartidas, ciertas intuiciones, y decide intentar erradicarlas por su incompatibilidad con los valores que sustentan a una democracia constitucional: la libertad, la igualdad, la fraternidad y la dignidad³⁴.

Como hemos visto, cuando el fenómeno de la corrección política ha sido juridificado mediante su establecimiento en determinadas normas, es necesario revisar si los procedimientos adoptados para su concretización efectivamente fomentan la protección y promoción de todos y todas, permitiendo que sean todos escuchados y respetados en su particularidad³⁵. Para

³² "Artículo 64.- En los establecimientos que atiendan público a través de garzones, como restaurantes, pubs, bares, cafeterías, discotecas, fondas y similares, el empleador deberá sugerir, en cada cuenta de consumo, el monto correspondiente a una propina de a lo menos el 10% del mismo, la que deberá pagarse por el cliente, salvo que éste manifieste su voluntad en contrario."

³³ Si bien la ley prevé la circunstancia de que el cliente manifieste su voluntad en contra de la propina, ello no ocurre en la mayoría de las situaciones, producto de la presión social, la presión (ilegítima) del mismo locatario y sus funcionarios u otros factores.

³⁴ MUÑOZ (2013) p. 223

³⁵ Otro de los paradigmas que propugna la corrección política.

ello analizaremos a nivel legislativo y doctrina el procedimiento establecido en la Ley n° 20.609 como paradigma de la judicialización de lo políticamente correcto.

III. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE LA LEY N° 20.609 COMO MANIFESTACIÓN PROCESAL DE LA CORRECCIÓN POLÍTICA

La Ley n° 20.609 ha sido objeto en su corta vida jurídica de cierta discusión académica en lo que respecta a su contenido de no discriminación³⁶. Sistemáticamente se encuentra compuesta de tres títulos. El primero denominado *Disposiciones Generales* que sirve como guía al juez-intérprete estableciendo el propósito de la norma³⁷ (artículo 1°) y determinadas categorías sospechosas³⁸ de discriminación (artículo 2°), siendo éste el centro dogmático del denominado “*derecho antidiscriminatorio*” en Chile. El segundo, denominado *La acción de no discriminación arbitraria* contempla en sus artículos 3 a 14 el procedimiento que se analizará jurisprudencialmente. El tercero, denominado *Reformas a otros cuerpo legales* introduce modificaciones al Estatuto Administrativo Central y Municipal, así como la creación de una agravante en

³⁶ En esta discusión han participado los académicos ALVEAR y COVARRUBIAS (2012), MUÑOZ (2013), DÍAZ GARCÍA (2013), DÍAZ DE VALDÉS (2013) y DÍAZ DE VALDÉS (2014).

³⁷ Propósito cuya única concretización es lo establecido en el inciso primero: el establecimiento de un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. Es interesante la reflexión de DÍAZ DE VALDÉS (2014) p. 169 sobre las aspiraciones de la prohibición de discriminación: Una cosa es querer impedir ciertos efectos discriminatorios que causan daño, y otra cosa muy distinta eliminar las causas de la discriminación y los pensamientos (no actos) discriminatorios. Esta diferencia es importante por tres razones. Primero, nos sitúa en una perspectiva más realista en relación a lo que el ordenamiento jurídico puede conseguir en el combate a la discriminación. Segundo, nos permite avizorar que las causas de la discriminación (perjuicios, estereotipos, convenciones sociales, preferencias, etc.), son difícilmente afectadas por la prohibición normativa. Tercero, es muy probable que actos discriminatorios no expresamente prohibidos continúen sucediéndose no obstante la existencia de normativa antidiscriminatoria.

³⁸ DÍAZ DE VALDÉS (2014) p. 177. En el mismo sentido, MUÑOZ (2013) p. 202. Sobre las categorías sospechosas DÍAZ GARCÍA (2013) pp. 643-644 señala que con ellas se alude a ciertas propiedades, características, rasgos o condiciones predicables de las personas que en los hechos o en el derecho han estado históricamente relacionadas con un trato discriminatorio, principalmente en razón del sexo o la raza. Estas categorías, que beben del Derecho Internacional y de múltiples tratados en los que se consagran, contemplan dos ideas fundamentales: a) se prohíbe la diferencia de tratado basada en ellas; b) no toda diferencia de trato fundada en ellas constituye discriminación.

el artículo 12 N°21° aplicable a los denominados crímenes de odio y, finalmente, una norma de clausura³⁹ que expone que los preceptos de la ley no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes, con excepción de las señaladas en dicho título.

En las Disposiciones Generales se evidencia la intencionalidad de, mediante esta norma, prevenir la discriminación de determinadas minorías (catalogadas en las categorías sospechosas) estableciendo un mecanismo de reclamación específico en sede judicial en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación.

Pero al existir en nuestro universo legislativo una serie de acciones (protección, amparo, recursos jurisdiccionales comunes, tutela laboral), el sumar otra más (acción de no discriminación arbitraria) convierte el proceso de protección de derechos fundamentales deseado en una instancia más gravosa para el afectado⁴⁰; puesto que lo obliga al conocimiento de una serie de distinciones y conceptos jurídicos que le permitan escoger adecuadamente la acción idónea para la efectiva protección de su derecho vulnerado, requiriendo una asesoría profesional especializada tanto del afectado mismo como de la formación de la propia jurisdicción para hacer frente a esta nueva acción; costos que a juicio de la doctrina especializada no se justificarían dentro de un sistema jurídico como el nuestro que cuenta ya con una acción cautelar efectiva, de pronta ejecución y que protege los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas, como lo es el recurso de protección⁴¹.

³⁹ Cuyo propósito fue, a nuestro juicio, evitar extender el manto antidiscriminatorio vertido por esta ley a otras normas contingentes en discusión, como lo es para algunos grupos la definición de matrimonio contenida en el artículo 102 del Código Civil chileno. Sin esta norma, un ejercicio interpretativo hubiera llevado a sostener que, desde la publicación de esta norma, debería admitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo pues su exclusión de dicha institución constituiría una discriminación arbitraria; sin perjuicio de lo expuesto en el artículo 6° de la misma ley que prohíbe invocar esta acción contra leyes vigentes.

⁴⁰ Por ello, el artículo 6° de la Ley establece esta acción como residual de cada una de las otras acciones mencionadas, otorgándole un plazo más amplio para su interposición (artículo 5°: 90 días corridos contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria o desde que tome conocimiento del mismo -usando el mismo lenguaje del recurso de protección-, con límite en 1 año desde dicho evento) y, frente a otras acciones deducidas en paralelo, dándole prioridad a ellas por sobre ésta.

⁴¹ Sobre dicha acción cautelar y su efectividad tanto respecto de particulares como de la administración, véase SOTO KLOSS (2009) p.543-638. Tan efectivo es este postulado que la misma acción de no discriminación arbitraria toma varias expresiones tanto del artículo

Entonces ¿cuál es la justificación tras el establecimiento de esta norma y, en particular, del nuevo procedimiento ante una acción de discriminación arbitraria? Para algunos, esta norma vendría a regular el fenómeno de la discriminación que se da entre privados⁴² de una forma más explícita (no siendo suficiente la obligatoriedad constitucional prevista en el artículo 6° de la Constitución Política de la República⁴³ en relación con el artículo 19° de la misma Carta Magna), atendiendo al fenómeno de la discriminación mediante los factores de quién, qué y por qué se discrimina⁴⁴ que permiten orientar en qué situaciones esta discriminación puede o debe prohibirse y cuándo debe tolerarse.

Con mayor razón, entonces, es necesario atender al procedimiento dispuesto en el título II de dicha normativa, pues mediante él se concretiza el lema de dar la oportunidad a todos (los privados) de ser escuchados y respetados al interior del proceso judicial ideado para restablecer el imperio del derecho⁴⁵ que se vio vulnerado por la acción discriminatoria.

A grandes rasgos, el procedimiento es el siguiente:

- a) Quien sea directamente afectado por una acción u omisión que importe una acción u omisión arbitraria, sus representantes legales o cualquier persona a favor de él podrá deducir la acción, sea en forma escrita o verbalmente, ante el juez de letras de su domicilio o bien ante el juez

20° de la Constitución Política de la República como del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales. (Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia publicado en el D.O. el 27-06-1992, en adelante "Auto Acordado").

⁴² Discriminación que debe ser prohibida en forma explícita, entre otras razones, para reafirmar valores esenciales del ordenamiento jurídico, tales como la igualdad, la libertad, y la dignidad inalienable de cada ser humano y la prevención de efectos sociales indeseables, tales como la exclusión (política, social, económica, etc.), la injusta distribución de los bienes *lato sensu*, la pérdida de talentos, la agudización de los conflictos sociales, la "invisibilización" de ciertos grupos, e incluso la generación de "castas" separadas y jerarquizadas dentro de la sociedad (DÍAZ DE VALDÉS (2014) p. 153).

⁴³ *Artículo 6°.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.- Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.- La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.* (el destacado es nuestro).

⁴⁴ Para la conjugación de estos factores, véase DÍAZ DE VALDÉS (2014) pp. 174 y ss.

⁴⁵ Que no por dicha finalidad tutelar pierde la característica de ser un proceso.

de letras del domicilio del responsable de dicha acción u omisión⁴⁶. La urgencia de la protección del afectado por la discriminación es tal que los formalismos jurídicos ceden en pos de su protección. Símil ocurre con la protección al derecho a la vida e integridad física y psíquica en el contexto del recurso de protección⁴⁷, derechos cuya fundamentalidad es tan o más esencial que una situación de discriminación.

- b) El plazo para la interposición de esta acción es de 90 días corridos contados desde la ocurrencia del hecho o desde el momento en que el afectado haya tomado conocimiento del mismo; caducando en un año a contar de dicho acontecimiento.
- c) Esta acción pasa por un trámite de admisibilidad⁴⁸ de carácter formal (que no se haya recurrido de protección, de amparo o de tutela laboral siempre que dichas acciones hayan sido declaradas admisibles; que no haya sido deducida fuera de plazo) y material (que no se impugne por su intermedio el contenido de leyes vigentes o de sentencias emanadas por los Tribunales de Justicia; o bien carezca de fundamento). En este trámite, preferirá siempre la acción de protección, amparo o tutela frente a la acción de no discriminación⁴⁹.
- d) En cualquier etapa del procedimiento, el afectado (o *recurrente* como denomina la norma) podrá solicitar la suspensión provisional del acto reclamado y el Tribunal deberá concederla cuando, además de la apariencia del derecho, su ejecución haga inútil la acción o muy gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior⁵⁰.

⁴⁶ Artículos 3°, 4° y 5° inciso 2° Ley n°20.609.

⁴⁷ N° 2 inciso 1° del Auto Acordado.

⁴⁸ Al igual que el recurso de protección, de conformidad al N° 2 inciso 2° del Auto Acordado.

⁴⁹ Tal como señala el artículo 6° de la Ley n° 20.609. Primacía que también, en su caso, en el procedimiento de tutela laboral se concede expresamente a la acción de protección cuando ésta ha sido deducida por los mismos hechos que sirven de base a la acción de tutela laboral (Art. 485 *in fine*, Código del Trabajo).

⁵⁰ Esta suspensión provisional dispuesta en el artículo 7° responde a dos fuentes procesales. En primer término, a la orden de no innovar que es posible de decretar en los procedimientos de protección (N°3 *in fine* del Auto Acordado) y como fundamento sustancial para decretarlo el acreditar la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), exigencia a las medidas cautelares propias de todo procedimiento civil.

e) Deducida la acción, la contestación a la misma se produce a través del informe que requiere el Tribunal contra el denunciado/demandado “y a quien estime pertinente”, notificándolos personalmente; teniendo éstos un plazo de 10 días hábiles siguientes, prosiguiendo el Tribunal con la evacuación de estos informes o sin ellos. Esta norma consagrada en el artículo 8° de la ley es la que reviste mayor gravedad a nivel probatorio. En un procedimiento de naturaleza jurídica cautelar y cuya exigencia es el restablecimiento del imperio del derecho, como el recurso de protección, la fórmula de solicitar informe al recurrido por la vía más rápida, así como todos los antecedentes que obren en su poder respecto de la materia, es un mecanismo idóneo para asegurar la debida protección al afectado⁵¹. El artículo 8° citado intentó replicar esta fórmula sin éxito y en un procedimiento en el cual dicha conformación no tiene cabida. La forma en que está redactada este artículo (de requerir vagamente informe tanto al recurrido como a quien estime pertinente el Tribunal, otorgándole un plazo para ello) en el contexto de un proceso de carácter civil y sumario⁵² conculca principios esenciales del Derecho procesal como lo son la Bilateralidad de la Audiencia (por cuanto el Tribunal puede proceder con los informes o sin ellos) e Igualdad de Armas (por cuanto el contenido del informe puede ser de lo más diverso; si bien debe remitirse a la denuncia no obliga a que el denunciado otorgue todos los antecedentes que tenga en su poder –como sí lo hace el recurso de protección–, dejando en una posición procesal y probatoria disminuida al afectado) en pos del restablecimiento del derecho a no ser discriminado arbitrariamente.

⁵¹ Al efecto, el N°3 del Auto Acordado establece: “3°.- Acogido a tramitación el recurso, la Corte de Apelaciones ordenará que informe, por la vía que estime más rápida y efectiva, la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos que se solicita proteger, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe, señalándole que conjuntamente con éste, el obligado en evacuarlo remitirá a la Corte todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso.- Recibido el informe y los antecedentes requeridos, o sin ellos, el Tribunal ordenará traer los autos en relación y dispondrá agregar extraordinariamente la causa a la tabla del día subsiguiente, previo sorteo, en las Cortes de Apelaciones de más de una Sala. (...)”. Esta precisión que existe en el recurso de protección respecto al contenido del informe paradójicamente constituye un instrumento que otorga una mayor defensa del recurrido frente a la acción de protección, no obstante ser éste un procedimiento rápido, expedito y cautelar a favor del afectado.

⁵² Atendidas las características procedimentales frente a aquellos procedimientos de lato conocimiento.

Queremos detenernos un poco en este punto, puesto que desde aquí en adelante se puede visibilizar la dificultad probatoria y cómo la configuración normativa actúa directamente en orden a invertir la carga de la prueba en el proceso⁵³. Como diáfano expone el profesor Díaz García⁵⁴ la Ley establece tres requisitos copulativos para determinar en qué caso se está frente a una discriminación: (1) que se trate de una distinción, exclusión o restricción (2) que carezca de justificación razonable y (3) que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, siendo irrelevante que el sujeto activo de la conducta sean agentes del Estado o particulares. Considerando conjuntamente estos parámetros⁵⁵, no resulta posible establecer diferencias sobre la base de las categorías sospechosas a menos que se cuente con una justificación admisible o reforzada. Esto significa, en la práctica, una alteración en el *onus probandi*, pues al que ha realizado la diferenciación corresponderá probar la legitimidad de su acción. De esta manera se puede decir que hay una carga probatoria más pesada para aquellos que pretenden legitimar una medida que implica una desventaja para, por ejemplo, mujeres, africanos o judíos.

⁵³ También hay dificultades probatorias que afectan al actor que vale la pena mencionar. Al efecto, DÍAZ GARCÍA (2013) p. 659 expone: La Ley n° 20.609 incrementa la exigencia probatoria de quien desee utilizar la acción procesal contemplada en la misma, respecto de, por ejemplo, la acción de protección. En efecto, en este último caso basta probar que la diferencia de trato se ha fundado en alguna de las categorías sospechosas para que tal distinción sea *indiciariamente* discriminatoria. Para tener esta misma ventaja argumental, quien utiliza la acción procesal contemplada en la ley deberá persuadir más fuertemente al juzgador para que elija una determinada interpretación de las expresiones “*en particular*” (del artículo 2° inciso primero), de las muchas que fundadamente se pueden ofrecer. Del mismo modo, al demandado le bastará acreditar que ha obrado en ejercicio de cualquiera de esos derechos o bienes jurídicos indicados en el artículo 2° inciso tercero (*Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima*) para que el juez deba desechar aquella acción. En el ámbito constitucional, en cambio, el juzgador debe realizar un análisis de proporcionalidad para resolver la colisión.

⁵⁴ DÍAZ GARCÍA (2013) pp. 641-642

⁵⁵ DÍAZ GARCÍA (2013) p. 643.

Sin embargo, esta alteración probatoria es admisible pues se trata precisamente de justificar el acto u omisión discriminatoria, en definitiva, fundamentar un hecho positivo y eso es a lo que se aspira a nivel de Derecho Internacional (v.gr. en los casos que han sido llevados ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas). Pero la Ley n° 20.609 se aleja de ese parámetro, obligando al denunciado/demandado a probar el hecho negativo, esto es, que no incurrió en un acto de discriminación arbitraria con el fin de revertir en la ponderación del juzgador el indicio planteado por parte del denunciante que se acoge argumentativamente a alguna de las categorías sospechosas configuradas en la misma Ley.

En efecto, en la historia del establecimiento de la Ley hay constancia de haber tomado conciencia de este detalle. Así, el Informe de la Comisión de Constitución⁵⁶ expresó que podría insistirse en la necesidad de incluir dichos criterios (las categorías sospechosas del artículo 2°) a modo de indicadores que bien pueden traducirse en que, probado que una persona se encuentra dentro de la situación que dicho criterio comprende, se entienda que en su contra ha existido una distinción indebida. El problema radica en la facilidad para el demandante de probar que, simplemente, está comprendido en alguna de las situaciones que la ley considera motivos particulares de discriminación arbitraria. Probado ello será el demandado quien deberá demostrar que en la especie o no ha distinguido en razón de ese motivo, o que si lo ha hecho, tal decisión no es irracional.

Ambos caminos ya reseñados llevan a determinaciones probatorias diversas: el primero significa la acreditación del hecho negativo (la no discriminación) mientras que el segundo obedece a reglas más naturales procedimentales (la acreditación de que la discriminación efectuada tuvo un fundamento). La Ley n° 20.609 siguió el primer camino tomando para ello en consideración el sistema de carga probatoria adoptada a nivel internacional⁵⁷ en la materia.

⁵⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2012) pp. 517 y ss.

⁵⁷ Al efecto BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2012) p. 599 cita la directiva 97/80/CE del Consejo Europeo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, la que ha indicado: "Artículo 4 Carga de la prueba: 1. *Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato...*"

Si bien a nivel lógico se puede sostener que la doble negación equivale a afirmación y una lectura superficial puede llevar a concluir que es lo mismo acreditar la no existencia de discriminación (doble negación) que la justificación del trato discriminatorio (afirmación), su consecuencia práctica no es la misma que la consecuencia argumentativa. En efecto, los medios para acreditar que no existió discriminación no son los mismos que pueden ser usados para justificar el trato discriminatorio y el efecto que ellos generan en la percepción del juzgador es diverso; pues es más fácil a la mente humana la construcción de razones positivas para justificar un acto o una omisión que la deducción, mediante razones “negativas”, de la no ocurrencia de un determinado acto u omisión. La construcción lógica es más sólida respecto de la primera que la segunda postura, con lo cual es dable concluir que, al obligar al demandado a acreditar la no existencia de la discriminación en definitiva y *a priori*, se le está privando de la construcción de argumentos sólidos para su defensa y conculcando, con ello, su propio derecho al Debido Proceso en esta acción cautelar⁵⁸.

- f) Volviendo a la enumeración supra, una vez evacuado el Informe señalado por el denunciado o vencido el plazo para hacerlo, el Tribunal fijará una audiencia de conciliación para el quinto día hábil contado desde la última notificación por cédula. Siguiendo la lógica de los procedimientos sumarios civiles, en esa audiencia hay dos posibilidades: arribar a una conciliación⁵⁹ o no, y en este caso y en uso de las normas generales

⁵⁸ Situación que no se produce respecto del Recurso de Protección. Al efecto, existieron voces de alerta en la propia discusión de la ley. Así el senador Jaime Orpis en su intervención en la Discusión en Sala expresó (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2012) p. 801): Por eso, señor Presidente, soy partidario de mantener la definición de discriminación arbitraria, pero eliminando toda clase de categorías, de modo que ninguna tenga un carácter superior o sospechoso, por cuanto ello implica invertir la carga de la prueba en términos tales que toda persona demandada deba demostrar su inocencia. Su eliminación nos deja a todos en exacta igualdad de condiciones para evitar cualquier tipo de discriminación arbitraria.

⁵⁹ Sobre la conciliación cabe hacer la siguiente prevención. El profesor Muñoz (MUÑOZ LEÓN (2013) p. 213) se pregunta si serán eficaces los llamados a conciliación en futuros procesos seguidos en conformidad a esta Ley ¿Será que el tipo de hechos denunciados en este contexto, en el cual habitualmente se ha herido la autoestima y el sentido de sí de una parte débil que ha resuelto buscar reivindicación moral a través del proceso judicial, se presta poco a ser resuelto amigablemente por las partes? De ser así, ¿existe espacio dentro de esta estructura emocional y simbólicamente antagónica para avenimientos consistentes en la realización de actos públicos de desagravio, a la manera de lo ocurrido en el caso *Atala*? No obstante esta prevención sea permeada por la corrección política

del procedimiento, se recibirá la causa a prueba si se estima la controversia respecto de determinados hechos⁶⁰ o de no ser necesaria, citará a las partes a oír sentencia.

- g) La audiencia de prueba, establecida en los incisos segundo y tercero del artículo 9° es especialísima y breve; lo cual constituye otra afectación al derecho al Debido Proceso del denunciado por cuanto, además de la complejidad que reviste la acreditación de la no existencia de discriminación, el tiempo que tiene para configurar su estrategia defensiva es excesivamente limitado, a medio camino entre la resolución de un incidente común y el término probatorio civil en los juicios de menor cuantía. Finalizada la última audiencia y sin posibilidad de realizar observaciones a la prueba rendida, el Tribunal citará a las partes a oír sentencia.
- h) Sobre la prueba y las medidas para mejor resolver⁶¹, los artículos 10° y 11° de la Ley establecen que serán admitidos todos los medios de prueba

que cruza a esta norma, sostenemos que aún en presencia de la subjetivación de derechos el diálogo entre las partes podrá ser fructífero y la conciliación arribarse, puesto que no se trata de una situación de blanco/negro (se discriminó/no se discriminó) sino que también, apelando a esta misma subjetividad, los actos de discriminación guardan dentro de sí un componente de falta de comunicación que precisamente los procesos conciliatorios tratan de resolver. Al efecto, en Argentina, cuando los casos previstos en la legislación anti-discriminación pasan al INADI (Instituto Nacional contra la discriminación, xenofobia y el racismo) este organismo actúa como amigable componedor frente al discriminador y al discriminado, iniciando un proceso de mediación informal con el objeto de comenzar un diálogo y superar la falta de comunicación típica en casos de discriminación.

⁶⁰ Una cosa que hay que agradecer de esta norma es precisamente la circunstancia de no haber conculcado las normas procedimentales básicas frente al silencio del denunciado. Si bien puede alivianar la carga de la prueba respecto de la acción u omisión discriminatoria que deberá probar el denunciante, ante el silencio del denunciado y no habiendo norma especial que diga lo contrario, se asumirá que niega todos y cada uno de los puntos afirmados por el denunciante (el contenido de la llamada "*contestación ficta*"), de conformidad con las normas previstas en los artículos 318, 684 y 715 del Código de Procedimiento Civil, aplicables a este procedimiento por la reconducción que la misma norma expresa al Libro I y II del Código de Procedimiento Civil en todo aquello no regulado expresamente por la Ley n° 20.609 (Artículo 14).

⁶¹ Subsidios de provisión de prueba a las partes y que, para algunos teóricos del Derecho Procesal, son instituciones que deberían ser eliminadas por cuanto constituyen un antejuicio a la sentencia misma en orden a la prueba solicitada en dichas medidas. Véase BOTTO (2001).

obtenidos lícitamente y aptos para producir fe⁶² todo lo cual, de algún modo, facilita la prueba tanto de los hechos positivos como de los negativos. Es interesante además señalar que los medios probatorios allegados al proceso serán apreciados por el Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica⁶³, esto es, las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en virtud de las cuales el Tribunal asigne valor a los instrumentos probatorios o los desestime, tomando en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice. Este sistema de ponderación probatoria es aún más nefasto para el denunciado, pues en un sistema de ponderación probatoria tasada, todas las partes estarían en pleno conocimiento de que la ausencia o presencia de determinada calidad y cantidad de prueba produciría determinados efectos en la convicción del juzgador (v.gr. Art. 384 y siguientes sobre la prueba de testigos en el proceso civil). Mientras que en sistema de sana crítica, la acreditación suficiente de indicios de discriminación (es decir, de eventos de signo positivo o posibles) puede servir como base para una sentencia condenatoria, en tanto que al denunciado el lograr la construcción probatoria en orden a acreditar que no incurrió en la discriminación arbitraria se transformará en una prueba gravosa e inconsistente frente a esta perspectiva de ponderación probatoria. E incluso, si admitimos la hipótesis de que el denunciado acredite el hecho positivo (que la discriminación ocurrió y tuvo un fundamento racional), igualmente, la laxitud y plasticidad del criterio de sana crítica para la ponderación probatoria lo obligará a levantar un edificio argumentativo que derrote el indicio propuesto por el denunciante/demandante que, como se observará, en la mayoría de los casos no lleva al pleno convencimiento del juzgador sobre la ausencia de discriminación o sobre que ésta haya tenido una justificación a lo menos plausible.

- i) Sobre el contenido de la sentencia, de conformidad al artículo 12° ésta se limitará a declarar la existencia o no de discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá

⁶² Esto, en conjunto con la apreciación probatoria, sigue la línea de lo dispuesto por el N° 5 del Auto Acordado del Recurso de Protección, adaptado al proceso civil: "5°.- Para mejor acierto del fallo se podrán decretar todas las diligencias que el Tribunal estime necesarias. La Corte apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica los antecedentes que se acompañen al recurso y los demás que se agreguen durante su tramitación.- (...)".

⁶³ Dicho sistema de apreciación probatoria ha sido admitido en otras ramas del Derecho, como el Derecho Laboral (Art. 456 del Código del Trabajo) y Penal (Art. 297 del Código Procesal Penal).

que no sea reiterado u ordenará se realice el acto omitido estableciendo un plazo para ello; así como las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado⁶⁴. Del mismo modo, si se declara la existencia de discriminación arbitraria el Tribunal aplicará, además, una multa de 5 a 50 UTM⁶⁵ a beneficio fiscal sobre los directamente responsables de dicha discriminación. En cambio, si se establece que la denuncia carece de todo fundamento, el Tribunal aplicará una multa de 2 a 20 UTM al denunciante. Lo interesante es cómo llega el sentenciador al convencimiento de la existencia o no de discriminación arbitraria. A juicio de algunos autores, se trata de un juicio de adecuación entre el acto denunciado como discriminatorio y el derecho constitucional invocado por el actor⁶⁶.

- j) Finalmente el artículo 13 establece, al igual que en el recurso de protección, la posibilidad de deducir apelación contra la sentencia definitiva, la cual será conocida y fallada con preferencia por la Corte de Apelaciones respectiva.

En virtud de lo expuesto, si bien este procedimiento en su superficie respeta principios básicos del Debido Proceso como la doble instancia; hay otros principios más elementales que se ven vulnerados en el curso del proceso y cuyas vulneraciones traen nefastas consecuencias a las pretensiones del denunciado. Este procedimiento es un claro ejemplo de que sólo es el lado discriminado el que verdaderamente goza de todas las garantías procesales para obtener su pretensión en torno al acto discriminatorio en concreto.

IV. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS CRITERIOS DE CORRECCIÓN POLÍTICA PRESENTES EN LA LEY N° 20.609 EN INVERSORES DE LA CARGA DE LA PRUEBA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA⁶⁷

Como hemos observado, las categorías dispuestas en el artículo 2° de la Ley poseen en sí la potencialidad de actuar como verdaderas presunciones

⁶⁴ Ocupando en esta parte idéntica redacción que en el Recurso de Protección.

⁶⁵ Unidad Tributaria Mensual

⁶⁶ MUÑOZ (2013) p. 219 y DÍAZ GARCÍA (2013) p. 654.

⁶⁷ Las sentencias citadas en este apartado corresponden en su mayoría a sentencias dictadas por Tribunales Civiles de primera instancia, firmes y ejecutoriadas. A la fecha de este artículo (01-12-2014) no ha llegado a conocimiento de sus autores otros casos que cuenten con sentencias ejecutoriadas en primera, segunda instancia o que sean objeto de recursos de casación en la forma y en el fondo ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

simplemente legales, invirtiendo la carga de la prueba pasándola del sujeto víctima de la discriminación (a quien, atendido el carácter tutelar de la acción, se le libera de probar todos y cada uno de los requisitos de concurrencia de la misma⁶⁸) al sujeto victimario de la discriminación, quien está obligado a acreditar no el hecho de que la discriminación fue justificada (hecho positivo) sino que no incurrió en la discriminación imputada (hecho negativo).

Si bien atendida la breve vigencia de esta ley, a la luz de la jurisprudencia que de ella deriva, se pueden extraer los siguientes parámetros comunes en materia probatoria:

- a) La acción discriminatoria requiere pruebas básicas de su concurrencia, no bastando la simple denuncia de la acción u omisión arbitraria. Atendida la aplicación de reglas generales y ante la contestación real o ficta del demandado, los puntos establecidos en el auto de prueba deben ser acreditados por los demandantes en cuanto ellos tengan la carga de la prueba, con el fin de que el Tribunal establezca con certeza la existencia de un acto discriminatorio, cuestión que es la premisa básica a dilucidar en el proceso⁶⁹. Es decir, se exige un mínimo de prueba de veracidad y efectividad de la acción discriminatoria. Cosa distinta es la acreditación de su arbitrariedad o razonabilidad y de si vulneró o no un derecho fundamental y, sobre ambos puntos, aún la jurisprudencia en cuanto a sus exigencias probatorias no ha tenido la oportunidad de pronunciarse, sin perjuicio de que, como sostenemos en este trabajo, exija la acreditación del hecho negativo.
- b) No es el sólo fundamento de la Ley n° 20.609, sino su conjugación con otras normas (ej.: Ley n° 20.422) que permiten la configuración de actos de discriminación arbitrarios y su ponderación. Al respecto, la sentencia dictada por el 1° Juzgado Civil de Chillán en el caso *Riesco con Paul* (2014, rol N° C-1901-2014) constituye un ejemplo de determinación de discriminación arbitraria no sólo por vulneración a la Ley n° 20.609 sino

⁶⁸ Es la tendencia probatoria en todos los procedimientos cautelares de derechos (protección, amparo, tutela laboral).

⁶⁹ Véase Juzgado de Letras de Constitución, *Fuentes Muñoz y otro con Costa Barúa Ltda. y otro* (2014, rol N° C-41-2013), considerando 8°. En el mismo sentido, 2° Juzgado de Letras de Antofagasta, *Silva Con Sociedad Educativa Chañares S.A* (2014, rol N° C-5882-2013), considerando 6° y 1° Juzgado de Letras de La Serena, *Pizarro con Servicio Nacional de la Mujer* (2013, rol C-3133-2012), considerando 2°.

a la Convención sobre Personas con Discapacidad, tratado internacional ratificado por Chile y vigente⁷⁰.

- c) Cualquiera sea el tenor del constructo probatorio que realice el demandado para acreditar el hecho negativo (no discriminó) o positivo (discriminó con un fundamento razonable); ello debe obedecer a una racionalidad esencial que, en último término, el sentenciador establece a través de la ponderación de la prueba conforme a la sana crítica. El litigante demandado debe dar todo de sí para acreditar cualquiera de esos eventos, pero dicha acreditación debe guardar criterios de razonabilidad y racionalidad mínimos. Al efecto, en el caso *Riesco con Paul* (2014) la justificación otorgada por la entidad que cometió el acto de discriminación arbitraria resistía a la lógica más elemental, haciendo susceptible de cualquier mecanismo tutelar al afectado y, en cualquier evento, la posibilidad de que él pueda ganar el juicio⁷¹ ante un denunciado negligente.

⁷⁰ En efecto, el Considerando 10° de esa sentencia sostiene: *“Que la denunciante padece de una discapacidad visual genética (retinitis pigmentosa) y, en su concepto, por ello, ha sido objeto de una discriminación arbitraria. Al respecto, nuestra legislación, ha ratificado la Convención sobre personas con discapacidad, normativa que en su artículo segundo indica, que por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables; Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*.

⁷¹ En efecto, el Considerando 18° de la Sentencia señala: *“Que a juicio de este sentenciador, las dos justificaciones entregadas por el demandado Servicio de Salud, carecen de sustento tanto en la lógica como en el derecho.- En primer término, justificar la negativa de otorgar una asistente basado en un principio de igualdad respecto de dos personas no videntes que prestan servicios en el Hospital Clínico de la ciudad de Chillán, es dar un trato arbitrario a la denunciante, toda vez, que como se acreditó en autos, las dos personas mencionadas desempeñan labores de maso terapeuta y telefonista, por lo que, resulta obvio, que a diferencia de la denunciante, pueden éstas, prescindir de una asistente personal, no así, la reclamante, que desempeña un cargo de jefatura en el que resulta esencial la lectura de documentos.- Que en lo tocante la justificación de la entidad administrativa demandada, en cuanto a que la contratación de la asistente corresponde al Jefe Directo actual de la denunciante, esto es, el Director del Hospital, carece de sustento legal, toda*

- d) La acreditación del hecho negativo (no discriminar) puede deberse a diversos factores o eventos de signo positivo cuya ocurrencia es acreditable y frente a las cuales el denunciado no tiene nivel de injerencia. Así, la jurisprudencia ha señalado que la existencia de instrucciones de aplicación general sobre el ingreso de personas a un recinto policial no constituye una discriminación arbitraria respecto del ingreso de una persona en particular. Mediante dicha instrucción la institución demandada, Carabineros de Chile, logró desvirtuar el indicio aludido por la denunciante en orden a habersele prohibido a ella el ingreso⁷². Del mismo modo, cuando normativas de carácter general vigentes a priori de la ocurrencia del hecho discriminatorio se traducen en afectación de los intereses del denunciante, ello transforma en la actuación del demandado ajustada a sus estatutos y, por ende, facilita la prueba del hecho negativo (que no se discriminó pues no estuvo, en ningún evento, el demandado facultado para hacerlo)⁷³.
- e) Finalmente, la jurisprudencia de primera instancia ha hecho suyo en esta acción el denominado test de proporcionalidad, ponderación o *balancing* de derechos fundamentales enfrentados en la arena de la no discriminación. Al efecto, la jurisprudencia de los Juzgados de Letras ha establecido “*para ponderar en el caso de autos si existió una infracción o vulneración que implique una discriminación arbitraria, la doctrina señala que no sólo debemos realizar un ‘test de razonabilidad’, sino que, si la situación lo amerita, deberá adecuarse a criterios doctrinarios de ‘proporcionalidad’ (es decir, que los actos o normas impugnados se encuadren dentro del espíritu general de la legislación, y con los principios y valores de la sociedad) o de ‘adecuación’ (cuando una distinción razonable pudiere ser discriminatoria en atención a otros factores de carácter político, histórico o cultural)*”⁷⁴. Del mismo modo, la única sentencia a

vez que a juicio del sentenciador, es el Director del Servicio de Salud quien al momento de realizar la destinación, tenía la responsabilidad de hacer efectivas todas las mejoras necesarias para que la denunciante desarrollara sus funciones, ya que, es en él, en quien recae la dirección superior de todo el servicio demandado y de los organismos que lo conforman”.

⁷² 23° Juzgado de Letras de Santiago, *Carmona con Vargas* (2014, rol N° 4968-2013), considerando 14°.

⁷³ 2° Juzgado de Letras de Talagante, *González con Tobar* (2013) Considerando 13°. En el mismo sentido, véase 2° Juzgado Civil de San Miguel, *Suárez con Cuerpo de Bomberos Metropolitanos Sur* (2014, rol N° C-5560-2014).

⁷⁴ 22° Juzgado Civil de Santiago, *Ortiz con Sabas Chaguan y Otros* (2013), considerando 19°.

la fecha de la Corte de Apelaciones de Concepción ha hecho suyo ese criterio⁷⁵ en los considerandos quinto⁷⁶ de la sentencia al razonar: Ante la colisión concreta planteada debemos realizar una ponderación de los derechos o principios fundamentales en conflicto, haciendo prevalecer el derecho a la educación de la niña por sobre la libertad de enseñanza, de religión y de culto de la persona jurídica propietaria del establecimiento educacional, ya que en el caso específico que se juzga, el nivel de afectación que implica la reincorporación de la alumna al colegio para el ejercicio de las libertades aludidas de la entidad denunciada no es relevante, incluso puede calificarse de marginal, en todo caso insuficiente para desplazar su derecho a la educación en el establecimiento elegido por su madre, como aquel lugar apto para el pleno desarrollo de su personalidad. Los niveles de afectación del derecho a la educación, dada la negativa a reincorporarse como alumna de enseñanza básica en el establecimiento, superan la molestia sufrida en las libertades anotadas de la institución educacional, sobre todo si se tiene en cuenta que la madre de la menor y su actual pareja estaban dispuestos a contraer prontamente matrimonio.

Así, existiendo la aptitud en la Ley n° 20.609 y en su núcleo dogmático de constituir un fundamento procesal que vulnere normas del Debido Proceso respecto del denunciado; en principio la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sido tímida en darle aplicación a dichos descriptores como inversores de la carga de la prueba. Esperamos que esta prudencia, propia de tribunales acostumbrados a la litigación según prueba legalmente tasada y según la carga probatoria tradicionalmente entendida, se mantenga en el tiempo que dure la aplicación de la normativa estudiada.

V. CONCLUSIONES: EL USO JURISPRUDENCIAL DE CRITERIOS DE CORRECCIÓN POLÍTICA EN LA LEY N° 20.609 Y SU PUGNA CON EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

- 1) Las influencias del postmodernismo reflejado en el fenómeno de la corrección política y su introducción y consecuencias a nivel legislativo en nuestro país han significado un cambio de paradigma para el legislador.

⁷⁵ El cual le es connatural de aplicar por tratarse de la sede jurisdiccional que conoce del Recurso de Protección.

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Concepción. *Torres Montenegro con Colegio Santísima Trinidad S.A.* (2014).

- 2) Particularmente, a nivel procedimental es posible observar la potencialidad destructora del debido proceso que entrañan los criterios legales presentes en la Ley n° 20.609 mediante el procedimiento de la acción de no discriminación arbitraria y el espíritu inspirador de dicha norma en orden a colocar todo el peso de la prueba en quien emite el acto discriminatorio.
- 3) No obstante dicha amenaza presente en la construcción legislativa, la aplicación jurisprudencial de la norma en los pocos fallos disponibles a la fecha permite vislumbrar que los Tribunales de Justicia se han mantenido cautos en cuanto a la aplicación sustancial de los criterios de corrección política, al razonar jurídicamente sobre los actos de discriminación. Con la prudencia del juzgador se podrán de algún modo minimizar las potentes amenazas a reglas básicas del debido proceso que entraña la normativa en estudio.
- 4) Si bien el propósito y fundamento de la Ley n° 20.609, como se evidenció, consiste en catalogar a todo acto que no responda a una *justificación razonable* como una especie de discriminación arbitraria; colocando como presupuesto procesal de éxito de la acción que dicha discriminación amenace, prive o perturbe los derechos fundamentales del afectado; la jurisprudencia ha exigido que, a lo menos, debe acreditarse la plausibilidad de la discriminación alegada y ha dejado la afectación del derecho fundamental o al ejercicio de razonabilidad del juez (mediante la técnica de ponderación o *balancing* de conflictos de derechos fundamentales: el derecho a la igualdad versus todos los otros derechos) o bien a la rendición de pruebas que acrediten dicha afectación en los Tribunales que aún funcionan bajo la lógica de la prueba entendida en el procedimiento civil de lato conocimiento.
- 5) No obstante lo anterior, el procedimiento especialísimo contemplado en la Ley n° 20.609, estimamos, resulta el escenario propicio para dar vigor a gravísimas vulneraciones del debido proceso a través de la inversión de la carga de la prueba, transformándose así esta Ley, en lo sustantivo y en lo adjetivo, en el vehículo jurídico esencial para conducir cambios a través del fenómeno de la corrección política plasmada en un cuerpo legal y con vocación de amplia aplicación; extralimitando con ello los poderes de la norma jurídica como regla de conducta entre las personas para convertirse en un arma adaptable a las necesidades concretas de cualquier grupo de intereses públicos o privados; máxime cuando su aplicación procesal-judicial lleva a concretizar esta noción.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVEAR, Julio y COVARRUBIAS, Ignacio (2012): "Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación 'antidiscriminación' (y algunos comentarios acerca del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación)" *Revista Actualidad Jurídica* (n° 26, Julio 2012): pp. 9-30.
- BOTTO, Hugo (2001): *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver* (Valparaíso, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)
- BALLESTER, Manuel (2012): "Lo políticamente correcto o el acoso a la libertad". *Revista española y americana La Ilustración Liberal* (n° 51, Abril-Junio 2012): pp. 171-201.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2012): "Historia del Establecimiento de la Ley N° 20.609 Establece medidas contra la discriminación". Disponible en: <www.leychile.cl/navegar/scripts/obtienearchivo?id=re_cursoslegales/10221.3/37416/1/hl20609.pdf> fecha de consulta: 8 diciembre 2014.
- DERRIDA, Jacques (1967): *De la Grammatologie* (París, Collection Critique) 445 pp.
- _____ (1975): *La farmacia de Platón* (Traducción de José Martín Arancibia, Madrid, Editorial Fundamentos) 320 pp.
- DÍAZ DE VALDÉS, José (2013): "¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación". *Revista Actualidad Jurídica* (n° 28, Julio 2013): pp. 279-297.
- _____ (2014) "La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. XLII, 1° Semestre): pp. 149-186
- DÍAZ, Iván (2013): "Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional" *Revista Chilena de Derecho*. (Vol. 40 n°2): pp. 635-668.
- MADRID, Raúl (2014): "Derecho, Derecho Natural y el concepto de lo políticamente correcto" en *Derecho Natural y Iusnaturalismos - VII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho* (Lima, Palestra Editores): pp. 235-247.

- MING, Jung y MURPHY, John (1992): *The politics and philosophy of political correctness* (London, Praeger Publishers) 186 pp.
- MUÑOZ, Fernando (2013): "No a 'separados pero iguales' en Chile: un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia" *Estudios Constitucionales* (Año 11, n°2): pp. 201-228.
- O'NEILL, Ben (2011): "A critique of politically correct language" *The Independent Review*. (Vol. 16. n°2): pp. 279-291.
- PINILLOS, José (1995): "Ética y postmodernidad" *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (n° 73, 1996): pp. 159-174.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo - Temas Fundamentales* (Santiago, Editorial Legal Publishing) 852 pp.
- UNIVERSITY OF MELBOURNE (2014): "Watch your language: Guidelines for non-discriminatory language". Disponible en: <https://hr.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0003/87501/Watch_Your_Language.pdf> fecha de consulta: 08 diciembre 2014.

NORMAS CITADAS

- Auto Acordado S/N sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales. *Diario Oficial* 27 junio de 1992.
- Código Civil. Decreto con Fuerza de Ley n° 1/2000. *Diario Oficial* 16 mayo de 2000.
- Código del Trabajo. Decreto con Fuerza de Ley n° 1/2003. *Diario Oficial* 16 enero de 2003.
- Código Penal.
- Código de Procedimiento Civil. Ley n° 1.552. *Diario Oficial* 30 agosto de 1902.
- Directiva 97/80/CE. Relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sex. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* 15 diciembre de 1997.
- Ley n° 20.480, Modifica el Código Penal y la Ley n° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el "Femicidio", aumentando las penas

aplicables a este delito y reforma las normas sobre Parricidio. *Diario Oficial* 18 diciembre de 2010.

Ley n° 20.609, Establece medidas contra la discriminación. *Diario Oficial* 24 julio de 2012.

Ley n° 20.729, Establece obligaciones relativas a la propina en restaurantes, bares, pubs, clubes, discotecas y similares. *Diario Oficial* 4 marzo de 2014.

Ley n° 20.776, Modifica la jornada, descanso y composición de la remuneración de los Trabajadores de Casa Particular, y prohíbe la exigencia de Uniforme en Lugares Públicos. *Diario Oficial* 27 octubre de 2014.

JURISPRUDENCIA CITADA

1° Juzgado de Letras de La Serena, *Pizarro con Servicio Nacional de la Mujer* (2013): 19 de marzo del 2013, rol n° C-3133-2012. Disponible en: <<http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

2° Juzgado Civil de San Miguel, *Suárez con Cuerpo de Bomberos Metropolitano Sur* (2014): 26 de agosto de 2014, rol n° C-5560-2014. Disponible en: <<http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

2° Juzgado de Letras de Antofagasta, *Silva Con Sociedad Educacional Chañares S.A* (2014): 11 de marzo del 2014, rol n° C-5882-2013. Disponible en: <<http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

2° Juzgado de Letras de Talagante, *González con Tobar* (2013): 20 de diciembre de 2013, rol n° C-896-2013. Disponible en: <<http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

22° Juzgado Civil de Santiago, *Ortiz con Sabas Chaguan y Otros* (2013): 25 de junio de 2013, rol N° C-20750-2012. Disponible en: <<http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

23° Juzgado de Letras de Santiago, *Carmona con Vargas* (2014): 19 de octubre de 2014, rol N° 4968-2013. Disponible en: <<http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

Juzgado de Letras de Constitución, *Fuentes Muñoz y otro con Costa Barúa Ltda. y otro* (2014): 23 de abril del 2014, rol n° C-41-2013. Disponible en: <<http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

Corte de Apelaciones de Concepción, *Torres Montenegro con Colegio Santísima Trinidad S.A.* (2014): 24 de octubre del 2014. Rol N° 1.009-2014. Acumulada rol n° 1238-2014. Disponible en: <<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

LA DACIÓN EN PAGO: ELEMENTOS Y PROPUESTA DE CALIFICACIÓN JURÍDICA

Accord and satisfaction: elements and legal qualification approach

PABLO MANTEROLA DOMÍNGUEZ*
Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

RESUMEN: Dos elementos existen en la dación en pago: convención y ejecución. La convención constituye un título translaticio, que modifica una obligación pura y simple transformándola en una obligación facultativa. Adoptar la teoría de la modificación objetiva de la obligación, permite conformar los distintos antecedentes históricos, doctrinales y legales.

PALABRAS CLAVE: Dación en pago, modificación de la obligación, extinción de las obligaciones.

ABSTRACT: In the accord and satisfaction structure we can find two elements: a convention and an execution. The convention is a translative title, amending an outright obligation as an optional obligation. Adopting the theory of objective obligation's modification, allows setting the various historical, doctrinal and legal background.

KEY WORDS: Accord and satisfaction, obligation's modification, obligation's extinction.

* Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor ayudante de Derecho Civil en Universidad de los Andes entre los años 2014 y 2015.
Artículo recibido el 3 de abril de 2015 y aprobado el 8 de mayo de 2015.

PRESENTACIÓN

Cuando una persona se obliga para con otra, lo natural será que pretenda pagar la obligación del modo en que ésta se convino. Sin embargo, es frecuente que, por diversas circunstancias, se haga imposible o inconveniente el cumplimiento exacto de la obligación. La dación en pago es la respuesta conceptual a este fenómeno, ciertamente cotidiano.

Nuestro trabajo busca abordar de manera crítica su concepto, elementos y naturaleza jurídica. Son puntos controvertidos, con casi tantas respuestas como autores los han abordado.

Más que en respuestas, siempre discutibles, la contribución que pretende hacer este trabajo está en el método con que hemos querido abordar las cuestiones. Como ha puesto de manifiesto Fínez¹, es frecuente en la doctrina un cierto apriorismo al examinar la figura de la dación en pago: se adopta una posición acerca de su naturaleza jurídica, y luego se deducen como consecuencia todos los elementos que, en realidad, debieran descubrirse en los hechos y en la regulación legal. Quizás es este apriorismo el que ha hecho de la dación una fuente inagotable de controversias.

Hemos preferido adoptar un método inductivo, que remontándose desde el fenómeno jurídico determine qué elementos lo configuran, y qué naturaleza puede atribuírsele. Se trata de una perspectiva más abierta, que aunque carece del atractivo de la lógica deductiva, es más respetuosa de los hechos y de la realidad práctica.

El método inductivo estructura nuestro estudio: comenzaremos por describir la situación de hecho y elaborar una posible noción del fenómeno (I); luego atenderemos a los requisitos que la doctrina general, apoyándose en escasas disposiciones legales, apunta como necesarios para que se configure una dación en pago (II); y finalmente revisaremos las distintas teorías en torno a su naturaleza jurídica, señalando cuál nos parece más coherente con lo establecido en los capítulos anteriores (III).

I. HACIA UNA NOCIÓN APROXIMATIVA DE LA DACIÓN EN PAGO

En este apartado nos ocuparemos (a) de la situación de hecho que configura la dación en pago, y (b) de la definición de esta operación.

¹ FÍNEZ (1995) p. 1468.

1. Hechos que configuran la dación en pago

La dación en pago responde a una situación muy frecuente. Un deudor que debe una prestación determinada, por el motivo que sea, estima preferible saldar su obligación con otra distinta. El acreedor, por su parte, puede ver mejor satisfechos sus intereses con esta nueva prestación, y accede a recibir una por otra, *aliud pro alio*. O quizás sea pragmático, y ante la insolvencia de su deudor, prefiere pagarse con lo que le ofrece antes que iniciar una acción de cumplimiento de dudoso resultado. El deudor ejecuta esta nueva prestación, dando una cosa, o efectuando o absteniéndose de un hecho.

La dación en pago es particularmente frecuente cuando el deudor de una obligación dineraria se encuentra pasando por una situación de falta de liquidez, que lo obliga a buscar con sus acreedores arreglos distintos del cumplimiento exacto de la obligación. En España, después de la última crisis económica, hubo de dictarse una normativa especial para la dación en pago de inmuebles gravados con hipoteca, atendiendo precisamente a situaciones como la descrita².

Sin embargo, eso no quiere decir que la dación exija de suyo una situación de insolvencia, o que se dé exclusivamente en el ámbito del incumplimiento de las obligaciones³. Esta restricción de la función que cumple la dación en pago a una sola hipótesis no aparece justificada por lo que realmente ocurre en el tráfico jurídico, pues las razones que llevan a pactar una dación en pago son muy variadas.

Dentro de nuestra doctrina, Barrios y Valls distinguen una hipótesis típica de dación y otras hipótesis en que no existe una auténtica dación en pago. La primera se configura cuando las partes buscan lisa y llanamente extinguir la obligación; las otras involucran una especulación, por cuanto deudor y

² Se trata del Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. La ley dispone que los deudores situados dentro del llamado "umbral de exclusión" pueden solicitar a las entidades financieras acreedoras que se han adherido al Código de Buenas Prácticas (que figura como anexo del Real Decreto-Ley) si las quitas y esperas previstas no resultan suficientes, la dación en pago del inmueble garantizado con hipoteca. Las entidades financieras deben aceptar esa dación, cumplidas las condiciones dispuestas en el mismo Código de Buenas Prácticas (p. ej. cumplimiento de plazos) produciéndose la completa extinción de la deuda, sin importar el valor del inmueble hipotecado. Para un comentario crítico de esta ley, puede consultarse BELINCHÓN (2012b).

³ Así lo sostiene, entre otros, BELINCHÓN (2012) pp. 109 y 134.

acreedor buscan no solo extinguir la obligación sino también procurarse una ventaja específica, como obtener una cosa de más valor que la que se debe, o liberarse de la deuda con una de menor valor⁴. Sobre esta distinción Barrios y Valls construyen su peculiar teoría general de la dación en pago, adoptando una sistematización de los requisitos que no sigue el resto de la doctrina.

En nuestra perspectiva, la dación en pago cumple una función más amplia: se dirige a facilitar el cumplimiento de una obligación, o en general, a reemplazarlo por una prestación que las partes estiman más conveniente. La gran mayoría de los autores no distingue entre una hipótesis típica y otras que no lo son, ni restringen su ámbito de aplicación a situaciones de incumplimiento o insolvencia.

2. Definición de dación en pago

Nuestro Código Civil no define la dación en pago⁵. A ejemplo del Código Civil francés, tampoco la incluye en la enumeración de los modos de extinguir las obligaciones que hace el art. 1567, ni la regula en ninguno de sus títulos. No encontramos tampoco un tratamiento sistemático de la dación en pago en otros cuerpos legales⁶.

⁴ BARRIOS y VALLS (1961) pp. 11 y siguientes.

⁵ Algunos autores nacionales y extranjeros han creído encontrar en el art. 1569 la figura de la dación en pago. De acuerdo a su inciso segundo, *el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida*. Si esta norma se interpreta a *contrario sensu*, se concluye que no existe inconveniente en que acreedor y deudor acepten dar por extinguida la obligación por una prestación distinta de la que se debe, es decir, efectuar una dación en pago: ALESSANDRI (1934) p. 355; y dentro de la doctrina española, comentando la norma correspondiente, BELINCHÓN (2012) pp. 98 y s.

⁶ Sí hacen un tratamiento de la dación en pago los códigos alemán y peruano, a los que no podemos dejar de hacer referencia.

El Código Civil Alemán, en su §364, señala que: “1. *Una obligación queda extinguida si el acreedor acepta, en lugar del cumplimiento, una prestación distinta de la debida*. 2. *Si el deudor, con el propósito de satisfacer al acreedor, asume una nueva obligación hacia él, no se presume, en caso de duda, que asuma la obligación en lugar del cumplimiento*”; y el §365 agrega: “*Si una cosa, un crédito contra un tercero, o cualquier otro derecho se entrega en lugar del cumplimiento, el deudor concederá una garantía, de la misma manera que un vendedor, contra un defecto en el derecho o en la cosa*”.

El Código Civil Peruano trata la dación en pago en dos artículos: el 1265 y el 1266. Su texto es el siguiente: “*Noción. El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse*”; “*Normas*

Sin embargo, la ley no ignora esta figura. Por tomar únicamente el Código Civil, podemos mencionar el artículo 2382, que trata del destino de la fianza cuando la obligación se extingue por dación en pago; y el art. 1792-22, que se ocupa de la extinción del crédito en el régimen de participación de gananciales, por dación en pago; se trata del único artículo del Código Civil que llama a la dación en pago por su nombre. Nos referiremos a ellos en el Capítulo IV.

La doctrina nacional ofrece varias definiciones. Claro Solar define la dación en pago como un “acto en que el deudor da al acreedor, en ejecución de la prestación a que está obligado y con el consentimiento del acreedor, una prestación diversa”⁷. Abeliuk señala que “consiste en que por un acuerdo del acreedor y deudor la obligación se cumpla con un objeto distinto al debido”⁸. Vial la define como “convención en virtud de la cual el acreedor acepta extinguir la obligación recibiendo del deudor otra cosa distinta de la que se le debe”⁹. Finalmente, Barrios y Valls definen dación en pago como “un modo de extinguir las obligaciones que se perfecciona por la entrega voluntaria que un deudor hace a título de pago a su acreedor, y con el consentimiento de éste, de una prestación u objeto distinto del debido”¹⁰.

Hemos querido citar varias definiciones para poner de relieve la diversidad de énfasis que hace cada autor. Mientras Claro Solar y Barrios y Valls señalan que la dación consiste en el acto de ejecución de la prestación, Abeliuk y Vial afirman que lo esencial de la dación está en el acuerdo o convención.

A partir de estas dos perspectivas, podemos afirmar de manera aproximada que la dación en pago consiste en estas dos cosas: (i) en que acreedor y deudor convienen en dar y recibir un *aliud pro alio*, y (ii) en que efectivamente se ejecuta así la prestación¹¹. La existencia en el seno de la dación en pago de estas dos cosas, es decir de una convención y de su ejecución, nos servirá como dato fundamental. El modo en que se conjugan es sin embargo

aplicables a la dación en pago. Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa”. Puede apreciarse la semejanza entre las disposiciones de estos cuerpos legales.

⁷ CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 361.

⁸ ABELIUK (2014) t. II, p. 829.

⁹ VIAL (2007) p. 422.

¹⁰ BARRIOS Y VALLS (1961) p. 53.

¹¹ BELINCHÓN (2012) pp. 162 y s.: la dación en pago “aparecería constituida por dos elementos en el seno de su estructura: un elemento consensual y un elemento real, por lo que se ha de reconocer, en la dación en pago, cierta naturaleza negocial”.

complejo, y ha dado lugar a diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la dación, que abordaremos en el Capítulo IV.

II. ELEMENTOS DE LA DACIÓN EN PAGO

Corresponde ahora delinear los elementos que perfilan la institución, esto es, los requisitos necesarios para que se perfeccione.

Nos sujetaremos a la sistematización que ofrece Giorgi¹², que exige cuatro requisitos para que se perfeccione la dación en pago: una prestación *animo solvendo*, diferencia entre la prestación debida y la ejecutada, consentimiento de las partes, y capacidad de éstas¹³. Analicemos cada uno de estos elementos.

1. Prestación *ánimo solvendo*

Se configura este requisito por la ejecución de una prestación efectuada con la intención de extinguir la obligación¹⁴.

Podemos distinguir una doble dimensión en este requisito, objetiva y subjetiva. La dimensión objetiva está en la prestación misma que se ejecuta; la subjetiva, en la intención (*animus solvendi*) con que se ejecuta.

¹² GIORGI (1912) pp. 340 y ss.

¹³ Añaden algunos autores que deben cumplirse solemnidades legales en ciertos casos, como cuando la cosa que se da en pago es un bien raíz, pues entonces debe mediar el otorgamiento de escritura pública y su inscripción: cfr. MATURANA (1935) p. 27; y ABELIUK (2014) t. II, p. 840.

Maturana agrega que el consentimiento puede ser también tácito, como en el caso del art. 2403, en el que el acreedor imputa los frutos de la cosa dada en prenda al pago de la obligación principal: MATURANA (1935) pp. 28 y s. Este caso parece más bien una compensación o incluso una regla especial de imputación del pago; por de pronto, falta el consentimiento. Además, existe jurisprudencia que exige que el consentimiento se otorgue en forma expresa: *SonexPacific Limited con Importadora Sino International Ltda.* (2008).

¹⁴ CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 362. BELINCHÓN (2012) pp. 109 y s., exige que esa obligación esté vencida y exigible. Nos parece que la dación en pago no se opera necesariamente en el campo del incumplimiento de las obligaciones, y por lo tanto, la dación en pago en el seno de una obligación con un plazo pendiente es admisible, y bien puede configurar una renuncia tácita de esta modalidad en los términos del art. 1497 del Código Civil.

Esta distinción encuentra su fundamento en el triple elemento que, de acuerdo a Barrientos, existe en el acto del pago: 1. Una solución o causa del pago, es decir, una convención entre acreedor y deudor en orden a dar y recibir una cosa. 2. Un pago efectivo, que es el acto de tradición de la cosa debida. 3. Un objeto o finalidad perseguida: la extinción de la relación obligatoria¹⁵. Aplicando esta distinción a la dación en pago, descubrimos el primero de estos elementos en el requisito del consentimiento de las partes (que abordamos en la letra c) de este capítulo); el segundo y el tercero lo constituyen las que hemos llamado dimensión objetiva y subjetiva, respectivamente.

A) DIMENSIÓN OBJETIVA

En general se admite que se dé en pago una cosa, un hecho o una abstención¹⁶. Con todo, Claro Solar advierte que, en sentido estricto, solo existe verdadera dación cuando se da algo *rem pro re* o bien *rem pro pecunia*¹⁷, lo cual no solo explicaría el nombre que recibe esta figura (pues la palabra “dación” sugiere dar una cosa), sino que evitaría algunos problemas que se producen si se amplía su aplicación a la dación de créditos (*nomen iuris pro re*) y a la prestación de hechos y abstenciones¹⁸. De esta última hipótesis nos ocuparemos al examinar el momento en que debe verificarse el acuerdo entre acreedor y deudor. Ahora, nos referiremos a la dación de créditos en pago de una deuda.

Para Claro Solar la dación *nomen iuris pro re* (un crédito por una cosa) solo es dación en sentido lato y se confunde con la novación, distinguiéndose entre cesión de un crédito cuyo deudor es el mismo cedente (y entonces existe novación por cambio de objeto), y cesión de un crédito cuyo deudor es una persona distinta. En este caso, debe a su vez distinguirse entre la *cessio in solutum* que libera al cedente de la obligación y que constituye una novación por cambio de objeto y de deudor; y *laccessio pro solvendo*, en que sin haber novación, tampoco hay dación por no revestir el carácter liberatorio propio de los modos de extinguir¹⁹.

¹⁵ BARRIENTOS (2003) pp. 69-76

¹⁶ ALESSANDRI (1934) p. 355; BARRIOS y VALLS (1961) p. 65; ALBALADEJO (1970) t. II, p. 96; DIEZ-PICAZO y GULLON (1998) vol. II, p. 196; BELINCHÓN (2012) p. 116 (la autora previamente ha matizado la distinción entre las distintas categorías de obligaciones). El Código Civil Alemán, en su art. 365, lo señala expresamente.

¹⁷ CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 366.

¹⁸ MATURANA (1935) p. 21.

¹⁹ CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 371.

Abeliuk, en cambio, afirma que es posible configurar una dación *nomen iuris pro re*. “En la *cessio in solutum*, el título que antecede a la cesión es evidentemente una dación en pago: la *datio in solutum*. Sin embargo, se producen confusiones con la novación, y si se cuenta con el consentimiento del deudor cedido (...) puede ser difícil la distinción”²⁰. Añade que si falta el consentimiento del deudor del crédito cedido, hay dación en pago. Así lo dispondría el art. 1636 del Código Civil, que señala que en ese caso no hay novación sino solamente cesión de acciones²¹.

Finalmente, hay autores, como Albaladejo o Latour, que expresamente aceptan que se pueda dar en pago un crédito, sin mayores limitaciones²².

Esta cuestión exige hacer una doble distinción: por un lado, debemos distinguir la cesión de la dación; y por otro, los efectos *pro soluto* y *pro solvendo*²³.

- 1st. Existe dación cuando lo que se da, se entrega en propiedad, de tal modo que existe una translación del dominio.
- 2nd. Existe cesión cuando lo que se entrega, se entrega para su realización, de tal manera que la cesión envuelve un mandato de vender determinadas cosas para aplicar su producto a la extinción de la deuda²⁴.
- 3rd. El efecto *in solutumes* el efecto liberatorio definitivo, de tal manera que la entrega de la cosa en propiedad (dación), o bien su realización

²⁰ ABELIUK (2014) t. II, p. 1252, nota 1434. Albaladejo (1970) t. II, p. 97, nota 53, dice que accidentalmente la dación en pago puede constituir novación en la dación de un crédito.

²¹ ABELIUK (2014) t. II, p. 1252, nota 1434. Coherentemente, el autor ve en el art. 1913 del Código Civil una auténtica dación en pago *nomen iuris pro re*.

²² ALBALADEJO (1970) t. II, p. 97. p. 65; LATOUR (1953) p. 627

²³ BELINCHÓN (2012) pp. 129 a 131.

²⁴ No debe entenderse aquí el término cesión, como sinónimo de tradición de los derechos personales, que es la acepción que da a este concepto nuestro Código Civil. Cuando Abeliuk afirma que: “En la *cessio in solutum*, el título que antecede a la cesión es evidentemente una dación en pago: la *datio in solutum*”: ABELIUK (2014) t. II, p. 1252, nota 1434, nos parece que el autor confunde la cesión de créditos (tradición de derechos personales) con la *cessio in solutum*, siendo cosas distintas.

Obviamente, la distinción entre dación y cesión tiene sentido cuando nos estamos refiriendo a obligaciones de dar: es imposible transferir el dominio de hechos o abstenciones, o hacer cesiones con este objeto.

(cesión), da por extinguida el total de la deuda –sin importar a cuánto ascienda el valor de la cosa o el producto obtenido por su realización.

4th. El efecto *pro solvendo* es una limitación del efecto extintivo o liberatorio, por cuanto la obligación subsistirá en lo no cubierto por el valor de la cosa (dación) o por el producto de su realización (cesión).

Pueden por lo tanto concebirse: *datio in solutum*, *datio pro solvendo*, *cessio in solutum* y *cessio pro solvendo*. La dación en pago de que se ocupa este trabajo, que se adecua a los hechos que la configuran descritos en el Capítulo II, se identifica con la primera y la segunda de estas figuras: se entrega una cosa en propiedad, operándose la extinción parcial o definitiva de la deuda, según se desprenda de la voluntad de las partes.

¿Puede esto verificarse en la dación *nomen iuris pro re*? Es perfectamente admisible que el deudor entregue en propiedad a su acreedor un crédito (figurando como deudor el mismo cedente deudor, o bien un tercero), y que esta entrega opere la liberación parcial o definitiva de la obligación. Se presume, de acuerdo a la parte final del art. 1907 del Código Civil, que esa dación de créditos se hace con efectos *pro solvendo*²⁵.

Si esta figura se identifica o no con alguna forma de novación, es un punto que corresponde esclarecer al determinar la naturaleza jurídica de la dación en pago, cuestión que no queremos adelantar, ateniéndonos al método inductivo que se ha querido seguir en este trabajo.

B) DIMENSIÓN SUBJETIVA

La doctrina es prácticamente unánime en exigir el *animus solvendi* de las partes²⁶. Podemos describirlo como la intención de extinguir la obligación, el ánimo extintivo²⁷. El deudor que ejecuta una prestación por otra, lo hace con la intención de extinguir la primitiva deuda; el acreedor que acepta la ejecución de una prestación distinta, busca satisfacer su acreencia.

²⁵ Esta disposición, ubicada entre las normas referidas a la cesión de créditos (entendida como tradición de los derechos personales) recibe aplicación en la dación en pago de créditos, en atención a lo señalado en nota 24.

²⁶ CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 362; VIAL (2007) p. 422; BARRIOS Y VALLS (1961) p. 39; DIEZ-PICAZO Y GULLÓN (1998) vol. II, p. 197; BELINCHÓN (2012) pp. 171 y ss.

²⁷ SERRANO (2011) p. 149, a propósito del pago que hace un tercero, define este *animus solvendi* como “la voluntad de querer extinguir la deuda”.

Se ha cifrado en esta intención el argumento fundamental para excluir en la dación la naturaleza jurídica de una novación: en la dación existe un *animus solvendi* y no un *animus novandi*, pues no se busca crear una nueva obligación sino por el contrario extinguir la única existente²⁸.

Nos parece que la exigencia de un *animus solvendi* no permite sacar esta conclusión. En primer lugar, se define el *animus solvendi* más por lo que no es que por lo que es: intención de no crear una nueva obligación. Lo cierto es que el *animus solvendi* no es más que la intención de extinguir la obligación, y que en la novación coexiste con el *animus novandi*, pues no solo se crea una nueva obligación sino que también se extingue la anterior.

Se invoca para resaltar la importancia del *animus solvendi* el carácter central que juega el consentimiento en esta materia: si se pregunta a las partes, éstas no dirán que pretenden crear una nueva obligación, sino, lisa y llanamente extinguir la que existe²⁹. La premisa es cierta: no puede atribuirse a las partes una intención que no han tenido. Sin embargo, la calificación jurídica de esa intención no les corresponde a ellas. Así, y presupuesta la intención de dar *aliud pro alio*, nada obstaría a que algún autor afirme la existencia de un *animus novandi* subyacente a la dación³⁰.

Entonces, ¿cuál es el rol de este *animus solvendi*? A nuestro juicio, permite atribuir a la obligación el acto de ejecución de la nueva prestación. Si un acreedor de cierta cantidad de dinero, recibe del deudor una especie o cuerpo cierto, podemos afirmar que la primera obligación se extinguió porque vemos que deudor y acreedor comparten una común voluntad de querer

²⁸ BARRIOS Y VALLS (1961) p. 27. Sin embargo, Alessandri, principal y prácticamente único autor de la doctrina nacional que sostiene la teoría de la novación, no encuentra obstáculo en afirmar que las partes tienen la intención de extinguir la obligación creando una nueva, que alcanza a vivir un minuto siquiera: ALESSANDRI (1934) p. 355.

²⁹ BARRIOS Y VALLS (1961) p. 27.

³⁰ Así, algunas sentencias de la Corte Suprema reservan al tribunal la calificación jurídica de un acto como generador o extintivo de obligaciones, señalando que existe dación aunque las partes hablen de compraventa: *Carmona con Molina* (1996).

BELINCHÓN (2012) pp. 171 y s., parece entender este *animus solvendi* desde una perspectiva distinta. No se trataría tanto de una intención subjetiva de las partes, como de la causa objetiva del acto jurídico, cuya función socioeconómica sería exclusivamente extinguir una obligación en la etapa de incumplimiento. Una dación *contrahendi causa*, realizada al inicio de la relación jurídica, no es dación en pago porque encuentra una causa distinta del *animus solvendi*.

Pero no se justifica este carácter restrictivo del *animus solvendi*, pues la dación puede acordarse no solo ante una situación de incumplimiento.

extinguir la deuda de dinero: faltando esa voluntad, lo único que veríamos sería un pago de lo no debido³¹.

2. Diferencia entre prestación debida y ejecutada³²

Cuando la diferencia está en las categorías generales en las que habitualmente se clasifica una obligación (de dar, hacer o no hacer), este elemento se hace evidente y no exige mayor comentario. Tampoco reviste dificultad identificar la diferencia dentro de las prestaciones de dar, cuando una es de género y otra de especie o cuerpo cierto.

Siguiendo a Claro Solar, advirtamos que la variación de estado del cuerpo cierto que se debe no es suficiente para que se configure una dación en pago, puesto que éste se debe en el estado en que se encuentre (art. 1590). En la entrega de un género por otro, ha de atenderse a la intención de los contratantes para determinar si la diferencia es suficiente como para estimar que la prestación ejecutada no es un pago efectivo de la obligación³³.

Agreguemos que las reglas de los arts. 1646 y siguientes, que establecen en qué casos la diferencia entre obligaciones no es suficiente para que exista novación, pueden ser una buena orientación práctica. Abeliuk, que no sigue la teoría de la novación, aplica por analogía las normas referidas a la diferencia entre las prestaciones, a la dación en pago³⁴.

3. Consentimiento de las partes³⁵

Este requisito fluye, *a contrario sensu*, del inciso segundo del art.1569: “El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”. Es de toda lógica que, si el deudor pretende extinguir su obligación con una prestación distinta de la debida, deba contar con la venia de su acreedor; es igualmente justo

³¹ SERRANO (2011) p. 149. En este trabajo sobre la legitimidad para el pago de un tercero, la autora le asigna un papel semejante al *animus solvendi*: el de atribuir la ejecución de una prestación por un tercero, a una obligación de la que no es deudor.

³² GIORGI (1912) p. 342; CLARO SOLAR (1979) t. XII, pp. 362 y ss.

³³ CLARO SOLAR (1979) t. XII, pp. 362 y ss.

³⁴ ABELIUK (2014) t. II, p. 841.

³⁵ CLARO SOLAR (1979) t. XII, pp. 364 y s.

que el acreedor no pueda pretender pagarse con otra cosa distinta de la debida, si su deudor no consiente en ello³⁶.

Como hemos dicho al principio de este trabajo, en la dación en pago existe un doble elemento: la convención que celebran el acreedor y el deudor, y la ejecución de la prestación. Nos centraremos en el primer elemento, esto es, la convención, y concretamente trataremos (i) del momento en que debe celebrarse el acuerdo de voluntades;(ii) del modo en que debe considerarse el objeto de esa convención;y (iii) de si constituye o no un título translaticio.

A) MOMENTO EN QUE DEBE CELEBRARSE LA CONVENCION

El acuerdo no puede ser coetáneo al contrato de que mana la obligación, o formar parte de él. No habrá en estos casos verdadera dación sino pago efectivo, pues el deudor que de este modo extingue su obligación, paga lo que debe. En otras palabras, no existirá una diferencia entre la prestación debida y la ejecutada, pues realmente son una sola³⁷.

Sin embargo, un punto sobre el que no existe consenso es si la convención ha de ser coetánea a la ejecución de la prestación, o bien si puede celebrarse en forma previa. Alessandri, Claro Solar y Abeliuk, y Belinchón Romo en la doctrina española, exigen coetaneidad³⁸. Barrios y Valls y, en la doctrina española, Diez-Picazo, no la exigen³⁹.

³⁶ Si aplicamos la sistematización de los elementos del pago que ofrece Barrientos (*vid. supra*, letra a) debemos concluir que este requisito es más que una exigencia de respeto al principio de identidad, pues incluso en el pago efectivo debe existir una convención antecedente que justifique la tradición de la cosa: la “solución” o causa del pago: BARRIENTOS (2003) p. 70 y s.

³⁷ Por esta razón, no existía verdadera dación en el hoy derogado art. 123 del Código de Comercio, que señalaba: “No hay novación cuando el acreedor recibe en pago documentos negociables, en cumplimiento de un pacto accesorio al contrato de que proceda la deuda”: BARRIOS y VALLS (1961) pp. 96 y s.

³⁸ ALESSANDRI (1934) p. 355; ABELIUK (2014) t. II, p. 841; CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 365; BELINCHÓN (2012) p. 172 y ss.; esta autora cita más doctrina en el mismo sentido. ALBALADEJO (1970) t. II, p. 96, nota 51, va incluso más allá, señalando que la convención se verifica por la misma tradición, y es, por lo tanto, un contrato real. SERRANO (1978) p. 429, señala que la dación “*se asemeja a los contrato reales sin serlo*”. No puede ser un contrato real porque, a su juicio, no necesariamente tiene por objeto una cosa, sino que también podría tener por objeto hechos o abstenciones. En esto se demuestra incoherente, porque si se exige simultaneidad, no pueden darse en pago hechos o abstenciones.

³⁹ BARRIOS y VALLS (1961) p. 49, aunque señala que la dación solamente se perfecciona por la ejecución de la prestación; DIEZ-PICAZO y GULLON (1998) vol. II, p. 196. FINEZ (1995) p.

Si se admite la posibilidad del diferimiento de la ejecución, entonces podrán ser objeto de dación en pago hechos o abstenciones, pues es evidente que no puede convenirse en extinguir la obligación por alguna de estas prestaciones, y ejecutarlas al mismo tiempo. Así, si se debe una cantidad de dinero y el deudor ofrece construir una casa a su acreedor, deberá existir un transcurso de tiempo entre esa convención y la ejecución de la prestación, y esto no obstará a que exista verdadera dación. Por el contrario, si se exige coetaneidad entre acuerdo de voluntades y ejecución de la prestación, no podrán ser objeto de dación en pago hechos o abstenciones. La cuestión no es, por lo tanto, ociosa.

Varios autores intentan resolver este punto a partir de la naturaleza jurídica de la dación en pago.

Alessandri afirma que la dación es una forma de novación, siendo la diferencia específica con ésta la simultaneidad entre consentimiento y ejecución de la nueva prestación.

Abeliuk, negando que la dación sea una novación por cambio de objeto, admite que el diferimiento de la ejecución de la nueva prestación hace que la dación degenere en novación. Coherente con sus premisas, señala que los hechos o abstenciones no pueden ser objeto de dación en pago, sino de novación objetiva. Coincide en uno y otro punto con Claro Solar.

Barrios y Valls no se conforman con esta solución. Si en la dación la ejecución se difiere, no hay por eso novación ni título translaticio alguno: la cosa que se dará en pago no es realmente debida, y por ende no existe la creación de una nueva obligación que caracteriza a la novación y a todo título translaticio. Concluyen que se puede dar en pago un hecho o una abstención⁴⁰.

En nuestra opinión, el problema del diferimiento no puede resolverse desde la naturaleza jurídica que *a priori* se le pueda atribuir. Por el contrario, debemos determinar esa naturaleza jurídica desde los hechos que la constituyen y la función que cumple en el tráfico jurídico. Y puesto que la dación

1506, parece admitir tácitamente el diferimiento.

⁴⁰ BARRIOS Y VALLS (1961) p. 65. LATOUR (1953) p. 627, también admite que el objeto de la dación pueda ser un hecho o abstención, o un crédito. Para ello se funda en razones de texto legal, pues el art. 1849 del Código Civil Español (equivalente a nuestro art. 2382) admite la dación de inmuebles u otros cualesquiera efectos. En el mismo sentido, Serrano (1978) p. 431, que no solamente no exige simultaneidad sino que incluso admite que la nueva prestación sea condicional o aún que tenga por objeto una cosa futura.

en pago se dirige a facilitar el cumplimiento de una obligación, o a reemplazarlo por una prestación más conveniente para las partes, no se divisa razón que lleve a exigir simultaneidad entre el acuerdo y la ejecución de la nueva prestación.

B) MODO EN QUE DEBE CONSIDERARSE EL OBJETO DE LA CONVENCION

Por un lado, puede considerarse el objeto de la dación *in obligatione* (en la obligación), como realmente debida, de modo que su entrega sería susceptible de ejecución forzada. Por otro lado, puede considerarse la cosa dada en pago *in facultate solutionis* (en la facultad del deudor, que puede pagar con ella): el deudor no se encuentra obligado a entregarla, y por ende, en sentido estricto, no la debe. Sin embargo, acreedor y deudor han convenido en que éste se liberará del vínculo obligatorio por la prestación con que está facultado para pagar, como ocurre en las obligaciones llamadas facultativas⁴¹.

Claro Solar se esfuerza por distinguir obligación facultativa y dación en pago, pero radica la diferencia en el momento en que se incluye la cosa *in facultate solutionis*: si ésta se introduce al momento del contrato, entonces la obligación es facultativa; si se introduce al momento de ejecutar la prestación, existe dación en pago⁴². Al cifrar la diferencia en un elemento accidental a la relación obligatoria, asume implícitamente que la cosa que se da en pago se encuentra *in facultate solutionis*. Giorgi opta por identificar del todo la obligación facultativa con la dación en pago, que vendría a ser su cumplimiento⁴³. Maturana es de la misma opinión⁴⁴.

Son pocos los autores que plantean una distinción de fondo entre dación en pago y obligación facultativa. Fínez, por ejemplo, rechaza todo efecto modificativo al pacto, y este solo argumento, quizás un poco apriorístico, le basta para desechar la equiparación entre dación y obligación facultativa⁴⁵.

La mayoría es de opinión contraria. Aparte de Giorgi, Maturana, Claro Solar y Abeliuk, ya citados, otros autores parecen equiparar dación en pago y obligación facultativa. En la óptica de Barrios y Valls, el acuerdo de voluntades es solamente un antecedente que justifica la ejecución de la prestación

⁴¹ Sobre las diferencias prácticas que existen entre cosas que se encuentran *in obligatione* *in facultate solutionis*, puede consultarse CLARO SOLAR (1979) t. X, pp. 340 y ss.

⁴² CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 362.

⁴³ GIORGI (1912) p. 344.

⁴⁴ MATURANA (1935) p. 31.

⁴⁵ FÍNEZ (1995) p. 1481.

sin extinguir la obligación primitiva⁴⁶. Vial sigue precisamente este concepto⁴⁷. Es también nuestra opinión: el objeto debido en virtud del acuerdo de dación en pago, se encuentra *in facultate solutionis*, de tal modo que, cuando la convención se verifica en un momento previo a la ejecución de la nueva prestación, el acreedor no puede exigir su cumplimiento forzado, sino únicamente el objeto inicialmente debido, a tenor del art. 1506. Debemos concluir que el acuerdo o convención transforma la obligación de objeto único en obligación facultativa.

C) EL ACUERDO DE VOLUNTADES COMO TÍTULO TRANSLATICO DE DOMINIO

Dice el art. 703 que son títulos translaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. ¿Sirve la dación en pago, por su naturaleza, para transferir el dominio? ¿Justifica, en los términos del citado artículo, la posesión del acreedor?

Como hemos adelantado, Barrios y Valls señalan que no puede considerarse título translaticio la dación en pago. En efecto, lo propio del título translaticio es crear la obligación de dar una cosa, es decir, de transferir el dominio de la misma. Pero siendo la dación un modo de extinguir las obligaciones, y por lo tanto una convención extintiva y no un contrato, no crea obligaciones de ningún género, y no puede considerarse título translaticio⁴⁸. Sin embargo, y como reconocen los mismos autores, toda la doctrina francesa y el resto de la nacional se inclinan por conceder a la dación el carácter de título translaticio.

Maturana afirma que la dación en pago es un título translaticio, y que por ende debe excluirse que se trate de una enajenación, puesto que en nuestro sistema el título y el modo, la fuente de la obligación y el modo de extinguirla, deben distinguirse⁴⁹. El argumento es el inverso del de Barrios y Valls: para éstos la dación no es título porque es enajenación; para aquél, la dación no es enajenación porque es el título translaticio.

⁴⁶ BARRIOS Y VALLS (1961) p. 26.

⁴⁷ VIAL (2007) p. 423; confróntese, en el mismo sentido, CRUZ (2000) pp. 8 y s.

⁴⁸ BARRIOS Y VALLS (1961) pp. 48 y ss. Para sostener esta argumentación, acuden a la figura del pago, en que existe, como en todo acto jurídico bilateral, un acuerdo de voluntades. Sin embargo éste no es el título translaticio que justifica la tradición de la cosa, sino un mero antecedente necesario para efectuar la prestación de lo que se debe. Este argumento presenta el defecto metodológico de asignar en abstracto una naturaleza jurídica a la dación (la de un modo de extinguir estrechamente vinculado al pago efectivo) y luego extraer conclusiones que solo podrían apreciarse en concreto.

⁴⁹ MATURANA (1935) p. 37.

Aquí es preciso volver a la distinción que enunciábamos al principio de este trabajo. En la dación se encuentra presente un doble elemento: la convención que celebran acreedor y deudor, en virtud de la cual uno y otro acuerdan dar y recibir *aliud pro alio*, y la ejecución de esa convención por la prestación que ejecuta el deudor, esto es, la entrega de la cosa. La dación en pago consiste en uno y otro elemento, y no en uno con exclusión del otro.

Los argumentos de Barrios y Vallsy de Maturana ignoran esta doble dimensión. En efecto, es evidente que la ejecución de la prestación reviste el carácter de una convención extintiva, de una enajenación; pero esto no es así en lo que se refiere al acuerdo de voluntades.

Si para transferir válidamente el dominio a otra persona se exige la existencia de un título translaticio, no podemos negar esta calidad a la dación. Es forzar las cosas argumentar que el título translaticio que justifica la entrega es el que creó la obligación primitiva: su objeto es distinto del que se da en pago⁵⁰. Por lo tanto, debe considerarse el elemento convencional de la dación como un título translaticio: solo así se justifica el dominio que adquiere el acreedor⁵¹. Esto no excluye, como sostiene Maturana, que la dación sea también una enajenación, pues su segundo elemento no es sino la tradición de la cosa que se da en pago⁵².

En síntesis, es indispensable el consentimiento en dar y recibir *aliud pro alio*, por parte de acreedor y deudor. El acuerdo de voluntades no necesariamente debe ser simultáneo a la ejecución de la prestación (por lo que el objeto de la dación podría ser un hecho o una abstención), y consiste en permitir al deudor pagar con una cosa distinta de la debida, transformando la obligación en facultativa. Respecto a la cosa que se da en pago, la convención es título translaticio de dominio, y por ende justifica la posesión del acreedor, en la medida en que exista buena fe: en tal caso, si el acreedor no se hace dueño por la tradición, podrá invocar la prescripción adquisitiva

⁵⁰ Otra cosa es que, de alguna manera, el nuevo acuerdo se inserte o incorpore en el contrato, del cual tomará su causa y su carácter oneroso o gratuito.

⁵¹ En el mismo sentido, MATURANA (1935) p. 37; y ABELIUK (2014) t. II, p. 843. Además, la jurisprudencia de la Corte Suprema es conteste sobre este punto: *Olguín con Inversiones Automotrices S.A.* (2009) *Alvarado* (2011).

⁵² A propósito de los elementos del pago, Barrientos afirma –en un sentido diverso del que se emplea habitualmente– que el pago es un acto complejo en el que la solución (o convención de pago) es la causa o título translaticio del pago efectivo (el acto de tradición de la cosa debida): BARRIENTOS (2003) pp. 71-73.

ordinaria cumplidos los demás requisitos⁵³. Éstas son las notas fundamentales del acuerdo de voluntades.

4. Capacidad de las partes⁵⁴

La capacidad de las partes, requisito general de todo acto jurídico, es también un elemento de la dación en pago. ¿Qué capacidad se exige a cada una de ellas?

El acreedor debe tener la libre disposición de su crédito; si es un incapaz relativo, puede obrar con la autorización de su representante o bien representado por éste. Si el deudor en concurso acepta recibir en pago una cosa distinta de la debida, la dación es nula de conformidad al art. 2467; si la dación se celebra durante el año inmediatamente anterior al inicio del procedimiento concursal, el número 2 del art. 287 y el número 2 del art. 290 de la Ley 20.720 de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, expresamente permiten rescindir el acto por la acción revocatoria prevista en esa disposición.

La capacidad para recibir el pago (para el cual, de acuerdo al art. 1581, no es necesario gozar de la libre administración de bienes), no es suficiente para aceptar una cosa distinta de la debida. El diputado para el pago necesita facultad especial para pagar dando una cosa distinta de la debida⁵⁵; un mandato será suficiente, en la medida en que la dación se efectúe para pagar una obligación contraída en el ejercicio de las facultades que otorga⁵⁶.

Puesto que la capacidad de pagar o de recibir el pago no es suficiente para efectuar daciones en pago⁵⁷, no son aplicables en este punto las reglas del pago.

Para acabar este capítulo, debemos agregar que no se exige para celebrar una dación en pago que el deudor sea efectivamente dueño de la cosa que entrega. La dación en pago de cosa ajena es válida, aunque no produce el

⁵³ Por supuesto, también podría el *accipiens* adquirir el dominio de la cosa por prescripción extraordinaria. Pero en ese caso sería irrelevante que el título no fuese justo. La adquisición por prescripción ordinaria reviste interés en la dación en pago, porque no solo exige buena fe, sino también un justo título.

⁵⁴ CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 366.

⁵⁵ GIORGI (1912) p. 343.

⁵⁶ Así, un mandatario capaz de celebrar un arrendamiento y de convenir su precio, debiera poder pactar una dación en pago para solucionar las obligaciones emanadas de ese contrato. Cfr. DALMAU y KURY (1996) pp. 390-393.

⁵⁷ CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 366; MATURANA (1935) p. 40.

efecto liberatorio porque no se ha transferido el dominio de la cosa al acreedor⁵⁸; es sin embargo un justo título, y por ende, habilita al acreedor que recibe de buena fe para adquirir la cosa por prescripción ordinaria.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DACIÓN EN PAGO

Corresponde ahora determinar cuál es la naturaleza jurídica de la dación en pago. Es éste el punto más controvertido entre los autores que han estudiado esta figura: se pueden distinguir con nitidez cinco teorías sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago⁵⁹. Haremos una breve descripción de cada una y señalaremos los problemas que logra solucionar, así como las críticas que se le pueden plantear.

1. Teoría de la compraventa

Es quizás la que fluye de un modo más claro de los textos romanos⁶⁰. Goza de relativo éxito, si no en la doctrina moderna, sí en la jurisprudencia comparada⁶¹.

⁵⁸ MATURANA (1935) p. 77.

⁵⁹ Junto a esta diversidad de teorías, se ha afirmado que “la pretendida investigación de un concepto fijo y unitario que corresponda a la dación en pago y que permita resolver por simple deducción maquinal todos sus problemas, es una pura ilusión”: PUIG (1988) t. I, vol. II, p. 307; DALMAU y KURY (1996) pp. 384-386, siguen estrechamente su opinión. Este escepticismo, basado en una crítica al método de la jurisprudencia de conceptos (íd, p. 306) conduce a aplicar a cada situación alguna de las diversas teorías, según al observador le parezcan más o menos justas sus soluciones. Es decir, confía a la intuición del juzgador lo que primero debiera resolverse en abstracto. Además, existe suficiente consenso en la doctrina en que la dación posee rasgos definidos y unívocos: SERRANO (1978) p. 427.

⁶⁰ En el Digesto (13.7.24) Ulpiano se pregunta qué ocurre cuando el acreedor prendario se adjudica la prenda y la cosa es evicta. Resuelve que la obligación caucionada con prenda fue extinguida, y otorga al acreedor la *actioutilis ex empto*, esto es, la acción de saneamiento de la evicción propia del contrato de compraventa “del mismo modo que si la cosa le hubiera sido dada en pago” (*quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit*). En esta clase de adjudicaciones no existe verdadera dación en pago; lo relevante es que expresamente se equipara la dación con la compraventa a efectos de otorgar al acreedor la *actioutilis ex empto* cuando la cosa resulta evicta. En la misma línea, en el Código (8.44.4) Antonino concede al que recibe una cosa dada en pago la acción de saneamiento de la evicción, “porque un contrato de tal naturaleza hace las veces de venta”.

⁶¹ DIEZ-PICAZO y GULLON (1998) vol. II, p. 197.

En efecto, en la dación *rem pro pecunia* parecen encontrarse los elementos de la esencia de la compraventa: cosa, precio y consentimiento. Cuando se da *rem pro re*, el contrato se asemeja a la permuta, a la que por lo demás se aplican las reglas de la compraventa⁶².

La doctrina, sin embargo, se muestra crítica con esta teoría, señalando los siguientes defectos:

- i. Desdibuja la institución de la dación en pago, pues según el objeto de la obligación que se extingue (*rem pro re*, *rem pro pecunia*), adoptaría formas jurídicas diversas. Y si el objeto de la dación es un hecho o una abstención, la crítica se profundiza, porque el acto deviene en un arrendamiento de servicios o incluso en un acto innominado, lo cual parece alejarnos demasiado de los modos de extinguir las obligaciones⁶³.
- ii. Desconoce la verdadera intención de las partes, que buscan extinguir una obligación y no crear una nueva, como ocurre en la compraventa. Valga lo dicho a propósito de la calificación jurídica del *animus solvendi*.
- iii. Lleva a resultados injustos. Pondremos dos ejemplos.

En el primero, una persona realiza un pago de lo no debido, entregando un fundo. Si la dación es realmente compraventa, entonces hubo contrato: las partes han establecido un precio (que el vendedor consideraba equivalente al supuesto crédito) y una cosa, consintiendo ambos en dar uno por otra. Por lo tanto, el que da en pago lo que no debe no podrá repetir contra el comprador, lo cual es no solo contrario a los textos romanos⁶⁴ sino también a la equidad⁶⁵.

En el segundo ejemplo, una persona dona a otra una suma de dinero, pero al momento de cumplir su obligación acuerda con el acreedor en dar en pago un fundo, que más tarde es reivindicado por un tercero. Si no hay

⁶² Esta asimilación entre permuta y compraventa es moderna, no existe en el Derecho Romano. Para MATURANA (1935) pp. 10 y s., aquí está la explicación a la antigua discusión sobre si la evicción de la cosa dada en pago extingue definitivamente la obligación. Cuando se da *rem pro pecunia* se extingue, pues la compraventa no obliga a transferir el dominio sino solamente a hacer la tradición; cuando se da *rem pro re* no se extingue, pues la permuta crea la obligación de transferir el dominio.

⁶³ BARRIOS y VALLS (1961) pp. 20 y 32.

⁶⁴ Confróntese Digesto, 12.6.26.4.

⁶⁵ El ejemplo es tomado de POTHIER (1841) p. 304.

acción de evicción en la donación, ¿puede haberla en este caso? Si se afirma que en la dación hay una compraventa, debemos inclinarnos por la afirmativa; pero esta solución sería contraria a la equidad⁶⁶.

- iv. Desfigura la dación, transformándola en un contrato consensual, cuando en realidad comprende la tradición de la cosa (tratándose de obligaciones de dar), de acuerdo al doble elemento que hemos reconocido en la dación (acuerdo de voluntades y ejecución de la prestación)⁶⁷.

Es inevitable encontrar semejanzas entre la compraventa y la dación en pago. Pothier señala que se le hacen aplicables a la dación en pago, por analogía con la compraventa, las reglas de evicción por vicios redhibitorios, de la lesión enorme y del retracto⁶⁸. Y, en opinión de Puig, también aplican las reglas de la compraventa en lo que se refiere a la capacidad de las partes⁶⁹.

2. Teoría de la novación

La tesis de la dación en pago como una hipótesis de novación por cambio de objeto fue sugerida durante la fase de elaboración del Código Civil Francés⁷⁰ y ampliamente seguida por la doctrina francesa posterior⁷¹. En Chile, sin embargo, solo Alessandri adhiere a ella⁷².

De acuerdo a esta doctrina, la dación en pago comporta un acuerdo en virtud del cual deudor y acreedor consienten en novar la obligación primitiva, originándose una nueva obligación cuyo objeto es la cosa que se da en pago. Muchas veces esta obligación no sobrevive más que un momento, "*un minuto si se quiere*"⁷³, porque inmediatamente pasa a ser extinguida por el pago.

Esta teoría encuentra su más fuerte apoyo en el art. 2382: "si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda

⁶⁶ Este segundo ejemplo es tomado de PUIG (1988) t. I, vol. II, p. 306.

⁶⁷ POTHIER (1841) pp. 304.

⁶⁸ POTHIER (1841) pp. 306.

⁶⁹ PUIG (1988) t. I, vol. II, p. 305.

⁷⁰ BAUDRY-LACANTINÉRIE y BARDE (1902) t. XII, p. 709. Se trata de las opiniones de Treillard, Chabot y Lahary, manifestadas durante la discusión legislativa del proyecto.

⁷¹ BAUDRY-LACANTINÉRIE y BARDE (1902) t. XII, p. 706.

⁷² ALESSANDRI (1934) p. 355.

⁷³ *Ibid.* BAUDRY-LACANTINÉRIE y BARDE (1902) t. XII, p. 706, se valen de similar expresión.

irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto⁷⁴. Esa extinción definitiva se explicaría porque, al operar la novación, se extingue la obligación primitiva a que accedía la fianza, y por consiguiente la del fiador. Si luego la cosa resulta evicta, el pago de la nueva obligación es ineficaz en cuanto modo de extinguir, pero no por ello renace la obligación principal: al acreedor le queda únicamente la acción de saneamiento de la evicción. Esta argumentación, basada en una disposición relativa a la fianza, sería extensible a las demás cauciones prestadas por terceros⁷⁵.

Sin embargo, la doctrina de la novación ha sido duramente criticada:

- i. Las partes, al pactar la novación, no pretenden crear una obligación nueva sino extinguir la única existente. Volvemos sobre el *animus solvendi*: reiteremos que la calificación jurídica que las partes pudieran hacer no obsta a la existencia o no de un *animus novandi*.
- ii. Perjudica los intereses del acreedor⁷⁶, que por la dación se vería privado de la primitiva obligación quedándole únicamente la acción de evicción. A esta objeción podría contestarse que el acreedor consiente en esa novación, y por ende debe correr con el riesgo de evicción de la cosa, o al menos reservarse las garantías que aseguran el crédito, de acuerdo al inciso primero del art. 1642.
- iii. No explica satisfactoriamente algunos textos romanos, en virtud de los cuales, cuando la cosa dada en pago resulta evicta, renace o despierta la obligación principal⁷⁷.

⁷⁴ DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1998) vol. II, p. 196, señala a propósito del art. 1849 del Código Civil Español (“si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador”) que la palabra “acepta” significaría no la prestación del consentimiento, sino la recepción de las cosas que el deudor da en pago. Esta interpretación es bastante discutible, y en general son pocos los autores que adhieren a ella. Por lo demás, en Chile no parece replicable, toda vez que la redacción original del precepto decía “recibe” en lugar de “acepta voluntariamente”, redacción que se mantuvo hasta el Proyecto Inédito: BELLO (1881) v. XIII, art. 2546. Para una argumentación más completa de la postura de Diez-Picazo, cfr. FÍNEZ (1995) pp. 1490 y ss.

⁷⁵ ALESSANDRI (1934) pp. 355 y s; BELINCHÓN (2012) p 237.

⁷⁶ MATURANA (1935) p. 44; FÍNEZ (1995) p. 1485.

⁷⁷ En el Digesto (43.3.46) Marciano señala que, en caso de evicción de la cosa dada en pago, aún parcial, subsiste la obligación primitiva (*manet pristina obligatio*). Aquí vemos un contraste con las soluciones citadas en nota 60, pues en lugar de dar por definitiva-

Este renacimiento se encuentra recogido en nuestro Código Civil que, en el inciso segundo de su art. 1792-22, dispone que “renacerá el crédito [de gananciales], en los términos del inciso primero del artículo precedente, si la cosa dada en pago es evicta, a menos que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo”⁷⁸.

Por lo demás, la redacción del art. 2382 en el Proyecto de 1842 recogía precisamente la idea del renacimiento de la obligación: “Si el acreedor recibe del deudor principal en descargo de la deuda un objeto diferente del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza; i aunque reviva la obligación primitiva por la evicción del objeto, no revive la fianza”⁷⁹. El cambio en la redacción no necesariamente implica un cambio del sentido; probablemente obedece a que Bello estimó que no corresponde a la ley resolver problemas doctrinales.

Es preciso explicar de algún modo estos antecedentes, y para ello la teoría de la novación se demuestra insuficiente.

- iv. Finalmente, nuestro Código Civil es bastante explícito al exigir, para que haya novación, que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar (art. 1634). Aunque la calificación

mente extinta la obligación concediendo al acreedor la acción de saneamiento de la evicción, se afirma que aquella extinción no operó.

Varias soluciones se han ideado para conciliar estos textos, “quizás inconciliables por ser evangelios de escuelas contrarias”: GIORGI (1912) p. 350. La más sencilla es la adoptada, entre otros, por Pothier, y que era común en la época previa a la dictación del Código Civil Francés: otorgar al acreedor tanto la *actioutilis ex empto* como la que emana de la obligación primitiva, desde el momento en que una y otra no son aparentemente excluyentes: POTHIER (1841) p. 305 y s.; confróntese también MATURANA (1935) pp. 15 y s.

Otras teorías son las de Accursio y Cuiacio, quienes distinguían según la modalidad de dación, aplicándose el texto de Marciano cuando se dan *rem pro rem* y el de Ulpiano cuando se da *rem pro pecunia*; y la de Fabro, Romussi y sus discípulos, de acuerdo a la cual la evicción por acción reivindicatoria del verdadero dueño hace revivir la obligación principal, mientras que la evicción por acción hipotecaria no, quedándole al acreedor evicto la *actioutilis ex empto*. Giorgi señala que ésta es la solución que debe adoptarse en nuestro sistema: GIORGI (1912) p. 350.

⁷⁸ Para CORRAL (1998) p. 177, esta solución debe aplicarse aun cuando el crédito de gananciales se encuentre afianzado por un tercero, aunque el art. 2382 disponga que esta responsabilidad se extinga definitivamente. El art. 1792-22 prevalece sobre el art. 2382 no por su especialidad, que le parece difícil de determinar, sino por el criterio de posterioridad.

⁷⁹ BELLO (1881) t. XI, p. 308. Se trata del art. 20 del Título XXXV del Libro Cuarto.

que las partes hagan de sus actos no tenga relevancia jurídica, como se ha subrayado, sigue siendo cierto que la novación obedece a pacto expreso. En la dación será común que las partes convengan dar *aliud pro alio* señalándolo explícitamente; pero puede no ser así, pues el consentimiento podría otorgarse aún en forma tácita⁸⁰. Estos supuestos no logran ser explicados por la teoría de la novación.

Algunas de estas críticas resultan infundadas. Además, la doctrina de la novación da una coherente explicación al art. 2382 en su redacción actual, y parece acorde a otras normas de leyes especiales, como el art. 125 del Código de Comercio⁸¹. Creemos, sin embargo, que los dos últimos argumentos expuestos arriba exigen una solución distinta de la equiparación de la dación en pago a la novación objetiva.

3. Teoría de la modalidad de pago

Es una teoría que encuentra algún sustento en textos romanos⁸². La dación en pago no sería otra cosa que un pago, que si bien reviste caracteres especiales (que hacen que hablemos de una modalidad), responde a la misma función solutoria y cumple todos sus efectos⁸³.

⁸⁰ Véase nota 13.

⁸¹ “Si se dieren en pago documentos al portador, se causará novación si el acreedor al recibirlos no hubiere hecho formal reserva de sus derechos para el caso de no ser pagados”. Barrios y Valls señalan que no existe verdadera dación en pago en esta disposición: BARRIOS Y VALLS (1961) pp. 95 y ss. En el mismo sentido, MATURANA (1935) p. 24. Además, en derecho mercantil, el efecto de comercio equivale a dinero, y por ende cuando se da un efecto en pago de una deuda de dinero, existe un pago efectivo, se presta lo que se debe. Apoya esta interpretación la lectura del número 2 del art. 287 y del número 2 del art. 290 de la Ley 20.720 de reorganización y liquidación de empresas y personas, que señalan ambos que “La dación en pago de efectos de comercio equivale al pago en dinero”, y el inciso tercero del art. 1° de la Ley 18.010 sobre Operaciones de Crédito de Dinero, que dispone que “para los efectos de esta ley, se asimilan al dinero los documentos representativos de obligaciones de dinero pagaderos a la vista, a un plazo contado desde la vista o a un plazo determinado”.

⁸² En Instituciones, 3.30. Prefacio, Justiniano resuelve una antigua disputa entre sabinianos y proculeyanos, en torno al modo en que operaba la extinción de la obligación por dación en pago. Se pronuncia a favor de la extinción *ipso iure*. No es relevante en nuestro derecho moderno esta cuestión; sí lo es el modo en que se expresa Justiniano, al fundar su solución en la equiparación de la dación con el pago. También se ha citado en apoyo de esta teoría un texto del Código de Justiniano, 8.43.17.

⁸³ ALBALADEJO (1970) t. II, pp. 95 y s.; VIAL (2007) p. 423.

El corolario más importante de esta teoría es el relativo a la evicción de la cosa dada en pago. En este caso, no ha habido dación de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1575: *“el pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño”*.

La obligación, aparentemente extinguida, despierta. Y lo hace con todas sus cauciones y garantías: la evicción es oponible a terceros dueños de las cosas que se hubieren dado en prenda o hipoteca para garantizar el cumplimiento de la obligación principal, de modo que si el deudor no la cumple, el acreedor puede ejercer los derechos reales correspondientes para el pago del crédito.

La excepción a este efecto lo constituiría la fianza, pues, de acuerdo al art. 2382 la responsabilidad de los fiadores se extingue definitivamente cuando opera dación en pago, aun cuando después la cosa fuese evicta. Si esta liberación definitiva de los fiadores no obedece a la celebración de una novación objetiva, ¿cuál es el verdadero fundamento del art. 2382?

Pothier, principal antecedente de la norma que comentamos, señala que la liberación de los fiadores se explica porque, habiéndose extinguido aparentemente la obligación primitiva, éstos no pueden hacerse después responsables por la insolvencia sobreviniente de un deudor respecto del cual no pudieron ejercer sus derechos mientras fue solvente⁸⁴. Quienes adhieren a la teoría de la modalidad del pago, dan a este argumento el carácter de una moderación del rigor de los principios, hecha en nombre de la equidad, y que es aplicable únicamente a los fiadores en la medida en que estén de buena fe⁸⁵, de modo que ven en el art. 2382 una norma excepcional⁸⁶.

Esta interpretación fue la que tuvo a la vista Bello al redactar el art. 2382. En el Proyecto de 1853 cita expresamente bajo esta disposición el pasaje de

⁸⁴ POTHIER (1853) p. 267 y s. SOMARRIVA (1943) p. 193, añade que si no operara tal liberación definitiva y luego se produjera la evicción de la cosa dada en pago, los fiadores verían perjudicada su acción de reembolso pues ya no podrían pagarse su crédito en la cosa que fue objeto de dación.

⁸⁵ FÍNEZ (1995) p. 1499.

⁸⁶ BARRIOS y VALLS (1961) pp. 29 y s; FÍNEZ (1995) pp. 1497 y s. Para éste, la excepcionalidad significa únicamente que el art. 1849 del Código Civil Español (equivalente a la norma chilena) no se aplica a terceros poseedores de prenda e hipoteca; en cambio, la interpretación es extensiva en cuanto a la causa por la que el fiador pierde la oportunidad de ejercer sus derechos: nulidad, acción pauliana u otras.

Pothier a que nos hemos referido⁸⁷. Además, la redacción primitiva del precepto recogía precisamente la idea del resurgimiento de la obligación (*manet pristina obligatio*⁸⁸) resurgimiento que, como ya adelantamos, establece el inciso segundo del art. 1792-22.

Sin embargo, esta teoría no está exenta de críticas:

- i. Padece de un defecto conceptual. La dación en pago es radicalmente opuesta a la definición del art. 1568: el pago efectivo es la prestación de lo que se debe, y en la dación se trata precisamente de entregar *aliud pro alio*, algo que no se debe a tenor de la obligación. A mayor abundamiento, claramente no se cumple en la dación con el principio de identidad consagrado en el inciso primero del art. 1569: “*El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación*”.
- ii. Se funda en una interpretación del art. 2382 discutible. Pothier, que es la fuente citada por Bello, no señala que la liberación de los fiadores sea una mera moderación del rigor de los principios, ni que sea excepcional. Ya hemos aludido a la opinión de algunos legisladores durante la discusión del Código Civil francés, que atribuyeron a la dación la naturaleza jurídica de una novación⁸⁹.

No está tan claro que el art. 2382 sea realmente excepcional: la ley nada dice respecto a la prenda e hipoteca, y, habiendo igual razón para proteger a terceros poseedores de bienes dados en prenda o hipotecados que la que hay para proteger a los fiadores, no vemos por qué aplicar distinta disposición⁹⁰.

Pero Baudry-Lacantinerie y Barde van más allá⁹¹. Si la liberación definitiva de los fiadores es solo un temperamento al rigor de los principios que la ley introduce para proteger al fiador perjudicado por la dación en pago, entonces no se consagraría en términos tan absolutos, como lo hacen los arts. 2038 del Código Civil francés y 2382 de nuestro Código. Podría ocurrir que el deudor que ha dado una cosa en pago no se hubiese hecho luego insolvente, o incluso el arreglo entre acreedor y deudor podría beneficiar a los fiadores, si la cosa dada en pago era de menor valor económico que el monto de la obligación. En estos casos carecería de sentido una liberación de los fiadores,

⁸⁷ BELLO (1881) t. XII, p. 603. Se trata del art. 2547 en ese proyecto.

⁸⁸ Digesto 43.3.46; véase nota 78.

⁸⁹ Véase nota 71.

⁹⁰ BELINCHÓN (2012) p. 237.

⁹¹ BAUDRY-LACANTINÉRIE Y BARDE (1902) t. XII, p. 710.

que supuestamente es excepcional y contraria a los principios que gobiernan la dación en pago. Y sin embargo, la ley no distingue⁹².

iii. Finalmente, la dación no puede ser verdadera modalidad de pago desde que para celebrarla se exige una capacidad distinta de la que goza el diputado para el pago o para el cobro –cosa que no ocurriría con verdaderas modalidades de pago, como podría serlo el pago por consignación. Nos remitimos a lo dicho acerca del requisito de la capacidad para celebrar daciones en pago⁹³.

4. Teoría del modo de extinguir autónomo

Ante la imposibilidad de equiparar la dación en pago con la compraventa, la novación y el pago, varios autores nacionales y extranjeros se inclinan por afirmar que la dación es un modo de extinguir las obligaciones, autónomo y distinto de los demás. Así Barrios y Valls y Abeliuk entre nosotros, y Diez-Picazo, Serrano y Belinchón Romo en la doctrina española⁹⁴. Lo que caracteriza a esta teoría no es afirmar que la dación en pago extingue la obligación (eso toda la doctrina lo admite), sino afirmar la autonomía conceptual de esta figura, que impide su subsunción en otras categorías jurídicas.

A este modo de extinguir especial, no regulado en la ley, se aplican por analogía algunas disposiciones de la compraventa (como las relativas al saneamiento de la evicción y las reglas de capacidad), pero muy especialmente las del pago, con el cual la dación guardaría un estrecho parentesco⁹⁵.

La equiparación es, en efecto, significativa. Si la cosa resulta evicta, la dación no es eficaz, y por ende renace la obligación primitiva, que en realidad nunca se extinguió. La interpretación del art. 2382 es la expuesta por la doctrina de la modalidad de pago.

Esta tesis tiene el atractivo de una aparente coherencia, pues presentando todas las ventajas de la teoría del pago, esquivo con sutileza sus defectos, aplicando reglas de la compraventa o bien invocando la excepcionalidad del art. 2382. Sin embargo, se podría preguntar cuál es la razón para que el

⁹² CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 370, reproduce este argumento de Baudry-Lacantinerie y Barde, pero se limita a señalar que “dista mucho de ser convincente”.

⁹³ Puede consultarse este argumento en FINEZ (1995) p 1518.

⁹⁴ BARRIOS y VALLS (1961) pp. 36 y s.; ABELIUK (2014) t. II, p. 838; DIEZ-PICAZO y GULLON (1998) vol. II, pp. 197 y s.; SERRANO (1978) p. 429; BELINCHÓN (2012) p. 93.

⁹⁵ BARRIOS y VALLS (1961) pp. 22 y 35.

legislador no haya incluido este modo de extinguir en la enumeración del art. 1567; suponer un olvido no es convincente.

Puede agregarse una crítica más de fondo. Que a la dación deben aplicarse las reglas sobre capacidad relativas a la compraventa, es razonable. Que la dación en pago solo sea eficaz cuando transfiere el dominio al acreedor, como ocurre con el pago, también lo es. Sin embargo, esta teoría no logra unificar estas conclusiones, encontrando su fundamento. Parece guiarse por la intuición.

En este punto podemos hacer una reflexión sobre las teorías que hemos revisado. Creemos que las diferencias que separan unas de otras pueden explicarse por una falta de visión de conjunto. Las teorías de la compraventa y la novación han atendido exclusivamente a uno de los elementos de la dación: el elemento convencional, el acuerdo de voluntades que debe existir en toda dación. Las teorías de la modalidad de pago y del modo autónomo atienden exclusivamente al segundo elemento: la ejecución de la prestación diversa, que, si bien muchas veces es simultánea al acuerdo de voluntades, es conceptualmente distinta. Se hace preciso buscar una alternativa

5. Teoría de la modificación objetiva

Esta teoría no ha contado con demasiados seguidores, ni cuenta con el respaldo expreso de los textos romanos. Puig esboza sus contornos, pero puesto que en su concepción es inútil buscar la naturaleza jurídica de esta institución, no hace más que señalarla como una de las posibles modalidades que puede adoptar⁹⁶. Quizás esta falta de apoyo doctrinario obedece a que en España, donde se ha planteado esta tesis, la modificación objetiva de la obligación se llama también novación, en este caso modificativa y no extintiva. Desechándose la tesis de la novación, se piensa haber superado la de la modificación objetiva.

De acuerdo a esta teoría, la dación en pago es una modificación de un aspecto de la obligación, que no constituye novación. Esta figura no es desconocida por nuestro Código Civil, que en sus arts. 1646a y 1650 tratan algunas de sus hipótesis: la adición de especie, género o cantidad; la incorporación de una cláusula penal; la mutación del lugar para el pago; y el aumento o disminución de plazo⁹⁷.

⁹⁶ PUIG (1988) t. I, vol. II, p. 311.

⁹⁷ Para un comentario de estas normas, cfr. CLARO SOLAR, (1979) t. XII, pp. 399-402. Claro Solar añade también algunas hipótesis no recogidas en el articulado del Código Civil, que

¿Cuál es el efecto de una modificación de la obligación? Da derecho a quienes la han pactado a exigir que la obligación se cumpla de acuerdo a los nuevos términos. Este acuerdo no puede afectar a terceros, obligados subsidiaria o solidariamente, o bien poseedores de cosas empeñadas o hipotecadas: nadie puede verse injustificadamente perjudicado por el hecho de un tercero. Por eso, las citadas normas disponen que la simple mutación de lugar para el pago no puede significar para terceros “nuevo gravamen” (art. 1648); la mera ampliación del plazo “pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor” (art. 1649); etc.

En la dación en pago existiría un acuerdo modificadorio de la obligación, insuficiente para ser calificado de novación. Dicho acuerdo consistiría en añadir a la obligación primitiva la facultad del deudor de liberarse pagando una cosa distinta de la debida; en otras palabras, se transforma la obligación pura y simple en una obligación facultativa, en los términos del art. 1505 de nuestro Código Civil.

La figura de la modificación objetiva es aplicable al acuerdo de voluntades, elemento convencional de la dación en pago. La ejecución de la prestación es el pago de la cosa con la que el deudor puede liberarse; pero es un pago, común y corriente⁹⁸.

6. Aproximación a una respuesta

La teoría la modificación objetiva es a nuestro juicio la única que resuelve satisfactoriamente los problemas que se plantean alrededor de la dación en pago.

En relación con la evicción, logra explicar por qué la obligación primitiva renace o despierta: no ha habido novación, y la dación de cosa ajena es ineficaz como cualquier pago, de acuerdo al art. 1575: “el pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la

no serían constitutivas de novación sino de mera modificación objetiva de la obligación: por ejemplo, la alteración en la forma del pago.

⁹⁸ DIEZ-PICAZO (1996) p. 557, describe acertadamente esta distinción: el elemento convencional “no sustituye la obligación antigua por una nueva, ni supone un cambio de objeto de la relación obligatoria, sino que origina un nuevo modo de extinción de la misma. La realización de la nueva prestación convenida supone la consumación del convenio de dar en pago y la consiguiente extinción de la relación obligatoria principal”. Sin embargo, no llega a calificar ese elemento convencional sino como un contrato atípico (*ibídem*).

cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño". Resultan así coherentes los textos romanos⁹⁹, la redacción original del art. 2382 en el Proyecto de Código Civil de 1842, y la inclusión del art. 1792-22, antecedentes que apuntan todos a un renacimiento de la obligación en caso de evicción. En estricto rigor, la entrega de la cosa evicta fue desde el principio inidónea para extinguir la obligación: más que renacer, la obligación nunca murió.

Se resuelve asimismo el problema que plantea el art. 2382. Si los fiadores se ven liberados de su responsabilidad no es porque haya mediado novación, sino porque no pueden ser afectados por un acuerdo modificatorio de la obligación, como ocurre en los casos previstos en los arts. 1646 y siguientes. La regla de que nadie puede verse gravado por el hecho ajeno es la que justifica este efecto, que es el que produce toda modificación objetiva de la obligación¹⁰⁰.

Se hace preciso resolver la objeción que plantean Baudry-Lacantinerie y Barde, y que reseñamos arriba: si el art. 2382 es la mera aplicación de un principio que busca tutelar derechos de terceros, ¿por qué se consagra en términos absolutos, sin atender a si la dación es efectivamente perjudicial para los fiadores? Después de todo, los arts. 1646, 1647, 1648 y 1650 no liberan a los terceros de toda responsabilidad, sino que se limitan a evitar que sufran mayor gravamen que el que asumieron.

La respuesta es de orden práctico: como no es posible determinar *a priori* si una dación resultará perjudicial o no para el fiador, en lugar de dejarlo en la incerteza, la ley opta por eximirlo de responsabilidad desde el primer momento. Es lo que ocurre en el caso del art. 1649: cuando se amplía el plazo, los terceros se ven liberados inmediatamente¹⁰¹. En las hipótesis de los arts. 1646, 1647, 1648 y 1650, es posible arbitrar un modo de resguardar el interés de quienes no han participado de la modificación objetiva sin eximirlos de responsabilidad, y la ley prefiere esta solución¹⁰².

⁹⁹ Digesto 43.3.46, véase nota 78.

¹⁰⁰ Pothier cita este adagio (*nemo ex alterius facto praegravari debet*, nadie puede verse gravado por el hecho de otro) para justificar la regla de liberación de los fiadores, aunque no se refiera a toda modificación objetiva de la obligación: POTHIER (1853) p. 268.

¹⁰¹ Para MEZA BARROS (2007) p. 200, el aumento de plazo que extingue la fianza sin ser propiamente una novación, prueba que la liberación del fiador en el art. 2382 no permite concluir que existe una novación en la dación en pago.

¹⁰² Pothier nos entrega una explicación diversa. Compara el acuerdo de dación en pago con el de concesión de plazo, que en su concepto no produce la extinción de las garantías de terceros. ¿Por qué no se aplica la misma regla en la ampliación de plazo? Argumenta que

La teoría de la modificación objetiva de la obligación resulta ser la más coherente con los textos romanos, los desarrollos doctrinarios y las normas vigentes.

Cuando decimos que la naturaleza jurídica de la dación en pago es el de una modificación objetiva de la obligación, debe entenderse únicamente del elemento convencional, esto es, del acuerdo de voluntades. Como ya dijimos, la ejecución de la prestación es el pago efectivo de una obligación facultativa.

El carácter complejo de la dación (modificación objetiva y pago) es lo que permite explicar que la operación de dación en pago sea a la vez título translaticio y acto de enajenación: desde la perspectiva de la adquisición del dominio por el acreedor, título y modo se confunden, no en un acto, sino en una operación compleja¹⁰³.

En este punto, es posible que se piense haber llegado a una conclusión contradictoria: nos hemos preguntado por la naturaleza jurídica de una institución, y acabamos negando su existencia autónoma, reduciéndola a una modificación de la obligación acompañada de un pago, que no necesariamente se produce de inmediato. Es decir, haciendo la disección conceptual, nos encontramos con que la dación en pago no es más que una expresión con la que nos referimos a dos actos diversos entre sí: una convención y su ejecución.

Suscribimos esta conclusión: la dación en pago no es una figura autónoma de los elementos que la componen. Al mismo tiempo, asumimos que zanjar la controversia en torno a la naturaleza jurídica de la dación en pago, de larga data en nuestra tradición doctrinal, exige más desarrollo que el que

en ese caso, si después de la concesión de plazo el deudor amenaza caer en insolvencia, los fiadores podrán ejercitar alguno de los remedios que prevé la ley, porque no se ha producido una apariencia de cumplimiento de la deuda que les haga descuidar su acción de reembolso. En cambio, después de la dación en pago, la deuda ha quedado aparentemente extinguida y con ello la fianza; si el deudor comienza a entrar en insolvencia, los fiadores no encontrarán motivo para alarmarse ni ejercerán los derechos que les otorga la ley, quedando así en la indefensión si el objeto resulta posteriormente evicto: POTHIER (1853) p. 268.

¹⁰³ El carácter complejo de la dación se ha puesto de manifiesto en autores como BELINCHÓN (2012) p. 178, y en la doctrina nacional ABELIUK (2014) t. II, p. 838, que no duda en aplicar a la dación normas de la compraventa, de la novación y del pago. Solo con una concepción de la dación como acto complejo se explica que, en nuestro sistema en que título y modo se distinguen netamente, la dación en pago sirva a la vez de uno y otro.

este trabajo ofrece. Como su título indica, este artículo se limita a hacer una propuesta de calificación jurídica para la dación en pago.

CONCLUSIONES

Intentando delimitar con precisión cuál es la hipótesis, el hecho jurídico que configura la dación en pago, y revisando las nociones que la doctrina nos ofrece, hemos podido determinar la existencia de dos elementos en la dación: convención y ejecución. Esta constatación de que la dación en pago es una operación compleja es, en nuestra perspectiva, la premisa central de nuestro trabajo.

Del examen de los requisitos de la dación en el tratamiento que ha hecho la generalidad de los autores, hemos podido determinar que su objeto es, indistintamente, dar, hacer o no hacer, una cosa por otra: *aliud pro alio*. Nos hemos extendido en el examen del consentimiento que prestan acreedor y deudor: el elemento convencional de la dación. Concluimos que no necesariamente es simultáneo a la tradición de la cosa que se da en pago (o, en su caso, a la ejecución del hecho o abstención); que tiene la naturaleza de título translaticio; y que modifica la obligación pura y simple, transformándola en una obligación facultativa. La ejecución de la prestación diversa, vendría a ser el pago de esa obligación facultativa.

Finalmente, hemos revisado las principales teorías con que se ha buscado explicar la dación en pago, descubriendo los problemas que cada una resuelve y las críticas, a veces injustificadas, de que han sido objeto. Adoptar la teoría de la modificación objetiva de la obligación, aunque exige todavía un mejor desarrollo, permite conformar satisfactoriamente los antecedentes históricos, doctrinales y legales, que aparentemente se encuentran en pugna unos con otros.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABELIUK, René (2014): *Las Obligaciones* (Sexta edición, Santiago de Chile, Legal Publishing / Thomson Reuters) tomo I, 1495 pp.

ALBALADEJO, Manuel (1970): *Derecho Civil. II. Obligaciones* (Cuarta edición, Barcelona, Bosch) 364 pp.

ALESSANDRI, Arturo (1934): *Derecho Civil. Segundo año: teoría de las obligaciones* (Santiago, El Esfuerzo) 502 pp.

- BARRIENTOS, Javier (2003): *El pago de lo no debido en el Derecho chileno* (Santiago de Chile, LexisNexis) 176 pp.
- BARRIOS, Hernán, y VALLS, Gabriel (1961): *Teoría general de la dación en pago* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 120 pp.
- BAUDRY-LACANTINÈRIE, Gabriel, y BARDE, Louis (1902): *Traitéthéorique et pratique de Droit Civil* (Paris, Librairie de la société du recueilgénéral des lois et des arrêts), tomo XII, 818 pp.
- BELINCHÓN ROMO, María Raquel (2012a): *La dación en pago en Derecho español y Derecho comparado* (Madrid, Dykinson) 255 pp.
- BELINCHÓN ROMO, María Raquel (2012b): *Breve análisis del Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*. Disponible en: <<http://www.cesfelipesecondo.com/revista/Articulos2012/RaquelBelinch%C3%B3n1.pdf> > (consulta: 25 de noviembre de 2014).
- BELLO, Andrés (1881): *Obras completas* (Santiago, Imprenta de Pedro G. Ramírez), vol. XI, 656 pp.; y XIII, 696 pp.
- CLARO SOLAR, Luis (1979): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado* (Segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomos X, 631 pp., y XII, 822 pp.
- CORRAL, Hernán (1998): “El crédito de participación en el sistema chileno”, en VV. AA., *Regímenes matrimoniales en Chile. Problemas actuales y perspectivas de cambio* (Santiago, Cuadernos de Extensión Universidad de los Andes) 253 pp.
- CRUZ, José Luciano (2000): *Naturaleza jurídica de la dación en pago según el Código Civil Chileno* (Santiago, tesis para optar al grado de licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile) 50 pp.
- DALMAU, Carlos, y KURY, Ramón (1996): “La dación en pago: análisis de una figura imprecisa y carente de regulación”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, (Vol. 65, n° 2) pp. 365-397.
- DIEZ-PICAZO, Luis (1996): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias* (Quinta edición, Madrid, Civitas) 909 pp.

- DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio (1998): *Sistema de Derecho Civil. II. El contrato en general. La relación obligatoria* (Séptima edición, Madrid, Tecnos) 657 pp.
- FÍNEZ, José Manuel (1995): "La dación en pago", en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, n° 3-4, pp. 1467-1527.
- GIORGI, Giorgio (1912): *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. VII. Extinción de las obligaciones* (Madrid, Hijos de Reus Editores, primera edición traducida al español de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las leyes española y americanas, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia) 555 pp.
- LATOUR, Juan (1953): "Notas sobre la dación en pago", *Revista de Derecho Privado* (Vol. 37, n° 430-441), pp. 625-638.
- MATURANA, Alberto (1935): *De la dación en pago* (Santiago, tesis para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile), 98 pp.
- MEZA BARROS, Ramón (2007): *De las obligaciones* (Décima edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 267 pp.
- POTHIER, Robert Joseph (1841): *Tratado del contrato de compra y venta* (Barcelona, Imprenta de J. Roger, primera edición traducida al español con notas de Derecho Patrio por una sociedad de amigos colaboradores) 334 pp.
- POTHIER, Robert Joseph (1853): *Tratado de las Obligaciones* (Barcelona, Imprenta de J. Roger) 566 pp.
- PUIG, José (1988): *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I, volumen II. Derecho general de las obligaciones* (Cuarta edición, Barcelona, Bosch) 513 pp.
- SERRANO, Claudia (2011): "La legitimación para el pago de un tercero", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 37) pp. 137-211.
- SERRANO, Eduardo (1978): "Consideraciones sobre la dación en pago", *Revista de Derecho Privado*, t. 62, pp. 416-433.
- SOMARRIVA, Manuel (1943): *Tratado de las cauciones* (Santiago de Chile, Nascimento) 611 pp.

VIAL, Víctor (2007): *Manual de las obligaciones en el Código Civil Chileno* (Segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Biblioteca Americana) 434 pp.

NORMAS CITADAS

Normas chilenas

CÓDIGO CIVIL

CÓDIGO DE COMERCIO

LEY 18.010 sobre Operaciones de Crédito de Dinero.

LEY 20.720 sobre Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas.

Derecho comparado

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (trad. Emilio Eiranova, Madrid, Marcial Pons, primera edición).

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. (trad. disponible en www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance; consulta: 17 de octubre de 2014)

CÓDIGO CIVIL PERUANO.

JURISPRUDENCIA CITADA

Alvarado (2011): Corte Suprema, 18 de marzo de 2011 (negativa del Conservador a inscribir un título), disponible en < www.microjuris.cl > (cita: MJJ26625).

Carmona con Molina (1996): Corte Suprema, 9 de abril de 1996 (casación en la forma y el fondo), disponible en < www.microjuris.cl > (cita: MJJ338).

Olgún con Inversiones Automotrices S.A. (2009): Corte Suprema, 5 de octubre de 2009 (indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato), disponible en < www.microjuris.cl > (cita: MJJ21688) >

Sonex Pacific Limited con Importadora Sino International Ltda. (2008): Corte Suprema, 28 de octubre de 2008 (cumplimiento contractual), disponible en < www.microjuris.cl > (cita: MJJ18646).

CARGOS EN TARJETA DE CRÉDITO NO AUTORIZADOS POR EL CONSUMIDOR. COMENTARIO DE UNA SENTENCIA

*Unauthorized credit card charges by
the consumer. Review of a judgement*

ERIKA MARLENE ISLER SOTO*
Universidad Bernardo O'Higgins
Santiago, Chile

RESUMEN: El presente documento tiene por objeto comentar una sentencia recaída en la acción interpuesta por una consumidora a quien se le estaban realizando cargos no consentidos en su cuenta crediticia. Con este propósito se revisan las causales de las cuales se puede derivar la responsabilidad infraccional del proveedor, a saber: vulneración del derecho básico a una información veraz y oportuna, incumplimiento contractual y causar menoscabo al consumidor derivado del actuar negligente del proveedor. Finalmente se alude a los efectos de las obligaciones en esta materia, consistente en la condena civil e infraccional del proveedor.

PALABRAS CLAVE: Consumidor, cobros indebidos, incumplimiento contractual.

* Profesora de Derecho Civil y Derecho del Consumidor, Universidad Bernardo O'Higgins; Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile; Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile; Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile; candidata a Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Becaria Conicyt.

Artículo recibido el 10 de abril de 2015 y aprobado el 6 de mayo de 2015.

ABSTRACT: This paper comments a judgment about the action brought by a consumer who was not spoiled charges being made on a credit account. Infringement of the basic right to accurate and timely information, breach of contract and cause consumer detriment derived from the negligent act Supplier: For this purpose the causes of which can be derived infraction provider liability, namely are reviewed. Finally it refers to the effects of the obligations in this area, consisting in civil and infraction conviction supplier.

KEY WORDS: Consumer, Illegal charges, breach of contract.

I. INTRODUCCIÓN

De los reclamos recibidos por el Servicio Nacional del Consumidor¹ los más frecuentes son aquellos relacionados con el mercado crediticio y que motivaron incluso la reforma normativa introducida por la Ley n° 20.555 (2011), comúnmente llamada del “*Sernac Financiero*”. Entre ellos, prevalecen las alegaciones de consumidores que señalan haber recibido el cobro de sumas de dinero que no habían solicitado, o bien cuyo giro de sus cuentas no habían consentido².

Una manifestación de este panorama lo encontramos en la causa “*Sernac y Gajardo Galaz con Promotora CMR Falabella S.A.*”³, que tuvo origen en las acciones iniciadas por el SERNAC y una consumidora, precisamente por cobros improcedentes. En este caso, la consumidora afectada señalaba que se le estaban cargando en su tarjeta de crédito CMR Falabella, transacciones comerciales que ella no había realizado, y cuyo monto ascendía a \$4.000.000.

En razón de lo anterior, es que se interpuso una denuncia infraccional por contravención a los artículos 3 letras a) y b), 12 y 23 de la Ley n° 19.496 (Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores⁴) y una demanda civil de indemnización de perjuicios por un total de \$9.200.000.

¹ En adelante SERNAC.

² Fuente: <<http://www.sernac.cl/category/estudios/creditos/>>, revisado el 24 de junio de 2014.

³ 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Gajardo Galaz con Promotora CMR Falabella S.A.* (2012, Rol n° 7611-FGA-2011), confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2013, Rol n° 725-2012).

⁴ En adelante LPDC.

Por su parte, la denunciada y demandada solicitó el rechazo de ambas acciones, señalando que si bien efectivamente se habían cargado en la cuenta de la demandante ciertas transferencias electrónicas de dinero, no había incurrido en infracción alguna, por cuanto este tipo de operaciones requería del ingreso de una clave secreta que es de conocimiento y uso exclusivo del consumidor, unido a la exigencia de que el titular de la cuenta de destino sea el mismo que de la tarjeta de crédito CMR.

Finalmente, señala que se debió de haber accionado en contra de Banco Estado, puesto que a esta institución correspondía la cuenta con los datos de la actora, a la que fueron transferidos los dineros.

Por su parte, tanto el Tribunal de primera como segunda instancia, desecharon la defensa denunciada, condenándola al pago de una multa de 50 Unidades Tributarias Mensuales⁵ y de los perjuicios acreditados en juicio.

II. COMENTARIO

1. Respetto de la responsabilidad de la empresa proveedora

A) HIPÓTESIS INFRAACCIONALES INVOCADAS

En el conflicto planteado se solicita la condena de la demandada y denunciada por vulneración de los artículos 3 letra a), 12 y artículo 23 de la LPDC.

El primero de ellos se refiere al derecho a la libre elección del bien o servicio. A continuación, agrega la misma disposición que *“el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”*.

No cabe duda que en el caso expuesto se ha atentado en contra de esta garantía de la demandante, puesto que la denunciada está poniendo de su cargo, una deuda en la que no ha consentido.

De esta manera, se vulnera abiertamente el principio de autonomía de la voluntad, conforme al cual toda obligación debe recaer en la aquiescencia del obligado⁶, salvo que se trate de una que tenga el carácter de legal, que no es el caso. Tal como explica WIESNER: *“La autonomía de la voluntad supone,*

⁵ En adelante UTM.

⁶ BARRIENTOS (2013), en: DE LA MAZA Y PIZARRO (edit.) p. 91.

*pues, que los contratantes se enfrentan, y voluntaria y completamente libres proceden a contratar*⁷.

Ahora bien, lo que no resuelve expresamente la LPDC, es la posibilidad de sancionar la afectación de esta prerrogativa con una multa infraccional, por cuanto se encuentra consagrada en su artículo 3, disposición en la cual el legislador ha contemplado un catálogo de derechos calificados como básicos; esto es, cuyos titulares son todos los consumidores hayan o no contratado con el proveedor⁸.

En efecto, no resulta clara la finalidad que tuvo en mente el legislador a la hora de consagrar el catálogo de garantías básicas del artículo 3 de la LPDC, esto es, dar origen a las acciones generales contempladas en el artículo 50 de la LPDC⁹, o bien establecer una mera declaración de principios.

De optarse por la segunda respuesta, para que la conducta sea sancionable, debería invocarse además alguna de las hipótesis contravencionales descritas en los artículos referentes a las *"obligaciones del proveedor"* (Título segundo, párrafo tercero) y *"responsabilidad por incumplimiento"* (Título segundo, párrafo quinto), en cuyo caso se solicitaría la sanción de estas normas y no de la vulneración directa del artículo 3 de la LPDC.

Al respecto, tanto el SERNAC como los Tribunales que conocieron de esta causa, parecen adherir la primera tesis, puesto que se solicita la condena y se accede a ella, en razón de la vulneración de diversas disposiciones, entre ellas, el artículo 3 letra a) de la LPDC (Considerando 20). No se indica la fundamentación de ello, lo que podría obedecer a que la defensa del proveedor, no fue en este sentido.

⁷ WIESNER (1986) p. 21.

⁸ Los estatutos de protección de los consumidores suelen consagrar ciertas garantías a las que califican de "básicas", y que en general se encuentran ubicadas en su parte preliminar. La importancia de que un derecho tenga este carácter, radica fundamentalmente en sus titulares: mientras la doctrina atribuye al consumidor abstracto –todos los ciudadanos en cuanto a personas– los derechos básicos, al consumidor concreto –aquel que efectivamente ha intervenido con el proveedor en un caso particular– se le conceden de manera adicional, otras prerrogativas entre las cuales se encuentran las acciones contractuales, la garantía legal, el derecho a retracto, etc. Cfr. JARA (1999) en CORRAL (1999) p. 62.

⁹ El Artículo 50 de la LPDC establece ciertas acciones de general procedencia por vulneración de algunas de las disposiciones de esta normativa, a saber: nulidad, cumplimiento forzado, cesación, indemnizatoria y sancionatoria.

Con todo, encuentra asidero esta línea de interpretación, en el tenor literal del artículo 50 inc. 2° de la LPDC, conforme al cual el incumplimiento de las normas contenidas en este cuerpo normativo –indistintamente– daría lugar a cualquiera de las acciones generales que consagra, incluida la sancionatoria¹⁰.

La segunda de las disposiciones invocadas por los actores, es el artículo 12 de la LPDC, conforme al cual *“todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”*. Se trata de una manifestación del principio de la fuerza obligatoria de los contratos, consagrado en el artículo 1545 del Código Civil¹¹.

Ahora bien, en el supuesto planteado, el incumplimiento que alega la consumidora, dice relación con el cobro de sumas que no tiene causa en la convención celebrada entre las partes.

En este sentido, se podría sostener que el proveedor cumple con el contrato cuando se constituye en acreedor válidamente, esto es, de las obligaciones que surgen del acto mismo. Así las cosas, no estaría respetando lo pactado, si solicita el pago de deudas que no han sido contraídas por la titular, puesto que a ello no lo ha autorizado la convención.

Por otro lado, aún cuando existiere una cláusula que hiciera responsable a la consumidora a todo evento, de deudas surgidas por deficiencias de la propia empresa o por el actuar de un tercero por el cual ella no es responsable, adolecería de nulidad, en razón de las causales de abusividad contempladas en las letras c), e) y g) del artículo 16 de la LPDC.

La tercera hipótesis infraccional invocada se encuentra contenida en el artículo 23 de la LPDC, que sanciona al *“proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad,*

¹⁰ Artículo 50 inciso 2° de la LPDC: “El incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda”.

¹¹ En adelante C.C.

identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”.

En este caso, se trata de una prestación de servicios que ha sido deficiente, puesto que los sistemas de seguridad del proveedor, no han sido capaces de evitar la vulneración de los derechos de la víctima, y que se tradujo en el sufrimiento de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales.

Ahora bien, esta disposición, a diferencia de las anteriores, requiere la concurrencia de un elemento subjetivo para que se configure la responsabilidad del proveedor, al señalar que éste debió haber actuado con “*negligencia*”. Sobre esto se tratará a continuación.

B) LA IMPUTABILIDAD DE LA CONDUCTA AL PROVEEDOR

La argumentación del Tribunal de primera instancia, confirmado por el de Alzada, dice relación únicamente con la imputabilidad al proveedor de las cargas no consentidas, esto es, en el carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad consagrada en la LPDC. Lo anterior llama la atención, puesto que únicamente es el artículo 23 de la LPDC el que exige que el infractor haya actuado con culpa, silenciando esta materia las demás disposiciones.

Esta temática no ha sido resuelta de manera general por el legislador, por lo que no existe claridad en torno a si se requiere que el proveedor haya actuado con culpa o dolo, o bien si basta con la existencia del daño y de la relación de causalidad. En efecto, sólo algunas disposiciones aisladas, parecieran resolver esta discusión para ciertos casos particulares, tal como ocurre con los artículos 23, 28¹² y 47 de la LPDC¹³.

Se ve agravado este panorama, si se considera que la LPDC no ha señalado el estatuto supletorio aplicable respecto de las materias que ella no regula, lo cual ha traído graves problemas además respecto de otros temas tan importantes, tales como los plazos de prescripción aplicables o los daños indemnizables.

Respecto del artículo 23 de la LPDC, es claro que se exige un elemento subjetivo en el tipo infraccional, consistente en la “*negligencia*” del proveedor. Al respecto han señalado BARRIENTOS y CONTARDO: “*La ventaja de establecer*

¹² En contra: DE LA MAZA (2013), en: DE LA MAZA Y PIZARRO (edit.), p. 660. Ver también, Historia de la Ley n° 19.496 (1997).

¹³ Ver: FERNÁNDEZ (1998) p. 122; CORRAL (2013), en DE LA MAZA Y PIZARRO (edit.), pp. 934- 937.

la infracción antes que la responsabilidad civil será el establecimiento de la culpa contra la legalidad o culpa infraccional que supone probada la culpa con la mera infracción. Ayudaría a esta interpretación lo dispuesto en el artículo 14 segunda parte de la Ley n° 18.287, que establece la exigencia de demostrar el daño y la relación de causalidad en la responsabilidad civil, sin mencionar la culpa”¹⁴.

La duda, no obstante subsiste respecto de los casos no regulados, entre ellos, los artículos 3 y 12 de la LPDC.

A favor de la naturaleza objetiva –o por riesgo– de la responsabilidad derivada de la Ley n° 19.496, se ha pronunciado FERNÁNDEZ FREDES en distintas ocasiones¹⁵, a quien ha seguido también una parte de la jurisprudencia nacional¹⁶.

Encuentra fundamento esta tesis, en el artículo 1 N° 2 de la LPDC que exige la “*habitualidad*” como presupuesto para ser considerado proveedor. De esta manera, si un sujeto se dedica de manera profesional a una cierta actividad económica, reiteradamente en el tiempo, se espera de él que tenga la expertiz necesaria para cumplir con todos los deberes de cuidado.

Por su parte, BARCIA ha explicado que “[de] la regulación de la LPDC se desprenden criterios de imputabilidad objetiva, que estarían dados por la responsabilidad infraccional que, a su vez, sirve de base para una responsabilidad estatutaria del consumo, que puede ser tanto contractual como extracontractual”¹⁷.

En contra, existe también jurisprudencia que ha exigido la negligencia del proveedor, como presupuesto de una condena¹⁸. Esta tesis podría encontrar asidero en la aplicación supletoria del artículo 1547 del C.C., conforme al cual en los contratos onerosos –como son en su mayoría los de consumo– las partes responden de la culpa leve.

¹⁴ BARRIENTOS y CONTARDO (2013) en: DE LA MAZA Y PIZARRO (edit.) p. 558.

¹⁵ Cfr. FERNÁNDEZ (1998) p. 119; FERNÁNDEZ (2003) p. 34.

¹⁶ Juzgado de Policía Local de Vitacura, Sernac con Empresa Periodística El Mercurio (2005, Rol n° 65.311-5), confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2006, Rol n° 2232-2006); Juzgado de Policía Local de Renca, Sernac con Embotelladora Unidas S.A. (2007, Rol n° 33.862-1-2002), confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2008, Rol n° 6.615-2007).

¹⁷ BARCIA (2012) p. 158.

¹⁸ 3° Juzgado de Policía Local de Viña del Mar, Rivera con París S.A. (2009, Rol n° 5791-08).

Asimismo, del establecimiento de los deberes del consumidor en el artículo 3 de la LPDC, se podría desprender la bilateralidad de la prevención de daños, aunque naturalmente la diligencia exigida al proveedor es mayor a la del consumidor.

Ahora bien, en el caso que se comenta, el Tribunal pareciera exigir la negligencia como presupuesto de todas las infracciones denunciadas, al señalar que *“para determinar la responsabilidad de la denunciada en lo relativo a las supuestas infracciones a los artículos 3 letra a) y b), 12 y 23 de la Ley n° 19.496, debe establecerse si las transacciones impugnadas, fueron realizadas por un acto imputable a la demandante de autos, bien por haberse efectuado por la misma, o por un tercero en virtud del descuido de las claves necesarias para tal efecto; o si fueron realizadas en virtud de un acceso no autorizado al sistema electrónico de CMR Falabella, por negligencia de la empresa al no adoptar las medidas de seguridad necesarias”* (Considerando 11).

Con posterioridad, el órgano jurisdiccional se pronuncia en un sentido positivo, estimando que si bien es de responsabilidad del consumidor el uso de las claves de seguridad entregadas por el proveedor (Considerando 9), este último tiene como contrapartida el deber de emplear la diligencia y cuidado necesarios para resguardar la seguridad de sus clientes en el empleo de estos medios, procurando impedir el acceso por parte de terceros no autorizados a las cuentas y datos de sus clientes (Considerando 10), lo cual no ha ocurrido en este caso.

En este sentido señala que *“el hecho de que una empresa ponga a disposición de los clientes un sistema electrónico para efectuar compras y transacciones, conlleva un deber de diligencia que exige a la misma, adoptar todas las medidas necesarias para evitar perjuicios a los consumidores titulares de tarjetas, o repararlos si ya se hubieren producido”* (Considerando 17).

Esta consideración del Tribunal es correcta, puesto que si bien la dedicación de una persona natural o jurídica a una determinada actividad comercial es voluntaria, una vez que decide ofrecer o comercializar productos o servicios, debe actuar conforme al deber de profesionalismo que le corresponde y cumpliendo con las medidas de resguardo que la satisfacción de los derechos de los consumidores exigen.

En este caso, es el proveedor quien con mayor facilidad y a un menor costo puede evitar la vulneración de los mecanismos establecidos para la realización de transferencias bancarias. En efecto, nos encontramos frente a un individuo, cuyo trabajo profesional y habitual es precisamente dedicarse al otorgamiento de créditos, a diferencia de lo que ocurre con la consumidora.

Asimismo, estima el Tribunal que en virtud de la aplicación supletoria del artículo 1547 inc. 3° del C.C., en materia contractual –como es este caso– habiendo acreditado el consumidor la existencia de la obligación y afirmado el incumplimiento del deber de resguardo, es de cargo del proveedor, acreditar su diligencia y cuidado para eximirse de responsabilidad (Considerandos 12 y 13).

Así las cosas, al no haber acreditado la demandada la entrega de la clave secreta a la consumidora –en cuyo caso, serían de cargo de ésta las transacciones realizadas– no cabe sino presumir que las operaciones cuestionadas, se debieron a la deficiencia del sistema de seguridad establecido por el proveedor para estos efectos (Considerandos 15 y 16). En esto radicaría precisamente la negligencia de la demandada, presupuesto de la responsabilidad infraccional de acuerdo a la sentencia.

2. *Respecto de los efectos del incumplimiento de las obligaciones por parte del proveedor*

Conforme al artículo 50 de la LPDC, el incumplimiento de las normas contenidas en este cuerpo legal, da origen a acciones civiles –de nulidad, cumplimiento forzado, cesación e indemnizatoria– e infraccionales.

Las primeras tienen por objeto tutelar los intereses particulares del consumidor afectado, en tanto que las segundas persiguen sancionar al proveedor infractor generando un efecto de prevención tanto general como especial.

En el caso que se comenta, los actores solicitan tanto la condena civil como punitiva de CMR Falabella, siendo ambas aceptadas por el Tribunal, aunque con una determinación de *quantum* inferior al esperado por ellos.

A) LA RESPONSABILIDAD INFRAACCIONAL

La responsabilidad infraccional –o contravencional– es entendida por CORRAL como aquella que surge “*por la infracción de normas administrativas o contravencionales, que las leyes suelen sancionar con medidas especiales como clausura del establecimiento o penas pecuniarias (multas), y cuyo conocimiento puede encargarse indistintamente a autoridades administrativas, a jueces de policía local o a jueces letrados*”¹⁹.

¹⁹ CORRAL (2003) p. 20.

De acuerdo a RUIZ-TAGLE VIAL en tanto, se definiría como *“aquella que resulta de la vulneración o contravención de ciertas normas, que están llamadas u orientadas a sancionar algunas conductas que entrañan incumplimiento de obligaciones de los proveedores respecto del consumidor”*²⁰.

La sanción genérica establecida por la LPDC para el proveedor que incurre en este tipo de responsabilidad es la multa, en este caso particular de 50 UTM, por no señalar la ley una cuantía diversa (Artículo 24 de la LPDC).

El SERNAC, solicitó el establecimiento de una multa por cada norma infringida, es decir un total de 150 UTM, lo cual no es aceptado por el Juzgado de Policía Local, quien si bien accede a la condena del proveedor, ordenó el pago de 50 UTM por las tres contravenciones.

Esta decisión –frecuente en conflictos de esta naturaleza–, suele obedecer –aunque la sentencia no lo indica expresamente– al deseo de no vulnerar el principio *non bis in idem*, así como en la facultad del Tribunal de determinar en concreto la sanción establecida en abstracto por el legislador.

B) LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En el caso planteado, la consumidora solicitó que se condene a Promotora CMR Falabella S.A. al pago de los daños patrimoniales y morales sufridos, esto es, \$4.200.000 y \$5.000.000 respectivamente.

Respecto de los primeros, y en atención a que la actora no había realizado pago alguno, es que el Tribunal no concedió la compensación requerida, aunque ordenó a la empresa proveedora a cesar en el cobro de la totalidad del crédito restante, incluyendo todo tipo de interés, gasto, comisión o cualquier otro cobro asociado (Considerando 26).

En este sentido, cabe señalar que la demandante, en lugar de haber recurrido a una acción civil indemnizatoria por este concepto, debió de haber interpuesto la genérica de cesación consagrada en el artículo 50 de la LPDC, esto es –en palabras de la legislación española sobre la materia–, aquella que *“se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura”*²¹.

²⁰ RUIZ-TAGLE (2010) p. 328.

²¹ Artículo 53 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, España. También establece una acción similar el *Codice del Consumo* italiano en su artículo 37.

Ahora bien, en lo que dice relación con el daño extrapatrimonial, la LPDC consagra expresamente su reparación y compensación, como derecho básico de todo consumidor (Artículo 3 letra e) de la LPDC). No obstante, hubiese resultado técnicamente más deseable que el legislador utilizara la expresión daño “*extrapatrimonial*”, en lugar de “*moral*”, con el objeto de comprender todos los perjuicios que pudieren generarse y no sólo del *pretium doloris*, tal como ocurre con el artículo 6 de la ley uruguaya (Ley n° 17.250), aunque se entiende que la intención del legislador fue establecer la reparación íntegra de los perjuicios causados²².

En cualquier caso, el Tribunal de primera instancia, concibe al daño moral, en estas materias como “*el sufrimiento que provoca la alteración de las condiciones normales de vida del afectado por los hechos infraccionales respectivos*” (Considerando 27). En la especie, señaló que “*la intervención de un tercero en la cuenta de una tarjeta de crédito sin autorización de su titular, produce en cualquier persona normal, un estado de desazón, desamparo y angustia que merece ser reparado, conjuntamente con el hecho de no haber ofrecido la empresa denunciada ninguna alternativa de solución a la consumidora, además de las molestias inherentes a la tarea de lograr, por la vía del reclamo administrativo o judicial, el ser resarcida en sus derechos*” (Considerando 27).

Se presenta también en estas materias, la discusión referente a si este tipo de perjuicios requieren de prueba o pueden ser determinados prudencialmente por el Tribunal, existiendo jurisprudencia en uno y otro sentido²³.

²² BARRIENTOS estima que en realidad debe hablarse de daño “no patrimonial”, por ser aún más amplio. Sobre la superación del *pretium doloris* como único supuesto de daño moral resarcible, ver BARRIENTOS (2008), pp. 85-106. Jurisprudencia civil que se ha pronunciado en este mismo sentido: Corte Suprema, Stange Hoffman con Ripley Puerto Montt (2013, Rol n° 8607-2012).

²³ El daño moral requiere prueba: Juzgado de Policía Local de Vallenar, Aquilera Páez con ABC Comercial Ltda. (2007, Rol n° 8.672-2006); 1° Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, Manríquez Aravena con Tiendas Falabella (2006, Rol n° 6.740-2005); Juzgado de Policía Local de Independencia, Messen con Metrogas S.A. (2013, Rol n° 20.645-RM-2012); 2° Juzgado de Policía Local de Maipú, Moreno con Arenval Ingeniería y Construcciones (2004, Rol n° 1352-2004); 3° Juzgado de Policía Local de Maipú, Sernac con Cencosud Supermercados S.A. (2008, Rol n° 1.004-AGV-2005), confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2008, Rol n° 1.724-2008); 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, Sernac con Central Store S.A. (2007, Rol n° 1.1884-AMS-2006), se declara desierto recurso de apelación, Corte de Apelaciones de Santiago (2007, Rol n° 3.199-2007); 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, Sernac con Comercializadora S.A. (2007, Rol

En este caso, el Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, estimó que se encontraban suficientemente acreditados por los certificados médicos acompañados por la actora, que daban cuenta de problemas de insomnio y angustia (Considerando 27).

Correspondió con posterioridad determinar el *quantum* indemnizatorio, el que corresponde en este caso, de acuerdo a SÖCHTING a *“la traducción económica de los perjuicios extrapatrimoniales, reflejada en una suma de dinero determinada que se entrega a la víctima como compensación satisfactoria que tienda a paliar los sufrimientos inmateriales provocados por el ofensor”*²⁴.

Al igual que cualquier daño, deben indemnizarse únicamente aquellos que efectivamente se han sufrido y acreditado por cualquier medio de prueba, incluyendo las presunciones, tal como explica DOMÍNGUEZ: *“si bien es cierto que no se puede exigir a la víctima prueba exacta del monto del perjuicio porque ello sería equivalente a negarle la indemnización, sí se le debe exigir que aporte los antecedentes a partir de los cuales se puede extraer ese quantum”*²⁵.

El Tribunal de primera instancia, concedió por este concepto la suma de \$1.000.000, utilizando como criterio para su determinación, la actitud de la demandada, esto es, que estaba en sus manos determinar o no la legitimidad de la transacción desconocida por la actora (Considerando 27). Se advierte entonces que pareciera que se le está otorgando a la indemnización, un carácter punitivo²⁶, puesto que de reconocérsele únicamente una función

n° 5.821-AMS-2006), confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2007, Rol n° 3.200-2007); Juzgado de Policía Local de La Florida, Sernac con Hipermercado Santa Amalia Ltda. (2009, Rol n° 4.472-F-2008), confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2009, Rol n° 10.763-2009); 3° Juzgado de Policía Local de Las Condes, Sernac con Travel Savings S.A. (2005, Rol n° 33.147-1-2005).

El daño moral no requiere prueba: 3° Juzgado de Policía Local de Antofagasta, Clavería con Tur Bus Cargo (2006, Rol n° 8892-2006); 3° Juzgado de Policía Local de Antofagasta, Ibáñez con Almacenes Paris (2007, Rol n° 3321-07); 2° Juzgado de Policía Local de La Florida, Quintana/Olavaria y Arquitectos Asociados (2005, Rol n° 7162-2004/LA); 3° Juzgado de Policía Local de Antofagasta, San Martín con Corredora de Seguros Ripley Ltda. (2007, Rol n° 7056-07).

²⁴ SÖCHTING (2006) p. 52.

²⁵ DOMÍNGUEZ (2006) p. 327.

²⁶ LE TOURNEAU (2004) p. 21: *“la reparación conlleva un aspecto punitivo (de pena privada), especialmente cuando una indemnización es concedida a la víctima de un daño moral, pese a que el dolor no es apreciable en dinero”*.

resarcitoria, resultaría indiferente si el victimario ha actuado con mayor o menor negligencia.

Al respecto, resulta útil recurrir a la opinión de BARRIENTOS: “*la cuantía de la indemnización del daño moral será el grado de dificultad objetiva de la superación del daño en relación a las características individuales de la persona víctima del daño bajo el criterio de un hombre medio*”²⁷.

Con posterioridad, la Corte de Apelaciones de Santiago, incrementó la suma concedida, elevándola a \$2.000.000, en atención a que la excesiva prolongación en el tiempo de la conducta negligente de la empresa en desmedro de los derechos de la consumidora, permiten presumir que el daño moral fue mayor²⁸.

En este caso, el Tribunal de Alzada, utilizó la presunción como medio de prueba de la magnitud del daño, esto es, que del hecho conocido de la prolongación en el tiempo de la infracción, se deduce el desconocido, esto es, el daño moral sufrido por la actora, por lo que su indemnización mantiene su naturaleza indemnizatoria y no punitiva.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARCIA, Rodrigo (2012): “Estudio sobre la prescripción y caducidad en el Derecho del Consumo”, *Revista Chilena de Derecho Privado* (N° 19), Santiago. pp. 115-163

BARRIENTOS, Francisca y CONTARDO, Juan (2013): “Artículo 23 inciso 1”, en: DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO, Carlos (edit.), *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 556-582.

BARRIENTOS, Marcelo (2013): “Artículo 3 letra a)”, en: DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO, Carlos (edit.), *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) 1232 pp.

_____ (2008): “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”, *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 35 N° 1) pp. 85-106

²⁷ BARRIENTOS (2008) p. 101.

²⁸ 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, Sernac y Gajardo Galaz con Promotora CMR Falabella S.A. (2012, Rol n° 7611-FGA-2011), que confirma la Corte de Apelaciones de Santiago (2013, Rol n° 725-2012)

CORRAL, Hernán (2013): "Artículo 47", en DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO, Carlos (edit.), *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) 1232 pp.

_____ (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 423 pp.

DE LA MAZA, Iñigo (2013): "Artículo 28", en: DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO, Carlos (edit.), *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) 1232 pp.

DOMÍNGUEZ, Carmen (2006): "El daño moral en Chile: Contornos y Problemas", *Revista Anales de Derecho UC* (n° 1), (Editorial Legis y Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago) pp. 307-328.

FERNÁNDEZ, Francisco (2003): *Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor* (Santiago, Editorial Lexis Nexis) 145 pp.

_____ (1998): "Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones", *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión*, (Vol. 1 n°2, Facultad de Ingeniería y Ciencias Universidad de Chile, Santiago) pp. 107 – 126.

JARA, Rony (1999): "Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones", en CORRAL, Hernán (1999): *Derecho del consumo y protección al consumidor* (Cuadernos de Extensión n° 3, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Santiago) 335 pp.

LE TOURNEAU, Philippe (2004): *La responsabilidad civil* (Bogotá, Editorial Legis) 204 pp.

RUIZ, Carlos (2010): *Curso de Derecho Económico* (Santiago, Editorial Librotecnia), pp. 386.

SÖCHTING, Andrés (2006): "Criterios para determinar el indemnizatorio en el daño moral. Un estudio de la jurisprudencia española", *Revista Chilena de Derecho Privado* (n°7) Diciembre. pp. 84-87.

WIESNER, Luis (1986): "Sociedad de masas, Derecho Privado y Contratación estándar", en *Revista de Derecho Privado* (n° 1, Universidad de los Andes, Colombia) pp. 3-32.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Codice del Consumo, Decreto Legislativo n° 206, 6 septiembre 2005, Italia.

Historia de la Ley n° 19.496: Intervención de FERNÁNDEZ, Francisco, Discusión en Sala, Senado, Legislatura 332, Sesión 40, 13.03.1996; FELIÚ, Olga: Discusión en Sala, Senado, Legislatura 332, Sesión 40, 13.03.1996 disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438&buscar=19.496>, revisado el 13 de mayo de 2014.

Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, Boletín Oficial del Estado (30 de Noviembre 2007, España).

Ley n° 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial, 7 marzo 1997.

JURISPRUDENCIA CITADA

1° Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, *Manríquez Aravena con Tiendas Falabella* (2006): 26 de mayo de 2006, Rol n° 6.740-2005.

2° Juzgado de Policía Local de La Florida, *Quintana/Olavarría y Arquitectos Asociados* (2005): 2 de marzo de 2005, Rol n° 7162-2004/LA.

2° Juzgado de Policía Local de Maipú, *Moreno con Arenval Ingeniería y Construcciones* (2004): 10 de septiembre de 2004, Rol n° 1352-2004.

3° Juzgado de Policía Local de Antofagasta, *Clavería con Tur Bus Cargo* (2006): 30 de agosto de 2006, Rol n° 8892-2006.

3° Juzgado de Policía Local de Antofagasta, *Ibáñez con Almacenes Paris* (2007): 3 de julio de 2007, Rol n° 3321-07.

3° Juzgado de Policía Local de Antofagasta, *San Martín con Corredora de Seguros Ripley Ltda.* (2007): 30 de agosto de 2007, Rol n° 7056-07.

3° Juzgado de Policía Local de Las Condes, *Sernac con Travel Savings S.A.* (2005): 5 de octubre de 2005, Rol n° 33.147-1-2005.

3° Juzgado de Policía Local de Maipú, *Sernac con Cencosud Supermercados S.A.* (2008): 31 de diciembre de 2007, Rol n° 1.004-AGV-2005, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de junio de 2008, Rol 1.724-2008

- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Central Store S.A.* (2007): 26 de abril de 2007, Rol n° 1.1884-AMS-2006, se declara desierto recurso de apelación, Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de julio de 2007, Rol 3.199-2007.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Comercializadora S.A.* (2007): 27 de marzo de 2007, Rol n° 5.821-AMS-2006, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de julio de 2007, Rol 3.200-2007.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Gajardo Galaz con Promotora CMR Falabella S.A.* (2012): 18 de enero de 2012, Rol n° 7611-FGA-2011, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de marzo de 2013, Rol 725-2012.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Gajardo Galaz con Promotora CMR Falabella S.A.* (2012): 18 de enero de 2012, Rol n° 7611-FGA-2011, que confirma Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de marzo de 2013, Rol 725-2012.
- 3° Juzgado de Policía Local de Viña del Mar, *Rivera con París S.A.* (2009): 8 de enero de 2009, Rol n° 5791-08.
- Juzgado de Policía Local de Independencia, *Messen con Metrogas S.A.* (2013): 1 de febrero de 2013, Rol n° 20.645-RM-2012.
- Juzgado de Policía Local de La Florida, *Sernac con Hipermercado Santa Amalia Ltda.* (2009): 10 de marzo de 2009, Rol n° 4.472-F-2008, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de diciembre de 2009, Rol 10.763-2009.
- Juzgado de Policía Local de Renca, *Sernac con Embotelladora Unidas S.A.* (2007): 28 de marzo de 2007, Rol n° 33.862-1-2002, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de enero de 2008, Rol 6.615-2007.
- Juzgado de Policía Local de ValLENAR, *Aquilera Páez con ABC Comercial Ltda.* (2007): 19 de enero de 2007, Rol n° 8.672-2006.
- Juzgado de Policía Local de Vitacura, *Sernac con Empresa Periodística El Mercurio* (2005): 11 de noviembre de 2005, Rol n° 65.311-5, confirmada por Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de julio de 2006, Rol 2232-2006.

Corte Suprema, *Stange Hoffman con Ripley Puerto Montt* (2013): 2 de octubre de 2013, Rol n° 8607-2012.

RECENSIONES

RECENSIÓN DE “EL PRODUCTO DEFECTUOSO EN LA LEY 19.496” (ERIKA ISLER SOTO, SANTIAGO DE CHILE, EDITORIAL LIBROTECNIA, 2013) 274 PP.

PEDRO GOIC MARTINIC*
Universidad Mayor
Santiago, Chile

La relación comercial entre proveedores y consumidores debe adaptarse a las nuevas tendencias de consumo. Por ello, se hace imperativo que los sistemas jurídicos modernos se encuentren a la altura de los actuales retos del desarrollo de la economía. Un claro ejemplo de lo anterior, lo encontramos en la necesidad de asegurar a los usuarios la satisfacción de las garantías básicas a la calidad o seguridad de los bienes que son objeto de la relación de consumo. En efecto, por un lado se debe tener presente el riesgo a que da origen la producción, comercialización y ofrecimiento de productos, propio de la estructura del tráfico jurídico actual. Por otro, debemos considerar la existencia de ciertos bienes cuya introducción al mercado podría implicar de por sí un peligro para los usuarios. En este contexto, ordenamientos jurídicos comparados han dictado estatutos que tratan esta temática dentro o fuera de las leyes generales que tutelan al consumidor. Destaca la normativa comunitaria europea, que ha establecido una verdadera estrategia en la protección de los consumidores en todo su territorio con el objeto de otorgar un estándar uniforme de seguridad y calidad en todos los estados miembros. Por su parte, el Derecho chileno no contempla una regulación especializada, sistemática y orgánica que se refiera a la responsabilidad derivada de productos defectuosos. En efecto, la Ley 19.496 –de protección a los consumidores– si bien consagra la garantía legal y algunas disposiciones sobre seguridad de

* Profesor de Derecho Civil, Universidad Mayor. Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile, Candidato a Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. (pagoic@uc.cl)

productos, lo cierto es que no se refiere especialmente a la responsabilidad civil, sin que tampoco exista claridad en torno al régimen supletorio que le resulta aplicable.

Es en este contexto donde circunscribe su obra la profesora Erika Isler Soto. Así, su libro se estructura en seis capítulos, revistiendo el primero y último de ellos los caracteres de introductorio y conclusivo respectivamente. Articula su exposición sobre la base de la noción de producto defectuoso a propósito de la ley 19.496, el cual finalmente fijará el campo objetivo de la responsabilidad del proveedor. Para su desarrollo, alude constantemente al carácter de orden público que tienen las normas de protección de los derechos de los consumidores. De este modo, la profesora Isler nos explica algo que para su exposición es esencial: que tanto la determinación de la defectuosidad de un producto como el régimen jurídico que le resulta aplicable, constituyen prescripciones imperativas que no admiten renuncia anticipada y, por tanto, prevalecen sobre toda costumbre, uso o práctica comercial, configurando de esta manera derechos que resultan inalienables, con las ulteriores consecuencias jurídicas que de ello derivan.

Así, para el orden de su exposición, en el segundo capítulo se analizan las distintas concepciones que existen acerca de la noción de producto en materia de protección de los Derechos de los Consumidores, proponiéndose la utilización de un criterio restringido, que lo distingue de los servicios, utilizándose como criterio diferenciador la naturaleza de la prestación de que se trate. Asimismo se revisan los requisitos tanto objetivos como subjetivos para que un bien sea considerado producto en materia de consumo. Finalmente, se mencionan las distintas clasificaciones que se han realizado respecto de los productos y que inciden en la determinación de un régimen de responsabilidad: Según si tiene o no el consumidor la posibilidad para revisar las aptitudes del bien con anterioridad a la celebración del contrato de consumo (bienes de confianza, de experimentación y de revisión); según las peculiaridades intrínsecas del producto (consumible y no consumible); de acuerdo a su periodo de estabilidad (durable o perecible); según su composición (simples y compuestos) y, finalmente, según el carácter del bien (nuevos y usados).

Los capítulos tercero y cuarto, están especialmente destinados al tratamiento de los defectos de los que pueden adolecer los bienes en materia de consumo. Para esto, se analizan en el primero de ellos las principales concepciones que existen en torno al producto defectuoso, y en el segundo sus presupuestos, con especial énfasis en los derechos sobre los cuales se determinará la defectuosidad de la prestación, es decir, la calidad y la seguridad.

El quinto capítulo del libro tiene por objeto identificar las distintas hipótesis que hacen dañoso a un producto según las circunstancias reconocidas tanto en nuestro país como en Derecho comparado. De este modo, se distinguen los productos inseguros; inaptos o inidóneos; los no conformes con el contrato; y los peligrosos.

A modo de corolario, se puede sostener que a través de una estudiada y ordenada exposición, la autora logra concentrar los elementos necesarios para alcanzar el objetivo principal de su trabajo, esto es, proponer un concepto de producto defectuoso que pueda ser aplicable ante el silencio de la actual normativa chilena en esta materia. Por otra parte, el carácter expositivo y acabado del mismo, la inclusión de acertadas notas, contribuyen a una clara y fluida lectura y facilita la comprensión de los bienes que son objeto de una relación de consumo y que por la presencia de un defecto, aparente u oculto, son susceptibles de atentar en contra de las garantías de las que los usuarios son titulares. Con todo, se extrañó un análisis pormenorizado del régimen jurídico aplicable, lo que se justificaría en que su desarrollo escaparía de la extensión permitida para un estudio como el reseñado. Cabe notar que existen otros trabajos del género que analizan lo anterior. Así, el profesor Hernán Corral Talciani lo presenta en su libro titulado "*Responsabilidad por productos defectuosos*". Con todo, la limitación temática del libro que comentamos hace que se distinga éste de otros por un acucioso y acabado estudio del supuesto delimitador para el entendimiento de la responsabilidad por producto defectuoso.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. ALCANCE Y POLÍTICA EDITORIAL

1. *Ars Boni et Aequi* tiene el cometido de contribuir al desarrollo de las Ciencias Jurídicas a través de la publicación de investigaciones originales e inéditas circunscritas a las diversas ramas del Derecho. Es desde ahí que surge la invitación a todos los operadores jurídicos a fin de tener un constante estudio, reflexión, análisis, crítica y proposiciones en el ámbito jurídico iberoamericano.
2. Su principal objetivo es comunicar conocimientos jurídicos derivados de estudios monográficos (artículos doctrinales), compartir comentarios de jurisprudencia y difundir recensiones.
3. Se trata de una publicación en formato electrónico e impreso de periodicidad semestral. El n° 1 de cada año aparece en junio, y el n° 2, en diciembre.
4. Se convoca a todos los investigadores y estudiosos del Derecho, tanto nacionales como extranjeros, al envío de colaboraciones en las tres secciones permanentes de la Revista (estudios, comentarios de jurisprudencia y recensiones), para que una vez aprobados se posibilite su publicación y difusión. Las colaboraciones se reciben durante todo el año; sin embargo, se recomienda enviarlas antes del 15 de abril para el primer semestre, y antes del 15 de octubre para el segundo semestre, a fin de que completen el proceso de evaluación y aprobación, y logren ser incluidos en el n° 1 y n° 2 correspondientes.
5. El envío de una colaboración supone el compromiso del autor de no someterlo simultáneamente a la evaluación de otras publicaciones periódicas. Además supone la cesión de derechos de autor a la Revista, una vez aprobado el artículo, para efectos de su reproducción.
6. La admisión de la colaboración procederá conforme a un sistema de arbitraje doble y anónimo, que implica la revisión y evaluación de la colaboración por un académico nacional o extranjero, externo a la Revista, designado por la Directora responsable a proposición del Comité Editorial de la Revista.
7. Los colaboradores cuyos trabajos fueren aceptados y publicados en la Revista recibirán gratuitamente un ejemplar de la que contenga su colaboración y 10 separatas.

II. FORMA Y PREPARACIÓN DE MANUSCRITOS

1. Las colaboraciones pueden presentarse en idioma español o inglés, en formato tamaño carta, numeradas, letra Times New Roman tamaño 12, con un interlineado 1,15 y sin interlineado adicional entre párrafos.

Debe estar encabezado por el título completo en español, mayúscula y negrita. Luego se agrega su traducción al inglés, en minúscula y cursiva.

2. Seguidamente debajo del título se ha de consignar el nombre del autor y su afiliación institucional, indicando ciudad y país de la institución.
3. Se elaborará también un resumen que dé constancia de lo que abordará el artículo de manera sucinta, así como tres a cinco palabras clave. Tanto el resumen como las palabras claves deben estar en español e inglés (*abstract* y *keywords*).
4. Los títulos y subtítulos correspondientes a las divisiones principales del artículo deberán ser claros, concisos, debidamente relacionados con los contenidos del mismo y sin subrayados de ninguna especie.
5. No se usará letra negrita, salvo para los títulos de conformidad a lo explicado precedentemente. Tampoco se usará el subrayado.
6. El uso de cursiva se usará exclusivamente para palabras en otro idioma.
7. Se utilizará el sistema de citación con notas a pie de página numeradas consecutivamente y ajustadas a las normas de publicación adoptadas por la Revista.

III. ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Los trabajos que deseen publicarse en la Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, deberán enviarse vía electrónica a la casilla arsboni@ubo.cl, con atención a la directora responsable, doña Nathalie Walker Silva. El correo electrónico al que se adjunte el trabajo debe contener la solicitud de publicación, el nombre del autor y la mención expresa sobre la categoría en que se incluye el trabajo.
2. También deberá adjuntarse una carta en la que los autores señalan que el trabajo es inédito y que se comprometen a no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Asimismo,

los autores de los artículos informarán si dicho trabajo se publicará como parte de un libro o un texto mayor.

3. El sistema de citación adoptado por la Revista corresponde a las normas de la International Standardization Organization, ISO 690 e ISO 690-2, en relación con sus equivalentes emanadas del Instituto Nacional de Normalización: NCH1143.Of1999 Documentación –Referencias bibliográficas– Contenido, forma y estructura, y NCH 1143/2.Of2003 Información y documentación –Referencias bibliográficas– Parte 2: Documentos electrónicos o partes de ellos, las que han sido declaradas norma chilena oficial por Resolución n°75 de 1999 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 24 de febrero de 1999 y Resolución n° 92 de 2003 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 13 de marzo de 2003, respectivamente.
4. **Bibliografía citada:** Al final del trabajo irá un listado de todas las referencias bibliográficas **efectivamente citadas o referidas** bajo el título de “Bibliografía citada”. La lista se ordenará alfabéticamente por su primer elemento, que es el nombre del autor empezando por su apellido, junto al año de publicación, entre paréntesis. Si se dictan dos o más obras de un mismo autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán entre sí, con letras minúsculas a, b, c, etc., a continuación del año y dentro del paréntesis. El o los apellidos del autor se escribirán en versalitas y el nombre en redonda. En ningún caso podrán ser citadas dos fuentes bibliográficas diferentes en una sola referencia.
5. En todas las referencias, los apellidos de los autores se escribirán en versalitas y el título de la obra en que se encuentra, en cursiva. Finalmente, en un paréntesis debe incluirse la ciudad de publicación, la sede editorial y el número de edición, en caso de que haya más de una.
6. La referencia a los artículos de revista y de capítulo de libros hará indicación de los números de página de inicio y final. Se usará sangría francesa. Los títulos de libros y de publicaciones periódicas en lengua extranjera se indican en el idioma original.

Ejemplos de referencia:

- A. **Libros:** BENADAVA, Santiago (1989): *Derecho Internacional Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ (ciudad de publicación, editorial, número

de edición (excepto la primera) / (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

B. **Traducciones:** AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (trad. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial).

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ (trad. nombre del traductor, ciudad de publicación, editorial, número de edición si corresponde).

C. **Capítulo de libro:** AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", en LLANOS MANSILLA, Hugo y PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coords.) *Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia) pp. 145 - 184.

Elementos: Autor(es) del capítulo/ (año de publicación): / "título del capítulo" / nombre del editor(es) o coordinador(es) del libro, cuando éste difiere del autor del capítulo o artículo (indicando su calidad de editor(es) o coordinador(es) / título del libro (en cursiva) / (ciudad de publicación, editorial) / paginación.

D. **Artículo de revista:** VAN DE WYNGARD, Jorge (2010): "La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros: un análisis constitucional", *Ars Boni et Aequi*, vol. 6 N° 1: pp. 27 - 79.

Elementos: Autor(es) del artículo/ (fecha): / "título del artículo" / título de la Revista, (en cursiva) / volumen y número: / paginación.

E. **Documentos en formato electrónico:** BERMÚDEZ, Jorge (2005): "El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria" Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004

Elementos: Autor(es) del documento/ (fecha): / "título" / Disponible en: vínculo del documento.

F. **Referencia de dos obras del mismo año del mismo autor:** Si se citan dos o más obras de un determinado autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra, que sigue al primer apellido y el año de la obra:

NOGUEIRA (2007a) y NOGUEIRA (2007b).

7. **Normas citadas.** Luego del listado de referencias bibliográficas se deben incluir todas las referencias legales o normativas, bajo el título "Normas jurídicas citadas". Dicho listado se limitará a las normas efectivamente citadas o referidas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente, de menor a mayor número, si es del caso, y se usará sangría francesa. Se indicarán, en el caso de una ley, el número de esta, la fecha de su publicación (día, mes y año) y su denominación legal, si la tiene.

Ejemplo:

Ley N° 18.525 del 30 de junio de 1986, Normas sobre importación de mercancías al país.

8. **Jurisprudencia citada.** Tras el listado de referencias legales se debe incluir uno de todas las sentencias efectivamente citadas o referidas en el trabajo, bajo el título "Jurisprudencia citada". En este listado, las referencias a las sentencias harán indicación de las partes en cursiva (primer apellido o sus iniciales), al año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, del tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación. Se sugiere indicar el tipo de acción y procedimiento correspondiente, n° rol, de serie, de expediente u otro equivalente /fuente de localización. Si es el caso, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo y las indicaciones de volumen, número o sección, año y página. Las sentencias se deberán ordenar cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes.

Ejemplos:

Radrigán y otros (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de abril de 2009, rol n° 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

Requerimiento respecto del Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989 (2000): Tribunal Constitucional, 4 de agosto de 2000, rol n° 309. Disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29863/

Tamaya con Atocha (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp. 65-73.

Sobre la jurisprudencia internacional citada. En el caso de citar jurisprudencia internacional, se deberá ocupar el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia para su identificación.

Ejemplos:

Estados Unidos: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)
España: STC 095/2010.

9. **Notas al pie de página:** Las notas al pie de página irán numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas abreviadas a obras, normas y jurisprudencia.

A. REFERENCIA ABREVIADA DE OBRAS

En las referencias abreviadas de libros, artículos de revista y demás formatos se señalará en la nota al pie el apellido del autor (en versalitas), el año (entre paréntesis) y el número o números de la página o de las páginas precisas en que aparece la referencia citada. Se recomienda no efectuar citas de trabajos que no han sido confrontados directamente por el autor, ya sea críticamente o siguiendo sus planteamientos. Los lectores podrán verificar los datos completos de la referencia en la "bibliografía citada", al final del trabajo (que se describe más arriba).

Si la obra tiene tres o más autores su indicación deberá contener el apellido del primer autor seguido por la expresión latina *et al.* Si se contemplan obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, se distinguirán por una letra seguida del año de publicación. Si se contemplan obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, se distinguirán por una letra seguida del año de publicación.

Ejemplos:

- Obras con un autor: MANSON (1978) p. 52.
- Obras con dos autores (los apellidos se unen por medio de la conjunción y): FIX-ZAMUDIO y VALENCIA (2003) p. 247.
- Obra con tres o más autores: GALLARDO *et al.* (2011) p. 94.
- Más de una obra de un mismo autor y año de publicación: GUZMÁN (2005a) p. 12.

B. *REFERENCIAS ABREVIADAS DE LAS NORMAS CITADAS*

En la nota respectiva se deberá indicar el número de la norma y su año de publicación.

Ejemplo:

Ley n° 20.431 de 2010.

C. *REFERENCIAS ABREVIADAS DE JURISPRUDENCIA CITADA.*

Se indicará el nombre de las partes en cursiva (con su primer apellido o sus iniciales) seguido del año de dictación entre paréntesis. En el caso de una sentencia del Tribunal Constitucional, deberá mencionarse el título o número de la ley o el artículo que se haya discutido y el rol de la causa.

Ejemplo:

Tamaya con Atocha (1999).

Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (2000).

10. **Presentación de gráficos, tablas, figuras o imágenes:** Dentro del cuerpo del texto solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos atinentes a la materia de la publicación. En particular, cada imagen, tabla o gráfico debe estar en formato .jpg.

A. *TABLAS*

Las tablas se realizarán en formato Word, llevarán un título conciso y serán enumeradas correlativamente con números arábigos, usando letra mayúscula negrita. Ejemplo: **TABLA N° 1, TABLA N° 2, TABLA N° 3**. Las observaciones adicionales se incluirán al pie de la tabla.

B. *FIGURAS (GRÁFICOS E IMÁGENES)*

Se considerará figura a todo tipo de material gráfico que no sea tabla (diagrama, gráfico, fotografía, dibujo, entre otros). Las figuras se realizarán en formato .jpg (resolución mínima 350 ppp (puntos por pulgada) y tamaño máx. de 15 cm. de ancho por 18 cm. de alto; todos los elementos deben ser legibles; entre 8 y 14 puntos. Enumere todas las figuras de manera consecutiva con números arábigos a la largo de todo el texto, usando letra mayúscula negrita. Ejemplo: **FIGURA**

N° 1, FIGURA N° 2, FIGURA N° 3. Dentro del texto, se refiere a las figuras por sus números. Ejemplo: Como se muestra en la Figura n° 1 o véase la Figura n° 2.

IV. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN Y APROBACIÓN DE TEXTOS

1. El Comité Editorial se reserva el derecho de rechazar los textos antes de enviarlos a arbitraje en el caso que no se ajusten a los lineamientos de la Revista.
2. Previo al envío a arbitraje se revisa el texto desde el punto de vista formal (estilo, lenguaje, ortografía, normas de edición, traducciones al inglés). Tras esta revisión, puede solicitarse al autor completar datos bibliográficos o notas a pie de página de ser necesario
3. En el caso de arbitraje, los parámetros utilizados por los pares académicos para la evaluación de los trabajos son los siguientes: originalidad del trabajo; desarrollo de argumentos; redacción, sintaxis, ortografía, estilo, extensión y estructura del trabajo; pertinencia y actualidad de la bibliografía; concordancia entre títulos, resúmenes y palabras claves con el contenido del trabajo; calificación del trabajo cómo estudio, ensayo, crónica o comentario de jurisprudencia.
4. El resultado del arbitraje será comunicado al autor. Este tendrá que ajustar el trabajo a las observaciones o recomendaciones hechas por los arbitradores si desea la aceptación del mismo para publicación.
5. Recibida la versión ajustada, se revisa si las observaciones hechas al trabajo han sido acogidas íntegramente por el autor. Tras esta revisión pueden realizarse nuevas recomendaciones al autor. Se establece un máximo de hasta dos correcciones por trabajo. Si en la tercera revisión el artículo no cumple plenamente con las observaciones formuladas, este se entenderá rechazado por el Comité Editorial.
6. Dos meses antes del lanzamiento de cada número, se prepara el cierre del proceso de edición correspondiente.
7. Los primeros días del mes de junio y de diciembre se publican los artículos aceptados durante el primer y segundo semestre, respectivamente, en la versión electrónica de la Revista y se procede al envío de los archivos a las bases electrónicas en las cuales se encuentra la Revista indexada. Dentro de los mencionados meses, asimismo, se realiza el envío gratuito de ejemplares a las principales bibliotecas del país, a los miembros de los tribunales superiores de justicia y a los más célebres estudios jurídicos chilenos.

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

I. SCOPE AND POLICY

1. *Ars Boni et Aequi* is committed to contribute to the development of Legal Science through the publication of original and unpublished researches confined to the various branches of law, to invite all legal operators to constant study, reflection, analysis, critical and propositions in Latin-American juridical area.
2. Its main objective is to communicate legal knowledge derived from monographic studies, to share case law reviews and spread reviews.
3. This is an electronic and printed publication presented every six months. The n° 1 of each year appears in June, and n° 2, in December.
4. We invite to all researchers and law students, domestic and foreign, to submit articles to cover the three regular sections of the magazine (studies, case law comments and books reviews). The works are evaluated and if they are approved we permit their publication and dissemination. Contributions are received all the year, however, we recommend submissions before April 15 for the first semester, and before October 15 for the second one, in order to complete the approval process.
5. Sending an original article to the editor implies that the author is not going to submit it simultaneously to other periodicals. Also assigns the copyright of the text, once admitted, to *Ars Boni et Aequi*.
6. A double and anonymous arbitration will review and evaluate the work.
7. The authors, whose works were accepted and published in the Journal, will receive a free copy with it and 10 offprints.

II. FORM AND PREPARATION OF MANUSCRIPTS

1. The articles can be submitted in English or Spanish, letter-size page, numbered and fully legible, font Times New Roman, size 12, line spacing to double spacing, and with an extra space between paragraphs. It should be headed by the full title in English, bold capitals. Then add a Spanish translation, in lowercase italics.

2. Immediately below the title must include the author's full name (written in lowercase except the initial letters, which must be written in capital letters) and her/his institutional affiliation, indicating city and country of the institution.
3. It also has to include an abstract, showing in a brief way, what the article is about and three to five keywords. Both abstract and keywords have to be in English and Spanish (*resumen y palabras claves*).
4. The titles and subtitles for the main divisions of the article should be clear and concise properly related the contents thereof without underlined whatsoever.
5. You do not use bold, except for titles as explained above. Neither use underlining.
6. Italics will be used only for words in another language.
7. It will be used a citation system with footnotes numbered consecutively and adjusted to the standards adopted by the Journal.

III. ORIGINAL SUBMISSIONS AND PUBLICATION STANDARDS

1. The articles to be published in the Law Review of Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, must be submitted by email to arsboni@ubo.cl, addressed to the Director-in-Chief, Mrs Nathalie Walker. The email must contain the publication request, name of the author and the specification in which category the work must be included.
2. There also must be attached a letter in which the authors note that the work is unpublished and undertake not to submit simultaneously to other journals. Also, the authors of the articles must inform if such work is published as part of a book or a bigger work.
3. The citation system adopted by the Journal corresponds to the standards of the *International Standardization Organization*, ISO 690 and ISO 690-2, in relation to their equivalent issued by the Chilean National Standards Institute: NCH1143.Of1999 Documentation - Bibliographic references - Content, form and structure, and NCH 1143/2.Of2003 Information and documentation - Bibliographic references - Part 2: Electronic documents or parts thereof, which have been declared official Chilean Standard by Resolution n° 75 of 1999 of the Ministry of Economy, *Diario Oficial*, 24

February 1999 and Resolution n° 92 of 2003 of the Ministry of Economy, *Diario Oficial*, 13 March 2003, respectively.

4. **Bibliographic references:** At the end of the work will be a list of all references **effectively cited or referred** under the title "Bibliography cited". The list must be sorted alphabetically according to the last name of the author, with its year of publication in parentheses. If there are two or more works by the same author published in the same year, they must be distinguished in parentheses by small letters a, b, c, etc. after the year of publication and inside the parenthesis. The last names of the author will be written in VERSAILLES and name in round. In no case can be cited two different literature sources in a single reference. In this list, reference books contain an indication of the total number of pages, and the reference to journal articles and chapters of books will display the page numbers start and end.
5. In every reference, the authors' last names will be written in VERSAILLES and the title in *italics*. Finally, into a parenthesis there must be included the city of publication, publisher and number of edition in case there is more than one.
6. The references of journal articles and book chapters will indicate the numbers of beginning and ending. French indentation will be used. Books titles and periodical publications in a foreign language will indicate the original language.

EXAMPLES:

- A. **Books:** ADAMS, Randolph G. (1958): *Political Ideas of the American Revolution* (New York, Barnes Noble Inc., third edition).

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / (place of publication, publisher, edition number (except for the first one)) / (For works with more than one volume, indicate the number of it).

- B. **Translations:** AKEHURST, Michael (1972): *Introduction to International* (trad. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial).

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / edition number (except the first) / (trad. translator name, place of publication, publisher, number of edition if it corresponds).

- C. **Books chapters:** AGUILAR CAVALLO, Gonzalo and MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", LLANOS MANSILLA, Hugo and Picand ALBÓNICO, Eduardo (coords.), *I Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia) pp. 145 – 184.

Elements: Author (s) of the chapter / (year of publication): / "title of chapter" / name of the author (s) or coordinator (s) of the book, when it differs from the author of the chapter or article (indicating his capacity as editor (s) or coordinator (s) / book title (in italics) / (place of publication, publisher) / pages.

- D. **Journal articles:** WALDRON, Jeremy (2005): "Foreign Law and the modern *Jus Gentium*", *Harvard Law Review*, vol. 119 n° 1: pp. 129 – 147.

Elements: Author (s) / (date) / "Article tittle" / title of the journal (in italics) / volume and number: / pages.

- E. **Electronic documents:** BERMÚDEZ, Jorge (2005): "El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria" Available at: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_ar_ttext&pid=S0718-09502005000200004

Elements: Author (s) / (date) / "Tittle" / Available at: link

- F. **Reference of two works of the same year by the same author:** When citing two or more works by a particular author, published in the same year, will be distinguished by a letter, which follows the first name and the year of the work:

NOGUEIRA (2007a) and NOGUEIRA (2007b).

7. **Legislation:** After the list of bibliographic references, there must be included a list of all legal or regulatory references, entitled "*Legislation cited*". This list is limited to the statutes effectively quoted or referred in the work. The must be sorted alphabetically, from lowest to highest number, if applicable and French indentation will be used. In the case of a statute, it will be indicated its number, publication date (day, month and year) and the official title, if applicable.

EXAMPLES:

Ley N° 18.525 del 30 de junio de 1986, Normas sobre importación de mercancías al país.

8. **Cases:** After the legislation, there must be included a list of all sentences actually quoted or referred to in the work, entitled "Cases cited". The reference shall mention the name of the parts in italics (or their initials), year of the judgment in parenthesis, followed by a colon (:), court and date (day, month and year). It is suggested to indicate the type of action and procedure, n° role, serie n° or equivalent. Sentences must be sorted chronologically and alphabetically by the name of the parts.

EXAMPLES:

Radrihan y otros (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de abril de 2009, rol n° 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

Requerimiento respecto del Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989 (2000): Tribunal Constitucional, 4 de agosto de 2000, rol n° 309. Disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29863/

Tamaya con Atocha (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp. 65-73.

Cases from other jurisdictions. Cite cases from other jurisdictions as they are cited in their own system for its identification.

EXAMPLES:

Estados Unidos: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)
España: STC 095/2010.

9. **Footnotes:** Footnotes must be numbered in Arabic characters and they must be inserted in a superscript format, which will include references or short citations to works, norms and jurisprudence.

A. *BRIEF BIBLIOGRAPHIC REFERENCES*

Abbreviated references in books, magazine articles and other formats will be noted in the footnote: only the first author's last name (in *VERSAILLES*), year (in parenthesis) and the number or numbers of the page or pages accurate in the cited reference appears. It is recommended not to make references to jobs that have not been addressed directly by the author, either critically or at their approaches. Readers can check the full details of the reference in the *Bibliography cited* list at the end of work (described above). If a work has three, four more authors, cite all authors in the reference list end. In the footnotes page is written only the first author followed by *et al.*, Year of publication and page respectively:

In case citing two or more works by different authors in the same reference, write the names and respective years of publication, separated by a comma.

Examples:

- Works by one author: MANSON (1978) p. 52.
- Works by two authors (surnames are joined by the conjunction and): FIX-ZAMUDIO AND VALENCIA (2003) p. 247.
- Works with three or more authors: GALLARDO *et al.* (1990) p. 20.
- More than one work with same author and year of publication: GUZMÁN (2005a) p. 12.

B. *BRIEF LEGISLATION REFERENCES*

It shall indicate the number of the statute and the year of publication.

Example:

Ley nº 20.431 de 2010.

C. *BRIEF CASE REFERENCES*

The footnotes of jurisprudence shall indicate the name of the parts in italics (or their initials), followed by the year of promulgation. In case of a sentence from the Constitutional Court, for example, there will be mention of the title or number of the statute that has been discussed as well as the number of the case.

Examples:

Tamaya con Atocha (1999).

Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (2000).

10. **Presentation of graphs, tables, figures and images:** Within the body text can only be included images, tables and graphics related to the subject of the paper. Each image, table or graphic must be in *.jpg format.

A. *TABLES*

The tables will be in Word format, with a concise title and be numbered consecutively with Arabic numerals, capital letters using bold. Example: **TABLE N° 1, TABLE N° 2, TABLE N° 3**. Additional observations will be included at the bottom of the table, will organized in columns and rows.

B. *FIGURES (GRAPHICS AND PHOTOS)*

It will be considered figure any kind of graphic material than is not a table (chart, graph, photograph, drawing, etc.). The figures are made in .jpg (minimum resolution 350 dpi (dots per inch) and max. size 15 cm. wide x 18 cm. high; all items must be legible; between 8 and 14 points. List all Figures consecutively with Arabic numerals in the text, using bold capital letter. Example: **FIGURE N° 1, FIGURE N° 2, FIGURE N° 3**. In the text, the figures are referred to by their numbers. Example: As shown in Figure n° 1 or see Figure n° 2.

IV. PROCEDURE FOR REVIEW AND APPROVAL

1. Before sending the articles to arbitration, the Editorial Committee reserves the right to reject articles if they are not adjusted to the guidelines of the Journal.
2. In this stage, the text is formally checked (style, language, spelling, procedure of edition, translations into Spanish). After this review, the author can be requested to complete bibliographical information or footnotes if it is necessary.
3. In case of arbitration, the evaluation parameters are: originality of the work, developing arguments, writing, syntax, spelling, style, size and structure of work, relevance and timeliness of the literature, agreement

between titles, summaries and key words with the content of the work; qualification of the work as a study, case law or review.

4. The results of the arbitration will be communicated to the author, who will have to adjust his/her work to the observations or recommendations made by the arbitrators.
5. Once the adjusted version is received, it is checked if the observations done to the article haven been fully accepted by the author. After this review, new recommendations can be realized to the author. It is established a maximum of two corrections. If in the third review the article does not fully comply with the observations, it will be understood that the article has been rejected by the Editorial Committee.
6. Two months before the release of each issue, ends the corresponding editing process.
7. The first day of June and December, accepted papers are published in the first and second semester, respectively, in the electronic version of the Journal and proceeds to send files to the electronic database which is indexed the Journal. Within the mentioned months, also performed free shipping copies to major libraries in the country, members of the superior courts and the most famous Chilean legal buffets.