



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE  
DERECHO®

■ ESTUDIOS

Derecho Privado  
Derecho Civil  
Derecho Comercial

■ RECENSIONES

■ ENSAYOS

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

2023 • Septiembre - Diciembre • Vol. 50 - N° 3

# REVISTA CHILENA DE DERECHO®

Pontificia Universidad Católica de Chile

## COMITÉ EDITORIAL

**Enrique Alcalde Rodríguez** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Pierre Bon** (Université de Pau) - **Bernardino Bravo Lira** (Universidad de Chile) - **Marta Cartabia** (Università Bocconi) - **José Luis Cea Egaña** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Hernán Corral Talciani** (Universidad de los Andes, Chile) - **Diane Desierto** (University of Notre Dame, Indiana) - **Ramón Domínguez Águila** (Universidad de Concepción) - **Carmen Domínguez Hidalgo** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Arturo Fermandois Vöhringer** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Juan Luis Goldenberg Serrano** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Félix A. Lamas** (Pontificia Universidad Católica Argentina) - **María Carmelina Londoño Lázaro** (Universidad de La Sabana) - **Nuria Pastor Muñoz** (Universität Pompeu Fabra) - **Daniel Peñailillo Arévalo** (Universidad de Concepción) - **Etienne Picard** (Université de Paris I) - **Johann Christian Pielow** (Ruhr-Universität Bochum) - **Alejandro Romero Seguel** (Universidad de los Andes, Chile) - **Francisco Samper Polo** (Universidad de Santiago de Chile) - **Jürgen Samtleben** (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht) - **Torsten Stein** (Universität des Saarlandes) - **Andreas Wacke** (Universität zu Köln) - **Arturo Yrarrázaval Covarrubias** (Pontificia Universidad Católica de Chile)

## MIEMBROS FALLECIDOS DEL COMITÉ EDITORIAL

**Amelia Castresana** † (Universidad de Salamanca) - **Enrique Cury Urzúa** † (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Alejandro Guzmán Brito** † (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) - **Franck Moderne** † (Université de Paris I)

## EQUIPO EDITORIAL

**Álvaro Paúl Díaz**

Director

(Orcid: 0000-0003-3882-450X)

**Cristóbal García-Huidobro Becerra**

Coordinador General

(Orcid: 0000-0002-2184-8719)

**Francisco Rubio Varas**

(Orcid: 0000-0002-7627-6500)

Editor Asociado

**Adriana Villamizar Rivera**

(Orcid: 0000-0001-7693-6989)

Editora Asociada

**Andrea Valenzuela Niemann**

Secretaria de la Revista

**María José Gómez Álvarez**

Bibliotecóloga de Investigación y Publicación

**Pía Ruiz-Tagle Donoso**

**Luciano Zúñiga García**

Ayudantes de la Edición Electrónica

---

La Revista Chilena de Derecho® es una publicación cuatrimestral de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Su principal objetivo es difundir la ciencia del Derecho, siguiendo el ethos de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Esta revista recibe el apoyo de Bibliotecas UC

La Revista se indexa en las siguientes bases de datos: Web of Sciences (Social Sciences Citation Index), Scopus (Social Sciences & Humanities), JSTOR, HeinOnline, Dialnet, Latindex (catálogo y directorio) y Scielo-Chile.

El impacto de la Revista se mide en: Journal Citation Reports (JCR), CiteScore (CS) y SClmago Journal & Country Rank (SJR)

ISSN 0716-0747 (versión papel) / ISSN 0718-3437 (versión online)

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Casilla 114-D. Santiago 1, Chile.

Teléfono: (56-2) 2354-2964. Correo electrónico: revchider@uc.cl. Sitio web: <https://revistachilenadederecho.uc.cl/>

# ÍNDICE

## Volumen 50 N° 3

### ■ EDITORIAL

PAÚL, Álvaro: *Cierre de la aventura constitucional* [V-VI]

### ■ ESTUDIOS

#### Derecho Privado

LAGOS VILLARREAL, Osvaldo: *¿Es o no es OPR? Precizando el concepto y el ámbito de aplicación de la regulación sobre operaciones con partes relacionadas* [1-27]

#### Derecho Civil

DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo / LÓPEZ DÍAZ, Patricia: *La ventaja injusta y su incardinación en el derecho chileno de contratos* [29-59]

#### Derecho Comercial

CARREÑO MENDOZA, Sergio: *La licencia de propiedad industrial: entre la infracción y el incumplimiento. El caso español* [61-89]

#### Derecho Civil

BANFI DEL RÍO, Cristián y CARBONELL BELLOLIO, Flavia: *La infracción a normas reguladoras de la prueba en juicios de responsabilidad extracontractual* [91-119]

### ■ RECENSIONES

SALAH ABUSLEME, María Agnes: *Lagos Villarreal, Osvaldo (2023), Los pactos de accionistas, Santiago: Thomson Reuters, 220 pp.* [121-125]

### ■ ENSAYOS

ZIMMERMANN, Reinhard: *Normalmente demasiada, y a veces muy poca... protección familiar obligatoria a través de la herencia forzosa (legítima). Una apreciación crítica* [127-147]

### ■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

IZQUIERDO SERRANO, Tomás: *La sentencia del caso Isapres: un análisis jurídico sobre su alcance* [149-161]

RAMALLO, María de los Ángeles / QUIROZ, Agustina / FRACCHIA, Lucrecia: *Los costos de la industria pornográfica. Reflexiones sobre la reparación a las víctimas en la segunda sentencia argentina de trata bajo la modalidad de pornografía infantil* [163-187]



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

2023 • Septiembre - Diciembre • Vol. 50 - N° 3

## EDITORIAL

## CIERRE DE LA AVENTURA CONSTITUCIONAL

Los últimos años han sido de importantes acontecimientos, tales como el llamado *Estallido* de 2019, el primer proceso de cambio constitucional (con los necesarios plebiscitos y elecciones), la Pandemia, el comienzo de la denominada crisis de seguridad, y el acuerdo constitucional para iniciar un segundo proceso constituyente (con los consiguientes procesos políticos). Nadie dudará en agradecer a Dios por el término de algunos de estos acontecimientos, como de la violencia de 2019 y la Pandemia. Más difícil será decidirse frente a un hecho ocurrido durante este mes de diciembre, el rechazo del segundo proyecto de Constitución.

A diferencia del primer proyecto de nueva carta fundamental, desestimado ampliamente en septiembre de 2022, el segundo proyecto no hacía un quiebre con nuestra tradición constitucional. No obstante, consagraba bastantes cambios, los que posiblemente hicieron que los votantes desaprobaran también esta segunda propuesta durante este mes de diciembre. Un editorial jurídico no es el foro más adecuado para indagar en las razones de este rechazo, y podría convenir dejar los intentos de explicación a los cientistas políticos.

Se decía que el proyecto de Constitución de 2023 habría requerido dictar, al menos, treinta leyes para darle cumplimiento<sup>1</sup> (y, probablemente, este número habría sido mayor con la propuesta refundacional de 2022<sup>2</sup>). Por otro lado, la implementación de las Constituciones dura bastantes años, por lo que aprobar una nueva carta fundamental habría sido sólo el comienzo de un largo proceso. ¿Habría convenido embarcarse en algo así? Difícilmente lo sabremos. No obstante, es reconfortante saber que el Congreso no tendrá otras tareas que le impidan enfocarse en las cuestiones realmente urgentes para la población, como la seguridad<sup>3</sup>, las necesarias reformas en materia de pensiones y salud. Junto con ello, el Congreso podría meditar si puede jugar un rol en el combate de algunas de las causas de nuestros problemas actuales, como la falta de estabilidad de la familia, el avance de una cultura materialista y hedonista, y la escasa promoción de las virtudes.

Ahora, muchos nos preguntamos si el rechazo de la propuesta constitucional de 2023 constituirá o no el cierre de un ciclo. Como se vio en la franja televisiva, los comandos de ambos sectores del plebiscito lo planteaban como uno de sus fines. Por otro lado, personeros del sector que más abogó por una nueva Constitución, alegando que la actual de 1980 tendría una ilegitimidad de origen, sorprendió con frases como: “es un recurso

<sup>1</sup> OJEDA, Juan Manuel (2023): “El Cronograma de Transición Mandata al Congreso a Tramitar al Menos 30 Leyes para Implementar la Eventual Nueva Constitución”, *La Tercera*. Disponible en: <http://bit.ly/30leyes>. Fecha de consulta: 26/01/2024.

<sup>2</sup> Véase OJEDA, Juan Manuel; MONDACA, Gabriela y NAVARRETE, Esperanza (2022): “¿5, 10, 20 Años o Más?: El Camino Infinito para Implementar una Nueva Constitución”, *La Tercera*. Disponible en: <https://bit.ly/caminoinfinito>. Fecha de consulta: 26/01/2024.

<sup>3</sup> En esta materia, el compromiso de la agenda de seguridad exige despachar una serie de proyectos, muchos de los cuales están aún pendientes. Véase PAÚL, Álvaro (2023): “Editorial. Delito y Castigo: A Propósito de la Agenda Legislativa en Seguridad”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 50.1, pp. V-XVI.

publicitario el consignarla como la Constitución de Pinochet”, o “la Constitución trampa, definida por sus cerrojos, fue eliminada”, o “desde el punto de vista de los contenidos y su reforma, esta ya es la Constitución de Lagos, de Pinochet no queda nada”<sup>4</sup>. Esta nueva percepción de dicho sector debe estar significativamente motivada por reformas constitucionales que redujeron los *quorums* necesarios para reformar la Constitución<sup>5</sup> y las leyes orgánicas constitucionales<sup>6</sup>.

Posiblemente, los cuatro años que duró el proceso de cambio constitucional –doblemente fallido–, nos habrán enseñado a los chilenos que la reforma específica, de artículos concretos que merezcan reparos, es un método más útil para enfrentar las críticas que puedan hacerse a la Constitución vigente. Lanzarse en una aventura constitucional, que permita hacer cambios altamente divisivos para la población, en forma abrupta y extendida, no es una decisión sabia, a menos que el país se encuentre en un estado de grave descomposición nacional. Esperemos que los chilenos hayamos aprendido esta lección, y así evitemos futuras aventuras constitucionales. Ello, sin perjuicio de que puedan plantearse enmiendas concretas en las que exista gran acuerdo, como el que se probó en relación con la reforma del sistema político, de modo que nuestro Congreso esté menos fraccionado, pudiendo así avanzar con mayor facilidad en la legislación que el país requiere.

Pasando a otro tema, quisiéramos concluir notando que el próximo año se cumplen cincuenta años de la Revista, fundada en 1974. Debemos agradecer por este medio siglo de existencia, en el que ella ha avanzado tanto, logrando gran prestigio a nivel nacional e internacional. Para celebrar este aniversario, hemos programado diversas formas de conmemoración, las que incluyen un par de cambios que podrán sorprender a nuestros lectores, y esperamos que puedan contribuir al avance de la Revista.

ÁLVARO PAÚL  
*Director de la Revista Chilena de Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Chile*

<sup>4</sup> Véanse las frases recopiladas en ROMERO, María Cristina (2023): “Tras el triunfo del En Contra: Las frases de personeros de la izquierda sobre la actual Constitución que marcaron la campaña”, *Emol*. Disponible en: <https://bit.ly/frasespersoneros>. Fecha de consulta: 26/01/2024.

<sup>5</sup> CHILE, Ley N° 21.481. *Modifica Quórum de Reforma de la Constitución Política de la República* (23/08/2022).

<sup>6</sup> CHILE, Ley N° 21.535. *Sustituye el Artículo 66 de la Carta Fundamental, en Relación con los Quórum Necesarios para la Aprobación, Modificación o Derogación de las Normas Legales que se Indican* (27/01/2023).

## ¿ES O NO ES OPR? PRECISANDO EL CONCEPTO Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN SOBRE OPERACIONES CON PARTES RELACIONADAS

### *IS IT RPT OR NOT? SPECIFYING THE CONCEPT AND SCOPE OF RELATED PARTY TRANSACTIONS REGULATION*

OSVALDO LAGOS VILLARREAL\*

**RESUMEN:** En algunas grandes operaciones en el mercado chileno, en las que se aprecia la existencia de una situación de conflicto de intereses para el controlador de una sociedad anónima abierta, se ha discutido si esa transacción es o no es operación con partes relacionadas. La respuesta no ha sido unánime, ni de parte del mercado, ni de parte de la academia, ni entre el regulador o la justicia, lo que puede atribuirse a ciertos problemas conceptuales. Este trabajo pretende contribuir a la seguridad jurídica para este tipo de transacciones, mediante la precisión del concepto de operación con partes relacionadas, del ámbito de su regulación y por medio del análisis de los criterios de interpretación utilizados en casos difíciles que han tenido lugar en Chile.

**Palabras clave:** Operaciones entre partes relacionadas, conflictos de intereses, directores, sociedades anónimas, gobiernos corporativos.

**ABSTRACT:** In some large transactions in the Chilean market, in which the existence of a conflict of interest situation for the controller of a publicly traded company is apparent, it has been discussed whether or not that transaction is a related party transaction. The answer has not been unanimous, neither from the market, nor from academia, nor between the financial authority and the justice, which may be attributed to conceptual issues. This paper aims to contribute to legal certainty for this type of transactions, by specifying the concept of related party transactions, the scope of its regulation and by the analysis of construction criteria used in difficult cases that have taken place in Chile.

**Keywords:** Related party transactions, conflicts of interest, directors, corporations, corporate governance.

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años, ciertas operaciones en las que se estima que el accionista controlador de una sociedad anónima se encuentra en conflicto de intereses han dado lugar a la pregunta sobre si una determinada transacción es o no es técnicamente una operación con –o entre– partes relacionadas (OPR). Si la sociedad anónima es abierta, la pregunta muchas

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de los Andes (Santiago de Chile). Profesor Asociado. Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez (Santiago de Chile). Dirección postal: Av. Diagonal Las Torres 2640, Peñalolén, Santiago de Chile. Dirección electrónica: osvaldo.lagos@uai.cl. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación Fondecyt regular N° 1201124, sobre problemas institucionales del sistema de gobiernos corporativo chileno.

veces se realiza al regulador (Comisión para el Mercado Financiero o CMF) por medio de una consulta, para que esta entidad elabore un dictamen. A pesar de que esto ha tenido lugar en varias oportunidades, todavía no es posible afirmar que el sistema jurídico chileno en su conjunto haya podido otorgar certeza respecto al ámbito de aplicación de la regulación sobre OPR.

En este trabajo se propone que hay un aspecto dogmático relativo al funcionamiento de los actos corporativos y claves interpretativas sobre el principio de especialidad, que explican que exista incertidumbre sobre el ámbito de la regulación de las OPR. Más allá del legítimo interés de las partes involucradas en estas transacciones por influir para la aplicación de un régimen más favorable, las precisiones expresadas pueden ayudar a una aplicación más predecible de las reglas sobre OPR, en beneficio de todos.

Dado que el ámbito de aplicación de las OPR depende de su concepto, el trabajo revisa su origen y su sentido, para luego aplicar las precisiones de la literatura jurídica a la definición de OPR del derecho positivo chileno. Posteriormente, se discute el empleo del concepto en casos emblemáticos ocurridos en Chile, dilucidando los problemas de la discusión sobre la aplicabilidad de la regulación de OPR y proponiendo claves para la interpretación, con el fin de lograr un mayor grado de certeza jurídica.

Si bien el objeto del trabajo es el análisis del concepto y ámbito de aplicación de la regulación de OPR en sociedades anónimas abiertas, la regulación del tema en sociedades anónimas cerradas es, sustancialmente, análoga en cuanto a estos dos aspectos. En consecuencia, *mutatis mutandis*, el análisis contenido en este trabajo es útil para delinear el concepto y el ámbito de aplicación de la regulación de OPR en sociedades anónimas cerradas.

## I. EL CONCEPTO DE OPR

### 1. EL ORIGEN DE LA REGULACIÓN SOBRE OPR

La normativa sobre operaciones con partes relacionadas corresponde a una técnica para regular ciertos tipos de conflictos de intereses, que se originó en Inglaterra<sup>1</sup>. La noción de parte relacionada es un concepto que proviene de la contabilidad, específicamente, de los principios de contabilidad redactados por el *International Accounting Standards Committee*

---

<sup>1</sup> DAVIES (2019) p. 361; Houben (2020) pp. 7-11. La regulación inglesa proviene de principios del *Common Law* derivados de sentencias del siglo XIX, que tratan a los ejecutivos y directores que se encuentran en conflictos de intereses como fiduciarios. Esta regulación se mantuvo por muchos años limitada a las OPR entre los directores y la sociedad en la que ejercen su cargo en las sucesivas versiones de la *Companies Act* inglesa. Solo a partir de 2015 se incorporan a la *Companies Act* reglas que afectan al administrador en las sombras (*shadow director*), que pueden afectar a un accionista controlador (en la medida en que se encuentre directamente involucrado en la gestión). Pero esto no quiere decir que la regulación sobre OPR afecte solamente a los directores en el Reino Unido. Como explica Davies (2022) p. 2, las sociedades que cotizan en la bolsa de valores de Londres (*London Stock Exchange*), deben someterse a las *Listing Rules*, en las que los “accionistas sustantivos” (aquellos que cuenten con más del 10% de las acciones) quedan sujetos a la regulación sobre OPR (*FCA Handbook, Listing Rules, Chapter 11 (‘Related Party Transactions’)*). Esta regulación proviene de la década de 1990 y era elaborada por la propia *London Stock Exchange*. No obstante, las *Listing Rules* son actualmente elaboradas por la *Financial Conduct Authority*. Como queda de manifiesto, ya desde la década de 1990, no solo los directores sino, también, los *substantial shareholders*, de las grandes sociedades que cotizan en la bolsa londinense están sujetos a la regulación sobre OPR en el Reino Unido.

ya a partir de 1983, regulación que está actualmente contenida en la NIC 24<sup>2</sup>. La influencia del Reino Unido en la Unión Europea (UE) y el prestigio de su mercado de valores determinó que esta última emitiera la *Shareholders Rights Directive 2*, que en su artículo 9 *quater* incorporó una regulación sobre OPR a la *Shareholders Rights Directive 1*<sup>3</sup>. Los países miembros de la UE debieron adoptar una regulación sobre OPR, dentro de los márgenes establecidos por la directiva. De este modo, ocurrió que países que cuentan con normativa especial para grupos de sociedades –como Alemania o Italia–, que contemplan mecanismos para afrontar conflictos de intereses en operaciones intragrupo, debieron sumar a ellos la técnica de las OPR. De todas formas, el antecedente de esta directiva puede encontrarse en los sucesivos Códigos de buenas prácticas adoptados en los diversos países europeos a principios del siglo XXI y en las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)<sup>4</sup>.

Esto no quiere decir, naturalmente, que en otros países no haya podido encontrarse, previamente, otras técnicas para lidiar con problemas de conflictos de intereses de directores, ejecutivos o controladores. En lo que respecta al conflicto de intereses que tiene lugar a propósito de operaciones entre el controlador y la sociedad que controla, la respuesta del derecho de Estados Unidos ha sido la *entire fairness rule*<sup>5</sup>. En Alemania, la técnica para resolver estos conflictos es el derecho especial de grupos de sociedades<sup>6</sup>. Algunas jurisdicciones, como Italia o Francia, contemplan tanto una regulación sobre OPR como una regulación sobre derecho de grupos.

En Chile, como cabría esperar, no existió propiamente una regulación de OPR en el régimen legal anterior al de LSA (promulgada en 1981). La redacción original de LSA contempló una regulación sobre conflictos de intereses, pero acotada a los directores y sus relacionados, seguramente inspirada en la regulación anglosajona<sup>7</sup>. En rigor, Chile cuenta con una regulación sobre OPR a partir de 2009, gracias a la adopción de los estándares de contabilidad IFRS y de la incorporación del nuevo título XVI de la LSA (titulado “de las operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas y sus filiales”), por

<sup>2</sup> Norma Internacional de Contabilidad 24: información a revelar sobre partes relacionadas, administrados por la *International Financial Reporting Standards (IFRS) Foundation* (<https://www.ifrs.org/>) y redactados por la *International Accounting Standards Board (IASB)*. En Chile, las entidades emisoras de acciones de mayor presencia o patrimonio bursátil fueron obligadas a emitir sus estados financieros bajo IFRS desde el año 2009 (Oficio Circular N° 427 de 28 de diciembre de 2007, Superintendencia de Valores y Seguros (actual CMF)).

<sup>3</sup> LATORRE (2020) pp. 67-68.

<sup>4</sup> En particular, OECD (2012).

<sup>5</sup> Véase DAMMAN (2020) pp. 235-240, quien realiza una comparación de la regla de *entire fairness* con el sistema alemán de derecho de grupos)

<sup>6</sup> Véase Tröger (2020) pp. 218-244.

<sup>7</sup> La influencia del Banco Mundial en la redacción del proyecto de ley de sociedades anónimas de 1980 pudo haber significado la inclusión de una regulación de estándares exigentes ante conflictos de intereses en el artículo 44, probablemente inspirados en la regla sobre *entire fairness* de Delaware y la regulación inglesa sobre *Related Parties Transactions*. La regulación original incluía normas específicas para los conflictos de intereses de los controladores y, también, la regla de la mayoría de la minoría para aprobar la operación. Ambas reglas fueron eliminadas en la tramitación de la ley, lo que determinó que el artículo 44 original de LSA estableciera un control mucho más débil que el del proyecto original.

la reforma contenida en la ley 20.382 de 2009<sup>8</sup>. Esta reforma legislativa tuvo por finalidad satisfacer las exigencias impuestas para el ingreso de Chile a la OCDE, entre las cuales se encontraba la adopción de una regulación sobre OPR que satisficiera sus estándares<sup>9</sup>.

La regulación sobre OPR es, como se ve, una regulación trasplantada desde Europa, de origen inglés, que pretende resolver ciertos tipos de conflictos de intereses, pero acotados a la propia definición de OPR. Por esto, ambos conceptos no son identificables, pero están relacionados.

## 2. LA RELACIÓN CONCEPTUAL ENTRE OPR, CONFLICTO DE INTERESES Y *TUNNELING*

OPR es un concepto jurídico cuyo origen se encuentra en la disciplina contable. La regulación sobre OPR es una técnica para regular los riesgos de ciertas transacciones con conflictos de intereses, delimitada en su alcance por su propia concepción. Como se trata de transacciones entre partes relacionadas, que suponen un riesgo de autocontratación, toda OPR, necesariamente, involucra un conflicto de intereses<sup>10</sup>. En consecuencia, toda OPR implica un riesgo para la sociedad de referencia, pero eso no significa que necesariamente toda OPR sea perjudicial para la sociedad.

Que una OPR sea perjudicial para la sociedad de referencia, redundante, en último término, en que los activos de la sociedad sean distribuidos de un modo distinto a lo establecido en el pacto o contrato social, sea que este contrato haya sido acordado por las partes o, como ocurre en las sociedades anónimas abiertas, sus términos estén establecidos imperativamente por la ley. Esto es lo que la literatura de gobiernos corporativos denomina *tunneling*: “transferencia de activos y ganancias fuera de las firmas para el beneficio de aquellos que las controlan ... como si se sacaran activos por medio de un túnel”<sup>11</sup>. Por lo tanto, hay riesgo de *tunneling* cuando se lleva a cabo una OPR. Sin embargo, no necesariamente todas las OPR son perjudiciales para la sociedad, sino que, al contrario, pueden resultar beneficiosas, ya que estas operaciones evitan la situación de asimetría de información entre la sociedad y un tercero con quien celebra un negocio, problema que puede repercutir en que las condiciones de ese negocio sean menos favorables para la sociedad de referencia que si las celebrara con una parte relacionada<sup>12</sup>. Esta es la razón por la cual, en la mayoría de

<sup>8</sup> A pesar de que el proyecto de ley de sociedades anónimas contemplaba una regulación bastante exigente para conflictos de intereses de directores y controladores, esas reglas fueron eliminadas y el artículo 44 LSA quedó estructurado como una normativa sobre conflictos de intereses de los directores. Por su parte, las operaciones entre matriz, filial y coligadas se encontraban reguladas en el artículo 89 LSA, tanto para sociedades anónimas abiertas y cerradas, sin establecer reglas de procedimiento ni efectos particulares y solamente exigiendo el estándar de “condiciones de equidad, similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado”.

<sup>9</sup> Sobre los antecedentes de la reforma, véase ISLAS (2011) pp. 9-44.

<sup>10</sup> Sobre la relación entre autocontratación y conflictos de intereses en el derecho de sociedades en Chile, véase BERNET (2007) pp. 119-122.

<sup>11</sup> JOHNSON *et al.* (2000) pp. 22-27.

<sup>12</sup> KERSHAW (2012) pp. 477-478 y ENRIQUES *et al.* (2017) pp. 146-147 justifican que la prohibición absoluta de realizar OPRs constituiría un daño para las sociedades, pues por problemas de asimetría de información, muchas veces las partes relacionadas son las únicas dispuestas a contratar con la sociedad de referencia, o bien, están dispuestas a celebrar el negocio en mejores condiciones para la sociedad de referencia. A veces, solo las partes relacionadas pueden evaluar con precisión el valor de un proyecto o de un activo, pues, como sugiere AKERLOF (1970) pp. 488-500, los terceros que no tienen este conocimiento tenderán a descontar el valor de

las jurisdicciones se elige regularlas, pero no prohibirlas<sup>13</sup>. En consecuencia, como explican Enríques y Tröger, la relación entre OPR, conflictos de intereses y *tunneling* puede reducirse a la siguiente fórmula: “Todas las OPR envuelven un conflicto de intereses, pero las situaciones de conflicto de intereses cubren un grupo más amplio de transacciones y situaciones. Algunas OPRs también pueden dar lugar a *tunneling*. *Tunneling*, a su turno, puede también ser el resultado de otras formas de conflictos de intereses”<sup>14</sup>.

En consecuencia, la declaración por parte del regulador de que cierta transacción es OPR, no determina que necesariamente exista una intención de *tunneling* atribuible a la parte relacionada (sea director, controlador u otro). Asimismo, si el regulador declara que no se trata de una OPR, lo anterior no quiere decir que no pueda existir un conflicto de intereses en esa específica transacción y, por consiguiente, riesgo de *tunneling*. Un conflicto de intereses supone un riesgo, pero no necesariamente un perjuicio e, incluso en el caso de las OPRs, puede dar lugar a un beneficio. Al formalizar la aplicación de las reglas sobre OPR, delimitando taxativamente quienes son partes relacionadas para estos efectos, la ley intenta facilitar la aplicación de esta institución, evitando la discusión sobre si existe o no conflicto de intereses.

En consideración a los mecanismos especiales para la adopción de la decisión, las tutelas y –sobre todo– los derechos de información aumentados que el ordenamiento jurídico contempla para el caso en que se esté ante una OPR, es esperable que los diversos interesados en la transacción aboguen para que esta se considere OPR o para que no se considere OPR, dependiendo de su posición. En Chile, dada la prevalencia de propiedad accionarial concentrada y los problemas que ella conlleva, la disputa sobre el concepto de OPR generalmente tiene lugar entre el controlador interesado en la transacción (para que se declare que no es OPR) y los accionistas minoritarios que albergan sospechas sobre ella (para que se declare que sí es OPR)<sup>15</sup>.

### 3. EL CONCEPTO DE OPR EN EL DERECHO POSITIVO CHILENO

El artículo 146 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) establece que “son operaciones con partes relacionadas de una sociedad anónima abierta toda negociación, acto, contrato u operación en que deba intervenir la sociedad y, además, alguna de las siguientes personas”. Las personas a las que se refiere la norma citada a continuación son las “partes relacionadas” con la sociedad. Si la sociedad lleva a cabo una operación con alguna de ellas, debe sujetarse a la regulación contemplada en el artículo 147 LSA<sup>16</sup>.

---

tal incertidumbre por la información de la que carecen, o bien, de la que es difícil fiarse, como ocurre en el mercado de autos usados. Por las mismas razones, transacciones con relacionadas pueden resultar más rápidas y rentables que con terceros sin conocimiento interno de la sociedad.

<sup>13</sup> En Chile, recoge este argumento PALASKOV (2021) p. 332.

<sup>14</sup> ENRIQUES y TRÖGER (2019) p. 3.

<sup>15</sup> Sobre la interacción entre derecho y estructura de mercado en Chile, véase ISLAS y LAGOS (2020) pp. 51-87.

<sup>16</sup> Esta regulación se encuentra en el artículo 147 LSA, que establece reglas sustantivas sobre la finalidad y las condiciones de la operación, enunciadas como estándares, y un procedimiento –“procedimiento regulado”– para la adopción del acuerdo social que constituye el antecedente de la transacción, es decir, regula la forma en que debe formarse la voluntad de la sociedad en estos casos. Además, el artículo contempla normas sobre

La técnica legislativa para delimitar el ámbito de aplicación consiste en describir ampliamente el ámbito objetivo “toda negociación, acto, contrato u operación”. El ámbito subjetivo está dado por el grupo de personas que la ley considera relacionadas para estos efectos, en el propio artículo 146 LSA. La conexión entre ambos elementos está constituida por la necesidad de que la operación tenga lugar “con” la persona relacionada, es decir, entre la sociedad anónima abierta de referencia y la persona relacionada a ella<sup>17</sup>.

*a) Elemento objetivo: transferencia de recursos, servicios u obligaciones*

El artículo 146 LSA no establece con claridad qué implica una “negociación, acto, contrato u operación”. Enriques, como una manera de otorgarle contenido objetivo al concepto de OPR, recurre a la definición de OPR de la NIC 24, teniendo en consideración que se trata de un concepto técnico que proviene, precisamente, de la contabilidad<sup>18</sup>. La NIC 24.9 establece que “una transacción entre partes relacionadas es una transferencia de recursos, servicios u obligaciones entre una entidad que informa y una parte relacionada, con independencia de que se cargue o no un precio”. La diferencia en la descripción del elemento objetivo entre ambas reglas responde a la diferencia de perspectiva de cada disciplina. La definición contable pretende describir qué es lo que materialmente ocurre para dejar constancia de una variación del activo que debe ser adecuadamente registrada. La definición jurídica, en cambio, hace referencia a los mecanismos por medio de los cuales puede tener lugar esa transferencia, de manera amplia y hasta tautológica: una negociación, un acto, un contrato o una operación. Esta definición alude a conceptos técnicos de derecho privado –acto o contrato– y a otros términos que no tienen una tradición técnica en el derecho privado tan precisa, pero que describen de manera amplia la idea de transacción– “negociación” u “operación”–, seguramente con la finalidad de evitar elusiones a la aplicación de la regulación de OPR mediante objeciones técnicas o conceptuales.

El análisis del significado de “operación” que realiza Liace para el derecho italiano confirma esta interpretación. Para este autor, la noción de operación puede referirse a cualquier hecho relevante que se refleje en la esfera patrimonial de la sociedad, más allá de la calificación del mecanismo jurídico utilizado. En consecuencia, la noción de operación comprende cualquier acto unilateral o bilateral, gratuito u oneroso, o asociativo. En síntesis,

---

información, excepciones a la obligación de someterse al procedimiento regulado y sanciones en caso de incumplimiento.

<sup>17</sup> Esta distinción de tres elementos del concepto corresponde a ENRIQUES (2015) pp. 9-13.

<sup>18</sup> ENRIQUES (2015) p. 10. En el mismo sentido, SEEHAUSEN (2021) p. 414, quien plantea la necesidad de recurrir al concepto de OPR en NIC 24 para suplir la ausencia de una definición jurídica expresa de OPR en la Directiva 2017/828/EU (SRD 2). Por su parte, Latorre (2020) p. 190-191 considera que el concepto de transacción es demasiado impreciso para definir qué debe considerarse incluido dentro del ámbito de las OPR. En consecuencia, estima que la referencia al concepto de OPR de la NIC 24 no otorga mayor claridad. Concluye que “la noción de transacción no es trascendental en la delimitación del ámbito objetivo del régimen de las RPT (OPR) porque este acabará de perfilarse, en cualquier caso, con el recurso a los otros dos aspectos”. Los aspectos a los que se refiere son monto relevante y exclusiones. Estimo que esta posición es imprecisa, pues el hecho de que una transacción entre relacionadas quede fuera del ámbito del procedimiento regulado, no determina que no pueda considerarse OPR, solo que las exigencias a su respecto son menores.

sis, toda aquella transacción voluntaria de la cual puede nacer una obligación de carácter jurídico<sup>19</sup>.

De todas formas, puede pensarse en ejemplos de operaciones que no puedan considerarse OPR, pues falta el elemento objetivo. Como explica Enríques, no hay OPR si no se transfieren recursos, por ejemplo, cuando una matriz se aprovecha de una oportunidad de negocios de la filial o si el controlador se apropia de una idea de negocios (artículos 42 N° 6 y 148 LSA)<sup>20</sup>.

#### *b) Elemento subjetivo: personas relacionadas*

Para que se trate de una OPR, la transferencia de recursos, servicios u obligaciones –mediante una “negociación, acto, contrato u operación” según la definición legal– debe tener lugar entre la sociedad de referencia –una sociedad anónima abierta– y una persona relacionada según la ley. La ley enumera cuáles personas, naturales o jurídicas, han de considerarse sociedades relacionadas para estos efectos.

Sustancialmente, la regulación contable sobre OPR considera personas naturales o jurídicas relacionadas de la entidad informante (*reporting entity*) –jurídicamente, la sociedad de referencia– a sujetos que se encuentran en alguna de estas tres categorías: aquellos que tienen control individual o conjunto de la entidad informante; aquellos que tienen influencia significativa sobre la entidad informante; ejecutivos relevantes de la entidad informante o de su matriz. También se consideran partes relacionadas un miembro cercano de la familia de alguna de estas personas, aun cuando no tenga conexión con la entidad informante<sup>21</sup>.

En cambio, la técnica jurídica no está dirigida solamente a la entrega de información, sino que puede dar lugar a procedimientos costosos y a la posibilidad de ejercer tuteladas jurídicas. Por esto, la estrategia de la regulación jurídica es acotar exhaustivamente la lista de personas relacionadas.

En rigor, es imposible detallar todas las posibles situaciones de conflictos de intereses, por lo que la LSA utiliza un estándar: cada vez que un director o ejecutivo infringe su deber de actuar en beneficio del interés social, por anteponer el interés propio o el de un tercero, comete un ilícito (artículos 39 inciso tercero y 42 LSA). Esta es la regla de cierre, pero eso implica que debe probarse que se ha actuado sin anteponer el interés social. Para probar que se ha actuado contra el interés social, uno de los elementos relevantes es la situación de hecho en la que puede encontrarse un director o ejecutivo, que puede implicar un conflicto de intereses que permita explicar por qué pudo verse inclinado a hacer prevalecer un interés diverso al de la sociedad en la que ejerce su cargo.

<sup>19</sup> LIACE (2016) p. 5. En el mismo sentido, Fera (2020) p. 5, quien señala que “la operación debe implicar siempre a la sociedad como persona jurídica en cuyo ámbito recaen los efectos de la operación: es decir, debe tratarse de una operación realizada o acordada por los órganos de la sociedad y, en consecuencia, destinada a afectar directamente a su patrimonio”.

<sup>20</sup> ENRIQUES (2015) p. 11. Esta es la razón por la cual, en Chile, la apropiación de una oportunidad de negocios se regula en el mismo título XVI de la LSA sobre OPR, pero como una norma aparte: no es, propiamente, un caso de OPR.

<sup>21</sup> ROMASCHCHENKO (2020) p. 86.

La técnica de las OPR va un paso más allá: presume que ciertas personas se encuentran en conflicto de intereses al intervenir en una operación o transacción de la sociedad, por ciertos vínculos de propiedad o de parentesco. No significa, entonces, que personas naturales o jurídicas que se encuentren en situaciones no descritas en el artículo 146 LSA no puedan encontrarse en conflicto de intereses. Significa, simplemente, que no les es aplicable la regulación sobre OPR. Esto es lo que justifica que la enumeración del artículo 146 LSA deba considerarse taxativa<sup>22</sup>. Sin embargo, dado que la finalidad de la regulación es evitar el problema de conflicto de intereses derivado de la autocontratación, no tiene sentido que se aplique cuando el conflicto de intereses se encuentra morigerado o evitado por la estructura de regulación de la operación misma, o bien, si derechamente no existe conflicto de intereses. En este sentido, la regulación y su aplicación por el regulador y los tribunales, debe ser eficiente: debe intentar evitar que, en virtud de ella, se impidan transacciones que creen valor para ambas partes y, además, debe tratar de evitar que se aumente exageradamente el costo de las operaciones por medio de una regulación demasiado costosa o sobre inclusiva<sup>23</sup>.

En lo que respecta a los tipos de conflictos de intereses que subyacen a la enumeración exhaustiva del artículo 146 LSA, es destacable que la mayoría de los casos corresponden a situaciones de conflictos de intereses de directores y ejecutivos. Esta situación, en sociedades anónimas abiertas chilenas, es poco relevante. En un sistema de gobiernos corporativos, como el chileno, en el que predomina la propiedad concentrada y en el que la regulación legal permite a los accionistas revocar al directorio sin expresión de causa, es muy improbable que existan casos de *tunneling* en beneficio de directores o ejecutivos y en perjuicio de accionistas<sup>24</sup>. Por lo tanto, el caso más común de conflicto de intereses –que puede o no dar lugar a *tunneling*– es el caso comprendido en el artículo 146 N° 1 LSA.

Esta regla considera que es relacionada con la sociedad de referencia la persona que, en conformidad con el artículo 100 de la Ley 18.045 de 1981 sobre Mercado de Valores (LMV), es decir, entre otras, “las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad” (artículo 100 a MV); “las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada, en conformidad a las definiciones contenidas en la ley N° 18.046” (artículo 100 b LMV) y

<sup>22</sup> En este sentido, LATORRE (2020) pp. 109-110, a propósito de la enumeración análoga a la del artículo 146 LSA en el artículo 231 de la Ley de Sociedades Cotizadas en España, explicando que “la norma no busca agotar las situaciones de conflicto, tarea imposible, sin identificar las relaciones cualificadas que permiten presumir, sin posibilidad de prueba en contra, que el administrador está en situación de conflicto. El efecto de la presunción *iuris et de iure* solo es compatible con una enumeración de carácter exhaustivo, lo que, en otras palabras, significa que, fuera del listado, ninguna otra relación o vínculo produce el mismo efecto presuntivo”.

<sup>23</sup> ENRIQUES (2015) p. 13 lo expresa mediante la siguiente fórmula: “la cuestión clave es cómo minimizar ese riesgo (es decir, tener normas que sean lo suficientemente eficaces para dar lugar a pocos ‘falsos negativos’) sin ahogar las transacciones creadoras de valor (es decir, evitando los ‘falsos positivos’ en la medida de lo posible) y, más en general, sin imponer costos excesivamente elevados”. Para un estudio clásico sobre eficiencia en el control de la autocontratación societaria, véase GOSHEN (2003) pp. 393-438.

<sup>24</sup> Como sí tuvo lugar, en parte, en el caso La Polar (véase GASPAS (2012) pp. 227-238), un caso ocurrido en una sociedad anónima abierta sin accionista controlador, muy inusual para el mercado chileno.

toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones.

En términos simples y resumidos, son relacionadas a la sociedad anónima abierta de referencia las sociedades integrantes del mismo “grupo empresarial” (artículo 96 LMV); el controlador (artículo 97 LMV) e, inclusive, un accionista con participación relevante (10%), aunque no alcance a “influir decisivamente en la administración” (artículos 97 y 99 LMV).

Dada la estructura de propiedad del mercado chileno, lo más usual es que la situación de conflicto de intereses con riesgo real de *tunneling* sea aquella en que la sociedad matriz (controladora) de un determinado grupo de sociedades se encuentre en situación de “autocontratar”, es decir, afectar determinadamente el juicio de directores y ejecutivos con facultades para decidir formalmente las condiciones de la operación. En consideración a su opción de remover y nombrar a la mayoría de los directores a voluntad, un controlador podría conminarlos a adoptar una decisión motivada por su propio beneficio. Esto es en sí ilícito: constituye una infracción al deber de lealtad de los propios directores y ejecutivos (artículos 42 N° 1, 39 inciso tercero y 50 LSA) y al deber de lealtad del accionista controlador (artículo 30 LSA y 134 bis LSA)<sup>25</sup>. La influencia ilícita del controlador puede también manifestarse en que los órganos sociales acuerden un acto corporativo con la finalidad de realizar *tunneling*, esto es, un acto que no se ajusta a las condiciones que habitualmente prevalecen en el mercado, con la finalidad de apropiarse de recursos sociales, infringiendo el artículo 39 inciso tercero y 147 inciso 1 LSA.

En tanto –y como es esperable– la LSA no reconoce un rol formal al controlador en la adopción de decisiones sociales, los acuerdos sociales descritos en el párrafo anterior deben ser propuestos y acordados por el directorio, eventualmente, con la anuencia de la junta de accionistas (no de los accionistas)<sup>26</sup>. Es por esto por lo que debe entenderse que son directores “involucrados” los elegidos con votos del controlador. En efecto, cuando el

<sup>25</sup> Lo que no quiere decir que no sea lícito que un accionista controlador proponga políticas o negocios al directorio de la sociedad controlada. Sobre la comunicación e influencia –lícita e ilícita– entre el controlador y los directores elegidos con sus votos, véase AHERN (2011) pp. 118-146 y PAZ ARES (2017) pp. 31-191.

<sup>26</sup> No puede identificarse a la junta de accionistas con los accionistas de la sociedad. La primera es un órgano social, que interviene, en ciertas ocasiones establecidas en la ley o en los estatutos, en la adopción de decisiones sociales en la fase interna. Su intervención es formal y transparente, en el sentido de que debe ser adecuadamente convocada e instalada. Aun así, la legislación chilena, salvo una discutible excepción (artículo 58 N° 3 LSA), no le reconoce la facultad de promover decisiones de administración (la excepción es discutible pues lo es el hecho de que se le pueda reconocer a la junta de accionistas facultades de administración, más allá de la deliberación y aprobación de las propuestas que se le presenten). En cambio, los accionistas tienen una relación contractual con la sociedad, no son órgano de ella y la ley no les reconoce intervención como tales en el gobierno de la sociedad, salvo la posibilidad de participar en las juntas de accionistas (y, eventualmente, obligar al directorio a convocarla según el artículo 58 N° 3 LSA). La imposición de decisiones al directorio, actuando, obviamente, fuera de los canales formales que establece la sociedad es, sin duda, una conducta desleal. La influencia de los controladores en la gestión del negocio es, en cambio, un territorio gris, pues los diálogos entre directores y grupos de accionistas no pueden considerarse ilícitos, en la medida de que no puedan identificarse con órdenes o imposición de decisiones al directorio, en quien recae la función de gobierno y, por lo tanto, en quien recae la facultad y, de manera ineludible, la responsabilidad en caso de infringir su deber de lealtad (artículo 39 inciso tercero y 42 LSA).

artículo 147 LSA hace referencia a que el acuerdo social que puede estimarse conducente a la realización de una OPR debe adoptarse con la exclusión de los directores involucrados, este concepto no solo comprende a los directores que se encuentren, en sí mismos, en una situación de conflicto de intereses descrita en la lista taxativa del artículo 146 LSA. El concepto de directores involucrados necesariamente ha de incorporar a los directores elegidos con votos del controlador, pues, de otro modo, la regulación sobre OPR sería totalmente inútil para fiscalizar la mayoría de las transferencias de recursos al interior de “grupos empresariales” en el mercado chileno<sup>27</sup>. Más aún, parte de la doctrina nacional considera que el concepto de director “involucrado” es más amplio que la idea de un director con intereses contrapuestos a la sociedad en la que ejerce su cargo: basta que tenga algún tipo de interés en la operación<sup>28</sup>. Sin embargo, esta última interpretación podría pugnar con el carácter taxativo del artículo 146 LSA, en el que las causas de conflicto de intereses están estrictamente delimitadas de manera subjetiva, es decir, a partir de los vínculos de quienes participan en los acuerdos sociales.

En consecuencia, un director involucrado debe tener un conflicto de intereses que pueda encontrarse en el ámbito del artículo 146 LSA. Entre ellos, debe entenderse también que la expresión “involucrado” considera al director elegido, directa o indirectamente, con votos del controlador del grupo. Esta lectura hace reconducir este conflicto de intereses al artículo 146 N° 1 LSA<sup>29</sup>.

#### *c ) Elemento de conexión: transferencia “con” o “entre” partes relacionadas*

La expresión “con partes relacionadas” utilizada en el texto legal, significa que no hay OPR si no hay transferencia de recursos, obligaciones o servicios –o, en términos de

<sup>27</sup> Así lo ha entendido también el regulador y así lo entiende actualmente, también, la práctica societaria. La CMF determina que un director es “involucrado” cuando es elegido con los votos del controlador. Utiliza como fundamento legal, la norma del inciso tercero del artículo 44 LSA –que regula las OPR en las que la sociedad de referencia es una anónima cerrada– y no una regla contenida en el título XVI LSA, incluso si se trata de casos en los que la sociedad anónima de referencia es abierta (que usualmente son las emisoras de valores reguladas por la CMF). La regla del artículo 44 LSA establece: “Se entiende que existe interés de un director en toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir en cualquiera de las siguientes situaciones: ... (iv) el controlador de la sociedad o sus personas relacionadas, si el director no hubiera resultado electo sin los votos de aquél o aquéllos”. Véanse los oficios ordinarios 28.961 de 30 de octubre de 2017; 24.807 de 11 de septiembre de 2017; 9914 de 18 de abril de 2012, todos de la CMF. El oficio ordinario 28.552 de 24 de diciembre de 2015 es particularmente elocuente en este sentido:

“1- Conforme al análisis efectuado por esta Superintendencia de los antecedentes del grupo al que pertenece la sociedad, los directores de Corpesca S.A. habrían resultado elegidos en junta ordinaria de accionistas realizada en abril de 2015 necesariamente contando con los votos del controlador, con la sola excepción de los dos directores vinculados a Sociedad Pesquera Coloso S.A., sociedad no relacionada al grupo.

2- Por aplicación del artículo 44 de la LSA, se inferiría que, en el caso en comentario, siete directores estarían involucrados en la operación con parte relacionada, por lo que conforme a lo señalado en el artículo 147 numeral 2 de la LSA, debieron abstenerse de votar la realización de dicha operación”.

<sup>28</sup> Pfeffer (2005) p. 527, citando el considerando 127 de Corte Suprema, *Caso Chispas*. En el mismo sentido, EYZAGUIRRE y VALENZUELA (2015) pp. 276-277.

<sup>29</sup> En cambio, la técnica de la CMF es hacer aplicable a las sociedades anónimas abiertas la regulación de las sociedades anónimas cerradas contenida en el artículo 44 LSA. La falta de precisión técnica de la ley es reconducible a la idea –errónea– de que la Ley de sociedades Anónimas solo debe considerar los conflictos de intereses de los accionistas.

nuestro derecho positivo, si esto no ocurre a través de una “negociación, acto, contrato u operación” – entre la sociedad de referencia y la parte relacionada conforme a la ley<sup>30</sup>. Esto significa que pueden tener lugar técnicas de extracción de valor o *tunneling* que no quedan sujetas a la regulación de OPR, como ilustra Enriques, pues la operación no vincula a las partes relacionadas<sup>31</sup>. Por ejemplo, la oferta que un controlador hace a los accionistas minoritarios por sus acciones para cerrar la sociedad (“*internal tender offers*”); la venta de las acciones controladoras incorporando el valor de beneficios privados de control futuros o la adquisición de acciones con información privilegiada a otros sujetos distintos de la sociedad. Asimismo, si una matriz fuerza a una filial a vender parte de su negocio, pues, por razones de regulación (de derecho de la competencia u otra), ambas no pueden operar en el mismo giro, la matriz puede imponer que la venta se realice no al mejor oferente (lo más probable, un competidor), sino que, a la mejor opción para la matriz: seguramente, un competidor irrelevante. En esta operación, los minoritarios de la filial pierden valor, pero no es un caso de OPR, porque no tiene lugar una transacción entre la sociedad y una parte relacionada. Asimismo, según Enriques, tampoco hay OPR en la suscripción de acciones por algunos minoritarios en la segunda ronda (*secondary offering*) de una colocación de acciones de la sociedad a un precio artificialmente inflado por no haberse entregado información negativa al mercado. Si el controlador que cuenta con la información no suscribe, es un caso de *tunneling*, pero no es OPR, porque los accionistas que suscriben las acciones no son partes relacionadas relevantes<sup>32</sup> según la regulación legal<sup>33</sup>. Por su parte, los controladores, que sí son partes relacionadas, no participan en la operación.

## II. PROBLEMAS CONCEPTUALES EN LA DISCUSIÓN SOBRE EL ÁMBITO DE LA REGULACIÓN DE OPR

El concepto de OPR determina, en buena parte, el ámbito de aplicación de la regulación. En la discusión concreta sobre la aplicación de la regulación de OPR, han existido discrepancias que pueden reconducirse a dos cuestiones conceptuales. La primera, es si en ciertas operaciones puede considerarse que la sociedad de referencia es parte de la transac-

<sup>30</sup> La legislación nacional utiliza la preposición “con”, no “entre”. Esto no determina un cambio en el sentido de la expresión: una operación de una sociedad *con* otra es, al mismo tiempo, una operación *entre* ambas, una de las cuales siempre es la sociedad de referencia y, otra, la parte relacionada según la definición legal. GUERRERO (2016) pp. 392-393, sostiene una opinión distinta, que otorga relevancia al uso de la expresión “con” de la ley chilena, en vez de “entre” de la definición contable de la NIC 24. “Esta diferencia no es meramente semántica –sostiene este autor–. Una operación ‘entre’ partes relacionadas puede no tener relación alguna con la sociedad en cuestión, mientras que una operación “con” partes relacionadas supone necesariamente la intervención de la misma como parte del acto o contrato y, al mismo tiempo (‘con’) la intervención de una contraparte que, de acuerdo a la ley, sea una persona relacionada”.

<sup>31</sup> ENRIQUES (2015) p. 10, a quien corresponden los ejemplos reseñados en el cuerpo del texto. Sustancialmente análogo es el análisis de GUERRERO (2016) pp. 392-393, al justificar la diferencia de las expresiones “con y “entre”.

<sup>32</sup> No es que no tengan vínculos con la sociedad. Los tienen, en cuanto accionistas. Pero no pueden incidir de forma decisiva en el acuerdo social, por lo tanto, no hay riesgo de autocontratación. De ahí que la ley nos los describa como parte relacionada en el artículo 146 LSA.

<sup>33</sup> ENRIQUES (2015) p. 11, citando como referencia empírica de este tipo de operaciones el trabajo de LARRAÍN y URZÚA (2013) pp. 661-681, que explica cómo operan en el mercado chileno.

ción, o bien, si, en rigor, ha de considerarse como parte a los accionistas de la sociedad, excluyendo por esta razón la aplicación de la regulación sobre OPR. La segunda, corresponde a la aplicación del criterio de especialidad, cuando a partir de los hechos pueden considerarse aplicables las reglas sobre cierta institución del derecho de sociedades y, al mismo tiempo, la regulación sobre OPR.

#### 1. LA NECESIDAD DE QUE LA SOCIEDAD DE REFERENCIA SEA SUJETO DE LA OPR

El elemento de conexión derivado del concepto de OPR, es uno de los requisitos para que una determinada transacción de una sociedad anónima abierta se encuentre dentro del ámbito de regulación de las OPR. Como demuestran los ejemplos enunciados en el apartado anterior, el funcionamiento de las sociedades cotizadas combinado con la estructura de ciertas operaciones, generan cierta complejidad para dilucidar con claridad si, para un caso concreto, puede considerarse que la sociedad de referencia es parte de la operación.

Esta cuestión fue debatida a propósito de dos casos: la reorganización del grupo Enersis del año 2015 y el aumento de capital de Enersis S.A. el año 2012. En ambos casos, parte de la doctrina estimó que las transacciones no debían quedar sujetas a la regulación sobre OPR, pues, en su opinión, la sociedad de referencia no era parte de la operación, sino que lo eran los accionistas.

En el caso de la reorganización del grupo Enersis en 2015, no hubo un pronunciamiento judicial explícito respecto a este punto<sup>34</sup>. No obstante, como el proceso de reorganización involucraba, primero, una división de sociedades y, luego, una fusión, la SVS se pronunció sobre el elemento de conexión a propósito de la primera de estas operaciones. El regulador estimó que la división de sociedades es una operación donde solo interviene la sociedad y no otras personas relacionadas, por lo cual, no puede ser una OPR (ya que no hay una transferencia entre la sociedad de referencia y relacionadas). No se pronunció al respecto a propósito de la fusión, pero, de todas formas, consideró que la operación no era OPR, pues estimó que la regulación sobre fusiones era especial respecto de la regulación sobre OPR.

<sup>34</sup> El 22 de abril de 2015, por medio de hecho esencial dirigido a la SVS, el directorio de Enersis comunicó que su controladora, la sociedad italiana Enel SpA, difundió a su vez un hecho esencial, en que se declaró que su directorio “examinó y acordó sobre la posibilidad de que los directorios de” Enersis S.A., Endesa S.A. (Chile) y Chilectra S.A. “pudieran empezar la evaluación de una reorganización para separar las actividades de generación y distribución de energía eléctrica en Chile de aquellas en otros países de Latinoamérica”, en el marco de un proceso de racionalización y simplificación del grupo Enel. Luego de múltiples intercambios de comunicaciones entre la SVS y las sociedades del grupo en Chile, por medio de hechos esenciales y oficios, la administración de Enersis preparó un “documento descriptivo” de la operación. La reorganización consistía en la división de las sociedades Enersis S.A., Chilectra S.A. y Endesa S.A., para distribuir los activos de estas sociedades en Chile y en Latinoamérica. Posteriormente, las sociedades creadas por la división, que contendrían los activos latinoamericanos, se fusionarían en Enersis Américas. Los accionistas minoritarios, particularmente los institucionales de Endesa S.A., manifestaron sospechas sobre la operación, en particular, pues no se apreciaba con claridad cuál era el beneficio para el interés social de Endesa S.A. La SVS debió pronunciarse sobre si se la reorganización era o no una OPR, cuestión que hizo mediante Oficio ordinario 15.443 de 20 de julio de 2015 SVS. Un inversionista institucional, la AFP Habitat, reclamó en tribunales la ilegalidad del dictamen de la SVS (Corte de Apelaciones de Santiago (AFP Habitat con SVS).

No obstante, parte de la doctrina chilena sí analizó si la fusión constituye o no OPR, a partir de lo que en este trabajo se denomina elemento de conexión, es decir, que haya una transferencia “con” o “entre” partes relacionadas.

Guerrero afirmó que la fusión en el caso de la reorganización del grupo Enersis de 2015 no es OPR, pues no hay OPR cuando una sociedad no es sujeto de la operación, sino que objeto de ella<sup>35</sup>. Desde su perspectiva, en este caso, la sociedad no es sujeto de la fusión, porque la fusión –al igual que el aumento de capital según el autor referido– es una operación entre accionistas<sup>36</sup>. En un sentido análogo, Eyzaguirre y Valenzuela afirman que la doctrina chilena, a diferencia de la doctrina comparada, estima que la fusión es un acto entre accionistas y no una operación “entre sociedades”. Sustentan su perspectiva con referencias a Lyon y a Puelma. El primero, sostiene expresamente que “la fusión es ... un acto jurídico, entre los distintos socios o accionistas de las sociedades intervinientes”<sup>37</sup>. El segundo, explica la fusión como una unión de patrimonios de dos sociedades, sin reglas especiales distintas a las de la disolución y de la constitución<sup>38</sup>. De lo expresado por Puelma, Eyzaguirre y Valenzuela deducen que la lógica de la legislación chilena es asimilar la fusión a una modificación de estatutos de las sociedades fusionadas. Por lo tanto, cabría considerar que la fusión es un acto de los socios y no de la sociedad, porque “la sociedad no podría modificar sus propios estatutos”<sup>39</sup>.

No obstante, parece más acorde al derecho de sociedades de capital considerar que la fusión es un acto de la sociedad anónima. La fusión es un acto corporativo, compuesto por una serie de etapas en las que intervienen distintos órganos sociales<sup>40</sup>. La fase preliminar o de estudio de conveniencia de la fusión, corresponde a los ejecutivos sociales y al directorio, al igual que la elaboración del contenido de la propuesta que ha de presentarse a la junta de accionistas para que esta vote a favor o en contra de la fusión, como, finalmente, la ejecución del acuerdo de fusión<sup>41</sup>. Más allá de que, en los hechos, pueda estimarse que un accio-

<sup>35</sup> GUERRERO (2016) p. 393.

<sup>36</sup> GUERRERO (2016) p. 394

<sup>37</sup> LYON (2006) p. 225.

<sup>38</sup> PUELMA (2001) p. 216.

<sup>39</sup> EYZAGUIRRE y VALENZUELA (2015) pp. 301-302.

<sup>40</sup> Sea que se considere un contrato entre sociedades o un acto corporativo unilateral (CORTÉS y PÉREZ (2010) pp. 816-821).

<sup>41</sup> En este sentido, PUGA (2023) p. 895, quien afirma que, tanto en el proceso de fusión por creación como en el de fusión por absorción “los accionistas no actúan como tales, sino como integrantes de los órganos societarios (juntas de accionistas)”. “No participan en esta operación los accionistas de la sociedad absorbente –profundiza el mismo autor–, sino como integrantes de la junta de accionistas de la sociedad absorbente y no como personas singulares y tampoco los de la absorbida, porque ellos se limitan a aprobar la absorción en junta general extraordinaria de accionistas, esto es, en tanto órgano de la sociedad que se disuelve. Para nosotros, lo acertado es calificar la fusión de sociedades como un acto jurídico bilateral entre las sociedades partícipes de la fusión, contrariamente a la opinión de Lyon Puelma, que la concibe como un acto plurilateral toda vez que estima que los socios o accionistas de las sociedades partícipes son *partes* del acto”.

Esta perspectiva es la adoptada en, al menos, algunas de las principales jurisdicciones, en las que se describe el proceso de fusión como un conjunto de actos corporativos, es decir, acuerdos sociales y, asimismo, los efectos de la fusión como efectos para las sociedades (véase, para ESTADOS UNIDOS, COX y HAZEN pp. 631-636; para Alemania, KÜBLER (2001) pp. 559-564; para ITALIA, ABRIANI y otros (2008) pp. 508-510).

nista o un grupo de accionistas han tenido la iniciativa o, más aún, han impuesto la decisión –con los problemas de licitud de esta última circunstancia–, jurídicamente la decisión de la fusión, sus efectos y el acuerdo de fusión con la otra sociedad corresponden, antes que todo, a la sociedad<sup>42</sup>. Sustancialmente, toda organización de carácter corporativo está sujeta, aún para la modificación de sus propios estatutos, a las reglas de procedimiento legal, diseñadas para que aquellos que se hagan parte de la organización conozcan de antemano cuáles serán los mecanismos de modificación del “contrato social” –como dice Alfaro, los mecanismos “para ‘ir completando’ el contrato social en una sociedad de estructura corporativa”– y para resolver los problemas de gobierno en sociedades con múltiples accionistas y de distorsión del equilibrio del contrato social a partir del control del gobierno por solo una parte de los inversionistas. Los acuerdos sociales quedan sujetos a procedimientos estables, son visibles para los accionistas y están sujetos al eventual ejercicio de tutelas en caso de incumplirse las exigencias de forma y fondo. Por lo mismo, no debe identificarse una decisión de la junta de accionistas –esto incluye la reforma de estatutos– con una decisión de los socios (en rigor, accionistas)<sup>43</sup>.

Por las mismas razones, sostiene Liace para el derecho italiano que, “es evidente que para que exista una operación vinculada, la operación debe implicar siempre a la sociedad como persona jurídica en cuyo ámbito recaen los efectos de la operación. De ello se desprende que las operaciones de fusión o escisión también están comprendidas en el concepto de operaciones vinculadas, ya que están destinadas a afectar directamente al patrimonio de la empresa”<sup>44</sup>.

Este criterio también es aplicable al caso de los aumentos de capital, que fue discutido en el año 2012 a propósito del aumento de capital con pago en acciones en Enersis S.A.<sup>45</sup>. Parte de la doctrina estimó que el aumento de capital es una decisión de los propios

<sup>42</sup> La posibilidad de adoptar acuerdos sociales mediante procedimientos simplificados (artículos 39 y 60 LSA) reafirma esta conclusión: hasta en estos casos, la ley exige que las decisiones sean por medio de los órganos sociales.

<sup>43</sup> ALFARO (2017) p. 686-689, ilustrando este hecho, además, como una diferencia relevante entre sociedades de estructura corporativa y sociedades de personas.

<sup>44</sup> LIACE (2016) p. 6. En el mismo sentido, FERA (2020) p. 13.

<sup>45</sup> En el año 2012, la sociedad italiana Enel, controladora del grupo Enersis por medio de su filial Endesa Latam, propuso al directorio de Enersis S.A. un aumento de capital de alrededor de ocho mil millones de dólares. La operación tendría lugar mediante la emisión de acciones de pago. El controlador propuso que las acciones a suscribir por él fueran pagadas con acciones de propiedad de Endesa Latam en diversas sociedades latinoamericanas, mientras que las acciones a suscribir por los minoritarios fueran pagadas con dinero.

<sup>1a</sup> operación propuesta debía quedar sujeta a las reglas de los aumentos de capital y, de entre ellas, a las específicas sobre pago de acciones con bienes, contenidas en el artículo 15 LSA. Según estas normas, los “aportes no consistentes en dinero” –en rigor, los bienes o derechos con los que se paguen las acciones– deben ser “estimados por peritos” y, además, tal estimación debe ser aprobada en junta de accionistas, con un quórum de dos tercios de las acciones emitidas con derecho a voto según el artículo 67 N° 6 LSA.

Cumpliendo con esta regulación, la sociedad encargó una estimación, la que arrojó que las acciones del controlador que servirían para el pago del aumento de capital tenían un valor de USD 4.862 millones de dólares (Walker Hitschfeld, Eduardo, Informe pericial para la valorización del aporte de capital a Enersis S.A. por parte de Endesa S.A. (Endesa España), directa y/o indirectamente consistente en participaciones de acciones en otras compañías latinoamericanas, 23 de Julio de 2012, p. 17). Algunos minoritarios, en particular, las AFP, exigieron que la transacción se sujetara a las reglas de las OPR. El directorio de Enersis S.A. descansaba en informes en derecho de abogados prestigiosos y en el propio criterio de la SVS en un dictamen reciente (oficio reservado

accionistas y que la adopción de tal acuerdo en junta de accionistas no altera la naturaleza de ese acto<sup>46</sup>. En cierto modo, esta tesis era una respuesta al criterio de la SVS, según el cual esa transacción es OPR, pues la suscripción de acciones subsiguiente cumple con las exigencias del concepto legal<sup>47</sup>. La doctrina que considera que el criterio de la SVS es erróneo, se funda en dos razones: primero, en que los actos que no son atribución del directorio no son OPR; y, segundo, en que un aumento de capital es una operación entre accionistas<sup>48</sup>.

La primera de las razones se funda, a su vez, en distinguir entre actos que son atribución del directorio y actos que son atribución de la junta. Pero esta distinción ilustra de manera imprecisa el funcionamiento de la sociedad anónima. La ley reconoce al directorio la administración de la sociedad anónima, pero, en ocasiones, la adopción de un acuerdo social en su fase interna exige la intervención de la junta de accionistas. En consecuencia, no hay facultades privativas de la junta, en el sentido de que no hay facultades de administración que solamente correspondan a la junta.

Estimo que el error en la interpretación proviene del tenor literal del artículo 40 LSA, que se refiere a “facultades (...) privativas de la junta de accionistas”<sup>49</sup> y en la situación de hecho que prevalece en Chile: la preponderancia en la junta de un accionista controlador, lo que fácticamente implica que, en muchas ocasiones, éste (o el grupo controlador) pueda adoptar decisiones por sí mismo, pues puede incluso obligar al directorio a convocar a una junta de accionistas<sup>50</sup>. No obstante, el diseño legislativo determina un funcionamiento diverso: es el directorio quien formalmente administra la sociedad y, en los casos en que la ley exige la intervención de la junta, quien delibera y diseña el acuerdo que la junta deberá aprobar o re-

---

N° 106 de 2 de febrero de 2012), para considerar que el aumento de capital no debía sujetarse a las reglas del Título XVI LSA sobre OPR. Sin embargo, la SVS declaró que el aumento de capital con pago, en parte, en acciones, debía sujetarse a las reglas sobre OPR (Oficio ordinario N° 18.684 de 3 de agosto de 2012, Superintendencia de Valores y Seguros).

<sup>46</sup> PUGA (2013) p. 540; EYZAGUIRRE y VALENZUELA (2015) p. 303.

<sup>47</sup> Sostuvo la SVS que “la aprobación de la operación supone la celebración del o de los contratos de suscripción y pago de acciones, los cuales se celebran entre la sociedad y el accionista controlador o con las sociedades de su mismo grupo... En consecuencia, y para el caso en cuestión, dado que existiría un contrato entre la sociedad y su controlador, se refuerzan las condiciones para considerar dicha operación como entre partes relacionadas, de acuerdo con el artículo 146 de la Ley de Sociedades Anónimas” (Oficio ordinario N° 18.684 de 3 de agosto de 2012, Superintendencia de Valores y Seguros).

<sup>48</sup> Así, EYZAGUIRRE y VALENZUELA (2015) p. 303, al señalar que “a diferencia de las OPR, en que es la sociedad parte quien debe tomar las decisiones societarias respecto de tales operaciones, estimamos que en los aumentos de capital son los propios accionistas de la sociedad los que intervienen, adoptando la decisión corporativa correspondiente a través del ejercicio de su derecho a voto, el cual no es posible concebirlo dentro de los supuestos del artículo 146 de la LSA”. Por lo tanto, “el contrato de suscripción de acciones y sus términos no son otra cosa que la materialización del acuerdo adoptado en junta de accionistas”. La primera parte del argumento de los autores recién citados es análoga al argumento de PUGA (2013) p. 540, quien sostiene que los actos que no son atribución del directorio no quedan sujetos a las reglas sobre OPR.

<sup>49</sup> Esta frase debe entenderse en el siguiente sentido: “no se puede adoptar el acuerdo social sin la anuencia de la junta de accionistas con el quórum establecido en la ley, y esta atribución legal no puede modificarse a través de una reforma de estatutos”.

<sup>50</sup> Artículo 58 N° 3 LSA.

chazar<sup>51</sup>. Así lo entiende, también, la Comisión para el Mercado Financiero (CMF, ex SVS)<sup>52</sup>. Esta interpretación se confirma por el hecho de que los directores siguen teniendo responsabilidad por todos los acuerdos sociales, sin poder desligarse de ella alegando que el acuerdo ha sido aprobado por la junta o propuesto por el controlador. Asimismo, la intervención razonada del directorio constituye una garantía para todos los accionistas, pues solo los directores y ejecutivos están obligados a actuar en beneficio del interés social, no los accionistas, que solamente están sujetos al deber de lealtad del artículo 30 LSA.

Por último, es ilógico considerar que no puede haber OPR si la junta de accionistas debe adoptar un acuerdo social —excluyendo de esta decisión social al directorio— si se tiene en cuenta el resultado práctico de este punto de vista. Por ejemplo, si una sociedad enajenara un bien que tuviera una evaluación de más de 50% del activo de la sociedad (artículo 67 N° 9 LSA), no se trataría de una OPR, por corresponder a una decisión del directorio. Pero si el bien tuviera una evaluación inferior a aquella, entonces sí podría considerarse una OPR.

La segunda de las razones, esto es, que no hay OPR pues en el caso de la fusión no hay una transacción entre accionistas, ya ha sido despejada. Este argumento se funda en una afirmación que implica una contradicción interna: hay ciertos actos corporativos que, siéndolo, son actos de los accionistas. Pero, como se ha visto, un acuerdo social solo puede ser adoptado por un órgano de la sociedad. En este caso, quien adopta el acuerdo social en que se requiere la participación de los accionistas es, precisamente, la junta de accionistas, luego del acuerdo social del directorio que decide convocarla para deliberar y votar sobre una determinada propuesta (sea que provenga, en los hechos, del accionista controlador o no). Un acuerdo social que puede considerarse conducente a la celebración de una OPR, como indica Liace, implica “siempre a la sociedad como persona jurídica en cuyo ámbito recaen los efectos de la operación”<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> La decisión conforme a la cual el directorio decide someter una propuesta a la junta de accionistas debe ser discutida, de manera suficientemente informada, en el directorio y aprobada por la mayoría de los directores asistentes (artículo 47 LSA). Este acto es, en sí mismo, un acuerdo social, pero que aún no se ha perfeccionado, pues la ley exige aprobación de la junta de accionistas.

<sup>52</sup> La SVS (oficio ordinario 18.684 de 3 de agosto de 2012), como se ha visto, exige deliberación sobre el acuerdo social propuesto a la junta de accionistas, aun si la propuesta proviene de uno o varios accionistas. En el mismo sentido, el Oficio N° 4070 de 23 de marzo de 2010, que exige a una sociedad anónima abierta “informar a esta Superintendencia de qué forma beneficia los intereses sociales la operación que se pretende llevar a efecto; qué obligaciones asume la entidad garantizada; de qué forma puede afectar los activos de la compañía; qué porcentaje de los mismos se verán afectados con la garantía que se otorgará y cómo el directorio ha actuado en resguardo del interés social. Lo anterior, toda vez que los actos de la sociedad, y en especial las propuestas del Directorio a las Juntas de Accionistas, deben siempre velar por el mejor interés de la sociedad, lo cual, no se vislumbra en el acuerdo adoptado”. En el mismo sentido, la aclaración de la SVS al directorio de Enersis en el oficio ordinario 18.684 de 3 de agosto de 2012, al señalar que “de la revisión de las actas de las sesiones de directorio, en especial las de 22 de junio y 25 de julio ambas de 2012, consta que el directorio no se pronunció sobre el aumento de capital, en relación a su conveniencia para el interés social y el destino que se daría a los recursos obtenidos con el citado aumento, dado que consideró que solo le correspondía manifestarse a los accionistas acerca de esta operación, en circunstancias que ello corresponde a una obligación del directorio, conforme lo dispone la Ley de Sociedades Anónimas, máxime si la operación fue planteada por el controlador de la sociedad, para ser pagada en cuanto a su parte, con bienes de su propiedad”.

<sup>53</sup> LIACE (2016) p. 6.

Esto explica que no sean OPR, por faltar el elemento de conexión del concepto, es decir, la transferencia “con” o “entre” partes relacionadas, los casos reseñados por Enriques en que hay compraventa de acciones entre los accionistas. En esos casos, verdaderamente, la sociedad no es parte<sup>54</sup>.

## 2. LA SUPERPOSICIÓN DE REGULACIONES: EL CRITERIO DE ESPECIALIDAD Y LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DE LA REGULACIÓN SOBRE OPR

El Derecho de sociedades contempla múltiples estrategias –jurídicamente hablando, instituciones– para la resolución de conflictos de agencia<sup>55</sup>. Pero estas estrategias pueden superponerse, cuando unos mismos hechos concuerdan con la descripción del ámbito de aplicación de más de una de estas instituciones. ¿Deben aplicarse ambas instituciones, de manera complementaria, o solo una de ellas? Y, en este segundo caso, ¿cómo se determina cuál es especial respecto de la otra y, por lo tanto, la que debe ser aplicada?

Esta cuestión fue discutida –también– en las operaciones de aumento de capital (2012) y de reorganización (2015) de Enersis. En la primera de ellas, las regulaciones superpuestas eran la de aumento de capital con pago de acciones en bienes (artículo 15 LSA) y OPR. En la segunda, fusiones (artículo 99 y 100 LSA) y OPR.

Se proponen dos criterios para dilucidar si debe aplicarse o no la regulación sobre OPR a partir del criterio de especialidad. Para que una regulación sea especial respecto de la normativa de OPR, esta regulación especial debe contemplar tutelas que eviten o disminuyan el problema de conflicto de intereses que justifica la regulación sobre OPR, o bien, la regulación sobre OPR ha de ser redundante o innecesaria pues los remedios contemplados por la otra regulación aplicable tutelan razonablemente los problemas a que puede dar lugar una transacción específica. Ambos criterios, en rigor, son expresión de la necesidad de interpretar la regulación de OPR a partir del fin de la norma<sup>56</sup>. Estos criterios pueden ilustrarse a partir de los dos casos emblemáticos mencionados en el párrafo anterior.

En el caso del aumento de capital de Enersis de 2012, la SVS resolvió que al haber pago en acciones de parte del controlador, la transacción debía quedar sujeta a las reglas sobre OPR, pues “la sola aplicación de los requisitos establecidos por la ley para el aumento de capital con bienes no consistentes en dinero, no resuelve, en este caso, el conflicto de interés, cuya resolución ha sido entregada por el legislador al Título XVI de la Ley N° 18.046”<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Véase el apartado I.3. c) *Elemento de conexión: transferencia “con” o “entre” partes relacionadas*. En el mismo sentido, LIACE (2016) p. 7, al ilustrar el caso de la oferta pública de adquisición de acciones (OPA), la que no puede considerarse OPR, incluso si quien realiza la oferta de adquisición es el controlador, pues su contraparte no es la sociedad, sino que los demás accionistas.

<sup>55</sup> ARMOUR, HANSMANN y KRAAKMAN (2017) pp. 29-48.

<sup>56</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (2023) pp. 371, sugiere que el concepto de OPR debe ser interpretado de manera amplia, caracterizándose “por su perfil abierto y por carecer como tal de unos precisos lindes jurídicos, lo que lejos de suponer una limitación debe ayudar a aplicarlo de manera flexible atendiendo fundamentalmente a los fines normativos que subyacen a la disciplina de las operaciones vinculadas”.

<sup>57</sup> Oficio ordinario 18.684 de 3 de agosto de 2012. A propósito de la fusión de Endesa y Endesa Eco S.A. y de Endesa y Pehuenche, empresas relacionadas según el artículo 100 LMV, se consultó a la SVS si esa operación debía sujetarse a las reglas sobre OPR, además de a las reglas sobre fusiones. La SVS respondió que “a la fusión

Posteriormente, en 2015, la SVS dictaminó que una fusión entre relacionadas –la segunda fase de la reorganización del grupo Enersis– no puede considerarse OPR, es decir, que la regulación sobre fusiones es una regulación especial respecto de la regulación de OPR. La SVS reiteró expresamente el criterio contenido en el oficio reservado N° 106 de 2 de febrero de 2012, indicando que la fusión constituye una regulación especial que considera sus propias tutelas: quórum especial de aprobación, derecho a retiro y deberes especiales de información previa<sup>58</sup>.

No obstante, la AFP Habitat, un inversionista institucional con acciones en sociedades del grupo Enersis, interpuso un reclamo de ilegalidad ante el pronunciamiento de la SVS. La Corte declaró ilegal el dictamen de la SVS, concluyendo lo opuesto a lo resuelto por la SVS, es decir, que la regulación de fusiones no es especial respecto de la de OPR. Según la Corte, esto se debe a que la regulación de OPR sí establece un procedimiento para llevar a cabo este tipo de transacciones cuando tienen lugar entre relacionadas, pero no así la regulación de fusiones. En consecuencia, el criterio de especialidad impone la aplicación de las reglas sobre OPR a la reorganización, pues la fusión entre sociedades sería una regulación general y la regulación especial sería la fusión entre partes relacionadas. En opinión de la Corte de Apelaciones de Santiago, “la regla de especialidad ... fue aplicada absolutamente al revés por la SVS, ya que lo particular, en este caso es que se trata de una fusión (operación) entre partes relacionadas de sociedades anónimas abiertas y no de una simple fusión entre sociedades anónimas abiertas. Esta última categoría, obviamente, es general respecto de la primera”<sup>59</sup>. Sin embargo, para parte de la doctrina, la aplicación del mismo criterio –especialidad– conduce a un resultado opuesto: determina que la regulación sobre fusiones se deba aplicar con preferencia a la regulación sobre OPR, excluyéndola, concordando en esto con el criterio de la SVS<sup>60</sup>.

---

no se le hacen aplicables las normas de operaciones con partes relacionadas establecidas en el Título XVI de la Ley N° 18.046, sino las disposiciones que regulan específica y particularmente los acuerdos de fusión, que para ese caso dispuso la mencionada Ley” (oficio reservado N° 106 de 2 de febrero de 2012, Superintendencia de Valores y Seguros), en consideración a que la regulación de LSA sobre fusiones contempla sus propias tutelas: acuerdo de dos tercios de las acciones emitidas con derecho a voto; derecho a retiro y balances auditados e informes periciales. Este fue el criterio en que se basó la administración de Enersis para considerar que el aumento de capital no constituía OPR.

<sup>58</sup> Véase la nota anterior (N° 57).

<sup>59</sup> Considerando 19. Corte de Apelaciones de Santiago (AFP Habitat con SVS).

<sup>60</sup> EYZAGUIRRE y VALENZUELA (2015) p. 305, señalan que, en este caso, como en el del aumento de capital de Enersis en 2012, debe aplicarse el principio de especialidad. “Por el principio de especialidad nos referimos a que cuando un acto, contrato o negocio tiene una regulación específica establecida en la LSA, que establece mecanismos de protección a los accionistas minoritarios similares o superiores a los establecidos en el Título XVI de la misma ley, no resulta razonable ni procesalmente eficiente aplicar este último, que es genérico, en forma adicional”. Estos autores justifican por qué, desde su perspectiva, la regulación sobre fusiones es más protectora para los accionistas minoritarios. No obstante, el reclamante de ilegalidad consideraba lo contrario: “AFP Habitat resulta gravemente perjudicada por la infracción denunciada, pues al no tener aplicación los requisitos y procedimientos que contempla el Título XVI de la Ley 18.046 –en particular el artículo 147– los accionistas minoritarios deben soportar la indefensión, sin que la operación pueda ser objeto del informe de un evaluador independiente ni tampoco se requiere el pronunciamiento del directorio sobre la conveniencia de la operación para el interés social, los cuales son dos importantes mecanismos de control e información establecidos para resguardar el interés de los minoritarios” (Corte de Apelaciones de Santiago (AFP Habitat con SVS)).

Pareciera que se está ante dos puntos de vista inconciliables. Sin embargo, ambos casos dan cuenta de la aplicación del criterio de especialidad y un análisis teleológico de la regla. El problema interpretativo radica en que se utilizó la misma denominación (“especialidad”) para designar dos cosas distintas: una interpretación formal (existe o no una regulación específica para ese tipo de operación) y una interpretación que tiene en consideración el fin de la norma (existe o no una regulación específica que resuelva el problema de conflicto de intereses).

Esta perspectiva podría considerarse demasiado amplia, pues significaría que toda transacción que concuerde con la descripción del concepto de OPR ha de sujetarse a su normativa. Sin embargo, el concepto de OPR sí tiene límites, más allá de la amplia definición del artículo 146 LSA y de NIC 24. La propia finalidad de la regla, esto es, evitar o disminuir eficientemente los problemas derivados de los conflictos de intereses en este tipo de operaciones, permite restringir su aplicación. Esto ocurre en dos casos: cuando estos conflictos de intereses se evitan por la estructura de regulación de la respectiva operación, o bien, cuando a pesar de que la transacción puede considerarse OPR a partir de su concepto y las partes que intervienen, no existe conflicto de intereses.

#### *a) El criterio de especialidad*

El primero de estos criterios consiste en que la regulación sobre OPR debe aplicarse cuando la institución específica –por ejemplo, la de aumentos de capital o la de fusiones– no contempla reglas cuya finalidad sea resolver el problema de conflicto de intereses, problema que constituye el fundamento de la regulación sobre OPR. Es cierto, por ejemplo, que la regulación de fusiones contempla tutelas relevantes, pero ellas no se hacen cargo del problema adicional que implica la autocontratación. Por esto, la regulación de fusiones no reconoce la exclusión de los directores involucrados al adoptar el acuerdo de fusión que se propone al directorio, ni el informe de un evaluador independiente designado por el comité de directores, ni exige la opinión fundada de cada director sobre la operación, que son tutelas informativas particularmente relevantes para el mercado y para un eventual juicio de responsabilidad<sup>61</sup>. Es por eso por lo que todos los principales ordenamientos jurídicos en materia de gobiernos corporativos “fortalecen la protección de accionistas minoritarios cuando accionistas controladores se encuentran en ambas partes de una fusión”, es decir, contemplan reglas especiales para estos casos, más allá de las establecidas para una fusión que se lleva a cabo con una sociedad con la que no existe ningún tipo de relación<sup>62</sup>. Esto es

<sup>61</sup> Así lo expresó el inversionista institucional demandante: “AFP Habitat resulta gravemente perjudicada por la infracción denunciada, pues al no tener aplicación los requisitos y procedimientos que contempla el Título XVI de la Ley 18.046 –en particular el artículo 147– los accionistas minoritarios deben soportar la indefensión, sin que la operación pueda ser objeto del informe de un evaluador independiente ni tampoco se requiere el pronunciamiento del directorio sobre la conveniencia de la operación para el interés social, los cuales son dos importantes mecanismos de control e información establecidos para resguardar el interés de los minoritarios” (Corte de Apelaciones de Santiago (*AFP Habitat con SVS*)).

<sup>62</sup> ROCK y OTROS (2017) p. 188. Con “principales jurisdicciones” se refieren a “Brasil, Francia, Alemania, Italia, Japón, Reino Unido, Estados Unidos de América” (ARMOUR y OTROS (2017) p. 3). Particularmente destacable en este sentido es el caso de Delaware, donde las cortes aplican la regla de *entire fairness* a las fusiones entre matriz y filial, en virtud de la cual es el accionista controlador quien debe demostrar que la operación se realiza con

particularmente relevante en el caso chileno, en el que las tutelas a accionistas para el caso de las fusiones son débiles<sup>63</sup>.

El riesgo de la perspectiva contraria es la posibilidad de realizar arbitraje de regulación con la finalidad de eludir la aplicación de las normas sobre OPR y, así, impedir que se cumpla el objetivo regulatorio de un determinado cuerpo de reglas<sup>64</sup>. Esto determina que se considere que las fusiones entre matriz y filial “son, de hecho, operaciones con partes relacionadas”<sup>65</sup>.

### *b) La interpretación teleológica*

El segundo de los criterios que debe tenerse en consideración al resolver el problema de superposición entre la regulación de OPR y otras instituciones es la interpretación teleológica, criterio que permite evitar el de exceso de regulación. La normativa sobre OPR es gravosa, involucra tiempo y costos adicionales que solo se justifican en la posibilidad de detener transacciones que pueden dar lugar a *tunneling*. El exceso de regulación consiste en establecer como criterio general la aplicación de la regulación sobre OPR, a partir de casos en los que el riesgo de expropiación a minoritarios responde a circunstancias idiosincráticas de una operación específica<sup>66</sup>.

Si el concepto de OPR exige que la transacción consista en un negocio entre partes relacionadas, entonces el caso del aumento de capital de Enersis en 2012 es un caso de OPR, pues el aumento de capital da lugar necesariamente a la suscripción de acciones, que es un contrato que implica transferencia de recursos entre la sociedad y el controlador. Si bien el aumento de capital es, en sí mismo, un acto corporativo y, por lo tanto, no implica

---

un precio y un proceso justo. No obstante, actualmente Delaware permite liberarse de este estándar y aplicar la *business judgment rule*, siempre que la operación sea negociada por un comité especial de directores independientes y, además, se apruebe por la mayoría de los accionistas no involucrados (esto es, a diferencia de Chile, excluyendo de la votación en la junta al accionista controlador (ROCK y OTROS (2017) p. 189).

<sup>63</sup> En este sentido, CABALLERO (2015) p. 367, destacando la ausencia de medidas de publicidad específicas, que es precisamente una tutela que sí contempla la regulación sobre OPR. El caso de la fusión entre Corpbanca e Itaú deja de manifiesto los riesgos para minoritarios de fusiones entre partes relacionadas. En ella, se ofrecieron beneficios adicionales para los controladores, no disponibles para todos los accionistas (la adquisición del controlador en Corpbanca Colombia, una línea de crédito a 7 años por USD 950.000.000 y la posibilidad de vender acciones de la entidad fusionada equivalente a un 6.6% del capital durante 18 meses) Véase *Form 6-K/A*. Corpbanca, 30 de enero de 2014, disponible en <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1276671/000089457914000032/corpbancahechoesencialexh.htm>.

<sup>64</sup> Este es el riesgo de conceptos jurídicos detallados y de ámbitos de aplicación excesivamente pormenorizados, como ocurre, precisamente, en el caso de la regulación sobre OPR. Así lo explican MCBARNET y WHELAN (1991) p. 849: “la combinación de normas específicas y el énfasis en la forma jurídica y la literalidad puede utilizarse artificialmente, de forma manipuladora, para eludir o socavar el propósito de la regulación. Utilizando este medio, se construyen transacciones, relaciones o formas jurídicas con el fin de evitar los límites manifiestos de normas jurídicas específicas. En este sentido, las reglas pormenorizadas contribuyen a la derrota de la política legislativa”.

<sup>65</sup> ROCK y OTROS (2017) p. 188. En Chile, bajo la regulación previa a la reforma de LSA por la ley 20.382 en 2009, Alcalde (2007) pp. 72-72 destaca a la fusión como un posible caso de abuso de la mayoría. En el derecho español, García de Enterría (2023) pp. 370, considera que no toda transacción que concuerde con la definición de OPR de NIC 24 queda sujeta a la regulación de “operaciones vinculadas”, si es que estas cuentan “con sus propias reglas sustantivas y que por su naturaleza no avivan los riesgos que dicho régimen trata de prevenir”.

<sup>66</sup> ENRIQUES (2015) p. 12.

un negocio entre la sociedad y el controlador, sí determina las condiciones conforme a las cuales se llevará a cabo la suscripción de acciones, un contrato que implica una transferencia de recursos entre relacionadas<sup>67</sup>.

El problema de este razonamiento es que lleva necesariamente a considerar que todo aumento de capital de una sociedad anónima habrá de considerarse una OPR respecto de su controladora, pues todo aumento de capital es seguido por contratos de suscripción de acciones<sup>68</sup>. Aquí hay un evidente peligro de hacer una interpretación sobre inclusiva de la regla<sup>69</sup>.

Es cierto que el controlador puede influir en las condiciones de su futura suscripción de acciones, pero también es cierto que el aumento de capital contempla una tutela específica para garantizar que estas condiciones favorables correspondan a todos los accionistas: el derecho de suscripción preferente. Por otro lado, el específico riesgo de *tunneling* en este caso no era el aumento de capital –como expresa la propia SVS– sino que el aumento de capital con pago en acciones de otras sociedades, para lo cual existe también una tutela específica: la evaluación por peritos del artículo 15 LSA, además de la aprobación por dos tercios de la junta de accionistas. No obstante, la evaluación pericial es insuficiente si el controlador se encuentra en conflicto de intereses, lo que justifica la aplicación de las reglas de OPR para este tipo de casos<sup>70</sup>. Esto no quiere decir que se justifique para otros casos cercanos.

El caso cercano relevante es el de aumentos de capital si se ha acordado que todos los accionistas deberán pagar sus acciones en dinero. De todas formas, sigue habiendo un potencial de actuación, cuando menos, no en beneficio del interés social. Puede ocurrir que el aumento de capital sea beneficioso para la matriz, porque mejora su relación entre deuda y capital, si los balances se consolidan entre matriz y filial y, al mismo tiempo, perjudicial

<sup>67</sup> En contra, PUGA (2023) p. 661, quien sostiene que los actos que no son atribución del directorio no quedan sujetos a las reglas sobre OPR. Asimismo, EYZAGUIRRE y VALENZUELA (2015) p. 303, quienes consideran que “un aumento de capital es una operación entre accionistas y no una operación en la que interviene la sociedad misma”. En ambos textos referidos, se considera que la suscripción de acciones no es más que la ejecución de un acuerdo de la junta de accionistas. No se puede sino concordar con esto último. Pero es un error sostener que: primero, la decisión respecto de un aumento de capital o de cualquier acto en que la ley exige aprobación de la junta de accionistas, implica que ese acto “no es atribución del directorio”; segundo, que lo que resuelve la junta de accionistas no es un acto corporativo, sino que puede identificarse con un acto propio de los accionistas. Un acto corporativo, se reitera, muchas veces es complejo, en el sentido que supone la intervención de más de un órgano y en el sentido de que supone varias etapas.

<sup>68</sup> En el mismo sentido, EYZAGUIRRE y VALENZUELA (2015) p. 303.

<sup>69</sup> Explica ENRIQUES (2015) pp. 11-12 que “por supuesto, el hecho de que las OPR estén sujetas a normas específicas que no se aplican a otras técnicas de *tunneling*, y viceversa, puede estar plenamente justificado. Así, puede haber operaciones de *tunneling* incluidas en una categoría de operaciones que normalmente no presentan potencial de abuso (por ejemplo, una emisión de nuevas acciones con derecho de suscripción preferente para todos los accionistas), pero que transfieren valor a la parte vinculada debido a algunas características peculiares de las mismas ... Sin embargo, la aplicación de las normas especiales sobre OPR a todas las nuevas emisiones de acciones, especialmente en presencia de derechos preferentes para a los accionistas, con el fin de evitar operaciones de *tunneling* idiosincrásicas ... puede dar lugar a una regulación gravosa y excesivamente inclusiva. En igualdad de condiciones, en tal caso, la revisión judicial a posteriori parece ser una solución mejor.

<sup>70</sup> Esto se debe a que la regla del artículo 15 LSA no excluye de la elección del evaluador independiente a los directores involucrados, precisamente porque no está diseñado para resolver casos de conflictos de intereses. De hecho, la operación terminó siendo más favorable a los minoritarios gracias a la intervención de la SVS y el efecto de los informes de los evaluadores independientes considerados en la regulación sobre OPR.

para la filial, si se encuentra suficientemente capitalizada y su estructura de financiamiento óptimo exigiría un mayor nivel de deuda. Pero esto no justifica que todos los aumentos de capital en los que participe el controlador deban quedar sujetos a las reglas sobre OPR, aun cuando estrictamente corresponda a partir de la sola interpretación del concepto de OPR, pues el riesgo de *tunneling* es remoto en la mayoría de los casos. Para casos sospechosos, bastaría con la revisión *a posteriori* de la actuación de los directores, ya sea a través de una investigación administrativa o demandas de responsabilidad civil o penal<sup>71</sup>.

Lo mismo puede sostenerse de operaciones como el acuerdo social que determina el pago de dividendos o para la disminución de capital. Conceptualmente, debe considerarse que se encuentran incorporadas en el concepto de OPR. No obstante, se trata de transacciones en las que la regla de prorrata<sup>72</sup> y la regla de deber de lealtad de los directores (artículo 42 LSA) y de los accionistas (artículo 30 LSA) ofrecen suficiente protección a los accionistas minoritarios<sup>73</sup>. Un caso más evidente es el caso de transacciones entre una sociedad matriz y una filial, en la que la primera es titular del 100% de las acciones de la segunda. Si bien esa transacción presenta riesgos para los acreedores sociales, la tutela de acreedores no es una finalidad de la regulación sobre OPR. Esta regulación constituye, más bien, una institución destinada a resolver problemas de agencia entre directores y ejecutivos y accionistas, o bien, entre accionistas mayoritarios y minoritarios, problema de agencia que es el más común en el mercado chileno. En los casos de sociedades “íntegramente participadas” (*fully owned*), no hay conflictos de intereses societarios<sup>74</sup>.

Este mismo criterio sirve para excluir la aplicación de las reglas del título XVI LSA para aquellos casos de OPR entre matriz y filial, desde la perspectiva de la matriz. No se justifica la aplicación del procedimiento regulado para la aprobación de la transacción en la sociedad matriz, pues la filial no influye en ella para la adopción del acuerdo social, es decir, no hay riesgo de autocontratación<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> En un sentido análogo, ENRIQUES (2015) p. 12.

<sup>72</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (2023) pp. 371 señala que la regla de distribución proporcional, por sí misma, “desecha cualquier riesgo de posible tratamiento discriminatorio y de perjuicio a los accionistas”. En el mismo sentido, en *Delaware Supreme Court, Sinclair Oil Corp. v. Levien* el tribunal declara que no hay que aplicar la regla de *entire fairness* a la política de distribución de dividendos, porque en ella los minoritarios no obtienen nada menos (proporcionalmente) que los mayoritarios. Como sostiene GEVURTZ (2020) p. 197, al comentar esta parte del fallo, “la prueba consiste esencialmente en determinar si el interés de la sociedad matriz o de los accionistas mayoritarios es, en su mayor parte, aunque no sea exactamente, el mismo que el de los demás accionistas”.

<sup>73</sup> En un sentido análogo, el criterio expresado en *United States Court of Appeals for the Third Circuit, Zahn v. Transamerica Corp.*, según el cual un accionista puede votar en su propio beneficio, a diferencia del director. Sin embargo, tiene deberes de lealtad cuando los directores actúan como sus “marionetas”, es decir, si no “ejercitan un juicio independiente” (véase el comentario de GEVURTZ (2020) p. 198).

<sup>74</sup> Véase CAMPINS (2021) (versión electrónica). En contra, el criterio de la CMF expresado en el caso *Ohio National* en 2016. En rigor, los mecanismos contemplados por la regulación de OPR para evitar los problemas derivados de los conflictos de intereses de los directores o de los ejecutivos son totalmente ineficaces para resolver problemas entre la sociedad anónima y sus acreedores. Salvo, claro está, aplicar una sanción administrativa por infracción de ley, tutela ajena al ámbito del derecho privado.

<sup>75</sup> En este sentido, PAZ-ARES y JORDANO (2021) pp. 74-75, quienes sintetizan la cuestión indicando que “el conflicto de interés no es bidireccional”.

## CONCLUSIONES

1. El concepto de OPR que recoge el derecho chileno a partir de 2009 proviene de la contabilidad y del derecho inglés. Es una institución que regula un tipo de conflicto de intereses, delimitado por su propia definición. La formalización del tipo de conflicto de intereses que regula facilita la aplicación de la institución, pues no es necesario demostrar quiénes se encuentran en conflicto de intereses. No obstante, la situación de conflicto de intereses constituye el fundamento de la institución y evitar sus problemas de forma eficiente es la finalidad de la regulación.

2. El acuerdo y ejecución de actos corporativos que afectan al patrimonio social corresponde a los órganos sociales. A veces, suponen la intervención de más de un órgano social y, en ocasiones, se desarrollan en varias etapas. Por lo tanto, los acuerdos sociales como fusiones o aumentos de capital no pueden considerarse actos de los socios (en rigor, accionistas), sino que son actos de la sociedad. En consecuencia, no se puede excluir la aplicación de la regulación de OPR argumentando, por ejemplo, que una fusión o un aumento de capital es un acto de los socios, no de la sociedad. Pero sí se puede excluir la regulación de OPR aduciendo que, por ejemplo, una oferta de adquisición de acciones del controlador a otros accionistas no es un acto que involucre a la sociedad.

3. La regulación de OPR puede excluirse por especialidad cuando la respectiva institución a la que se considera especial contempla mecanismos de resolución de conflictos de intereses. Esto no puede afirmarse, por ejemplo, en el caso de las regulaciones chilenas sobre aumentos de capital con pago en bienes distintos del dinero o fusiones.

4. Se puede restringir el ámbito de la regulación de OPR, cuando su aplicación irrestricta pueda considerarse sobre inclusiva, en virtud de una interpretación teleológica. La aplicación de la regulación sobre OPR es sobre inclusiva si los riesgos de la autocontratación son irrelevantes por la estructura misma de la operación y las tutelas que esta involucra. Por ejemplo, un caso de aumento de capital en que todos los accionistas se comprometen a pagar sus acciones en dinero, o bien, el acuerdo social para la distribución de dividendos o disminución de capital. Asimismo, deben considerarse ajenas al ámbito de aplicación de la regulación sobre OPR aquellas transacciones en las que no existe conflicto de intereses entre accionistas o entre estos y administradores. Por ejemplo, las transacciones entre una sociedad matriz con su filial íntegramente participada.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABRIANI, N. y OTROS (2008): *Derecho italiano de sociedades* (trad. LATORRE, Nuria y MARTÍ, Vanessa, Valencia, Tirant lo Blanch).
- AHERN, Deidre (2011): “Nominee Directors’ Duty to Promote the Success of the Company: Commercial Pragmatism and Legal Orthodoxy”, *Law Quarterly Review*, vol. 127: pp. 118-146.
- AKERLOF, George A. (1970): “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, Issue 3: pp. 488-500.

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2007): *La sociedad anónima. Autonomía privada, interés social y conflictos de interés* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2016): “La naturaleza jurídica de los acuerdos sociales”. Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-naturaleza-juridica-los-acuerdos-sociales/>. Fecha de consulta: 23 de agosto de 2018.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2017): “La junta, los acuerdos sociales, la prohibición de la unanimidad y el reconocimiento de derechos de veto a los socios”, en Juste, Javier y Espín, Cristóbal (edits.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas Gaudencio esteban Velasco* (Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi).
- ARMOUR, John y otros (2017): “What is Corporate Law?” en KRAAKMAN, REINIER y otros (edits.), *The Anatomy of Corporate Law* (Oxford, Oxford, tercera edición) pp. 1-28.
- ARMOUR, John; HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reiner (2017): “Agency Problems and Legal Strategies?” en Kraakman, Reinier y otros (edits.), *The Anatomy of Corporate Law* (Oxford, Oxford, tercera edición) pp. 29-48.
- BERNET PAÉZ, Manuel (2007): “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8: pp. 107-153.
- BERNET PAÉZ, Manuel (2011): “Regulación jurídica de las operaciones con partes relacionadas” en WILENMANN, Javier (ed.), *Gobiernos corporativos: aspectos esenciales de las reformas a su regulación* (Santiago, Legal Publishing) pp. 139-172.
- CABALLERO GERMAIN, Guillermo (2015): “La ley de sociedades anónimas y las “modificaciones estructurales”: un tema pendiente”, en VÁSQUEZ, María y EMBID, José (directores), *Modernización del Derecho Societario*, (Santiago, Thomson Reuters) pp. 363-394.
- CAMPINS VARGAS, Aurora (2021): “El nuevo régimen de operaciones vinculadas intragrupo en sociedades de capital no cotizadas. Derecho especial de grupos “*ma non troppo*”, *Revista de Derecho Mercantil*, N° 322 (versión electrónica).
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Luis J. y PÉREZ TROYA, Adoración (2010): “La fusión de sociedades: concepto, naturaleza, supuestos y efectos”, en SAENZ, Juan; OLEO, Fernando y MARTÍNEZ, Aurora (coordinadores), *Estudios de Derecho mercantil. En memoria del Profesor Antbal Sánchez Andrés* (Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters).
- COX, James D. y HAZEN, Thomas Lee (2020): *Business Organizations Law* (St. Paul, West Academic Publishing).
- DAMMAN, Jens (2019): “Related Party Transactions and Intragroup Transactions”, en ENRIQUES, Luca y TRÖGER, Tobias (edit.), *The Law and Finance of Related Party Transactions* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 218-244.
- DAVIES, Paul (2019): “Related Party Transactions: UK Model”, en ENRIQUES, Luca y TRÖGER, Tobias (edit.), *The Law and Finance of Related Party Transactions* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 361-399.
- DAVIES, Paul (2022): “Related Party Transactions on the London Stock Exchange: What Works and What Does Not?”, *Business Law Review*, Vol. 43 issue 1: pp. 2-17.
- ENRIQUES, Luca (2015): “Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal)”, *European Business Organization Law Review*, N° 16: pp. 1-37.

- ENRIQUES, Luca y HERTIG, Gerard; KANDA, Hideki y PARGENDLER, Mariana (2017): “Related Party Transactions” en *The Anatomy of Corporate Law*, KRAAKMAN, REINIER y otros (edit.), (Oxford, Oxford, tercera edición).
- ENRIQUES, Luca y TRÖGER, Tobias H. (2019): “The law and (some) finance of related party transactions” en *The law and finance of related party transactions*, L. ENRIQUES y T. TRÖGER edit., (Cambridge University Press, Cambridge).
- EYZAGUIRRE COURT, Cristián y VALENZUELA NIETO, Ignacio (2015): “Las operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas”, *Actualidad Jurídica*, N° 31: pp. 267-310.
- FERA, Pietro (2020): *Le operazioni tra parti correlate. Profili informativi e di governance* (Torino, Giappichelli Editore).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier (2023): “Cuestiones sobre el ámbito objetivo del nuevo régimen de operaciones vinculadas”, en PEÑAS, María Jesús (coord.), *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal: libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González* (Valladolid, Ediciones Universidad de Valladolid) pp. 369-382.
- GASPAR, José Antonio (2012): “Deber de diligencia y cuidado de los directores de sociedades anónimas. Caso La Polar. Superintendencia de Valores y Seguros. Resoluciones exentas N°s 073, 074, 075, 076, 077, 078, 079, 080, 081 y 082, todas de 9 de marzo de 2012”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 19: pp. 227-238.
- GUERRERO VALENZUELA, Roberto (2016): “La fusión como operación con parte relacionada: solución para un ‘caso difícil’”, *Sentencias Destacadas (Libertad y Desarrollo)*, pp. 383-399. Disponible en: <https://lyd.org/wp-content/uploads/2018/01/pp-383-400-LA-FUSION-COMO-OPERACION-CON.pdf>. Fecha de consulta: 19 de abril de 2023.
- GEVURTZ, Franklin A. (2020): “United States’ Laws Addressing the Two Central Challenges Created by Groups of Companies: Protection of Minority Shareholders and of Creditors”, en MANÓVIL, Rafael (edit.), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview* (Cham, Springer).
- GOSHEN, Zohar (2003): “The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality”, *California Law Review*, Vol. 91 N° 2: pp. 393-438.
- HOUBEN, Mariasofia (2020): *Operazioni con parti correlate e governo societario* (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, segunda edición).
- ISLAS ROJAS, Gonzalo (2011): “Gobierno corporativo: teoría económica, principios de la OCDE y la ley 20.382”, en WILENMANN, Javier (ed.), *Gobiernos corporativos: aspectos esenciales de las reformas a su regulación* (Santiago, Legal Publishing), 9-44.
- ISLAS ROJAS, Gonzalo y LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (2020): “Detrás de la cascada: el rol de las instituciones jurídicas en la estructura de mercado en Chile”, *Economía y Política*, vol. 7, N° 2: pp. 51-87.
- JOHNSON, S.; LA PORTA, R.; LOPEZ-DE-SILANES, F. y SHLEIFER, A. (2000): “Tunneling”, *The American Economic Review*, vol. 90, N° 2: pp. 22-27.
- KERSHAW, David (2012): *Company Law in Context* (Oxford, Oxford, segunda edición).
- KÜBLER, Friedrich (2001): *Derecho de sociedades* (trad. Michèle Klein, Madrid, Fundación Cultural del Notariado)

- LARRAÍN, Borja y URZÚA, Francisco. (2013): “Controlling shareholders and market timing in share issuance”, *Journal of Financial Economics*, vol. 109, N° 3: pp. 661-681.
- LATORRE CHINER, Nuria (2020): *El control de las operaciones vinculadas en la sociedad cotizada* (Madrid, Marcial Pons).
- LIACE, Gianfranco (2016): *Le operazioni con parti correlate* (Milano, Giuffrè).
- LYON PUELMA, Alberto (2006): *Persona jurídicas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, cuarta edición).
- MCBARNET, Doreen y WHELAN, Christopher (1991): “The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal Control”, *Modern Law Review*, vol. 54, N° 6: pp. 848-873.
- OECD (2012): *Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights* (OECD Publishing).
- PALASKOV IGLESIAS, Nikolai (2021): “Operaciones con partes relacionadas: análisis comparativo entre la regulación chilena en la sociedad anónima cerrada y la abierta a la luz de los principios de gobierno corporativo de la OCDE y del G20”, *Revista de Estudios Ius Novum*, vol. XIV, N° 1: pp. 321-392.
- PAZ-ARES, Cándido (2017): “Identidad y diferencia del consejero dominical”, *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, vol. 2: pp. 39-191.
- PAZ-ARES, Cándido y JORDANO LUNA, Martín (2021): “El perímetro de vinculación”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 56: pp. 71-114.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco (2005): “El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la superintendencia de valores y seguros en el contexto del denominado ‘caso chispas’”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 3: pp. 501-552.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (2001): *Sociedades*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2023): *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- ROCK, Eduard y otros (2017): “Fundamental changes” en Kraakman, Reinier y otros (edits.), *The Anatomy of Corporate Law* (Oxford, Oxford, tercera edición) pp. 171-203.
- ROMASCHCHENKO, Ivan (2020): *Related Party Transactions and Corporate Groups* (Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer).
- SEEHAUSEN, Jesper (2021): “Accounting Concepts in Company Law”, *European Company and Financial Law Review*, N° 3: pp. 398-427.
- TRÖGER, Tobias H. (2019): “Germany’s Reluctance to Regulate Related Party Transactions: An Industrial Organization Perspective”, en ENRIQUES, Luca y TRÖGER, Tobias (edit.), *The Law and Finance of Related Party Transactions* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 218-244.
- VANBERG, Viktor (2000): “Una interpretación contractualista de las organizaciones sociales”, en KERN, L. y MÜLLER, H. P. (comps.), *La justicia: ¿discurso o mercado?* (trad. Ernesto Garzón, Barcelona, Editorial Gedisa) pp. 163-180.

## JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, 7/07/2005, rol 4261-2004, Recursos de casación en el fondo y en la forma (CASO CHISPAS).

Corte de Apelaciones de Santiago, 22/03/2016, rol 8069-2015, ilegalidad (AFP HABITAT CON SVS).

Estados Unidos: *ZAHN v. TRANSAMERICA CORP.*, 162 F.2d 36, 172 A.L.R. 495 (3d Cir. Del. June 30, 1947).

Estados Unidos: *SINCLAIR OIL CORP. v. LEVIEN*, 280 A.2d 717.

## JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CITADA

Oficio reservado N° 106, 2 de febrero de 2012, Superintendencia de Valores y Seguros.

Oficio ordinario N° 9.914, 18 de abril de 2012, Superintendencia de Valores y Seguros.

Oficio ordinario N° 18.684, 3 de agosto de 2012, Superintendencia de Valores y Seguros.

Resolución exenta N° 233, 2 de septiembre de 2014, aplica sanción de multa, Superintendencia de Valores y Seguros.

Oficio ordinario N° 15.443, 20 de julio de 2015, Superintendencia de Valores y Seguros.

Oficio ordinario N° 28.552, 24 de diciembre de 2015, Superintendencia de Valores y Seguros.

Resolución exenta N° 4176, 11 de octubre de 2016, superintendencia de Valores y Seguros. Aplica sanción a Ohio National Seguros de Vida S.A. y sus directores (caso Ohio National).

Oficio ordinario N° 24.807, 11 de septiembre de 2017, Superintendencia de Valores y Seguros.

Oficio ordinario N° 28.961, 30 de octubre de 2017, Superintendencia de Valores y Seguros.

## NORMAS CITADAS

Chile, Ley N° 18.046 (22/10/1981), de Sociedades Anónimas.

Reino Unido, *Financial Conduct Authority Handbook, Listing Rules*, 28 de abril de 2023, (Reino Unido).

Reino Unido, *Companies Act* (2006).

España, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (España).

Unión Europea, Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (*Shareholders Rights Directive 1*)

Unión Europea, Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas (*Shareholders Rights Directive 2*)



## LA VENTAJA INJUSTA Y SU INCARDINACIÓN EN EL DERECHO CHILENO DE CONTRATOS

### *THE UNFAIR ADVANTAGE AND ITS INCARDINATION IN THE CHILEAN LAW OF CONTRACTS*

ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI\*  
PATRICIA LÓPEZ DÍAZ\*\*

**RESUMEN:** El propósito de este artículo consiste en contribuir al estudio de lo que vamos a denominar “ventaja injusta” en el ámbito nacional. La contribución opera de dos modos distintos. En primer lugar, presentamos la figura de una forma en que no ha sido expuesta en nuestra doctrina. En segundo lugar, damos cuenta de las limitaciones de las que, en nuestra opinión, adolecen ciertos intentos dogmáticos que, de manera más o menos directa, sugieren insertarla en Chile y proponemos un enfoque distinto, que se reconduce a los vicios del consentimiento. Nuestra conclusión es que, si bien su utilidad a este respecto es baja, los vicios permiten incardinar indubitablemente algunos supuestos de hecho que procuran ser corregidos a través de la figura de la ventaja injusta.

**Palabras clave:** Ventaja injusta, justicia contractual, tutela de la parte débil, vicios del consentimiento.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to contribute to the study of “unfair advantage” at the national level. The contribution operates in two different ways. In the first place we present the figure in a way that has not been exposed in our doctrine. Secondly, we give an account of the limitations that, in our opinion, suffer from certain dogmatic attempts that, more or less directly, suggest inserting it in Chile and we propose a different approach, that of the vices of consent. Our conclusion is that, although their performance in this regard is low, the vices allows to include some assumptions of situations that seek to be corrected through the figure of unfair advantage.

**Keywords:** unfair advantage; contractual justice; vices of consent.

---

\* Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesor de Derecho Civil, Universidad Diego Portales. Investigadora Fundación Fueyo. Dirección postal: República 112. Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl. Número Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6239-2837>.

\*\* Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Civil, Universidad Diego Portales. Investigadora Fundación Fueyo. Dirección postal: República 112. Correo electrónico: patricia.lopez@udp.cl. Número Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6716-0584>.

Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT Regular N° 1220169 “La tutela de la parte débil frente a desequilibrios originarios en los contratos civiles y en los contratos de consumo: diagnóstico, problemas jurídicos y perspectivas de solución en el derecho chileno” del que la autora es Investigadora Responsable y el autor Coinvestigador.

## I. INTRODUCCIÓN

La idea de *proteger a la parte débil* en el derecho privado más allá del consumidor<sup>1</sup> y la necesidad de propiciar el equilibrio procedimental y sustantivo en el derecho de contratos, denunciada por Galgano en 1997 en su obra “*Equilibrio contrattuale e buona fede dei contraendi*”<sup>2</sup> y por diferentes juristas que siguieron esta idea vinculándola al equilibrio contractual -como Perot<sup>3</sup>, Fin-Lager<sup>4</sup> o Chamie<sup>5</sup>-, ha resurgido en el último tiempo en la doctrina comparada con ocasión de la ventaja injusta o excesiva desproporción y, recientemente, en la nacional, pero en términos más generales que, por lo mismo, requieren de una mayor precisión.

A ello se agrega que hasta ahora no se ha examinado en nuestra dogmática la tutela del contratante débil en sede civil en forma orgánica ni sistemática, determinando *quién merece protección, cuándo debe otorgársele* y a través de qué *mecanismos tuitivos*, deviniendo en una tarea pendiente que cada vez se hace más necesario comenzar a abordar. A falta de norma que lo proteja expresamente no pueden seguir tolerándose, invisibilizándose ni soslayándose abusos de circunstancias y explotaciones injustas de dicho contratante sino que los esfuerzos dogmáticos deben encaminarse en dos direcciones. La primera, abordada recientemente por nuestra doctrina, consiste en ensayar una noción del débil jurídico y formular una tipología de éste en el derecho civil chileno<sup>6</sup>. La segunda, que es la que interesa a este artículo, en identificar un catálogo de supuestos en los que deba tutelársele y determinar el alcance de dicha tutela.

Se trata de un tópico que se ha explorado a propósito de la noción de lesión enorme en nuestro derecho<sup>7</sup> y de la adaptación del contrato como medio de tutela precontractual<sup>8</sup>, pero que es necesario visitar en atención a diversas consideraciones. En primer lugar, dado que existen situaciones en que se verifica un desequilibrio o una asimetría prestacional en contratos civiles que por no estar reguladas en nuestro ordenamiento jurídico no activan la debida tutela respecto de la parte débil, propiciando una inequidad. En segundo lugar, los desarrollos dogmáticos entre nuestros autores, como tendremos ocasión de analizar, son muy generales o muy específicos y, por lo mismo, no abordan el problema a cabalidad ni arriban a una solución específica ni normativa para todos los supuestos que puedan presentarse. En tercer lugar, porque la tendencia más moderna que se ha instalado en el *soft law*, en la dogmática comparada y en codificaciones más recientes ha avanzado exactamente en

<sup>1</sup> Que constituye el paradigma del débil jurídico y cuya debilidad –representada por su asimetría informativa y negociadora que devienen en su vulnerabilidad estructural– actualmente se presume, debiendo, por lo mismo, acreditarse la circunstancia contraria. En tal sentido Hondius (2004) pp. 245-251 en el derecho comparado y principalmente ISLER (2019) 112-138 en el derecho nacional.

<sup>2</sup> GALGANO (1998) pp. 2 y ss.

<sup>3</sup> PEROT (1961) pp. 3 y ss.

<sup>4</sup> FIN-LAGER (2002) pp. 5 y ss.

<sup>5</sup> CHAMIE (2012) pp. 219-275.

<sup>6</sup> Véase LÓPEZ (2023) pp. 124-144.

<sup>7</sup> LÓPEZ (2015) pp. 716-720.

<sup>8</sup> LÓPEZ (2018) pp. 138-142.

la dirección opuesta, indagando y sistematizando los supuestos en que existe una parte débil en los contratos civiles, refiriendo una realidad que no es muy distinta a la nuestra.

El propósito de este artículo, entonces, es analizar la ventaja injusta y contribuir al examen acerca de si resulta posible acogerla en el derecho común de los contratos sin modificaciones legales. Se trata de un desafío relevante en ordenamientos jurídicos como el nuestro en que ella no se contempla y en que no se avizora, al menos en el corto plazo, una reforma legal del Código Civil destinada a incorporarla.

Para cumplirlo dividimos este artículo en dos partes. La primera de ellas tiene por objeto instalar el escenario en el que se plantea la pregunta que origina el objetivo de este trabajo y se justifica por la escasa discusión que ha existido en Chile acerca de la forma en que se procura la justicia contractual y el origen y fisonomía de la ventaja injusta (II). La segunda parte se ocupa de la pregunta que subyace a su propósito. En primer lugar, presentamos la forma en que la doctrina nacional se ha hecho cargo de la tutela de la parte más débil frente a resultados que se estiman como injustos en el derecho común de los contratos. En segundo lugar, reconociendo el valor de esas aportaciones, manifestamos alguna reserva y ofrecemos otro dispositivo que no ha sido considerado por las autores y autoras nacionales: los vicios del consentimiento. Para testear si una figura como la ventaja injusta podría acomodarse en la disciplina de los vicios del consentimiento nos servimos de seis situaciones que se han presentado en la doctrina española como ejemplos de supuesto de hecho de la ventaja injusta. A continuación, procedemos a tratarlas sirviéndonos de la disciplina de los vicios del consentimiento en nuestro derecho (III). Finalmente, formulamos nuestras conclusiones.

## II. LA IRRUPCIÓN DE LA VENTAJA INJUSTA EN EL DERECHO DE CONTRATOS Y SU FISONOMÍA

### 1. La irrupción

Desde antiguo el derecho de los contratos ha manifestado un compromiso con la *justicia de los acuerdos*, el que se ha plasmado de maneras que pueden resultar muy diversas entre sí. Sin ánimo exhaustivo resulta posible advertir que ha versado sobre los términos del intercambio<sup>9</sup>, el procedimiento a través del cual se logra<sup>10</sup> y, más recientemente, sobre la situación de las partes<sup>11</sup>.

En efecto, una revisión de la literatura jurídica y de la mayoría de los códigos decimonónicos evidencia que inicialmente se asentó que la *equivalencia subjetiva de las prestaciones*<sup>12</sup> no constituía un requisito de validez del contrato, a partir del dogma de la autonomía de la voluntad y de la asunción de que el ser humano se comporta racionalmente,

<sup>9</sup> GORDLEY (1981) 1587-1656.

<sup>10</sup> RAWLS (1995) pp. 3 y ss.

<sup>11</sup> MURPHY (2002) p. 99.

<sup>12</sup> La que en el Código Civil chileno se encuentra reconocida en el artículo 1441 que señala que el contrato oneroso es conmutativo no cuando la parte se obliga a dar o hacer “es equivalente a lo que la otra a su vez debe dar o hacer, sino que cuando lo que una parte se obliga a dar o hacer “se mira” como equivalente de lo que la otra debe dar o hacer.

de modo que solo él puede decidir acerca de sus propios intereses y juzgar lo que está dispuesto a sacrificar por un bien o servicio. De allí que diversas investigaciones realizadas por autores y autoras extranjeros lleve a sostener que durante el siglo XIX se instaló la siguiente premisa: imperando la autonomía de la voluntad, el derecho no debe preocuparse de prestaciones desequilibradas si dicho desequilibrio ha sido libremente aceptado, pues la libertad contractual garantizaría la *justicia interna del contrato* y controlar el contenido del contrato pugnaría con la libertad contractual, el *pacta sunt servanda* y la seguridad jurídica<sup>13</sup>.

Lo cierto es que este dogma según el cual el principio de equivalencia de las prestaciones resulta irrelevante para la validez del contrato y la idea de que no puede valorarse la justicia del contrato, fue cuestionada por Atiyah en 1985 en su ensayo “*Contract and fair exchange*”, apuntando tres ideas estrechamente vinculadas que incidirán progresivamente en la modulación de la justicia contractual y servirán de antesala teórica a la ventaja injusta: i) la justicia procedimental y sustantiva no pueden separarse por completo; ii) los defectos del proceso negociador la mayoría de las veces se deducen de la injusticia sustantiva del resultado; iii) el derecho debe interesarse por la justicia del intercambio, esto es, por la justicia sustantiva de los contratos<sup>14</sup>.

Pues bien, la preocupación por garantizar esta última dimensión de la justicia contractual y evitar transacciones abusivas, admitiendo que un desequilibrio procedimental y sustantivo puede materializarse, como lo sugerido Hondius<sup>15</sup>, más allá del consumidor<sup>16</sup>, ha cobrado especial relevancia a lo largo del siglo XX, contraponiéndose al dogma absoluto de respeto irrestricto a la libertad contractual que imperó durante el siglo XIX, determinando el surgimiento de una figura a través de la cual se procura dicha justicia contractual sustantiva y se proscriben la explotación abusiva de la debilidad ajena. Se trata del *beneficio excesivo o ventaja injusta*<sup>17</sup>, *ventaja excesiva*<sup>18</sup>, *excesiva desproporción*<sup>19</sup>, *explotación indebida*<sup>20</sup>, *ventajismo*<sup>21</sup> y que viene a graficar aquellos supuestos en que coexisten un desequilibrio procedimental (en la formación del consentimiento) y uno sustantivo (en el contenido del contrato), instaurando un cambio de paradigma que aboga por una moralización en la celebración y ejecución de los contratos<sup>22</sup>.

<sup>13</sup> Por todos, SANGERMANO (2016) p. 19; GOLDMAN y LAGASSE (2016) p. 71; LAITHIER (2016) p. 35; y GÓMEZ (2018) pp. 20-23.

<sup>14</sup> ATIYAH (1985) pp. 333-335; 343-354; y 354.

<sup>15</sup> HONDIUS (2004) p. 246. Este autor ha otorgado a la protección de la parte débil el carácter de principio y lo ha situado en el mismo rango de la libertad contractual.

<sup>16</sup> Evidenciando que la debilidad contractual no es privativa de la contratación de consumo. En este sentido véase también LÓPEZ (2023) pp. 138-139.

<sup>17</sup> Artículos 4:109 de los Principios Europeos de Derecho de Contratos.

<sup>18</sup> Artículo 1301 de la Propuesta de Modernización del derecho de obligaciones y contratos española.

<sup>19</sup> *Gross disparity*, artículos 3.2.7 de los Principios UNIDROIT sobre Contratación Comercial y 37 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos.

<sup>20</sup> *Unfair exploitation*, II.- 7:207 del DCFR y artículo 51 del *Common European Sales Law* (CESL).

<sup>21</sup> Artículo 527-9 de la Propuesta de Código Civil relativa a los Libros Quinto y Sexto elaborada por la Asociación de profesores de Derecho Civil español de 2016.

<sup>22</sup> Una síntesis de este movimiento en YAÑEZ (2019) pp. 41-44.

Con todo, la denominación más representativa de este desequilibrio *objetivo-subjetivo* es “ventaja injusta”, dado que ilustra adecuadamente la exigencia de un desequilibrio significativo (ventaja o desproporción excesiva) que se origina como consecuencia del abuso, deslealtad o aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad del otro contratante (injusticia)<sup>23</sup>, motivo por el cual nos serviremos de ella en este artículo.

La ventaja injusta, como otros dispositivos que procuran justicia sustantiva o hacerse cargo de la desigualdad entre las partes, viene a cuestionar la idea acuñada por Fouillé en 1880 según la cual “*quien dice justo dice contractual*”<sup>24</sup> y se asienta sobre la siguiente premisa: es posible que en los contratos civiles exista un desequilibrio significativo, independientemente de que sus términos hayan sido consentidos; cuando una de las partes se aprovecha injustamente de ese desequilibrio, la situación se torna jurídicamente intolerable y resulta adecuado tutelar el interés de la parte más débil.

Dicha premisa pretende evidenciar que la idea según la cual los Códigos decimonónicos descansan sobre la exaltación del principio de la libertad contractual, asumiendo que la contratación se da entre partes iguales (salvo excepciones que ellos mismos tipifican<sup>25</sup>), de modo que es la autonomía de la voluntad la que debe prevalecer, no es correcta porque pueden presentarse situaciones de *desequilibrio sustantivo* no tipificadas y/o que se entremezclen con *desequilibrios procedimentales*, como lo constataremos en este artículo. La ventaja injusta no persigue, entonces, atentar contra dicha libertad, sino precisamente lo contrario: *recomponerla y garantizarla* porque la justicia conmutativa del contrato se ha alterado sustancialmente en perjuicio de uno de los contratantes<sup>26</sup>.

El origen de la ventaja injusta no se identifica con un hito histórico determinado sino con el cambio de paradigma al que nos hemos referido previamente que admite que la debilidad jurídica en la contratación no se constriñe al consumidor. Puede rastrearse, entonces, en la *noción mixta de lesión enorme*, esto es, objetiva- subjetiva, pues exige, de un lado, desequilibrio significativo y, de otro, aprovecharse de la ligereza, inexperiencia, estado de necesidad o de imperiosa necesidad de dinero del otro contratante, viciando su consentimiento. Las primeras regulaciones que la acuñaron fueron el parágrafo 138.2 del BGB y los artículos 21 del Código suizo de 1912, 1448 del *Codice*,<sup>17</sup> del Código mexicano de 1928, 282 del Código Civil portugués de 1966, 1447 del Código Civil peruano de 1985 y 157 del Código brasileiro de 2002.

Este modelo, que se contrapuso a la *noción objetiva de lesión enorme*, esto es, a aquel en que ella se determina por el solo desequilibrio de las prestaciones recíprocas, acuñada por ordenamientos jurídicos como el nuestro, encontraría su justificación en la necesidad de tutelar la ligereza, inexperiencia, debilidad o estado de necesidad, aflicción económica o falta de habilidad negociadora en que se encuentra una de las partes del contrato más allá

<sup>23</sup> Por todos GÓMEZ (2018) p. 154.

<sup>24</sup> FOUILLÉ (1880) p. 410.

<sup>25</sup> Como acontece con la lesión enorme que en nuestro Código está contemplada a propósito de la compraventa (art. 1888), de la permuta (art. 1900), de la partición de bienes (art. 1348), de la cláusula penal enorme (art. 1544), del mutuo con intereses excesivos (art. 2206) y de la aceptación de una asignación hereditaria (art. 1234).

<sup>26</sup> YÁÑEZ (2019) p. 41.

del desequilibrio objetivo entre las prestaciones recíprocas, estableciéndose en algunas regulaciones incluso una presunción de aprovechamiento o de explotación injusta<sup>27</sup>.

Pues bien, la ventaja injusta recoge este *modelo mixto*, cristalizándose su fisonomía actual primeramente en los instrumentos de armonización de derecho contractual europeos y latinoamericanos y posteriormente en las Codificaciones Civiles más recientes. En el primer grupo destacan los artículos 3.2.7 de los Principios UNIDROIT sobre Contratación Comercial (PICC), 4:109 de los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL), 7:207 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), 1301 de la Propuesta de Modernización del derecho de obligaciones y contratos española (PME), 527-9 de la Propuesta de Código Civil relativa a los Libros Quinto y Sexto elaborada por la Asociación de profesores de Derecho Civil español de 2016 (PAPDC) y 37 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos (PLDC). En el segundo, se encuentran el artículo 1143 del *Code* que consagra la denominada violencia económica, el artículo 332 del Código Civil y Comercial argentino que alude a la lesión enorme y el artículo 621-45 del Código Civil de Cataluña incorporado tras la Ley 3/2017 de 15 de febrero de 2017 que refiere a la ventaja injusta.

En efecto, el actual artículo 3.2.7 de los PICC<sup>28</sup> bajo el título de *excesiva desproporción* (*gross disparity*) dispone que

(1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una *ventaja excesiva*. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato. (2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

El modelo acuñado por el artículo 4:109 de los PECL alude al *beneficio o ventaja injusta* (*unfair advantage*, que reproduce el artículo 7:207 del el DCFR bajo la rúbrica *explotación indebida* (*unfair exploitation*), exige además el conocimiento de quien se aprovecha de la situación de debilidad de la víctima. Ambos disponen que

(1) Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión: (a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en *dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora*, y (b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, *se aprovechó* de ello de manera claramente *injusta* u obtuvo así *un beneficio excesivo*”.

<sup>27</sup> Un detenido análisis de dicha presunción en CARRANZA (2015).

<sup>28</sup> La figura se ha regulado desde la primera versión de 1994 en el artículo 3.10 y en el artículo 3.2.7 de la de 2010 y de 2016 que es la actualmente vigente.

Otro tanto se advierte en las propuestas de modernización del Código Civil español. Así lo revelan los artículos 1301 de la PME y 527-9 de la PAPDC que se refieren a ella acuñando las expresiones *ventaja excesiva* y *ventajismo*.

El primero establece que

Una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una *ventaja excesiva* si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquel, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión, a petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico.

El segundo dispone que

1. Una de las partes puede anular el contrato que en el momento de su celebración otorga a la otra parte una *ventaja excesiva*, si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquel, resulta que, con conocimiento de causa, se ha aprovechado en contra de la buena fe de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. 2. También puede la parte perjudicada pretender el reequilibrio del contrato sobre la base del precio generalmente practicado en el mercado.

El artículo 37 de los PLDC, a diferencia de los PECL y el MCR, siguiendo a los PICC, contempla la naturaleza y finalidad del contrato. Así señala que

(1) Una parte puede demandar la adaptación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas, o su nulidad si otorgan a la otra una *ventaja excesiva contraria a las exigencias de la buena fe*. (2) Para calificar esa ventaja se deben tomar en cuenta todas las circunstancias, especialmente la dependencia de la parte que sufre el perjuicio, *las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia o falta de experiencia. Igualmente, deberá considerarse la relación de confianza existente entre las partes y la naturaleza y finalidad del contrato*<sup>29</sup>.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse esta figura también irrumpió en el *Code* tras la reforma del año 2016 en materia de obligaciones y contratos y fue incorporada en el artículo 1143 bajo la denominación de *violencia económica*, cuyo tenor no estuvo exento de críticas<sup>30</sup>. Dicho artículo señala que “también hay violencia cuando una parte, abusando del estado de dependencia en que se encuentra su cocontratante, obtiene de él un compromiso que no habría suscrito en ausencia de tal obligación y obtiene de ello una *ventaja manifiestamente excesiva*”.

<sup>29</sup> Sobre ella véase DE LA MAZA y VIDAL (2021) pp. 95-97.

<sup>30</sup> CHANTEPIE y LATINA (2016) pp. 277-283 y PICOD (2017) pp. 10 y ss.

Por su parte, el artículo 332 del Código Civil y Comercial argentino indica que “podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, debilidad o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación”<sup>31</sup>.

Finalmente, el artículo 621-45 del Código Civil de Cataluña refiriéndose a la *ventaja injusta* dispone que

1. El contrato de compraventa y los otros de carácter oneroso pueden rescindirse si, en el momento de la conclusión del contrato, una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia, y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello y obtuvo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta<sup>32</sup>.

Como se advierte, todas estas regulaciones vienen a controvertir una premisa que se ha instalado desde antiguo en el derecho privado, revisitada por Gómez Calle en el último tiempo<sup>33</sup>: imperando la autonomía de la voluntad el derecho no tiene que ocuparse de las prestaciones desequilibradas si éstas han sido libremente aceptadas y el derecho contractual solo debería preocuparse por la *justicia procedimental* (intercambio libre y voluntario de las prestaciones) y no por la *sustantiva o intrínseca* (contenido del contrato). Así lo revelarían, de un lado, los vicios del consentimiento que tienen trascendencia anulatoria por la irregularidad procedimental que implican –siendo irrelevante que el contrato tenga un contenido injusto–. Y, de otro, la falta de equivalencia de las prestaciones que se reconduce a la lesión enorme, pues no suele considerarse por sí sola una causal de ineficacia contractual ni tiene cabida en todos los casos.

Las referidas regulaciones, en cambio, proponen que los principios de *autonomía privada y libertad contractual*, que fundan la regla de la *irrelevancia de la equivalencia de las prestaciones*, deben morigerarse por la *buena fe*, lo que justifica que no quede vinculado quien consciente en un contrato sustantivamente injusto, *forzado* por las circunstancias o *sin conciencia* del compromiso asumido. Dicho de otra forma, el derecho no solo debe preocuparse de tutelar el *desequilibrio procedimental* (explotación de la situación de debilidad), sino también *el sustantivo* (desproporción excesiva) en que existe una desigualdad negociadora que se traduce en un pacto de *contenido injusto*<sup>34</sup>.

## 2. LA FISONOMÍA DE LA VENTAJA INJUSTA: SUPUESTO DE HECHO Y CONSECUENCIAS

La fisonomía de la ventaja injusta puede presentarse prestando atención, en primer lugar, a su *supuesto de hecho* y, luego, a las *consecuencias* de su aplicación. En lo que refiere al

<sup>31</sup> BENAVENTE (2015) pp. 529-532.

<sup>32</sup> Un completo análisis de este precepto en BARCELÓ (2019) pp. 173-177.

<sup>33</sup> GÓMEZ (2018) pp. 19-22. Distinguiendo y precisando específicamente para este tópico la justicia sustantiva y la justicia procedimental BARCELÓ (2019) pp. 76-79.

<sup>34</sup> GÓMEZ (2018) pp. 19-33 y 215.

supuesto de hecho destinaremos la primera sección de este apartado a examinarlo y advertiremos que este tiene una particular configuración. Tratándose de sus consecuencias, advertiremos que ellas oscilan entre la *ineficacia del contrato* (nulidad relativa) y su *conservación* (adaptación), de modo que queda a elección del perjudicado, dependiendo de cuál sea su interés, aniquilar el contrato injusto o perseverar en él corrigiendo el desequilibrio injustificado propiciado por el otro contratante.

#### a. El supuesto de hecho

El supuesto de hecho de la ventaja injusta presenta dos características relevantes. La primera es que es *mixto*, pues está integrado por un *elemento objetivo* (el desequilibrio contractual) y un elemento doble *elemento subjetivo* (el aprovechamiento a sabiendas y la falta de libertad o la falta de conciencia). La segunda es una consecuencia de la primera y dice relación con la aproximación *relacional* que existe entre ambos elementos, pues dependen el uno del otro, dado que el desequilibrio es una consecuencia de la explotación de la debilidad del otro contratante<sup>35</sup>.

Es precisamente esta configuración la que la diferencia de la intimidación y del dolo incidental. No es la *intimidación* que ejerce una de las partes la que lleva a la otra a contratar, sino la *presión* que su estado de *debilidad o dependencia* ejerce en su perjuicio, a lo que se agrega que no existe un comportamiento humano intencional que la lleve a contratar, pero sí un aprovechamiento de las circunstancias para obtener un contrato excesivamente desfavorable. Tampoco equivale al *dolo incidental*, pues en la ventaja injusta, al igual que en aquél, se celebra un contrato distinto al que realmente se habría querido. Pero ello acontece porque ha existido una presión externa y un abuso de circunstancias del otro contratante y no como consecuencia de la voluntad decidida a engañar propia de dicho dolo<sup>36</sup>.

#### i. El doble elemento subjetivo: la vulnerabilidad del perjudicado y el aprovechamiento del beneficiado

Este primer elemento se advierte de las regulaciones que hemos examinado, con excepción del artículo 3.2.7 de los PICC, cuyo tenor parece excluir el elemento subjetivo que debe concurrir respecto del contratante perjudicado y del contratante beneficiado.

El perjudicado debe encontrarse en una situación de *vulnerabilidad o debilidad* que es *aprovechada* por el otro contratante que se beneficia de ella a sabiendas para obtener una ventaja injusta. Dicho de otra forma, se requiere de un *estado de inferioridad* de la víctima que permita al otro contratante *beneficiarse excesivamente* de esa circunstancia.

Esta constatación nos lleva a formularnos dos preguntas sobre cuyas respuestas estructuraremos este apartado. La primera es en qué casos un contratante se encuentra en una situación de vulnerabilidad o debilidad o, dicho de otra forma, cuáles son los *factores* que la determinan<sup>37</sup>. La segunda, es si efectivamente se requiere que el beneficiado *conozca* la situación en que se encuentra el perjudicado o solo *basta con que deba conocerla*.

<sup>35</sup> De allí que se indique que existe un nexo causal entre ellos (GINÉS (2016) p. 22 y GÓMEZ (2018) p. 161).

<sup>36</sup> YÁÑEZ (2019) pp. 68-72.

<sup>37</sup> Una exploración de estos factores en la contratación civil en general en LÓPEZ (2023) pp. 128-131.

En lo que refiere a la primera interrogante cabe precisar que la situación de inferioridad del perjudicado no se traduce necesariamente en *una debilidad o deficiencia económica*, sino que, como lo revelan las distintas regulaciones de la ventaja injusta, ella es más amplia y variada.

Así, Nuria Ginés y Fátima Yáñez distinguen como criterios o factores que la activan a) la relación de dependencia y/o de confianza previa entre las partes que genera una influencia indebida de la fuerte respecto de la débil<sup>38</sup>; b) situaciones de apremio, peligro o necesidad económica o de otro tipo; c) las deficiencias de carácter personal en la parte desventajada del contrato, más el aprovechamiento injusto del favorecido y el conocimiento de la debilidad de la otra parte<sup>39</sup>.

Bosch, en cambio, diferencia la conciencia de la víctima del perjuicio sufrido (dependencia, dificultad económica y necesidad apremiante) de aquellas situaciones en que ello no ocurre (deficiencias de carácter personal)<sup>40</sup>.

Barceló Compte, por su parte, distingue tres causas o motivos que evidencian una posición de fragilidad entre las partes: i) la relación previa de confianza o dependencia entre las partes, ii) el estado de necesidad económica o de otro tipo de la parte débil y iii) las deficiencias de carácter subjetivo de esta (imprevisión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación)<sup>41</sup>.

Estas aproximaciones son correctas si se considera que tanto los instrumentos de *soft law* como las codificaciones que la han recogido aluden a la *dependencia, relación de confianza* con la a otra parte, *aflicción económica* o *necesidades apremiantes* de la otra parte, o de su *falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación*.

Pero la sistematización más precisa, a nuestro juicio, porque es más general y omnicomprensiva, es la que presenta Gómez Calle<sup>42</sup> que vertebrada la debilidad del perjudicado sobre dos aristas: la falta de libertad y la falta de conciencia.

Y es que existen situaciones en que el afectado se ve obligado a tomar una decisión que de poder obrar libremente no tomaría (porque es consciente que le es lesiva o perjudicial) o porque hay otras circunstancias que provocan que la decisión no se tome conscientemente o con conocimiento de causa (de modo que no capta el perjuicio). Así, precisa que la *falta de libertad* encuentra explicación en una *situación de necesidad* propia o ajena de carácter económico (la transmisión o prestación de servicios por una prestación muy debajo de la normal o el pago de intereses leoninos por un préstamo) o de otra índole (urgencia en obtener un bien o servicio que solo puede conseguirse a través de un contrato abusivo o una sustancia o servicio de asistencia o transporte requeridos sin dilación para salvar la vida de una persona o salvarle de un peligro). Agrega que la ausencia de libertad también se advierte en una *relación de dependencia* o subordinación, que puede revestir un carácter económico, laboral o afectivo vinculándose con la influencia indebida.

<sup>38</sup> Sobre la influencia indebida INFANTE (2020).

<sup>39</sup> YÁÑEZ (2019b) pp. 511-519; y GINÉS (2016) pp. 23-29.

<sup>40</sup> BOSCH (2012) pp. 376 y ss.

<sup>41</sup> BARCELÓ (2019) pp. 109-118.

<sup>42</sup> GÓMEZ (2018) pp. 161-169.

La *falta de conciencia*, en cambio, puede deberse a *deficiencias personales* (inexperiencia, ignorancia, falta de previsión y/o habilidad de la parte negociadora) o a la *relación de confianza* entre las partes, pues la credulidad que la acompaña conduce a debilitar el normal recelo a la hora de contratar y al resguardo de los propios intereses, pues se cree que el otro los salvaguarda, incidiendo en la toma de decisión consciente.

El segundo componente del elemento subjetivo es el *aprovechamiento a sabiendas* de la vulnerabilidad del otro contratante. Y la interrogante que suscita es si la debilidad debe ser de conocimiento de la parte beneficiada o al menos ha debido conocerla, pues solo algunas regulaciones la contemplan. Es el caso de los artículos 4:109 de los PECL y 621-45 del Código Civil de Cataluña que exigen que la situación haya sido de conocimiento de la otra parte o haya debido conocerla; el artículo 527-9 de la PAPDC, en tanto, emplea la expresión “con conocimiento de causa”. Con todo, aunque no se mencione se ha entendido que este conocimiento efectivo o debido debe adscribirse al aprovechamiento, pues de lo contrario se introduciría una gran incertidumbre en el tráfico jurídico y se cometería la injusticia que se quiere evitar con la implementación de esta figura<sup>43</sup>.

Esta última precisión es fundamental, toda vez que no se puede permitir dejar sin efecto o simplemente modificar contratos desequilibrados en atención a consideraciones personales de uno de los contratantes cuando uno de ellos no tuviera conocimiento de la debilidad del otro ni del perjuicio que le ocasiona<sup>44</sup>. Y es que, en tal supuesto, no solo existiría aprovechamiento sino que se estaría tutelando un abuso de circunstancias de quien se dice perjudicado, desvaneciéndose la tutela frente a inequidades contractuales que justifica la existencia de la ventaja injusta. Tal abuso debe proscribirse y una forma adecuada de hacerlo es exigir la prueba de dicho aprovechamiento, la debilidad que justifica la procedencia de esta figura y el desequilibrio prestacional al que destinaremos las líneas que siguen.

### *ii. El elemento objetivo: el desequilibrio que hace injusto al contrato*

Este segundo elemento es una consecuencia del primero y tiene por propósito tutelar la *justicia sustantiva* en los contratos. Se trata del desequilibrio significativo entre las prestaciones recíprocas.

Su exigencia está contenida en la expresión “ventaja excesiva” (artículos 3.2.7 de los PICC, 1301 de la PME, 527-9 de la PAPDC y 37 de los PLDC), “ventaja injusta” (artículo 4:109 de los PECL), “ventaja manifiestamente excesiva” (artículo 1143 del *Code*), “ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada” (artículo 332 Código Civil y de Comercio argentino), “beneficio excesivo” (artículo 7:207 del DCFR) y “ventaja manifiestamente injusta” (621-45 del Código Civil de Cataluña), que pretenden graficar la asimetría prestacional significativa existente entre las prestaciones de los contratantes.

Se trata, como es evidente, de un *desequilibrio originario*, esto es, que debe concurrir al momento de la celebración del contrato, pues si este se verifica en una fase posterior nos encontraremos ante un problema de excesiva onerosidad sobreviniente o alteración sobrevinida de las circunstancias.

<sup>43</sup> Por todos GÓMEZ (2018) pp. 171-172.

<sup>44</sup> PALAZÓN (2016) p. 1327.

Y dicho desequilibrio se refiere a la desigualdad en las prestaciones *más allá del valor económico*, de modo que la ventaja puede derivar no solo del precio final sino de otras circunstancias, como, por ejemplo, de la forma de pago, de las causas de resolución del contrato, de la calidad de los bienes o de las posibilidades específicas de los contratantes en un contexto negocial determinado<sup>45</sup>. El valor económico como factor de desequilibrio exclusivo solo es considerado por el artículo 3.2.7 que alude a la “excesiva desproporción” y por aquellas regulaciones que emplean la expresión “beneficio excesivo” (7:207 del DCFR, 1301 de la PME, 527-9 de la PAPDC y 37 de los PLDC), contrastando con las que emplean el adjetivo calificativo “injusta” (4:109 del PECL, 621-45 del Código Civil de Cataluña), pues, como precisa Volpe<sup>46</sup>, pues esta última combina el desequilibrio económico con el desequilibrio jurídico, representando, por ejemplo, por la asimetría informativa entre las partes.

Como precisa Barceló la *injusticia sustantiva* que envuelve esta figura viene determinada por un desequilibrio entre las prestaciones de las partes de carácter económico (beneficio jurídico) o jurídico (ventaja injusta) que se traduce en la obtención de una ganancia desproporcionada de la parte beneficiada<sup>47</sup>.

El problema es que como la métrica del desequilibrio está expresada a través de los adjetivos calificativos “excesiva” (artículos 3.2.7 de los PICC, 7:207 del DCFR, 1301 de la PME, 527-9 de la PAPDC y 37 de los PLDC), “injusta” (artículo 4:109 de los PECL), “manifiestamente excesiva” (artículo 1143 del *Code*) y “evidentemente desproporcionada” (artículo 332 Código Civil y de Comercio argentino), no existe *una fórmula aritmética* precisa que permita ponderarlo (como ocurre en la lesión enorme), lo que exige determinar los factores a los que debe recurrirse para verificar su existencia.

A tal efecto, deben tomarse en consideración todas las circunstancias del caso, específicamente las condiciones que sean normales en el mercado para el tipo de contrato de que se trate, el valor objetivo de las prestaciones al tiempo de conclusión del contrato y el contrato en su conjunto, dado que una desproporción en el precio puede verse compensada por otras cláusulas del contrato o encontrar su justificación en la asunción de ciertos riesgos<sup>48</sup>. De allí que algunas regulaciones, como acontece con en los PICC, PLDC y PAPDC, incorporen la referencia a “la finalidad del contrato y su naturaleza” para determinar lo excesivo, desproporcionado o injustificado de la ventaja obtenida.

Y es que existen situaciones en que la ventaja excesiva es injusta, aun cuando el beneficiario *no haya abusado de la posición negociadora* más débil de la otra parte. Para ilustrar esta circunstancia los Comentaristas de los PICC citan dos ejemplos. El primero es la cláusula del contrato que establece un plazo demasiado breve para comunicar defectos en las mercaderías o en los servicios que podrá ser considerada excesiva para el vendedor o prestador de servicios dependiendo de la especie de mercadería que se trate. El segundo es la comisión cobrada por un agente comercial, establecida en razón de un porcentaje del precio de las mercaderías vendidas o servicios prestados, que podría justificarse por su

<sup>45</sup> BOSCH (2012) pp. 382-383; y BARCELÓ (2019) p. 99.

<sup>46</sup> VOLPE (2004) pp. 165-166; y BARCELÓ (2019) pp. 103 y 106.

<sup>47</sup> BARCELÓ (2019) p. 107.

<sup>48</sup> BARCELÓ (2019) pp. 175-176.

contribución sustancial para celebrar tales operaciones o porque el valor de las mercaderías o servicios no es muy alto, deviniendo en una ventaja excesiva para dicho agente si su participación en esas operaciones ha sido insignificante o si el valor de aquellos llega a ser extremadamente elevado<sup>49</sup>.

### 3. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA VENTAJA INJUSTA: ENTRE LA INEFICACIA Y LA CONSERVACIÓN DEL CONTRATO

Un examen de las regulaciones relativas a la ventaja injusta que hemos referido en las líneas que anteceden, revela que el contratante perjudicado puede optar entre demandar la nulidad del contrato, su rescisión o solicitar su adaptación, pudiendo agregarse la indemnización de daños si éstos se verifican<sup>50</sup>.

Todas las regulaciones que hemos referido contemplan la nulidad como forma de ineficacia con excepción del Código Civil de Cataluña cuyo artículo 621-45 alude a la rescisión. Esta dicotomía exige, de un lado, precisar la diferencia entre ambas formas de ineficacia y determinar si la rescisión es más conveniente que la nulidad y, de otro, establecer si tal nulidad es absoluta o relativa y cuál de ellas es más conveniente para el perjudicado.

En lo que refiere a la nulidad y a la rescisión ellas difieren en su *fundamento, efecto y tipo de ineficacia*. La nulidad encuentra su fundamento en algún vicio o defecto de los elementos esenciales del acto, en cambio la rescisión en un **agravio jurídico-económico**, destacándose el carácter principal de la primera y subsidiario de la segunda. De otro lado, la nulidad tiene un efecto *invalidatorio* y la rescisión es compatible con la subsistencia total o parcial del vínculo contractual o, en ocasiones, se traduce en una compensación de la lesión inferida. Finalmente, la nulidad es un tipo de *ineficacia estructural* que exige se pruebe el vicio del que adolece el negocio, a diferencia de la rescisión, que constituye una forma de ineficacia funcional en que debe probarse el perjuicio que el contrato ocasiona<sup>51</sup>.

Asentadas tales diferencias cabe preguntarse cuál de ellas es *más conveniente* para el perjudicado. Pues bien, dado que en la nulidad el contrato se considerará inválido desde el principio en virtud del efecto retroactivo de esta y en la rescisión ello no ocurre, parece más tuitivo inclinarse por la nulidad relativa, porque faculta al perjudicado a aniquilar el contrato desde su celebración borrando cualquier vestigio de este<sup>52</sup>.

Establecida su conveniencia cabe preguntarse de qué *especie* de nulidad se trata. Y la respuesta es que puede ser absoluta o relativa, dependiendo del cuerpo normativo que discipline la ventaja injusta en el caso concreto.

En efecto, la *nulidad relativa* resulta procedente en la mayoría de las regulaciones que hemos revisado, pues ellas conciben la ventaja injusta como un *vicio del consentimiento* que se

<sup>49</sup> UNIDROIT (2012) p. 118.

<sup>50</sup> Gómez distingue tres situaciones referentes al contrato: este es anulado (se indemniza el interés negativo), se mantiene por adaptación (se indemniza el daño que la adaptación no alcanza a absorber) o se conserva por confirmación o transcurso del plazo (se indemnizan los daños derivados del abuso de debilidad). GÓMEZ (2018) pp. 196 y 197.

<sup>51</sup> Sobre el régimen de la rescisión en Chile ALCALDE (2010) pp. 48-78 y más ampliamente WALKER (2019) pp. 208-450.

<sup>52</sup> Gómez (2018) p. 188.

configura en aquellos casos en que una de las partes se aprovecha injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra, de su falta de previsión o habilidad en la negociación, ignorancia o inexperiencia. Y en tal caso el contratante perjudicado la puede hacer valer unilateralmente notificando a la otra parte dentro de un plazo razonable<sup>53</sup>, salvo el caso de los PLDC cuyo artículo 41 contempla su declaración judicial.

Y es que existen al menos dos ordenamientos jurídicos en que procede la *nulidad absoluta*. Se trata de los parágrafos 138.2 del BGB y 879(2) 4 del ABGBG austríaco que la contemplan a propósito de los negocios jurídicos usureros y estiman que la explotación abusiva de la debilidad de una de las partes contraviene las buenas costumbres. En tales supuestos la operatividad de la nulidad será de pleno derecho y, a diferencia de la nulidad relativa, no podrá confirmarse por las partes.

La procedencia de la nulidad relativa y de la nulidad absoluta para el abuso de debilidad de uno de los contratantes ha llevado a la doctrina comparada a cuestionarse cuál de ellas otorga una tutela más robusta al perjudicado. De un lado, se ha sostenido que la *operatividad de pleno derecho* lo protege más adecuadamente porque lo libera de la carga de alegar la nulidad dentro de plazo, evitando que un contrato injusto se sanee por haber operado la prescripción de la acción. De otro, se ha estimado que es más conveniente la nulidad relativa, toda vez que permite dejar la *opción de anular o confirmar el contrato al perjudicado* de acuerdo a su interés, sugiriendo que éste puede liberarse de la carga de alegar la nulidad si se admite su operatividad extrajudicial y que esta solución permite promover el principio del *favor negotii*<sup>54</sup>.

Otro medio de tutela asociado a la ventaja injusta es la *adaptación del contrato* que, a diferencia de la nulidad y de la rescisión, permite conservar la relación contractual, pero ajustándola para erradicar dicha ventaja. Dicha adaptación tiene por objeto la mantención del contrato y procede en aquellos casos de ventaja injusta y error común o compartido, siempre que ella sea conveniente y aún posible, permitiéndole al contratante perjudicado satisfacer directamente su interés, ampliando el ámbito de procedencia del principio del *favor contractus* en esta sede<sup>55</sup>. Por consiguiente, al igual que la nulidad relativa, parece una consecuencia más adecuada que la nulidad absoluta, pero, a diferencia de aquella, garantiza la restauración del equilibrio prestacional socavado por la ventaja injusta.

Admitida la posibilidad de adaptar el contrato cabe preguntarse por la *legitimidad para solicitarla*. Un examen de las regulaciones a las que hemos aludido en el apartado anterior revela que puede otorgársele a una de las partes (la perjudicada) y se denomina *unilateral* o a ambas partes (beneficiada y perjudicada), caso en el cual será *bilateral*. En efecto, con excepción del caso de los artículos 1301 de la PME y 527-9 de la PAPDC tales regulaciones establecen que la adaptación no solo la puede solicitar la parte legitimada para alegar la nulidad, sino aquella que recibió la notificación de anulación, en la medida que lo co-

<sup>53</sup> Así lo establecen los artículos 3.2.11 de los PICC, 4:112 de los PECL, II.-7:209 del DFCR, 1305 de la PME y 527-13 de la PAPDC. A propósito de la operatividad extrajudicial de la nulidad relativa JEREZ (2011) pp. 151-245.

<sup>54</sup> Una visión panorámica de esta discusión en Gómez (2018) pp. 184-185.

<sup>55</sup> LÓPEZ (2018a) p. 153. Un detenido estudio comparado acerca de la adaptación del contrato en RAMOS (2022) pp. 353-382.

munique inmediatamente a la otra parte y esta última no haya actuado razonablemente en razón de dicha notificación. En tal caso, la parte legitimada para impetrar la nulidad *pierde este derecho* y cualquier notificación en tal sentido, realizada con anterioridad, quedará sin efecto, deviniendo la adaptación del contrato en un límite a la nulidad<sup>56</sup>.

Otra cuestión relevante que debe considerarse es la *cuantía* de la adaptación y su *ponderación*. Los preceptos que hemos venido comentando introducen diversos parámetros que el juez deberá tener en consideración para efectuar el ajuste de las prestaciones, exigiéndole atenerse a factores económicos o a la buena fe o considerar ambos elementos. En efecto, aluden a “criterios comerciales razonables de lealtad negocial” (art. 3.2.7(2) de los *PICC* y art. 37 (3) del Borrador de los *PLDC*), a la “base del precio generalmente practicado en el mercado (art. 527-9 de la *PAPDC*), a “lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual” (art. 4.109 (2) de los *PECL* y II.- 7: 207(2) del *DCFR*) y a las “exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico” (art. 1301 de la *PME*)<sup>57</sup>.

### III. LA VENTAJA INJUSTA EN EL DERECHO COMÚN DE LOS CONTRATOS CHILENO

Esta segunda parte del artículo se ocupa de examinar la eventual acogida de una figura como la ventaja injusta en el derecho común de los contratos. Con ese objeto procedemos en dos tiempos. En el primero de ellos damos cuenta de ciertos *aportes doctrinarios* que de una u otra manera favorecen esta acogida y, además de destacar su valor, apuntamos un par de cuestiones que quedan pendientes. En segundo lugar, nos hacemos cargo de alguna de estas cuestiones, cual es la posibilidad de acoger la ventaja injusta en los vicios del consentimiento, desafío que no ha sido asumido en la doctrina nacional, a diferencia de lo que ha acontecido en la extranjera<sup>58</sup>.

#### 1. ALGUNAS APROXIMACIONES DOCTRINALES

Para continuar con la tarea que hemos propuesto para esta segunda parte, y antes de abordar individualmente las situaciones consideradas por Gómez Calle, nos ha parecido útil revisar lo que ha señalado la doctrina nacional respecto a situaciones que podrían encajar al interior de la ventaja injusta. Podemos distinguir aproximaciones específicas de aquellas más generales.

##### *i. Las aproximaciones específicas son directas e indirectas.*

Las **directas** dan cuenta de la figura y su interrelación con la lesión enorme y con la nulidad como causal de ineficacia. La primera de ellas, realizada por uno de nosotros, coteja la ventaja injusta con la lesión enorme, destaca sus ventajas como institución morali-

<sup>56</sup> Un análisis de ambas modalidades en RAMOS (2022) pp. 353-382.

<sup>57</sup> RAMOS (2022) p. 142.

<sup>58</sup> Por todos GÓMEZ (2018) pp. 33, 207-212; y YAÑEZ (2019) pp. 65-70 han sugerido indagar la ventaja injusta desde los vicios del consentimiento, obteniendo algunos resultados interesantes. Lo propio ha hecho Infante (2022) pp. 162-180 a propósito del aprovechamiento indebido.

zadora del derecho contractual<sup>59</sup> y enuncia algunos supuestos en que la debilidad de una de las partes y el desequilibrio contractual serían evidentes<sup>60</sup>. La segunda, en tanto, efectuada por Daniela Jarufe examina la nulidad como efecto de la ventaja injusta en el derecho comparado, evidenciando la necesidad de incorporarla al derecho chileno<sup>61</sup>.

Las *indirectas* refieren, de un lado, a la moderna noción de la fuerza y específicamente a la fuerza económica y al abuso de la posición de debilidad de la contraparte desde una perspectiva doctrinaria y jurisprudencial y, de otro, a las buenas costumbres en el derecho privado. Tratándose de esta especie de fuerza Enrique Barros ha precisado que ella consiste en la amenaza de hacer valer ilícitamente una posición de poder para causar un daño patrimonial severo a la contraparte, quien, para evitarlo, consiente en el contrato, verificándose un aprovechamiento abusivo, reconducible a la fuerza, sugiriendo tutelarla con la nulidad relativa<sup>62</sup>. En lo que refiere a las *buenas costumbres* Adrian Schopf ha sostenido que el contenido de un contrato es contrario a ellas y que, por consiguiente, adolece de nulidad absoluta de conformidad al derecho chileno, si se verifica una situación de poder, un uso abusivo o aprovechamiento excesivo de dicha situación, así como la radical falta de equivalencia de las prestaciones de las partes contratantes<sup>63</sup>.

Los intentos *más generales* se refieren a la necesidad de tutelar a la parte débil en el derecho común.

El primero de esos intentos corresponde a Rodrigo Momberg<sup>64</sup> quien sugiere extrapolar el modelo de vinculación contractual recogido por el derecho de consumo al Código Civil para ampliar la protección del derecho privado a la parte débil *más allá del consumidor*. A tal efecto señala que la incorporación de figuras o instituciones destinadas a proteger a la parte débil en codificaciones modernas y especialmente en instrumentos de armonización del derecho contractual demuestra que es posible integrar normas protectoras y mantener los principios de la autonomía y la libertad contractual, propiciando un modelo de integración del derecho de consumo al derecho común que permite que este último no se quede anquilosado y responda de mejor manera a la realidad negocial actual.

A su juicio, establecer un *principio de protección de la parte débil* en el Código Civil o consagrar las *instituciones básicas* que cumplen dicho fin puede ser una estrategia exitosa evitando las distorsiones o injusticias derivadas de un concepto restringido de consumidor o de una aplicación restringida de la Ley 19.496 (LPC)<sup>65</sup>.

Un segundo intento es el que realiza Renzo Munita<sup>66</sup> quien acomete una tarea similar pero justifica la tutela del contratante débil a partir de una moderna lectura de la *confianza legítima y del equilibrio contractual* bajo una corporeidad diversa a la buena fe como inspiradoras del principio del *favor debilis*. Así, propone acoger este último principio a par-

<sup>59</sup> LÓPEZ (2015) pp. 716-720.

<sup>60</sup> LÓPEZ (2021) pp. 568-574.

<sup>61</sup> JARUFE (2022).

<sup>62</sup> BARROS (2017) pp. 294-309.

<sup>63</sup> SCHOPF (2017) pp. 561-564.

<sup>64</sup> MOMBERG (2015) pp. 747-751.

<sup>65</sup> MOMBERG (2015) p. 753.

<sup>66</sup> MUNITA (2021) pp. 174-190.

tir de diversos artículos contenidos en el Código Civil a propósito de la carga de la prueba, de las obligaciones alternativas y facultativas, de la proscripción de la solidaridad sin fuente, del pago, de la imputación del pago, de las presunciones de pago, de la remisión tácita, de la pérdida de la cosa que se debe, de la interpretación de cláusulas ambiguas, de los riesgos, de la obligación de entregar, de la cláusula de no transferir el dominio, del pacto comisorio calificado y del pacto de retroventa en la compraventa, de la delegación y derecho legal de retención en el mandato y del derecho del deudor prendario de reemplazar la prenda y de retener la cosa prendada. De otro lado, sugiere que la *equidad contractual* permite sostener que el contrato solo obliga cuando es justo y no reviste este carácter cuando el incumplidor está de buena fe (imprevisión), si es legítima la confianza del acreedor en la ejecución de la obligación (deber de seguridad) o en el evento que el vínculo contractual sea equilibrado.

Finalmente, Sebastián Campos aborda el ámbito subjetivo de aplicación del control de contenido de cláusulas no negociadas más allá de los consumidores, examinando el panorama europeo y proponiendo su admisibilidad a partir de la constatación que ellas contravendrían las exigencias de la *buena fe* y, por tanto, el orden público y las buenas costumbres y adolecerían, por consiguiente, de objeto ilícito<sup>67</sup>. En tal sentido sostiene que la utilización e incorporación de cláusulas cuyo contenido normativo no sea mínimamente equilibrado, esto es, se distancie de tal forma del derecho dispositivo que ponga en riesgo la satisfacción de las expectativas típicas del adherente, vulnerará el orden público y las buenas costumbres y activaría las hipótesis de los artículos 1462 y 1465 del Código Civil. El primero porque existiría contravención al derecho público chileno, sin precisar por qué ello ocurriría. El segundo, dado que dicho artículo proscribía las cláusulas de exoneración de responsabilidad contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

Con todo, el autor admite que los supuestos contemplados en dichos artículos no son suficientemente amplios para estructurar un control de contenido de *vocación general*, pero insiste en él invocando la doctrina de Claro Solar y Somarriva que justifican la procedencia de la nulidad absoluta en todo contenido dispositivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, fincando su planteamiento en la imperatividad del ordenamiento jurídico y en el respeto de los límites inmanentes de la autonomía privada<sup>68</sup>.

Se trata, en nuestra opinión, de aportes valiosos. Nos interesa, sin embargo, destacar un par de cuestiones que, creemos, quedan pendientes.

La primera de ellas es que, en general, tales propuestas requieren mayor desarrollo. Así, por ejemplo, Momberg no explicita cómo operativizar el principio de tutela de la parte más débil en el Código Civil sino que únicamente plantea el desafío. Por su parte, Munita sugiere que ciertas normas protegerían al deudor: el problema es que “deudor” y “parte débil” no son, necesariamente, conceptos coextensivos, por lo tanto, aun cuando se pruebe que, en ciertas ocasiones, el Código protege especialmente al deudor, no necesariamente se ha acreditado que en esas ocasiones proteja a la parte más débil de la relación<sup>69</sup>. Tratándose de Campos, resulta sugerente apuntar hacia el orden público y las buenas costumbres como

<sup>67</sup> CAMPOS (2022) pp. 137-164.

<sup>68</sup> CAMPOS (2022) p. 157.

<sup>69</sup> DE LA MAZA (2023). En igual sentido LÓPEZ (2023) pp. 126 y 129.

expedientes que permitirían reconducir la tutela por cláusulas abusivas a nulidad por objeto ilícito de los artículos 1462 y 1465 del Código Civil. Lo cierto es que esta procedencia amplia de la nulidad absoluta por objeto ilícito ha sido criticada por doctrina autorizada que sostiene que ante la dificultad que implica precisar la licitud del objeto es preferible asumir que la regla general es que lo sea, salvo aquellos casos en que la ley expresamente lo ha declarado como ilícito<sup>70</sup>.

La segunda cuestión es que si acogiéramos la idea de que la ventaja injusta puede reconducirse al *objeto ilícito*, a la vulneración de la *buena fe* o al *abuso del derecho* en sede precontractual, las consecuencias derivadas de ella serían, en el primer y en el segundo caso, la nulidad absoluta y, en el tercero, la indemnización de daños, apartándose de los efectos propios de la ventaja injusta, cuales son la adaptación del contrato y la nulidad relativa que, como hemos referido precedentemente, resultan más adecuados, toda vez que favorecen la preservación del contrato.

La tercera cuestión es que si de lo que se trata es considerar la acogida de la ventaja injusta se advierte un dispositivo hasta ahora inexplorado entre nosotros: los *vicios del consentimiento*. En otras palabras, creemos que para considerar si dicha figura puede ser acogida en el ámbito nacional, también es necesario prestarles atención, cuestión a la que destinamos nuestros esfuerzos en el apartado siguiente.

## 2. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO COMO DISPOSITIVOS DE INCARDINACIÓN DE LA VENTAJA INJUSTA

En esta sección nos interesa considerar si los vicios del consentimiento son dispositivos que permitan acoger la figura de la ventaja injusta y en qué medida servirían a tal propósito. La forma en que procedemos es la siguiente. En primer lugar, formulamos algunas consideraciones generales en torno a los vicios del consentimiento. En segundo lugar, referimos algunas situaciones que se han presentado como supuestos de ventaja injusta y luego ofrecemos una sistematización de ellas. En tercer lugar, examinaremos dichos supuestos con cargo a la disciplina del error, el dolo y la fuerza.

La primera cuestión general respecto a los vicios del consentimiento es que, como se ha planteado por alguna doctrina, sirven a *múltiples intereses*<sup>71</sup>. Desde luego a la tutela de la *autonomía privada*, pero también a otros como la *seguridad jurídica*<sup>72</sup> y lo que podría denominarse la *autorresponsabilidad*<sup>73</sup>. Sin embargo, al menos en su diseño actual, los vicios del consentimiento no prestan atención falta de equivalencia de las prestaciones en sí misma, sino que, en el mejor de los casos, como un indicador de la presencia del vicio.

La segunda cuestión es que la disciplina de los vicios resulta más bien desaprensiva de las condiciones materiales de las personas y, en la medida en que sean jurídicamente capaces tiende al menos a tratarlas como *iguales*.

<sup>70</sup> Por todos CORRAL (2018) p. 574.

<sup>71</sup> DE LA MAZA (2010c) pp. 248-252.

<sup>72</sup> Por todos, Corral (2018) p. 544 y DOMÍNGUEZ (2020) p. 104.

<sup>73</sup> Sobre este principio CARIOTA (1956) p. 53 y PIETROBON (1971) pp. 268-269.

La conclusión que debería extraerse al unir estas dos cuestiones generales es que la utilidad de los vicios del consentimiento para acoger las situaciones que procuran resolverse a través de la ventaja injusta es *baja*. De allí que se sostenga que en los supuestos de ventaja injusta no tengan por qué concurrir los presupuestos de tales vicios: no tiene que existir una falsa representación de la realidad de la parte vulnerable ni mediar maquinaciones fraudulentas, violencia o amenazas antijurídicas de la parte beneficiada o de un tercero<sup>74</sup>.

Se trata de una opinión correcta y eso, muy probablemente, explica que allí donde se ha aceptado la ventaja injusta no se ha hecho de la mano de los tradicionales vicios del consentimiento (error, dolo, fuerza), sino que se le ha adicionado como una causal de nulidad diversa.

Pero dicha utilidad *no es inexistente*. Esto permite incardinar algunas de las situaciones de ventaja injusta apuntadas por Gómez Calle que hemos referido precedentemente.

Comenzamos esta tarea advirtiendo que asumimos que, en todas las situaciones que consideramos a continuación, se cumplen con los requisitos para configurar el supuesto de hecho de la ventaja injusta.

En segundo lugar, nos referimos a los supuestos de situaciones de ventaja injusta. Gómez Calle ha precisado, con acierto, que existen al menos *seis supuestos* en que dicha ventaja permitiría tutelar a la parte débil de un contrato. Tales son la venta un bien mueble a un bajísimo precio por su imperiosa necesidad de dinero (i) o la compra a un altísimo precio en que el vendedor se aprovecha de la inexperiencia o ignorancia del comprador o de la confianza que éste tiene depositada en él (ii), la contratación de un servicio a un precio muy superior al normal por una necesidad urgente derivada de quien lo suministra (iii), las donaciones desproporcionadas hechas por quien se encuentra en una situación de dependencia emocional o afectiva respecto del donatario (iv), el aprovechamiento de la inferioridad económica o cultural en pactos prematrimoniales en que una de las partes le impone a la otra la renuncia de derechos que le correspondían a la disolución del matrimonio (v), la constitución de gravosas garantías para asegurar deudas familiares o las deudas de un empleador que se beneficia de su ascendente sobre el garante (vi)<sup>75</sup>.

Y es que, como ha quedado dicho, la figura no se construye exclusivamente a la *lesión enorme*, pues ella no solo alude al desequilibrio prestacional, sino que la amplitud de su redacción permite identificar otras figuras que comprenden diversos supuestos de desequilibrio sustantivo (*desproporción excesiva que contraviene la justicia sustantiva que debe imperar en todo contrato*) y procedimental (*explotación de situación de debilidad que obstaculiza el intercambio libre y voluntario*)<sup>76</sup>, que hasta ahora no se han explorado en nuestra doctrina con la suficiente detención, en circunstancias que redundan en la tutela de la parte débil y en la necesidad de dibujar un estatuto general que le sea aplicable.

Según lo ofrecido, sistematizaremos los supuestos de Gómez Calle en tres grupos que nos permite aproximarnos más claramente a ellos sin repetir el análisis en todos aque-

<sup>74</sup> GÓMEZ (2018) pp. 207-208.

<sup>75</sup> Supuestos todos ellos reconocidos en GÓMEZ (2018) p. 30.

<sup>76</sup> Dado que hay hipótesis en que el desequilibrio significativo no presupone abuso de debilidad ajena, cuales son la lesión en su vertiente objetiva, las cláusulas abusivas en sede de consumo y las cláusulas abusivas en sede civil. Véase GÓMEZ (2018) pp. 33-43).

llos que integran una misma categoría. El primero de ellos corresponde a una *apremiante necesidad de contratar* (así, la venta por imperiosa necesidad de dinero y la contratación de un servicio por una necesidad urgente). El segundo es una *cierta ignorancia* (así la compra con inexperiencia, confianza o ignorancia y el aprovechamiento de inferioridad cultural en los pactos prematrimoniales). En fin, el tercero corresponde a lo que podría denominarse *dependencia emocional* (de esta manera las donaciones desproporcionadas y la constitución de garantías).

A continuación, presentamos esta sistematización a la luz de los vicios del consentimiento, es decir, del error, del dolo y de la fuerza, pues ese es nuestro propósito. No nos detendremos en cada supuesto específico, toda vez que esta perspectiva de análisis nos impediría abordarlos en una misma categoría e intentar arribar a una tutela general para este grupo de casos.

En efecto, hay uno que pueden abordarse a partir del objeto ilícito, cual es el caso de los pactos prematrimoniales en que una de las partes le impone a la otra la renuncia de derechos que le correspondían a la disolución del matrimonio, pues contraviene el artículo 1717 del Código Civil en aquella parte que establece que las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las leyes. Otro que pueden reconducirse a la acción de inoficiosa donación prevista en el artículo 1187 y activar la rescisión establecida en el artículo 1425, como acontece con las donaciones desproporcionadas que afectan a un legitimario. Y dos que encajan en la lesión enorme: la venta de un inmueble a un bajísimo precio y la compra de este a un altísimo precio.

Pero en los que restan no existiría un dispositivo a través del cual pueda tutelarse el desequilibrio. Así acontece en la desproporción significativa en la compra y venta de un bien mueble, en la contratación de un servicio a un precio muy superior al normal por una necesidad urgente derivada de quien lo suministra, en las donaciones desproporcionadas hechas por quien se encuentra en una situación de dependencia emocional o afectiva respecto del donatario en que no proceda la acción de inoficiosa donación y en la constitución de gravosas garantías para asegurar deudas familiares o deudas de un empleador que se beneficia de su ascendente sobre el garante.

Para alcanzar dicho propósito procederemos de la siguiente manera. En primer lugar, indicamos en qué consiste cada vicio y luego como operan respecto de los grupos recién señalados, esto es, de la necesidad apremiante de contratar, de la ignorancia y de la dependencia emocional.

#### *a. El error*

Entendemos por error la ignorancia acerca de determinados aspectos de la realidad que el Derecho considera suficientes para entender el consentimiento viciado. Dos requisitos son los que determinan esta consecuencia. El primero de ellos es que se el supuesto de ignorancia *encaje* en la descripción de los artículos 1453 a 1455 del Código Civil, esto es, del error obstáculo, del error sustancial, del error accidental y del error en la persona y, en segundo lugar, que sea *excusable*<sup>77</sup>.

<sup>77</sup> Sobre la excusabilidad del error DE LA MAZA (2017a) pp. 169-175.

El primer grupo corresponde a la *necesidad apremiante* y, en nuestra opinión, el error no tendría utilidad respecto de él. La razón es la siguiente: lo definitorio de este grupo es tal necesidad apremiante, no la ignorancia de ciertos aspectos de la realidad. La voluntad de quien contrató no se encuentra constreñida por la falta de información relevante, sino que por una necesidad que debe satisfacerse impostergablemente.

El segundo grupo –*la dependencia emocional*– presenta la misma limitación que el primero respecto de la disciplina del error, no es un problema de ignorancia: por lo mismo, se encuentra más allá del campo de aplicación del error.

El tercer grupo –*la ignorancia*– se acomoda, en principio al menos, a la fisonomía del error y, por lo mismo, parece conveniente prestarle mayor atención. Para hacerlo, resulta conveniente recordar que no cualquier supuesto de ignorancia configura un error con trascendencia anulatoria, sino que se trata únicamente de aquellos supuestos considerados entre los artículos 1453 a 1455.

Lo siguiente que debe tenerse presente, es que en el grupo de la ignorancia hemos reunido *la falta de experiencia y la confianza* en la medida en que la falta de experiencia o el exceso de confianza es lo que lleva al error. Resulta importante, entonces, atender al requisito de la *excusabilidad del error*. La razón es la siguiente: una parte importante de la doctrina ha entendido que esta es un requisito relativo a la *diligencia* que debe emplearse en los propios negocios.<sup>78</sup> Si se considera la excusabilidad en esos términos, la falta de experiencia y la confianza excesiva parecen encontrar fácil acomodo como ejemplos de inexcusabilidad. Sin embargo, esa no es la única manera de considerar la excusabilidad. Domínguez Águila ha defendido un enfoque más relacional, considerándola como un dispositivo para *distribuir el riesgo de la información defectuosa* que pondera comparativamente la conducta de las partes<sup>79</sup>. Miradas así las cosas, la falta de experiencia o la confianza excesiva no necesariamente determinan la inexcusabilidad del error, sin embargo, exigen preguntarse si la otra parte debía proteger a quien padecía de inexperiencia o había confiado excesivamente. Se trata de una cuestión sobre la que volveremos a propósito del dolo.

### b. El dolo

Claro Solar define al dolo vicio del consentimiento como “toda especie de maniobras reprobadas por la buena fe, que una persona emplea para hacer que otra persona incurra en un error que la determina a contratar”<sup>80</sup>. En consecuencia, para que el dolo vicie el consentimiento ha de ser que la *conducta* (una acción u omisión) sea fraudulenta y que *induzca a la otra parte*, ya sea a determinados términos del contrato (dolo incidental<sup>81</sup>) o a la decisión de contratar (dolo principal<sup>82</sup>).

<sup>78</sup> CLARO (2015) p. 141 y LEÓN (1979) p. 166 .

<sup>79</sup> DOMÍNGUEZ (2020) pp. 134- 138 y DE LA MAZA (2017b) pp. 489-520.

<sup>80</sup> CLARO (2015) p. 199. En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ (2020) p. 153.

<sup>81</sup> Definido por Alcalde y Boetsch como “el que no determina a una persona a celebrar el acto jurídico, pero sí a concluirlo en distintas condiciones de aquellas en las que lo habría concluido, generalmente menos onerosas, si no se hubiera empleado el procedimiento torcido” (ALCALDE y BOETSCH (2021) p. 144).

<sup>82</sup> Que es el que vicia el consentimiento si, además, emanad de una de las partes, de conformidad al artículo 1458 del Código Civil.

Respecto del primer grupo de casos, esto es, la *necesidad apremiante de contratar*, si se asume que el dolo es una inducción al error, la única posibilidad sería que tal necesidad fuera un error al que indujo el otro contratante.<sup>83</sup> Si no es así, lo que habría que calificar como doloso sería el *aprovechamiento* de la necesidad apremiante. Sin embargo, tratándose de la ventaja injusta, según ya ha quedado dicho, la discusión acerca del aprovechamiento enseña que por éste se entiende el simple conocimiento de la situación de necesidad apremiante. Como resulta evidente, ese conocimiento no puede estimarse como una maquinación. Queda, entonces, la cuestión del *dolo por omisión*, pero, en ese caso, la omisión consiste en no informar<sup>84</sup>, de manera que tampoco procedería. En nuestra opinión, entonces, salvo que se induzca a error sobre la existencia de la necesidad apremiante, no resulta posible acudir a la disciplina del dolo.

No obstante lo anterior, nos interesa aprovechar el tratamiento del dolo para considerar una idea que ha presentado Bigwood<sup>85</sup> en el derecho inglés y Barceló Compte<sup>86</sup> en el ámbito español. Ambos sugieren que la situación que exponemos puede caracterizarse como una vulneración de una *norma de la comunidad (legal neighbourhood)*, lo que implica que las partes, en cualquier negociación, deban considerar los intereses de la otra —aproximándonos a la idea de *altruismo moderado* en el derecho de contratos<sup>87</sup>—, pudiendo configurarse *deberes de colaboración* derivados de las exigencias de conducirse de buena fe durante la negociación del contrato. Tal constatación podría llevar a plantear que en la ventaja injusta podría existir una contravención de la buena fe precontractual y así justificar, al menos la procedencia de la indemnización de los daños que la explotación causara al otro contratante<sup>88</sup>.

En lo que concierne al grupo relativo a la *dependencia emocional*, esta no ha sido creada por uno de los contratantes para lograr la voluntad de otro, en cuyo caso podría configurar un supuesto de dolo vicio del consentimiento, siempre y cuando se aceptara una noción de dolo *más amplia* de la que parece aceptarse en Chile. En este sentido Federico de Castro sugirió que el alcance de la expresión no se limita a la provocación del engaño, sino que alcanza a otras maniobras ilícitas destinadas a *capturar la voluntad negocial*.<sup>89</sup> Pero, si el caso es que la dependencia no se ha creado con ese fin, al igual que sucedía en el caso anterior, no existe una maquinación fraudulenta. Sin embargo, respecto del dolo por omisión las cosas pueden cambiar. Según se ha dicho, existe *dolo por omisión* cuando, deliberadamente, con la intención, de que se manifieste una voluntad negocial, se omite la entrega de información que la ley o el principio general de la buena fe exigen suministrar.<sup>90</sup> Pues bien, uno de los criterios que se emplea para justificar deberes de información precontractual de-

<sup>83</sup> Se trata de un error en los motivos, pero, en este caso —el de dolo— las limitaciones que la disciplina del error vicio impone al error en los motivos no se aplica.

<sup>84</sup> LEÓN (1979) p. 205 y ALCALDE y BOETSCH (2021) pp. 136 y ss.

<sup>85</sup> BIGWOOD (2005) pp. 85-86.

<sup>86</sup> BARCELO (2019) pp. 122-123

<sup>87</sup> Sobre el altruismo en el derecho de contratos PEREIRA (2022) pp. 1-30.

<sup>88</sup> BARCELÓ (2019) pp. 124-127.

<sup>89</sup> DE CASTRO (1985) p. 149.

<sup>90</sup> DOMÍNGUEZ (2020) p. 152.

rivados de la buena fe es la existencia de una *relación de confianza*<sup>91</sup>. Si se asume que la dependencia emocional se da en una relación en la que existe una relación de confianza entre las partes, entonces habrá que preguntarse si aquella que se beneficia del desequilibrio debía informárselo a la otra. Nuestra respuesta es, al menos en general, sí. En la medida en que exista la confianza, existe una *expectativa legítima* de que la otra parte comunique el contrato que se está celebrando es ruinoso para quien lo padece y extremadamente beneficioso para la parte que calla.

Esta última idea se enlaza con el tercer grupo de casos que refiere a la *ignorancia*. Una vez más, convendrá distinguir entre dolo por acción y por omisión. Si la ignorancia fue provocada por quien se va a beneficiar de la ventaja injusta, entonces la situación encaja perfectamente con la definición de dolo aceptada en Chile. Si, en cambio se trata de dolo por omisión, la pregunta es si existía un deber de informar que se infringió deliberadamente. La respuesta a esta pregunta puede resultar más o menos *compleja* según si es que el deber de informar se encuentra tipificado o en la ley o, en cambio, hay que extraerlo de las exigencias que impone a las partes el principio general de buena fe mientras negocian un contrato<sup>92</sup>. Si se trata un deber legal, por ejemplo de aquellos de la LPC<sup>93</sup>, entonces la solución es sencilla, pero, si deriva de las exigencias de la buena fe, entonces, resulta necesario mostrar que la buena fe, en ese caso particular, imponía tal deber.

### c. La fuerza

La fuerza puede definirse como “el constreñimiento ejercido sobre la voluntad del que hace la declaración, y que resulta de la amenaza de un mal considerable y grave”<sup>94</sup>. Tal *constreñimiento* corresponde a una *amenaza* (lo que frecuentemente se denomina “fuerza moral”, una cierta presión ejercida sobre la persona para conseguir su declaración de voluntad; dicha presión corresponde a la amenaza de un mal futuro). No hay fuerza, como lo apunta Claro Solar, en cuanto vicio del consentimiento, cuando la presión física reduce a la víctima a un estado enteramente pasivo<sup>95</sup>. Como se sabe, de conformidad al artículo 1456 del Código Civil, para que ella vicie el consentimiento debe ser capaz de *producir una fuerte impresión* en una persona en términos de determinarla a contratar y ejercerse con esa intención. Debe, además, ser *injusta* y esto determina que, como ha sugerido Castro, que

“los jueces tienen así que realizar la delicada tarea de distinguir entre: las presiones usuales en la vida de los negocios, que como tales se estiman permitidas, de aquellas otras claramente reprobadas”<sup>96</sup>.

Por lo que toca a la *necesidad apremiante de contratar*, parece evidente que si ella se explica por la amenaza que la otra parte o un tercero ha formulado a quien manifiesta su

<sup>91</sup> Sobre este tópico DE LA MAZA (2010a) pp. 300-302.

<sup>92</sup> Un detallado estudio de tales deberes típicos y atípicos en DE LA MAZA (2010a) pp. 67-347.

<sup>93</sup> A propósito de tales deberes DE LA MAZA (2010b) pp. 21-52.

<sup>94</sup> CLARO (2015) p. 174.

<sup>95</sup> CLARO (2015) p. 174.

<sup>96</sup> DE CASTRO (1985) p. 145.

voluntad con la intención de inducirlo a contratar, existirá un supuesto de fuerza como vicio del consentimiento ¿Qué sucede, sin embargo, si la presión no proviene de la amenaza de personas? A propósito del origen de la fuerza, se ha planteado en Chile la cuestión del *estado de necesidad*. Habrá que comenzar notando que, en materia penal, opera como una cláusula de exclusión de punibilidad y que, en el ámbito nacional se ha estimado, debe operar como una causa de justificación respecto de la responsabilidad civil<sup>97</sup>. Por otra parte, en el derecho francés, aun antes de la modificación de 2016 –y con el mismo tono del artículo 1457, es decir, la aparente exigencia de que la fuerza haya sido empleada por otra persona– se había fallado que el estado de necesidad recibía su adecuado encaje en la disciplina de la *fuerza*<sup>98</sup>. En el ámbito nacional, recuerda Domínguez, esa solución fue defendida por Ducchi y señala que el tenor de dicho artículo no impide aplicar la disciplina de la fuerza a este tipo de casos pues

“(…) la regla no hace referencia a que sea requisito de la fuerza que provenga solo de un acto humano. Lo que ella trata es de separar la fuerza del dolo en cuanto a que no se pide en ella que provenga de la contraparte”<sup>99</sup>.

Se trata, sin duda, de un argumento ingenioso, sin embargo, podría resultar algo desaprensivo con la historia de la regla que instancia el precepto pues, como ha notado De Castro respecto del Código Civil español, en el derecho romano “no se consideraba impugnabile el contrato celebrado en estado de peligro o de necesidad aunque éste suponga una situación de grave temor”<sup>100</sup>.

Por otra parte, aun si se acepta la asimilación, debe hacerse con cuidado, pues como previenen Flour, Aubert y Savaux:

“la asimilación del estado de necesidad a la violencia debe considerarse la regla general, pero solo si el otro contratante se aprovechó de esas circunstancias para pactar condiciones abusivamente favorables a él”<sup>101</sup>.

Domínguez aconseja otra cautela, en los siguientes términos:

“la aceptación de la presión de circunstancias económicas como situación asimilable a la fuerza no puede hacerse sino con precaución puesto que (...) no se puede impedir a los débiles que contraten con los fuertes”<sup>102</sup>.

<sup>97</sup> BARROS (2020) pp. 145-146 y recientemente CÉSPEDES, ESCOBAR y MENDOZA (2022) pp. 45-78.

<sup>98</sup> FLOUR, AUBERT y SAVAUX (2014) p. 229. Una aproximación similar en nuestra dogmática se aprecia en TORCORNAL (1981) p. 146 y PRADO (2020) pp. 635-652.

<sup>99</sup> DOMÍNGUEZ (2020) pp. 177-178.

<sup>100</sup> DE CASTRO (1985) p. 142

<sup>101</sup> FLOUR, AUBERT y SAVAUX (2014) p. 244.

<sup>102</sup> DOMÍNGUEZ (2020) pp. 179-180.

En lo que concierne al segundo grupo de casos, esto es, a la *dependencia emocional*, ella parece lejana a la amenaza de un mal grave, sin embargo, podría asumirse que el mal que se percibe como grave consiste en desagradar a la persona respecto en quien se confía. El problema con esa maniobra es que, aun cuando resulte plausible considerar eso como un mal grave, al hacerlo lleva en dirección al *temor reverencial*, siempre que se trate de una persona a quien se debe sumisión y respeto, y habrá que advertir que el legislador ha estimado que, con independencia de la impresión que produzca en quien declara la voluntad, el temor reverencial *no vicia el consentimiento*. Así lo dispone el inciso final del artículo 1456 en los siguientes términos:

“El temor reverencial, esto es el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no basta para viciar el consentimiento”.

Como puede verse, por intenso que sea dicho temor, no basta para viciar el consentimiento, circunstancia que refuerza el componente objetivo del vicio.

Aun respecto del temor reverencial, Domínguez ha señalado que su exclusión determinaría la improcedencia de la influencia indebida en el ámbito nacional<sup>103</sup>.

En fin, en lo que respecta al tercer grupo, cual es, *la ignorancia*, claramente se encuentra más allá del alcance de la fuerza como vicio del consentimiento.

#### IV. CONCLUSIONES

La falta de regulación de la ventaja injusta en nuestro derecho ha determinado que diversos autores nacionales hayan realizado valiosos esfuerzos para intentar encajarla a partir de ciertos dispositivos con el propósito de alcanzar la justicia contractual que ella prodiga.

A nuestro juicio, tales propuestas adolecen de falta de justificación normativa o esta resulta un tanto rebuscada, prescindiendo del recurso a los vicios del consentimiento que, como hemos pretendido demostrar en las líneas que anteceden, permiten que algunos supuestos de ventaja injusta que se han identificado en el derecho comparado sean tutelados por esta vía.

Podría pensarse que el examen de los vicios del consentimiento que hemos efectuado muestra una capacidad más bien limitada para contener la ventaja injusta respecto de su supuesto de hecho y de sus consecuencias en relación a las otras propuestas de las que disintimos.

En efecto, tratándose del *error*, y de conformidad al inciso final del artículo 1682 del Código Civil, la consecuencia es la *nulidad relativa*, salvo tratándose del error obstáculo, pues se ha discutido si procede la nulidad absoluta e, incluso, la inexistencia<sup>104</sup>. Por otra parte, se ha postulado que la indemnización no solo procedería tratándose del error en la persona como lo indica el artículo 1455 del Código Civil, sino que también respecto de

<sup>103</sup> DOMÍNGUEZ (2020) p. 171.

<sup>104</sup> Una visión panorámica de esta discusión en ALCALDE y BOETSCH (2021) p. 102.

otros errores a partir del aforismo *ubi edem ratio ibi ius* y que su fundamento se encuentra en el daño ocasionado por la nulidad<sup>105</sup>.

En lo que respecta al *dolo* vicio y a la *fuerza* moral grave, injusta y determinante sus consecuencias son idénticas, toda vez que también procede la nulidad relativa, así como la indemnización de perjuicios, dado que como lo ha referido la doctrina más autorizada ella siempre está disponible si la reparación del daño causado no queda satisfecha con la sola declaración de la nulidad y la consiguiente restitución<sup>106</sup>.

Puestas las cosas de esta manera, la disciplina de los vicios del consentimiento permitiría acoger uno de los remedios previstos para la ventaja injusta en algunas regulaciones, cual es la nulidad relativa, mas no aquel relativo a la adaptación del contrato. Pero lo cierto es que las propuestas que abogan por reconducir las hipótesis en que ella tiene lugar al objeto ilícito o a la infracción de la buena fe precontractual activando, respectivamente, la nulidad absoluta o la sola indemnización de daños, tampoco alcanzan la referida adaptación.

Nuestra propuesta se asemeja a aquellas en lo que refiere a los efectos, pero parece más robusta y concreta en cuanto a la argumentación, dado que se apoya en un dispositivo expresamente regulado en nuestro Código al que los tribunales pueden recurrir para tutelar al contratante débil que se encuentre en dicho supuesto. Ciertamente no comprende todas las hipótesis que hemos referido de ventaja injusta, pero nos permite constatar que algunas de ellas pueden tutelarse por esta vía, hasta ahora inexplorada. Y esta nos parece una buena noticia mientras nuestro legislador no se anime a disciplinarla.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALDE, Enrique y BOETSCH, Cristián (2021): *Teoría general del contrato. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALCALDE, Jaime (2010): “La rescisión en el Código Civil chileno”, en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing): pp. 48-78.
- ATIYAH, P.S. (1985): “*Contract and fair exchange*”, *The University of Toronto Law Journal*, vol. 35, N° 1:1-24.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2012): *La nulidad de os actos jurídicos* (Bogotá , Grupo Editorial Ibáñez)
- BARCELÓ COMPTE, Rosa (2019): *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato* (Madrid, Marcial Pons).
- BARROS, Enrique (2017): “Fuerza económica y abuso de posición de debilidad de la contraparte en el desarrollo jurisprudencial y doctrinario del derecho de contratos”, en CORRAL, Hernán y MANTEROLA, Pablo (edits.), *Estudios de Derecho Civil XII* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 289-310
- BARROS, Enrique (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

<sup>105</sup> LEÓN (1991) p. 142, MARTINIC y REVECO (2005) pp. 294-295 y LÓPEZ (2018b) p. 259.

<sup>106</sup> Por todos BARAONA (2012), pp. 91 y 92.

- BENAVENTE, María Isabel (2015): “Artículo 332. Lesión” en HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo I. Título Preliminar y Libro Primero* (Artículos 1 a 400), (Buenos Aires, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación) pp. 529-532.
- BIGWOOD, Rick (2005): “Contracts by Unfair Advantage: From exploitation to transactional Neglect”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, N° 1: pp. 65-96.
- BOSH CAPDEVILLA, Esteve (2012): “La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos” en BOSH CAPDEVILLA, Esteve (dir.), *Nuevas perspectivas de derecho contractual* (Barcelona, Editorial Bosh).
- CAMPOS MICIN, Sebastián (2022): “Sobre el ámbito subjetivo de aplicación del control de contenido de cláusulas no negociadas: una propuesta de generalización con base en reglas y principios del derecho civil”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 49, N° 3.
- CARIOTA FERRARA, Luigi (1956): *El negocio jurídico* (Madrid, Aguilar, trad. M. Albaladejo).
- CARRANZA ÁLVAREZ, César (2015): “El contrato lesivo y la presunción de aprovechamiento de la necesidad” (Lima, Editorial Jurídica Grijley)
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos; ESCOBAR VEAS, Javier y MENDOZA ALONZO, Pamela (2022): “Las consecuencias civiles del estado de necesidad justificante en Chile”, *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 3, N° 2: pp. 45-78.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018): *Curso de Derecho Civil. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters)
- CHANTEPIE, Gaël y LATINA, Mathias (2016): *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil* (Dalloz, Paris).
- CHAMIE, José Felix (2012): “El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual”, *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, N° 22: pp. 219-275.
- DE CASTRO, Federico (1985): *El negocio jurídico* (Madrid, Editorial Civitas).
- DE LA MAZA, Iñigo (2010a): *Los límites del deber precontractual de información* (Navarra, Civitas, Cizúr Menor).
- DE LA MAZA, Iñigo (2010b): “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 2: pp. 21-52.
- DE LA MAZA, Iñigo (2010c): “La buena fe como dispositivo de ponderación” en LETELIER W., Raúl; COLOMA, Rodrigo, C. (dirs.), *Principios jurídicos: análisis y crítica* (Santiago, Legalpublishing) pp. 247-274.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2017a): “La distribución del riesgo de las equivocaciones a través de la disciplina del error” en VIDAL OLIVARES, Álvaro (dir.); SEVERIN FUSTER, Gonzalo (edit.), *Estudios de derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 151-176.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2017b): “La naturaleza recíproca del problema: a propósito de la excusabilidad del error” en MARÍN, Juan Carlos; SCHOPF OLEA, Adrián (dirs.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 489-520.

- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2023): “Desigualdad y vulnerabilidad: desde las leyes especiales al derecho común”, en PINOCHET OLAVE, Ruperto (editor), *Estudios de Derecho Civil XVI* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 413-432.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro (2021): *Hacia un derecho latinoamericano de los contratos. Los principios latinoamericanos de Derecho de los contratos* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2020): *Teoría general del negocio jurídico* (Santiago, Editorial ProLibros, 3ª edición actualizada).
- INFANTE RUÍZ, Francisco José (2022): *El “aprovechamiento injustificado” como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la undue influence del Derecho inglés* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- FIN-LANGER, Laurence (2002): *L’equilibre contractuel* (Paris, Editorial L.G.D.J.).
- FOUILLÉ, Alfred (1880): *La science sociale contemporaine* (Paris, Hachette).
- FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric (2014). *Droit civil, Les obligations. 1. Lacte juridique* (París, Sirey, dieciseisava edición).
- GALGANO, Francesco (1998): *Equilibrio contrattuale e buona fede dei contraendi* en Lipari, Nicolò, *Diritto Privato Europeo e Categorie Civilistiche* (Napoli, Edizioni Scientifiche italiane).
- GINÉS CASTELLET, Núria (2016): “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”, *Indret Privado*, vol. 4: pp. 1-57.
- GÓMEZ CALLE, Esther (2018): *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil* (Navarra: Editorial Aranzadi).
- GOLDMAN, Sophie y LAGASSE, Stéphanie (2016): “Comment apprehender le déséquilibre contractuel en Droit Commun?”, en Jafferli, Ráfael (coord), *Le droit commun des contrats. Questions choisies*. 2ª ed. (Bruxelles, Editions Bruylant): 71-127.
- GORDLEY, James (1981): “Equality in Exchange”, *California Law Review*, Vol. 69: pp. 1587-1656.
- HONDIUS, Ewoud (2004): “The protection of the weak party in harmonized European contract law: a synthesis”, *Journal of Consumer Policy*, N° 27: p. 245-251.
- ISLER SOTO, Erika (2019): *El derecho del consumo. Nociones fundamentales* (Valencia, Tirant lo Blanch)
- JARUFE CONTRERAS, Daniela (2022): “La ventaja injusta como causal de ineficacia de los contratos frente a la vulnerabilidad patrimonial”, ponencia presentada en las III Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado, organizadas por la Universidad de Valparaíso.
- JEREZ DELGADO, Carmen (2011): *La anulación del contrato* (Madrid, Editorial Civitas Thomson Reuters).
- LAITHIER YVES, Marie (2016): “Dispositions relatives à la validité du contrat”, en Chauviré, Phillippe (dir.), *La réforme du Droit des contrats: du Projet à l’Ordonnance Journée Nationale*, Tome XX/Nancy (Paris, Dalloz): pp. 27-41.
- LEÓN HURTADO, Avelino (1979): *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2015): “Por una noción amplia de lesión enorme en el Código Civil chileno: una relectura a partir del principio de equilibrio contractual y la idea de excesiva desproporción contenida en el Borrador de los Principios Latinoamericanos de derecho de los contratos”, en VIDAL OLIVARES, Álvaro; SEVERIN FUSTER, Gonzalo; MEJÍAS ALONZO, Claudia (edits.), *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago. Editorial Thomson Reuters) pp. 699-723.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2017): “La naturaleza jurídica de la acción redhibitoria en el código Civil Chileno: ¿nulidad relativa, resolución por incumplimiento o rescisión propiamente tal?”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 44, N° 2: pp. 423-459.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2018a): “La adaptación del contrato como medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno”, *Revista de Derecho Valdivia*, vol. XXXI, N° 1: pp. 127-157.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2018b): “Los supuestos y el alcance de la indemnización de daños como medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno y su eventual confluencia con la indemnización por incumplimiento contractual”, *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 1: pp. 243-292.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2020): “El desequilibrio contractual y la tutela del contratante débil: una aproximación desde la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y el derecho civil chileno” en *Estudios de Derecho Privado, II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado* (Santiago, Editorial Der): pp. 563-588.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2023): “El débil jurídico en el derecho privado chileno: noción, configuración y tipología”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 29, N° 1.
- MARTINIC GALETOVIC, Dora y REVECO URZÚA, Ricardo (2005): “Acerca del error, su excusabilidad y otros tópicos” en VARAS BRAUN, Juan Andrés; TURNER SAEZ, Susan (coords.), *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Lexis Nexis): pp. 259-296.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2016): “Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de la protección de la parte débil en el derecho privado”, *Revista chilena de derecho*, vol. 43, N° 2: pp. 737-756.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo (2021): “Sobre la equidad contractual y la obligatoriedad del vínculo: una mirada a la luz de la protección jurídica del contratante débil”, *Latin American Legal Studies*, vol. 8: pp. 174-190.
- MURPHY JAMES, Bernard (2002): “Equality in Exchange”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 47, Issue 1: pp. 85-121.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa (2016): “El abuso de debilidad, confianza o dependencia” en SÁNCHEZ, Sixto (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Tomo I (Cizur Menor: Thomson Reuters).
- PEREIRA FREDES, Esteban (2022): “Altruismo y solidaridad en el derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, N° 3: pp. 1-30.
- PEROT MOREL, Marie Angéle (1961): *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*. (Paris, Editorial Dalloz).

- PICOD, Yves (2017): “Rapport introductif”, en Mazeaud, Denis y Picod, Yves (dirs.), *La violence économique; à la baune du nouveau droit des contrats et du droit économique. Journées nationales Association Henri Capitant* (Paris, Dalloz).
- PIETROBON, Vittorino (1971): “El error en la doctrina del negocio jurídico” (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, trad. M. Alonso Pérez).
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2020): “Configurando la fuerza moral por circunstancias externas: un debate abierto en torno al concepto de estado de necesidad en el derecho chileno”, en ELORRIAGA, Fabián (edit.), *Estudios de Derecho Civil XV* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- RAMOS MUÑOZ, David (2022): *Remedios contratuales: cumplimiento, conservación y adaptación del contrato* (Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi).
- RAWLS, John (1995): *La teoría de la justicia* (México, Editorial Fondo Cultural Económico).
- SANGERMANO, Francesco (2016): “*Disposizioni preliminar sul contratto*” en CENDON, Paolo, *Trattario di Diritto Civile. Contratto in generale* (Giuffrè, Editore Milano): pp. 4-41.
- SCHOPF OLEA, Adrián (2017): “Las buenas costumbres en el derecho privado”, en SCHOPF, Adrián; MARÍN, Juan Carlos (edits.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago, Thomson Reuters:): pp. 521-586.
- TOCORNAL, María Ester (1981): *La voluntad y el temor en el negocio jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- UNIDROIT (2012): “Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010”. Disponible en: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2010-Spanish-i.pdf>. Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2023.
- VOLPE, Fabrizio (2004): *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato* (Napoli, Edizione Scientifiche Italiane).
- WALKER SILVA, Nathalie (2019): *Rescisión por lesión en el Código Civil chileno. Historia, regulación y vínculos con las nulidades* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima (2019): *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias. Un estudio en el marco de renovación del Derecho Contractual* (Valencia, Tirant lo Blanch).

## NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- Alemania, Código Civil.
- Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación -CCCN.
- Brasil, Código Civil.
- Cataluña, Código Civil.
- Common European Sales Law.
- Chile, Código Civil.
- Chile, Ley N° 19.496 (07/03/1997), Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.
- Draft Common Frame of Reference.*
- España, Propuesta de Modernización del derecho de obligaciones y contratos española.
- España, Propuesta de Código Civil relativa a los Libros Quinto y Sexto elaborada por la Asociación de profesores de Derecho Civil español de 2016.

Francia, *Code Civil*.

Italia, *Codice Civile*.

Holanda, Código Civil.

México, Código Civil.

Perú, Código Civil.

Principios Europeos de Derecho de Contratos.

Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos.

Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.

Portugal, Código Civil.

Suiza, Código Civil.



# LA LICENCIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL: ENTRE LA INFRACCIÓN Y EL INCUMPLIMIENTO. EL CASO ESPAÑOL

## *INTELLECTUAL PROPERTY LICENSING: BETWEEN INFRINGEMENT AND BREACH OF CONTRACT. THE SPANISH CASE*

SERGIO CARREÑO MENDOZA<sup>1</sup>

**RESUMEN:** El contrato de licencia ha ganado preponderancia en el tráfico jurídico por la capacidad que tiene para integrar los bienes inmateriales en los procesos de producción y/o de comercialización de productos y servicios. El titular no puede quedar en peor condición con la suscripción del contrato y, como mínimo, debería ser neutral frente a la eficacia jurídico-real de la propiedad industrial. En determinados contextos, los remedios contractuales resultan insuficientes para garantizar la aludida eficacia porque dejan en manos del licenciataro la posibilidad de hacerse con derechos adicionales a los inicialmente otorgados por la vía del incumplimiento. Frente a la disyuntiva, el legislador español (inspirado en el derecho comunitario) ha establecido las materias que permiten el ejercicio del *ius prohibendi*. Intuitivamente podría pensarse que el titular preferirá las acciones de infracción porque ofrecen mejor protección de su titularidad, pero, como se verá en el presente trabajo, no es infrecuente que el titular opte por los remedios contractuales.

**Palabras clave:** Propiedad industrial, contratos de licencia, incumplimiento de contrato, infracciones de propiedad industrial.

**ABSTRACT:** Licensing has experienced significant growth considering its ability to integrate the intellectual property into the production and commercialization of goods and services. Certainly, IP Owners should remain in a similar condition after conceding a license. Nonetheless, under certain circumstances, contractual remedies are not suitable for protecting IP property from the licensee's infringements because the licensee could obtain additional rights by breaching the license contract. Bearing in mind the referred restriction, Spanish lawmakers (inspired by European Law) have permitted the IP Owner to protect her rights by invoking the *ius prohibendi*. Intuitively, IP owners would always prefer IP regulation because it grants better protection, however, as this paper shows, contract law remains a suitable mechanism for addressing some of the IP controversies.

**Keywords:** IP Law, license contracts, breach of contract, IP infringement.

## I. INTRODUCCIÓN

El contrato de licencia ha ganado preponderancia en el tráfico jurídico por su aptitud para integrar la propiedad industrial en procesos de producción y/o de comerciali-

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, magíster en Derecho y abogado de la Universidad Externado de Colombia, Profesor Universidad de los Andes, Cra 1 N° 18A- 12 Bogotá, Edificio RGC, oficina 412, correo electrónico: s.carrenom@uniandes.edu.co, ORCID: 0000-0003-1102-756X

zación de productos y servicios. De igual manera, le permite al licenciante participar en mercados o territorios en los que no puede o no le interesa participar por sí solo, mejorar los procesos de producción en las cadenas productivas a través de la modularización o simplemente monetizar sus invenciones o signos distintivos<sup>2</sup>.

Sin duda, es una operación compleja porque el éxito o fracaso del licenciamiento depende de la correcta ejecución del contrato y de las decisiones que las partes toman por fuera de la relación contractual. Piénsese, por ejemplo, en la decisión del licenciante de incluir en su red a un nuevo licenciario, de expandirse hacia nuevos mercados o cambiar el tipo de consumidor al que se dirige su producto o servicio o en las políticas corporativas del licenciario. También, puede verse afectada por la actuación de terceros licenciarios.

Sin perjuicio de lo anterior, la licencia cumple un rol protector de la propiedad industrial porque reduce los costes de protección del bien e incrementa la probabilidad de descubrimiento de las infracciones. No todas las violaciones son enjuiciables por las limitaciones que enfrenta el titular para detectar usos no autorizados<sup>3</sup>. En ausencia de licencia, el titular deberá rastrear posibles afectaciones en el mercado lo que le demanda altos costes de protección, empero, descubiertos los infractores existen barreras (costes de enjuiciamiento) que desincentivan el ejercicio del derecho de exclusiva y, por ello, prefiera concentrarse en las infracciones que revisten de mayor gravedad.

Los costes de protección se reducen significativamente con una licencia pues el licenciante conoce quien está explotando el bien –lo ha autorizado– y las condiciones en que debería hacerlo. En este sentido, puede monitorear a menor costo su cumplimiento y detectar con mayor probabilidad las infracciones cometidas por el licenciario<sup>4</sup>. La especialidad de los regímenes de propiedad industrial dificulta su estudio, no obstante, es posible extraer elementos comunes que permiten abordar la licencia desde una perspectiva sistemática. Por un lado, está la coincidencia en la estructura básica del negocio: el licenciante autoriza al licenciario la explotación del derecho protegido en las condiciones establecidas en el contrato<sup>5</sup>. Por el otro, la posibilidad que tiene el titular para ejercer su derecho de exclusiva en determinados supuestos de incumplimiento pues, de lo contrario, el licenciario quedaría en una mejor situación.

En este sentido el legislador español, inspirado en el derecho comunitario, ha establecido algunas hipótesis en donde el incumplimiento contractual también puede considerarse una infracción de propiedad industrial.

El artículo 48-2 de la Ley de Marcas, por ejemplo, dispone que:

Los derechos conferidos por el registro de la marca o por su solicitud podrán ser ejercitados frente a cualquier licenciario que viole alguna de las disposiciones del contrato de licencia relativas a su duración, a la forma protegida por el registro, a la naturaleza de los productos o

<sup>2</sup> CONTRERAS (2022) pp. 10-17.

<sup>3</sup> BEN SHAHAR (2011) p. 17.

<sup>4</sup> BEN SHAHAR (2011) p. 17.

<sup>5</sup> Autorización que tratándose de licencias exclusivas confiere derechos reales al licenciario BERCOVITZ y BERCOVITZ (2013) pp. 52-54.

servicios, al territorio en el cual pueda ponerse la marca o a la calidad de los productos fabricados o de los servicios prestados por el licenciatario<sup>6</sup>.

El Artículo 60-4 de la Ley de Diseño Industrial, en similar sentido, se refiere a “la duración, la forma del diseño, la modalidad de explotación o la naturaleza y calidad de los productos a que se aplique el diseño”<sup>7</sup>.

Finalmente, la Ley de Patentes, en su artículo 83 (numerales 1 y 2) establece una regulación más general:

1. Tanto la solicitud de patente como la patente pueden ser objeto de licencias en su totalidad o en alguna de las facultades que integran el derecho de exclusiva, para todo el territorio nacional o para una parte de este. Las licencias pueden ser exclusivas o no exclusivas; 2. Podrán ser ejercitados los derechos conferidos por la patente o por la solicitud frente a un licenciatario que viole alguno de los límites de su licencia establecidos en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior<sup>8</sup>.

Subráyese que no todos los incumplimientos son enjuiciables debido a los problemas de verificación<sup>9</sup> y los costes de enjuiciamiento<sup>10</sup> que acompañan la decisión judicial o arbitral. Estos límites, empero, no suponen una carta blanca para el licenciatario pues el licenciante cuenta con mecanismos extralegales para asegurar el cumplimiento del contrato<sup>11</sup>. La pérdida de las rentas asociadas a la explotación del bien y los costes reputacionales asociados al incumplimiento, por ejemplo, incentivan el cumplimiento espontáneo del contrato<sup>12</sup>.

Así pues, la interacción entre el incumplimiento y la infracción es mucho más compleja de lo que *a priori* puede parecer. Intuitivamente podría pensarse que el titular preferirá las acciones de infracción porque ofrecen mejor protección de su titularidad, pero, como se verá en el presente trabajo, no es infrecuente que el titular opte por los remedios contractuales. Por lo tanto, conviene preguntarnos, cómo se relacionan los remedios contractuales con el ejercicio de los derechos conferidos por la propiedad industrial y si se requiere la resolución contractual para invocar el *ius prohibendi*.

<sup>6</sup> ESPAÑA, Ley N° 17.

<sup>7</sup> ESPAÑA, Ley N° 20.

<sup>8</sup> ESPAÑA, Ley N° 24.

<sup>9</sup> La literatura distingue información observable e información verificable. Lo observable corresponde a la capacidad que tienen las partes de evaluar el cumplimiento o no de la contraparte; lo verificable a la capacidad que tiene un tercero –juez o arbitro– de determinar el cumplimiento o incumplimiento de la prestación. Cuando la información es observable pero no verificable suele recurrirse a reglas informales que garanticen su cumplimiento pues de lo contrario su acreditación resultará muy costosa siendo además mínimas las probabilidades de reconocimiento judicial. BERNSTEIN (1996) p. 1791-1794.

<sup>10</sup> Cuando los costes de enjuiciamiento superan los perjuicios causados por la infracción, el licenciante tiene menores incentivos de recurrir a la vía judicial.

<sup>11</sup> Sobre mecanismos informales y rol del contrato BOZOVIC y HADFIELD (2012); GILSON y otros (2010); WILLIAMSON (1991).

<sup>12</sup> Todos ellos son mecanismos informales de cumplimiento.

El lector habrá notado que en esta primera aproximación se omitió al *Know-How*, pese a que comparte algunas características con los bienes de propiedad industrial. Como los demás, es una creación intelectual, aplicable en el campo industrial o comercial, que genera una ventaja competitiva a quien lo explota. No se agota con el mero uso, es repetible y permite una explotación simultánea e independiente. Sin embargo, y pese a gozar de protección jurídica, no confiere a su poseedor el *ius prohibendi*, requisito típico de la propiedad industrial. En este sentido, su valor no reside en la oponibilidad frente a los terceros, sino en el mantenimiento de su secreto<sup>13</sup>.

Por ello, si bien se reconoce su cercanía con la propiedad industrial, el legislador español ha preferido protegerlo a través de las reglas de la competencia desleal, sin perder de vista que el derecho comunitario ha propendido por establecer puntos de encuentro frente a los acuerdos de transferencia tecnológica<sup>14</sup> o en las reglas para la determinación del daño<sup>15</sup>. En lo que aquí interesa, se excluye al *Know-How*, pues el derecho de exclusiva es un elemento estructurante de la propiedad industrial. No obstante, se reconoce cierta coincidencia entre unos y otros por manera que muchas de las conclusiones a las que aquí se arriben podrían, eventualmente, aplicarse analógicamente al *Know-How*.

Hecha esta salvedad, lo que resta del trabajo se dividirá de la siguiente manera: en la segunda sección se estudiara un grupo de casos que dan cuenta de la interacción entre infracción e incumplimiento en el derecho español, con apoyo en el derecho comunitario europeo. En unos supuestos parece existir consenso sobre la preferencia del incumplimiento o de la infracción con una línea jurisprudencial definida; en otros, existe mayor controversia. En la tercera parte, se abordarán cuestiones relativas a la alternancia de las acciones y, en la última sección, conclusiones.

## II. ¿INFRACCIÓN O INCUMPLIMIENTO?

Las partes quedan obligadas por los términos de la licencia y los incumplimientos habrían de tramitarse por la vía contractual, no obstante, en determinados supuestos, el licenciante conserva la posibilidad de oponer su derecho de exclusiva al licenciatarario. En efecto, el titular no puede quedar en peor condición con la suscripción del contrato y, como mínimo, debería ser neutral frente a la eficacia jurídico-real de la propiedad industrial.

<sup>13</sup> CHULIÁ y BELTRÁN (1994); LANDES y POSNER (2003); MASSAGUER (1989); SUÑOL (2009).

<sup>14</sup> El Reglamento (CE) N° 772 de 2004 establece reglas comunes para los acuerdos de transferencia de tecnología e incluye en esta categoría a las licencias de patente, de know-how o licencias mixtas.

<sup>15</sup> La DIRECTIVA (CE) N° 943 de 2016 establece el régimen de protección para el *know-how* y demás secretos empresariales. Como señalaron Bently y Sherman, desde que se conoció la propuesta de directiva, no ha sido claro si corresponde a un problema de propiedad industrial o de competencia desleal (BENTLY y SHERMAN (2014) pp. 1198–1199. Dicho esto, y en lo que aquí interesa, el artículo 14 de la Directiva recurre a la fórmula de indemnización propuesta de establecida en el artículo 13 de la DIRECTIVA (CE) N° 48 de 2004, sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual –en sentido amplio–: Las consecuencias negativas de la infracción o la regla de las regalías hipotéticas.

Si ello no fuera así, el licenciataria podría hacerse con nuevos derechos por la vía del incumplimiento<sup>16</sup> y el titular, correlativamente, perdería la capacidad de disponer sobre su bien<sup>17</sup>.

Existe consenso respecto de la procedencia del derecho de exclusiva frente al licenciataria, pero no hay acuerdo sobre los eventos en los que debería permitirse. En el derecho estadounidense, por ejemplo, la cuestión ha sido resuelta reconociendo la coexistencia de los remedios contractuales y las acciones derivadas de la infracción; la elección por uno u otro dependerá de los términos en que se redacte el contrato<sup>18</sup>.

En líneas generales se reconoce una diferencia entre el ámbito de la concesión de la licencia y los pactos o convenios de no hacer (*negative covenants*). En el primer caso, la licencia describe las condiciones concretas en que habrá de usarse el bien licenciado y cualquier uso no contemplado dará lugar a la infracción. En el caso *Lilly v. Genentech Inc*<sup>19</sup>, por ejemplo, la Corte del Distrito consideró que la redacción del contrato daba cuenta de los términos de uso de la patente. En este contexto, el uso no autorizado constituía una infracción.

En el segundo caso, el licenciataria se compromete a no explotar el bien por fuera de los contornos definidos en la licencia y frente a su inobservancia cabría el incumplimiento.

Sin embargo, la aplicación de esta regla no ha sido consistente.; en *B & J Manufacturing co. v. Hennessy Industries, inc*<sup>20</sup>, por ejemplo, se consideró que frente al incumplimiento podía optarse por cualquiera de las acciones; en contraste, en *SCO Group, inc. con Novell, inc*<sup>21</sup> el tribunal consideró que el incumplimiento de los *convenants* solo habilitaban el recurso de los remedios contractuales.

Ciertamente, la solución española descrita anteriormente ofrece mayor certidumbre en comparación con la solución estadounidense pues permite anticipar de mejor manera las distintas alternativas frente al incumplimiento del contrato<sup>22</sup>. Por descontado, las materias excluidas de la legislación especial solo podrán ser resueltas por la vía contractual, con todo, nada impide que las materias incluidas también puedan conducirse por esa vía.

En las páginas que siguen se estudiaran distintos supuestos que permiten comprender de mejor manera la interacción entre la infracción y el incumplimiento.

## 1. IMPAGO DE LAS REGALÍAS

El impago es el supuesto típico de incumplimiento del licenciataria. En esta hipótesis, se ha aceptado de forma pacífica la preferencia de las reglas contractuales y la procedencia del remedio resolutoria frente al impago<sup>23</sup>. Algunos ejemplos dan cuenta de

<sup>16</sup> En este caso, el licenciataria tendría una *call option* que le permite decidir cumplir o incumplir el contrato, indemnizando los daños causados.

<sup>17</sup> BEN-SHAHAR (2011) p. 27.

<sup>18</sup> BEN-SHAHAR (2011) p. 10; JONES (1993) p. 225-226.

<sup>19</sup> *ELI LILLY v. GENENTECH INC*, S.D Ind. 1990.

<sup>20</sup> *B & J MANUFACTURING CO. V. HENNESSY INDUSTRIES, INC.*, 7ª Cir. 1981.

<sup>21</sup> *SCO GROUP, INC. V. NOVELL, INC.*, Utah DC, 2007.

<sup>22</sup> No obstante, subsiste controversia en torno a los presupuestos escogidos por el legislador como se verá más adelante cuando se aborde el incumplimiento de la territorialidad y la calidad.

<sup>23</sup> Entre otras, TRIBUNAL SUPREMO, *RJ 1988/2228*; AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ, *JUR 2001/82429*; AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, *JUR 2005/125822*; y, AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, *JUR 2000/220081*.

ello: En sentencia de 23 de junio de 1997<sup>24</sup>, el Tribunal Supremo estudió el impago en un contrato de licencia de patente para la depuración de cenizas. El licenciante demanda el incumplimiento contractual de la licenciataria por el impago del precio convenido en el acuerdo y la suspensión de los trabajos de adecuación requeridas para la correcta explotación de la patente. El demandado se opone a la demanda alegando la imposibilidad sobrevenida y, en subsidio, solicita la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En instancia, el juez estima la demanda y condena al pago del valor insoluto. El licenciatario interpone el recurso de casación.

La Sala Civil desestima el recurso pues se había acreditado el impago. De igual manera, encontró probada la suspensión de las tareas de ingeniería requeridas para la explotación de la patente contratada y el demandado no acreditó la concurrencia de circunstancias imperiosas que sustentasen la referida imposibilidad.

También descarta la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* pues el evento alegado era un riesgo previsible y fue asumido por la demandada. En su opinión, las dificultades económicas que la afectaron y los problemas para obtener subvenciones oficiales eran previsible y no se estableció ninguna regulación especial en el contrato; tampoco logró acreditar que la caída en el precio de los metales hubiese tenido la magnitud que aconsejase el equilibrio de la ecuación contractual y, en consecuencia, procede la resolución del contrato al amparo del 1124 del Código Civil<sup>25</sup> y el pago de los valores adeudados por la parte demandada.

En similar sentido, se refieren las Audiencias Provinciales de Madrid y de Valencia. La primera de ellas, en sentencia de 30 de marzo de 2011<sup>26</sup> reconoció que, contrario a lo alegado por la demandada, la terminación del contrato estuvo motivada en el impago de los cánones mensuales, no por el mutuo acuerdo de las partes. Por ello, declara el incumplimiento y condena a la demandada al pago de los cánones adeudados y al retiro de la marca de la licenciante del local de la demandada y de todos los productos de *merchandising* asociados con ella.

En la segunda sentencia, de 29 de enero de 2014<sup>27</sup>, se estudia el incumplimiento de un contrato de licencia de modelo de utilidad y de marca. Aquí se reconoce la esencialidad del impago de las regalías y la procedencia de la resolución frente a estos supuestos. Adicionalmente, se reconocen otros incumplimientos asociados con la no entrega de información de los clientes con los que la licenciataria estaba comercializando, desconocimiento de la exclusiva que la licenciante se había reservado en Valencia, incumplimiento de los pedidos mínimos establecidos en el contrato y no se mantuvo el mejor precio del producto. Subráyese que, en el caso de autos, la Audiencia Provincial opta por el remedio resolutorio, pese a la pretensión de cumplimiento solicitado por la demandada reconviniendo, porque la relación entre las partes estaba rota y no resultaba plausible su reconducción.

<sup>24</sup> TRIBUNAL SUPREMO, *RJ 1997/5201*.

<sup>25</sup> ESPAÑA, CÓDIGO CIVIL.

<sup>26</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, *JUR 2011/227933*.

<sup>27</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, *AC 2014/673*.

## 2. NO EXPLOTACIÓN DE LA LICENCIA

Existe controversia en torno a existencia o no de una obligación tácita de uso de la invención y se echa en falta pronunciamientos que aclaren la cuestión<sup>28</sup>. Para Di Cataldo<sup>29</sup>, esta posibilidad resulta cuestionable porque al licenciatarario se le debe garantizar la libertad de organizar su actividad como mejor considere. En este sentido, resalta la práctica de las empresas dedicadas al desarrollo de nuevas tecnologías que contratan entre sí licencias cruzadas (*cross licensing*) para operar libremente sin el riesgo de una eventual demanda y la práctica cada vez más generalizada de incluir previsiones expresas frente al uso de la invención<sup>30</sup>. Pese a ello, el autor entiende que la hipótesis de no explotación procederá en aquellas operaciones donde se concede una licencia exclusiva con el pago de regalías pues en estos casos el beneficio económico del titular está condicionado necesariamente a la explotación del invento.

Frente a las marcas, Fernández Novoa<sup>31</sup> señala que el licenciatarario asume, por regla general, obligaciones relacionadas con el uso de la marca pues de ella depende el pago de las regalías. También repercute en el cumplimiento legal del uso de la marca registrada que se predica del titular de ahí que la obligación de uso sea exigible en licencias exclusivas pues el licenciatarario será el único legitimado para usar la marca en el respectivo territorio y de no hacerlo podría determinar su caducidad.

En sentencia de 22 de diciembre de 2015<sup>32</sup>, la Audiencia Provincial de Vizcaya deduce la existencia de una obligación de explotación. Los hechos son los que siguen: En 2009, las partes suscribieron un contrato de licencia de patente y otro de marca para la comercialización de productos “PodoActiva” en los mercados de España, Estados Unidos, México y Portugal. Posteriormente, la licenciante resuelve ambos contratos alegando que el licenciatarario no dio inicio a la explotación de las licencias dentro del plazo convenido. El licenciatarario demanda la resolución injusta del contrato, pretensión que es desestimada en ambas instancias.

De acuerdo con la licenciante, la cláusula séptima de los dos contratos otorgaba un plazo de dos años para iniciar la explotación de la marca y de la patente. El demandado cuestionó la interpretación por considerar que de lo dispuesto en los contratos no se podía deducir una obligación de explotación en el plazo señalado. En su entender, se limitaba a la apertura del mercado español de los productos licenciados en el plazo señalado.

Así pues, la controversia viene dada por la aplicación de la aludida cláusula al territorio español o a todos los territorios licenciados. En este caso, la Audiencia se decanta por la primera interpretación. En su opinión, una de las finalidades perseguidas por el licenciante

<sup>28</sup> DI CATALDO, por ejemplo, da cuenta de sólo dos pronunciamientos el Caso KNOPFL OCHNÄHMASCHINEN (BGH, 20.07.1999 – caso núm. X ZR 121/96, en 32 I.I.C.–) y un laudo internacional no publicado. En ambos la controversia gira en torno a una licencia exclusiva. DI CATALDO (2010) pp. 213-214.

<sup>29</sup> DI CATALDO (2010) p. 215.

<sup>30</sup> Esta práctica no se opone a lo dispuesto en el REGLAMENTO (CE) N° 316 de 2014 pues se realiza con el objetivo de facilitar el desarrollo y explotación de la tecnología propia, sin imponer restricciones frente al uso de la tecnología “licenciada”.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA (2004) p. 560.

<sup>32</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA, JUR 2016/63562.

era precisamente la introducción de sus productos en los mercados de Estados Unidos, México y Portugal y, para ello, otorgó sendas licencias por 20 años sin una contraprestación económica. En consecuencia, el licenciatario debía iniciar todas las gestiones requeridas para la autorización e introducción de los productos en los mercados descritos. Como complemento, se estableció expresamente, en ambos contratos, que el licenciatario estaba obligado a iniciar todas las gestiones requeridas para la comercialización de los productos licenciados dentro del año siguiente a la suscripción del contrato (hasta el 2010) y a explotar la patente en los Estados Unidos dentro de los dos años siguientes a la suscripción del contrato. Esto último en la licencia de patente).

La Audiencia entiende acreditado el incumplimiento por la no explotación en plazo convenido de las licencias teniendo en cuenta la indebida gestión del licenciatario como lo corrobora las comunicaciones preliminares que dirigió al Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) en el 2009 y que no fueron complementadas con posterioridad, pese a la complejidad del proceso. Se señala que la demandante tampoco contaba con las instalaciones debidas para la idónea comercialización de los productos licenciados en España. En la cornisa cantábrica, por ejemplo, el licenciatario sólo contaba con los elementos requeridos en una única clínica, en la clínica Tetuán carecía de cintas de correr y, como lo manifestaron los propios empleados de la licenciataria, no estaba presupuestada la adquisición de tales elementos.

En este caso, la explotación de las licencias estaba intrínsecamente relacionada con la satisfacción del interés del acreedor. De ahí que su incumplimiento fuese esencial, procediendo a la resolución del contrato, como finalmente ocurrió.

### 3. PLAZO

Con la expiración del plazo contractual, el licenciatario pierde su derecho a explotar lícitamente el bien de propiedad industrial<sup>33</sup>. Esta solución no ofrece dudas, pese a que los regímenes especiales abordan de forma diversa la cuestión. La Ley de Marcas y Ley de Diseño Industrial, por un lado, consagran expresamente la explotación por fuera de plazo como un supuesto en que el licenciante puede invocar el *ius prohibendi*; la Ley de Patentes, por el otro, omite cualquier referencia. Dos sentencias ilustran la cuestión:

En sentencia del 18 de mayo de 2009<sup>34</sup>, la Audiencia Provincial de Madrid estudia la explotación no consentida tras la resolución de un contrato de licencia. En este caso, Philip Morris Products S.A. suscribió un contrato de licencia con JMC Restauración S.A. para la explotación de la marca *Chesterfield Café* y por orden judicial fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2003. Tras la expiración del plazo, el demandado continúa explotando y el licenciante interpone una acción marcaria. En primera instancia, el juzgado de lo mercantil estima parcialmente la demanda, declara la infracción marcaria y condena al licenciatario al pago de la regalía hipotética cifrada en el 1% de la cifra de negocios realizados en los años

<sup>33</sup> Los contratos, no obstante, suelen incluir disposiciones específicas que regulan el manejo del stock o inventario residual dando la posibilidad al licenciatario de comerciar la excedencia en un plazo determinado o estableciendo la recompra por parte del licenciante.

<sup>34</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, AC 2009/1908.

2004 y 2005 y a la remoción del mobiliario y cualquier otro producto en el que se reproduzca la marca de la demandante. El demandado apela la decisión del juzgado por haberse acreditado la tácita reconducción del contrato<sup>35</sup>.

La Audiencia, desestimó el recurso porque consideró que el contrato había finalizado el 31 de diciembre de 2003. Así las cosas, del uso posterior no podía inferirse la tácita reconducción del contrato, sino una explotación extemporánea que constituía una infracción marcaria. En este punto, la Sala hace una precisión en cuanto al monto de la indemnización y mantiene la licencia hipotética en el 1% porque no se pudo acreditar un porcentaje mayor.

A similar conclusión llega la Audiencia Provincial de Alicante, actuando como Tribunal de Marca comunitario, en sentencia de 30 de septiembre de 2015<sup>36</sup>. Aquí, las partes celebran un contrato de licencia en 2009 para la producción y comercialización de cactus que alumbran en la oscuridad. La demandada falsea la información base para la liquidación de las regalías e impaga las debidamente relacionadas. En respuesta, la licenciante resuelve el contrato por incumplimiento y presenta una demanda. La actora acumula dos pretensiones: la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato y la infracción marcaria por el uso extemporáneo de la marca. En primera instancia, el juez estima parcialmente la demanda, declara la conformidad de la resolución y condena al pago de la cláusula penal establecida por el falseamiento de la información base para la determinación de las regalías y al pago del importe adeudado por los productos comercializados. De igual manera, declara probada la infracción por el uso extemporáneo y condena al cese de la producción y venta de los productos. La demandada apela.

En lo que aquí interesa, la Audiencia confirma la sentencia y reitera que el impago de las regalías y el falseamiento en la rendición de cuentas han de tenerse como incumplimientos y el licenciante podrá acudir a los remedios contractuales). Además, señala que tras la resolución del contrato por incumplimiento, el licenciario perdió la legitimación para explotar el derecho y sus actuaciones posteriores se enmarcan en la infracción marcaria.

En este punto, la Audiencia recuerda que la resolución por incumplimiento no está supeditada a la declaración judicial y tiene efectos inmediatos frente al licenciario, quien deberá abstenerse de explotar el bien en lo sucesivo. Esta posición resulta consistente con lo dicho por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) en el asunto *Martin y Paz*<sup>37</sup> en donde se reconoció la prescindencia porque, de lo contrario, se estaría obligando al titular a aceptar la explotación en contra de su voluntad. En todo caso, recuerda que el licenciario puede reclamar la indemnización de los daños y perjuicios causados por una resolución arbitraria.

Esta sentencia, sin duda, resalta la convergencia de los dos regímenes y la importancia de estudiarlos desde una perspectiva sistémica que dé cuenta de la pluralidad normativa.

Sin perjuicio de lo anterior, algunas controversias se han resuelto al amparo de la tácita reconducción del contrato como se pone de manifiesto en la sentencia de 8 de marzo

<sup>35</sup> También apela el demandante por el monto de la indemnización.

<sup>36</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, *JUR 2016/11611*.

<sup>37</sup> *MARTIN Y PAZ DIFFUSION v. DAVID DEPUYDT*, TJCE. 2013.

de 2005<sup>38</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona. En este caso, una pareja de esposos se divorcia en 1984 y suscriben un contrato en el que el demandado se compromete a pagarle a la actora un canon mensual por el uso y disfrute de la marca Villop. El acuerdo se prorroga verbalmente en varias ocasiones hasta 1992 y con posterioridad, el demandado continúa explotando la marca a través de una persona jurídica distinta. La actora demanda el incumplimiento del contrato de licencia por el impago de las regalías correspondientes al período 1992-1998.

El juzgado de primera instancia desestima la demanda porque no considera acreditada la prórroga de la licencia, ni el uso de la marca por parte del demandado. La Audiencia, por el contrario, estima el recurso porque entiende acreditada la tácita reconducción del contrato habida cuenta del uso reconocido por el demandado con posterioridad a 1992. En este sentido, se distancia del caso de *Phillip Morris* en donde la Audiencia no encontró en la explotación posterior una razón válida para entender que se había presentado la tácita reconducción del contrato.

Del aludido uso, se deduce necesariamente el derecho de la licenciante a recibir una contraprestación económica, aunque el demandado lo explote a través de una persona jurídica independiente. En este sentido, resulta ilustrativo que el demandado hubiera contratado el dominio [www.villop.com](http://www.villop.com) y, en ella, ofreciera productos identificados con la marca en cuestión, y la contratación de los anuncios en la Guía de Páginas Amarillas de 1998. Así pues, la sala señala que

estos datos son elocuentes de un uso de la denominación Villop en el tráfico económico evidencia la vigencia de la licencia por todo el período reclamado y de ahí la correlativa obligación de pago de la contraprestación a que se obligó el demandado<sup>39</sup>.

Resulta interesante que la controversia se haya planteado sobre la base del incumplimiento, no de la infracción.

Si bien los hechos y la demanda son anteriores a la Ley de Marcas de 2001, tanto la jurisprudencia como la doctrina habían comenzado a perfilar los incumplimientos que darían lugar al ejercicio del derecho de exclusiva frente al licenciatario y, con apoyo en la normativa comunitaria, tenían al incumplimiento del plazo como uno de los supuestos tutelados. Del silencio de la Audiencia, y de la decisión en general, podría inferirse que al actor le corresponde decidir la vía procesal preferente para gestionar este tipo de incumplimiento. En este caso, la reconducción a la vía contractual le permitió a la demandante reclamar el impago de regalías por un periodo mayor (6 años) al que le sería reconocido en el caso de la infracción (5 años). La elección de una u otra acción tenía implicaciones prácticas pues, en ese momento, la acción contractual prescribía a los 15 años y la marcaría a los 5 años —con la reforma de 2015 ambas quedaron en 5 años—.

<sup>38</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, *JUR* 2005/125822.

<sup>39</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, *JUR* 2005/125822 (2005).

#### 4. TERRITORIALIDAD

La territorialidad ha despertado intensos debates en el derecho de marcas por su regulación comunitaria y nacional<sup>40</sup>. El artículo 8.2 de la Directiva (CE) 89/104, en su momento, estableció como supuesto de infracción el incumplimiento del territorio en el cual pueda ponerse la marca. La fórmula se replicó en el artículo 48 de la Ley de Marcas y se ha mantenido en las regulaciones posteriores a nivel comunitario<sup>41</sup>.

La posición mayoritaria<sup>42</sup> defiende una interpretación restrictiva del citado artículo 48, limitando las infracciones a la fijación de la marca por fuera del territorio asignado. Martín Aresti<sup>43</sup>, por ejemplo, sostiene que la limitación se circunscribe al lugar en donde el licenciario está establecido, no al lugar en donde se comercializan los productos o servicios licenciados. Cuando ello se cumple, el licenciario podrá comercializar en el Espacio Económico Europeo y el licenciante no podrá oponerse, aunque ésta se realice por fuera del territorio asignado. En estos casos la comercialización indebida habrá de reclamarse por la vía del incumplimiento.

Una postura contraria, defendida principalmente por Jiménez Blanco<sup>44</sup>, equipara la comercialización extraterritorial con las infracciones marcarias. En su opinión, el agotamiento del derecho supone el límite al ejercicio del *ius prohibendi* y solo se dará cuando la comercialización inicial ha sido consentida por el titular. En el presente trabajo se comparte la segunda postura pues con ello se garantiza de mejor manera la facultad que tiene el licenciante para disponer de la marca (en línea con la regulación de patentes).

En efecto, una de las mayores dificultades que tiene el titular para establecer la red de explotación de un bien inmaterial es la de convencer a los potenciales licenciarios teniendo en cuenta las cuantiosas inversiones que se requieren. El reconocimiento de la marca, y los atributos que a ella se asocian, no son suficientes para contratar y los licenciarios buscan asegurar que sus inversiones retornarán. En este escenario, el licenciante debe asegurar que los demás licenciarios comercializarán dentro de sus territorios, sin desconocer las limitaciones establecidas por el derecho de la competencia, pues, de lo contrario, no podrá atraer terceros a su red.

En este sentido, la temporalidad y el territorio son elementos estructurales en el diseño de la red<sup>45</sup>. No sorprende, por tanto, que el legislador comunitario y el español hayan centrado su atención en aquellos acuerdos que tienen la virtualidad de afectar la competencia mediante la compartimentación del mercado o el pago de regalías extemporáneamen-

<sup>40</sup> También genera controversia –aunque en menor medida– en los demás campos de la propiedad industrial. En patentes, por ejemplo, la controversia parece haberse decantado por la vía de la infracción, sin desconocer voces destacadas como MARTÍN quien opina en sentido contrario. MARTÍN (1997) p. 298.

<sup>41</sup> Artículo 22. 2 del REGLAMENTO (CE) N° 40/94 de 1993; Artículo 22.2 del REGLAMENTO (CE) N° 207/2009 de 2009; Artículo 8.2 de la DIRECTIVA (CE) N° 2008/95 de 2008; Artículo 25.2 de la DIRECTIVA (CE) N° 2015/2436 de 2015; y, Art. 22.2 del REGLAMENTO (CE) N° 2015/2424 de 2015.

<sup>42</sup> BERCOVITZ y BERCOVITZ (2013) p. 2585; FERNÁNDEZ-NOVOA (2004) p. 564; LOBATO (2007) p. 825; MARTÍN (2008) p. 775.

<sup>43</sup> MARTÍN (2008) p. 775.

<sup>44</sup> JIMÉNEZ (2002) p. 9.

<sup>45</sup> JIMÉNEZ (2002) p. 9.

te<sup>46</sup>. Siendo estructurales parece razonable afirmar su efectividad de estos límites garantizan en buena medida la titularidad sobre la propiedad industrial.

Tampoco puede perderse de vista el agotamiento del derecho. El *ius prohibendi*, como se ha dicho, permite al titular oponerse a los usos no consentidos, pero no se trata de un derecho absoluto. De permitirse su oposición en todo momento, tendría la capacidad de direccionar el flujo de los productos marcados hasta el consumidor final poniendo en grave riesgo la libre competencia. Para preservar los derechos del titular y proteger la libre competencia se ha reconocido de antaño que el titular solo podrá controlar la primera comercialización<sup>47</sup>.

La jurisprudencia comunitaria se ha decantado por un agotamiento comunitario<sup>48</sup> y limita el derecho de oposición a la primera comercialización en el Espacio Económico Europeo (en adelante EEE). En *Centralfarm v. Winthrop*<sup>49</sup>, por ejemplo, el TJCE reconoce expresamente que el ejercicio del *ius prohibendi* no podrá ejercerse cuando el producto o servicio ha sido comercializado en el EEE por el titular o con su consentimiento. Una solución contraria, en su opinión, sería incompatible con la libertad de movimiento de bienes y servicios y el establecimiento de un mercado único. Esta posición fue reiterada en *Silhouette International v. Hartlauer Handelsgesellschaft*<sup>50</sup> donde se consideró que el agotamiento comunitario pretendía, entre otros fines, salvaguardar el funcionamiento del mercado único eliminando los obstáculos que potencialmente puedan desestimular la libre circulación de mercancías y/o la prestación de servicios.

En el caso de las patentes, la jurisprudencia también ha reconocido el agotamiento comunitario por la primera puesta en el comercio del producto protegido en un estado miembro por el titular o un tercero autorizado. Cuando media una licencia obligatoria, el titular puede oponerse a posteriores importaciones al interior del mercado único en ausencia de autorización de su parte<sup>51</sup>.

Así pues, el consentimiento del titular frente a la primera comercialización es el elemento cardinal del agotamiento<sup>52</sup> lo que pone en entredicho la interpretación restrictiva del artículo 48.

En efecto, el TJCE ha considerado que habrá agotamiento cuando se realiza la efectiva comercialización del bien o del servicio (requisito objetivo) con el consentimiento del titular respecto a esa primera comercialización (requisito subjetivo). Frente al primero

<sup>46</sup> Por ejemplo, el REGLAMENTO (CE) N° 774/04 de 2004 de exención por categorías para acuerdos de transferencia de tecnología o el REGLAMENTO (CE) N° 330/2010 de 2010 sobre acuerdos verticales.

<sup>47</sup> GALLEGO (2002) p. 48.

<sup>48</sup> *DEUTSCHE GRAMAPHON v. METRO*. 1971; *DANSK SUPERMARKED v. IMPERCO*. 1981; *SILHOUETTE INTERNATIONAL v. HARTLAUTER HANDELSGESSELLSCHAFT*. 1998; *SEBAGO INC. C. GB-UNIC S.A.* 1999; *ZINO DAVIDOFF v. A&G IMPORTS LTD.* 2001; *VAN DOREN v. LIFESTYLE SPORTS*. 2003.

<sup>49</sup> *CENTRALFARM v. WINTHROP*, TJCE.1974.

<sup>50</sup> *SILHOUETTE INTERNATIONAL v. HARTLAUTER HANDELSGESSELLSCHAFT*, TJCE. 1998.

<sup>51</sup> MASSAGUER (1996) p. 3. En igual sentido, *PHARMON BV con HOECHST AG*, TJCE. 1985.

<sup>52</sup> CASADO (2007) p. 1623; CORNISH y otros (2013) p. 821; GARCÍA (2017) p. 14.

consideró en *Peak Holding*<sup>53</sup> que habría comercialización con la venta efectiva del producto. En este caso se le pregunta al tribunal por el alcance de la expresión “poner en el mercado” contenida en Artículo 7(1) de la Directiva sobre Marca Comunitaria. En el caso de autos, *Peak Holding*, como titular de la marca, importó prendas identificadas con su marca. Tras concluir la temporada, vendió el excedente a COPAD International para su posterior venta en los mercados de Rusia y Eslovenia, permitiendo vender el 5% en territorio francés. *Factory Outlet* compró parte del excedente con el fin de comercializarlo en Suecia, *Peak* se opuso alegando que las prendas no habían sido comercializadas previamente en el EEE.

Siguiendo la posición expuesta por la Comisión, el Tribunal consideró que el agotamiento tendrá lugar cuando los bienes son vendidos por el titular –o con su consentimiento– en el EEE. En su opinión, el artículo 7(1) constituye un límite al derecho de exclusiva del titular en tanto que limita su poder de disposición a la primera comercialización (la primera vez que se pone en el mercado) y hace algunas precisiones. En primer lugar, la comercialización extracomunitaria no agota el derecho de exclusiva en razón de la regla de agotamiento comunitaria reiterada insistentemente por la jurisprudencia. En segundo lugar, la intención de vender un producto o de ofrecer un servicio en el mercado resulta insuficiente teniendo en cuenta que con el simple deseo no se concreta el valor económico de la marca. En este orden de ideas, la “realización” del valor económico sucede con la venta y en ese sentido debe interpretarse el artículo 7(1).

En *Davidoff*<sup>54</sup>, por su parte, el TJCE desarrolla el requisito del consentimiento debido. Si bien, las cuestiones prejudiciales se suscitan en torno a las importaciones provenientes de terceros países es posible identificar algunos rasgos generales del consentimiento. El primero, es que corresponde al interesado demostrar el consentimiento inequívoco del titular. Por regla general, el consentimiento proviene de una manifestación expresa del titular, no obstante, podrá admitirse el consentimiento tácito en atención a las circunstancias previas, concomitantes o posteriores a la comercialización que lo demuestren de forma inequívoca. El segundo, que se excluye a la inactividad del titular como prueba suficiente para acreditar el consentimiento –también el silencio–. El interesado deberá demostrar actos positivos del titular que permitan inferir su aprobación, la no oposición del titular frente a la comercialización o la ausencia de regulación expresa en el contrato como medios idóneos de acreditación.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede concluir que el licenciante podrá oponerse a la primera comercialización cuando el licenciario pretende realizarla en condiciones distintas a las convenidas en el contrato. En este sentido, la comercialización –ventas activas<sup>55</sup>– por fuera del territorio asignado no ha sido autorizado por el licenciante, por el contrario, ha sido prohibida expresamente. Una interpretación contraria sitúa al titular en una situación paradójica que le permite oponerse a la comercialización pretendida por el

<sup>53</sup> *PEAK HOLDING V. AXOLIN-ELINOR AB*, TJCE. 2004.

<sup>54</sup> *ZINO DAVIDOFF V. A&G IMPORTS LTD.*, TJCE. 2001.

<sup>55</sup> Por regla general se prohíbe cualquier acuerdo que pretenda restringir las ventas pasivas (con independencia del bien inmaterial de que se trate, aplicable incluso al *Know-how*). Las restricciones a las ventas pasivas podrán ser válidas si cumplen con los requisitos establecidos en los reglamentos de exenciones por categorías para los contratos de transferencia de tecnología o los contratos de distribución y franquicia.

licenciataria –por no haber agotamiento–, pero le impide ejercer las acciones de protección de su derecho frente a aquel que realiza la comercialización no consentida.

Son pocos los casos resueltos por los tribunales españoles por el incumplimiento de restricciones territoriales. Los casos encontrados se resolvieron en vigencia de la Ley de Marcas de 1988 y en ellas se dio preferencia a la infracción marcaria. En la primera sentencia, la Audiencia Provincial de La Rioja, en sentencia de 4 de enero de 2001<sup>56</sup> abordó el problema de la territorialidad como supuesto de infracción marcaria. En el caso de autos, las partes suscribieron en 1968 un contrato de licencia para la producción y comercialización de bebidas refrescantes identificadas con la marca KONGA. En el contrato se le asignó al licenciataria una zona de comercialización y se prohibieron las ventas por fuera del territorio asignado. El demandado realiza unas ventas incumpliendo las restricciones territoriales establecidas en el contrato y el titular demanda una infracción marcaria. El juzgado de primera instancia estima parcialmente la demanda y condena al demandado por la infracción. El licenciataria apela la sentencia alegando de indebida aplicación de la Ley de Marcas (1988) en detrimento de la ley del contrato. En su opinión, la naturaleza contractual del incumplimiento y la ausencia de daño al mercado o a los consumidores hacia improcedente el estudio de la infracción.

La Audiencia desestima el recurso de alzada con base en los siguientes argumentos: Por una parte, entiende acreditado el incumplimiento territorial establecido en el contrato, incumplimiento que, valga señalar, no fue puntual sino de forma reiterada según se desprende de la confesión del representante legal quien reconoció que desde 1992 comenzó a ofrecer los productos marcados por fuera del territorio asignado. Por otra parte, que la supuesta ‘liberalización’ territorial alegada por el demandando no tuvo lugar y, en consecuencia, ofreció sus productos sin el consentimiento de aquel, configurándose la competencia activa prohibida en el contrato. Sin embargo, reconoce que la legislación marcaria imponía una limitación temporal para la indemnización de daños y perjuicios por las infracciones marcarias y circunscribe la indemnización a los cinco años anteriores a la interposición de la demanda.

En la segunda sentencia, la Audiencia Provincial de Toledo<sup>57</sup>, en su *obiter dicta*, reconoce la procedencia de la Ley marcaria en los supuestos de infracción territorial. En este caso, la Audiencia –quien estudiaba un supuesto de falseamiento de la información para el pago de regalías– consideró que pese a la amplitud del artículo 42.2 de la anterior Ley de Marcas, la doctrina unánimemente había reconocido que el ejercicio de la acción marcaria frente a los licenciataria se limitaba exclusivamente a los comportamientos que excedieran el ámbito material<sup>58</sup>, territorial o temporal de su licencia. Se excluye el ámbito marcario, por ejemplo, el impago o el incumplimiento en el uso de la marca conforme a las instrucciones entregadas por el licenciante.

Se echa en falta algún pronunciamiento judicial que, en vigencia de la nueva ley, resuelva una controversia surgida por el incumplimiento de los límites territoriales de la licencia, pero, como se verá más adelante, existe un pronunciamiento del juzgado de lo mer-

<sup>56</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA, *JUR 2001/113651*.

<sup>57</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO, *AC 2001/1786*.

<sup>58</sup> En este caso pone como ejemplo, la utilización a título de marca y no como rótulo del establecimiento.

cantil de Alicante en el que se aborda la cuestión frente a marcas comunitarias y reconoce la infracción marcaria por el incumplimiento de los límites territoriales para la fabricación y comercialización de los productos marcados.

## 5. CALIDAD

Antaño quedó la concepción clásica que cimentaba el derecho de marca exclusivamente sobre la función identificadora del origen y, con el paso del tiempo ha venido a ser complementada por la función indicadora de calidad y la publicitaria. En esta línea, la Ley de Marcas, en su artículo 48, faculta al titular para ejercer su derecho de exclusiva frente al licenciatario cuando se incumple la calidad establecida en el contrato<sup>59</sup>.

No obstante, la doctrina discute la conveniencia de su inclusión<sup>60</sup>. La principal duda viene dada por el objeto de protección del derecho de marca. Un sector de la doctrina entiende que se protege de forma exclusiva la función indicadora del origen; un sector contrario que con él se protegen todas las funciones atribuidas a la marca; un sector contrario considera.

Los defensores de la primera postura<sup>61</sup>, consideran que la caducidad de marca está concebida sobre la base de la vulgarización sobrevinida de la marca –que opera sobre los elementos estructurales de la marca– más que de una sanción por el incumplimiento del requisito del control. En este sentido, defienden que la Ley de Marcas no impone al licenciante obligaciones en torno al control de la calidad. Por el contrario, deja a su arbitrio la incorporación de un régimen de control en los contratos de licencia. Aquellos que la avalan<sup>62</sup> reconocen la existencia del deber de control que impone a los titulares la obligación de controlar la calidad de los productos y servicios prestados por sus licenciatarios. Su incumplimiento puede devenir en la caducidad de la marca en los términos del artículo 55.1(e) de la Ley de Marcas<sup>63</sup>.

Señálese que esta obligación también ha sido reconocida en Italia y en los Estados Unidos. En el primero, el artículo 23.3 del Código de Propiedad Industrial reconoce que el titular puede hacer valer su derecho de exclusiva contra el licenciatario que incumple las condiciones a las que hace mención el derecho comunitario<sup>64</sup>. En el segundo, la jurisprudencia

<sup>59</sup> Similar facultad se concede al titular de Diseño industrial (artículo 60-4 LDI).

<sup>60</sup> MARTÍN (2008) p. 776. Subráyese también que la AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO en sentencia AC 2001/1786 (2001, resolviendo una controversia al amparo de la Ley de Marcas de 1988, señaló que pese a la inclusión de la calidad como supuesto de infracción en la normativa comunitaria no podía considerarse como tal a la luz de la ley marcaria en los siguientes términos: “Aun así, como hemos señalado, la opinión doctrinal unánime considera que la Ley de Marcas protege al titular de la marca frente a las actividades del licenciatario que se exceden del ámbito material, territorial o temporal de su licencia (utilización a título de marca y no como rótulo de establecimiento, licencia sobre algunos de los productos o servicios y no de todos, uso de marca en zona geográfica no autorizada...)”.

<sup>61</sup> GRIMALDOS (2007) p. 828; LOBATO (2007) p. 836; MASSAGUER (1995) pp. 4107-4108.

<sup>62</sup> CASADO (1994) p. 195-197.

<sup>63</sup> A nivel comunitario, el artículo 12.2(b) de la DIRECTIVA (CE) N° 2008/95 de 2008, replicada en artículo 20(b) de la DIRECTIVA (CE) N° 2015/2436 de 2015. Conviene resaltar que su redacción es mucho más clara que la contenida en el artículo 50.1(a) del REGLAMENTO (CE) N° 40/94 de 1993 que dio pie a la discusión.

<sup>64</sup> *BARCAMERICA INTERNATIONAL USA TRUST v. TYFIELD IMPORTERS, INC.*, 9th Cir. 2002.

dencia<sup>65</sup> ha dado un paso más y ha señalado que el otorgamiento de licencias sin controles de calidad puede dar lugar al abandono de la marca. En lo que aquí interesa, el control de calidad no se refiere al cumplimiento de altos estándares de calidad, sino a la uniformidad en los atributos de los productos fabricados o de los servicios prestados bajo la marca licenciada pues los consumidores pueden esperar esta consistencia y predictibilidad<sup>66</sup>.

Al margen de la discusión, parece claro que el titular ostenta algún tipo de control y dirección en el proceso productivo del licenciatario –ambas posturas lo reconocen con matices–. No son extrañas las referencias a la calidad en los contratos de licencia, ni las auditorías realizadas por el titular o un tercero designado, ni los reportes de gestión por parte del licenciatario que dan cuenta del interés del licenciante en proteger su marca. De hecho, el TJCE ha establecido el control de calidad como un límite al ejercicio del derecho de exclusiva. Frente a la disyuntiva, el Tribunal parece inclinarse por una solución intermedia que reconoce un deber de control en cabeza del titular cuyo incumplimiento limita el ejercicio del *ius prohibendi* frente al licenciatario, pero descarta la caducidad.

Esta solución comienza a desarrollarse en *Haag II*<sup>67</sup> donde se resalta la importancia de la homogeneidad de los productos producidos y comercializados bajo la estela de una misma marca. En su opinión, las marcas son un elemento esencial para el mantenimiento de la libre competencia, pues permiten atraer y conservar consumidores con base en los atributos del producto o servicio y que son por ellos reconocibles. Por ello, es imprescindible que se garantice que todos los productos han sido producidos bajo el control de una sola empresa a la que puede hacerse responsable de su calidad. Así pues, la procedencia viene dada por el centro desde el cual se dirige la fabricación, no de quien materialmente lo fabrica. En los contratos de licencia no exclusivas, por ejemplo, el licenciante mantiene el control del proceso mediante la inclusión de prestaciones a cargo del licenciatario con las que se busca asegurar la homogeneidad productiva. En los supuestos de licencias exclusivas y de fraccionamiento de marca –entre otros, el *merchandising*– el control de la producción, distribución y homogeneidad cualitativa recae en el licenciatario<sup>68</sup>.

Así las cosas, la ausencia de control puede repercutir en la función identificadora del origen y el titular podría ser responsable por la calidad de los productos.

En *Ideal Standard*<sup>69</sup>, el TJCE decanta su postura y reconoce en la posibilidad de control de calidad –no en el control efectivo– un límite al ejercicio del derecho de exclusiva. En este caso, el Tribunal retoma los argumentos expuestos en *Haag II*, pero hace algunas precisiones en torno al control de calidad. En primer lugar, reconoce que habrá agotamiento del derecho cuando el titular de la marca en el estado importador se corresponde con el titular en el estado exportador o cuando mantienen una vinculación económica pese a ser personas independientes –por ejemplo, una filial, por un licenciatario y/o un concesionario

<sup>65</sup> MUSSO (2012) p. 178.

<sup>66</sup> CONTRERAS (2022) p 473.

<sup>67</sup> *SA CNL-SUCAL NV v. HAAG GF AG.*, TJCE. 1990.

<sup>68</sup> MUSSO (2013) p. 178.

<sup>69</sup> *IHT INTERNATIONALE HEIZTECHNIK GMBH v. IDEAL-STANDARD GMBH*, TJCE. 1994.

o distribuidor—. En estos casos se predica la unidad de control, que es lo relevante para el derecho de marcas, y habrá agotamiento cuando se comercializa por alguno de ellos.

En segundo lugar, resalta que, en el marco de una licencia, el licenciante puede controlar la calidad de los productos fabricados por el licenciatario con la inclusión de provisiones contractuales que lo obliguen a cumplir con sus protocolos o procedimientos y que reserven en el titular la potestad. El elemento decisivo es la posibilidad de control sobre la calidad de los productos, no su ejercicio efectivo. Cuando el titular no los emplea está tolerando la fabricación de productos por debajo de la calidad ordinaria y deberá asumir las consecuencias de su inacción pues, de lo contrario, el ejercicio del derecho exclusiva, afectaría la libre circulación de bienes y servicios en el mercado único con la imposición injustificada de barreras.

Dicho esto, la homogeneidad de los productos y de los servicios supone indudables beneficios en la media que reduce los costes de información de los consumidores y les permite escoger productos con apoyo en sus experiencias previas con la marca —no necesariamente con el mismo producto— o con la consolidación que ésta tiene en el mercado que les permite asociar determinados estándares de calidad —sean altos o bajos— y determinar el precio que están dispuestos a pagar<sup>70</sup>. De igual manera, refuerza la función indicadora del origen pues destaca las diferencias de una marca en relación con sus competidoras con base en criterios objetivos de comparación.

El titular es el primer interesado en mantener la homogeneidad productiva, pues el valor de su marca se construye sobre la base del reconocimiento. La exposición pública por la mala calidad de los productos fabricados por uno de sus licenciatarios puede generarle pérdidas reputacionales y afectar a los demás licenciatarios de la red. Por ello, la adopción de medidas preventivas y el seguimiento del proceso productivo del licenciatario mitiga el riesgo de la heterogeneidad y le permite adoptar medidas contractuales en etapas tempranas. Son pocos los casos resueltos por la jurisprudencia, empero, llama la atención que el licenciante opta indistintamente por los remedios contractuales o por la infracción marcaria.

En sentencia de 11 de junio de 2011<sup>71</sup>, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona estudia el problema de la calidad en un contrato de franquicia. En el caso de autos, las partes suscriben un contrato de franquicia con una vigencia de dos años. Después suscribieron una prórroga por 6 meses con la intención de regularizar los incumplimientos de la franquiciada. En ella se estableció expresamente como condición para suscribir una segunda prórroga el cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) el mantenimiento de los estándares de calidad de la marca Pacha; b) la adecuación del local conforme a las especificaciones técnicas establecidas por el franquiciante; c) la reinauguración oficial de la sala y d) el pago de las regalías pendientes. La actora decide demandar el incumplimiento del contrato por el impago de las regalías y el no mantenimiento de los estándares de calidad de la marca. El juzgado de primera instancia estima parcialmente la demanda, declarando

<sup>70</sup> En este sentido, GRIMALDOS (2007) p. 826; LANDES y POSNER (2003) pp. 167-170. Asimismo, ello explica en buena medida la disposición que tienen los consumidores para pagar un mayor precio por una marca conocida. Sin perder de vista, los atributos que puede tener en el consumidor el adquirir ciertas marcas que refuerzan su estatus.

<sup>71</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, *JUR* 2011/318711.

la extinción de la prórroga y condenando al pago de los valores adeudados y al cese de uso de la marca. En segunda instancia, la Audiencia desestima el recurso interpuesto por la demandada y confirma la sentencia de primera instancia.

En opinión de la Audiencia, en el plenario se encuentra acreditado el incumplimiento de la franquiciada por el impago de las regalías y por el no mantenimiento de los estándares de calidad. Frente al primero, que la sala califica de incumplimiento esencial, descarta la aplicación de la teoría de los actos propios invocada por la demandada toda vez que la actora requirió en reiteradas ocasiones el pago de los valores pendientes. Contrario a lo argüido por la demandada, la actora ideó formas alternativas para regularizar el incumplimiento que dan cuenta de su intención manifiesta por perseguir el pago de las regalías.

En cuanto a la calidad, la Sala cuestiona que la demandada alegara el desconocimiento de tales estándares si se tienen en cuenta los múltiples requerimientos por parte de la franquiciante y la inclusión de una disposición expresa en la prórroga del contrato que, además de reiterar los mínimos establecidos por la licenciante, estableció la obligación de someterse a una revisión periódica. Para la Audiencia, la franquiciada realizó los pagos adeudados en los plazos convenidos ni subsanó y/o adecuó su servicio a los estándares de calidad establecidos en el contrato durante la prórroga.

En el segundo caso, también de la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>72</sup>, vuelve a estudiarse el incumplimiento de la calidad en un contrato de franquicia. Aquí, las partes suscriben un contrato en 1992, que fue resuelto anticipadamente el 27 de octubre de 1993 por la franquiciante alegando el incumplimiento de los estándares de calidad. En respuesta, la franquiciada demanda la terminación injusta del contrato. La franquiciante por su parte, presenta demanda de reconvención solicitando la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato resuelto. En primera instancia, el juzgado desestima la demanda, pero estima parcialmente la demanda de reconvención y condena a la franquiciada al pago de los daños y perjuicios causados. La actora apela la decisión y el recurso es desestimado por la Audiencia.

En opinión de la sala, está suficientemente acreditado el incumplimiento de los estándares de calidad como lo muestra la queja constante de los clientes y la consecuente cancelación de contratos por parte de éstos lo que supuso pérdida de clientes y pérdidas patrimoniales para la franquiciante. En este sentido, el incumplimiento bien se puede calificar de esencial procediendo así la terminación.

Llaman la atención las reflexiones hechas por la Audiencia en torno al requisito de control. Ante el reclamo de la actora, por lo que considera el abuso de una posición dominante contractual, la Sala entiende apropiados los instrumentos establecidos en el contrato para garantizar el cumplimiento de los estándares de calidad, entre otros, que la franquiciante se reserve la facultad de supervisar el reparto de trabajo de sus franquiciados; la realización periódica de *tests* o “pruebas de calidad”; el retiro de clientes del franquiciado que no cumple con los niveles de calidad establecidos en el contrato e incluso, la terminación anticipada del contrato. Contrario a lo sostenido por la actora, la inclusión de tales potestades, lejos de constituir un desequilibrio de la relación contractual, resultan imprescindibles para

<sup>72</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, AC 1997/1650.

el cabal desarrollo del contrato de franquicia comoquiera que la credibilidad y rentabilidad de la marca están íntimamente ligadas al cumplimiento de los estándares de calidad definidos por el franquiciante. La Sala termina recordando que el franquiciado no está obligado a suscribir el contrato, pero cuando decide obtener los beneficios de una determinada marca se obliga a cumplir con las prestaciones a su cargo.

En otros pronunciamientos, por el contrario, el licenciante optó por la acción marcaría. En sentencia de 23 de julio de 2012<sup>73</sup>, por ejemplo, la AP de Alicante, actuando como Tribunal de Marca comunitaria, aborda la cuestión. Pirelli suscribe con *Licensing Projects S.L* un contrato de licencia exclusiva para la fabricación, distribución y comercialización de calzado identificado con la marca del licenciante y posteriormente lo resuelve por el incumplimiento de la demandada. La cuestión se somete a arbitramento internacional y el Tribunal declara conforme la resolución. La aquí demandada interpone recurso de anulación contra el laudo ante la Corte de Apelaciones de París el cual es concedido. A la par, previa resolución del recurso, el licenciante demanda la infracción marcaría en España.

En esta oportunidad, la Audiencia centra su atención en las acciones disponibles frente al incumplimiento del contrato de licencia y reconoce expresamente que el licenciante puede escoger las acciones propias de la responsabilidad contractual y la acción marcaría. La resolución por incumplimiento, por tanto, no es una condición previa para el ejercicio de la segunda y el resultado jurisdiccional o arbitral tampoco condiciona la suerte del proceso marcarío. Sobrevenida la anulación del laudo, por ejemplo, corresponde al juez determinar si con anterioridad a dictarse el laudo concurrían los presupuestos de la acción marcaría.

Así pues, el licenciante puede demandar la infracción porque el artículo 22.2 del Reglamento de Marca Comunitaria “eleva a la categoría de acto de violación de marca comunitaria determinados incumplimientos contractuales por parte del licenciatario”<sup>74</sup>. El contrato, en su cláusula quinta, establecía como requisito la aprobación previa de cualquier prototipo como una medida de control de los productos comercializados por el licenciatario. La cláusula 28-2 reconocía a la licenciante la facultad de resolver el contrato por el incumplimiento de la obligación aludida. La parte actora, con base en lo establecido en el contrato, denunció la difusión, promoción, distribución y venta de la colección otoño/invierno sin la previa aprobación de los prototipos. Habiendo quedado acreditado el incumplimiento de la calidad de los productos, el tribunal procede a declarar la infracción marcaría en virtud de lo establecido en el referido artículo 22-2(e).

Similar solución se presenta en sentencia de 20 de junio de 2014<sup>75</sup> del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, actuando como juzgado de marca comunitaria. Las partes suscriben un contrato de licencia y distribución en exclusiva de los productos distinguidos con las marcas Hummel en España y Portugal. En el acuerdo se estableció, entre otras cosas, que al licenciatario le estaba prohibido sublicenciar las marcas licenciadas sin la aprobación de la parte actora. También le estaba prohibido fabricar productos por su cuenta sin la apro-

<sup>73</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, *AC 2012/2108*.

<sup>74</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, *AC 2012/2108*.

<sup>75</sup> JUZGADO DE LO MERCANTIL DE ALICANTE, *AC 2014/1056*.

bación de la licenciante y fabricar los productos autorizados fuera del ámbito territorial reconocido en el contrato o contratar con proveedores desconocidos sin aquiescencia previa. Tras una auditoría realizada, la titular resuelve el contrato de licencia y distribución y requiere a la licenciataria el cese inmediato del uso de las marcas, requerimiento que no es acatado por la demandada.

Subráyese que el Juzgado distingue dos escenarios: La infracción marcaría por la revocación del consentimiento y la infracción marcaría por incumplimiento contractual. En el primero entiende que el licenciante podrá ejercer su derecho de exclusiva frente al licenciario, amparado en la resolución contractual sin que precise de una declaración judicial. En efecto, el artículo 1124 del Código Civil habilita el ejercicio de la facultad resolutoria por la vía extrajudicial, pudiendo el licenciario recurrir a la vía judicial para cuestionar su licitud y reclamar los daños y perjuicios a que haya lugar. No puede aceptarse que el tercero mantenga el derecho de uso contra la voluntad del titular hasta que se produzca una decisión judicial pues la espera podría traer aparejos daños irreparables para la imagen y la reputación de la marca licenciada, por ello, es lógico que la revocación del consentimiento de uso produzca efectos inmediatos. En este sentido, El juzgado, siguiendo lo dicho por el TJCE en el asunto *Martin y Paz*, reconoce que el derecho de exclusiva se confiere al titular para proteger sus intereses específicos frente a la marca y procede en los casos en que el uso del signo por un tercero menoscabe o puede menoscabar alguna de sus funciones.

En el segundo escenario (con un contrato vigente), el titular conserva la potestad de optar por las acciones contractuales o por la acción de infracción marcaría, con apoyo en el artículo 22-2 Reglamento de Marca Comunitaria, sin que se requiera la previa declaración de la resolución del contrato. En el caso de autos, el ponente estimó que de aceptarse que el contrato siguiera vigente –cosa que no sucede–, igual habría procedido la acción marcaría por los incumplimientos acreditados del demandado frente a los estándares de calidad, al territorio asignado y el sub-licenciamiento. Lo anterior, teniendo en cuenta que encargó la fabricación de productos en China, sin autorización previa del licenciante, compró productos de calidades inferiores a los estándares establecidos en el contrato y, de igual forma, delegó en terceros (ajenos a la supervisión de licenciante) la comercialización de los productos marcados. En concreto, fueron tres incumplimientos del licenciario: a) el incumplimiento de los estándares de calidad establecidos en el contrato; b) el incumplimiento de las limitaciones territoriales impuestas al licenciario para la fabricación y comercialización de los productos marcados y; c) la comercialización de los productos marcados a través de terceros no autorizados

ajenos a cualquier control, o empleo de fabricantes y suministradores al margen de los cauces de supervisión del licenciante, que implica una calidad o naturaleza del producto distinta a la supervisada, con quiebra de las garantías que el titular de la marca<sup>76</sup>.

<sup>76</sup> JUZGADO DE LO MERCANTIL DE ALICANTE, *AC 2014/1056*.

### III. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA ALTERNANCIA DE LAS ACCIONES

Como se ha visto en las hipótesis analizadas, el derecho ofrece un régimen dual que opera de distintas maneras en atención al supuesto de que se trate. En el impago y la no explotación, por ejemplo, parece haber consenso en que debe reconducirse necesariamente a los contornos contractuales porque las pérdidas solo son pecuniarias y pueden compensarse plenamente con el interés de la expectativa (sin perder de vista el remedio resolutorio). Frente al plazo, la solución es la opuesta porque con el vencimiento desaparece la autorización de uso y cualquier explotación sucedánea se tiene por ilegítima. El incumplimiento de la territorialidad (como mínimo en el lugar donde se fabrica) y de los estándares de calidad, por su parte, parecen admitir la potestad de elección reforzando así la posición del titular quien, en última instancia, puede invocar el *ius prohibendi* sin haber resuelto el contrato.

La alternancia ofrece mejores perspectivas para la protección de la propiedad industrial porque amplía el catálogo de acciones disponible para el titular. Si bien no existe una regla general, los casos analizados (especialmente los relacionados con la marca) parecen sugerir que la preferencia por uno u otro régimen dependerá del contexto en el que se explota el bien. En el licenciamiento simple, por ejemplo, la relación se construye en torno a la propiedad industrial y el titular puede estar inclinado al ejercicio del derecho de exclusiva. No obstante, en operaciones multidimensionales podrían preferir los remedios contractuales toda vez que el derecho de explotación se enmarca en una relación más compleja.

En este sentido, parece razonable que los franquiciantes se hubiesen decantado por la vía contractual para resolver el contrato de franquicia alegando (entre otros motivos) el incumplimiento de los estándares de calidad establecidos pues el ejercicio de los derechos conferidos por la propiedad industrial podría resultar insuficiente. En efecto, a la autorización de uso de la marca y de otros signos distintivos del titular se acompaña la asistencia técnica por parte del franquiciante y del compromiso del franquiciado de adquirir determinados insumos o materias primas suministradores por el primero o por un tercero designado. Las partes se mantienen como entidades independientes, pero el franquiciado se integra a una red de explotación configurada bajo un patrón distintivo y queda obligado a replicar los procesos o servicios desarrollados y continuamente adaptados por el franquiciador<sup>77</sup>, así las cosas, las partes buscan concluir la relación en su conjunto y, de paso, darle solución al uso de la propiedad industrial.

Empero, subsisten algunas inquietudes en torno a su operatividad. Las controversias contractuales versan sobre el incumplimiento o no del programa prestacional descrito en el contrato y corresponden a los tribunales civiles; las infracciones al derecho de exclusiva giran en torno a los incumplimientos previstos en la legislación especial y son conocidos por los tribunales de lo mercantil, siendo así ¿pueden acumularse? Conforme a lo estudiado, parece claro que el juez civil no puede conocer de las infracciones al derecho de exclusiva, pero puede pronunciarse frente a los incumplimientos y la procedencia o no de los remedios contractuales. No puede decirse lo mismo de los jueces de lo mercantil.

<sup>77</sup> CHULIÀ y BELTRÁN (1994) p. 168.

Intuitivamente, podría pensarse que su competencia está limitada a los incumplimientos habilitantes de la acción, no obstante, la Audiencia Provincial de Alicante (actuando como Tribunal de Marca comunitario) en sentencia de 30 de septiembre 2015 parece abrir esta posibilidad. En este caso, como se recordará, se reconocen distintas situaciones jurídicas entre las partes: una primera relación que viene dada por el contrato de licencia que posteriormente viene a ser resuelto por el incumplimiento del licenciario; una segunda que surge por la explotación no autorizada de la marca con posterioridad a la resolución y el titular acumula ambas pretensiones. Al incumplimiento contractual se le aplican las consecuencias expresamente previstas en el acuerdo que, para el caso, vienen a ser el pago de los cánones impagados por los productos no declarados y la aplicación de la cláusula penal por el falseamiento de las cuentas. A la infracción marcaria le aplica lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Marcas y el artículo 53 de la Protección Jurídica del Diseño Industrial, en concreto, el pago de una licencia hipotética.

Por otro lado, está la cuestión de la elección. La jurisprudencia se muestra favorable a la alternancia, pero no queda claro si con el ejercicio de alguna de las acciones se pierde la posibilidad de accionar aquella que no ha sido escogida. A la luz del caso *Pirelli*, la respuesta parece ser negativa pues la Audiencia desmarca el resultado de la acción marcaria de lo que sucede en sede contractual. Como se recordará, el titular demandó el uso no consentido del licenciario tras la resolución del contrato en Francia y después alegó la violación marcaria en España, no obstante, el laudo arbitral que resolvió el contrato fue anulado por la Corte de Apelaciones de París con posterioridad a la presentación de la segunda demanda. Pese a las alegaciones del demandado, la Audiencia distingue el ejercicio de los remedios contractuales de la acción por infracción de ahí que el resultado de la controversia contractual no se traslape automáticamente a las segundas. La sala, implícitamente, reconoce una diferencia entre los incumplimientos tradicionales y los incumplimientos-previstos en la legislación marcaria pues solo a los primeros se les exige la esencialidad. También reafirma la potestad que tiene el titular de resolver unilateralmente el contrato, con independencia de las consecuencias civiles que puedan tener lugar por una resolución arbitraria.

En estos casos, corresponderá al juez determinar si, con anterioridad a la decisión arbitral (o judicial), concurrieron los presupuestos de la acción y, en especial, si el incumplimiento se corresponde con las obligaciones descritas en la normativa especial, por ello, no basta la simple revocación de la autorización de uso para alegar la violación del derecho de exclusiva; también se exige la acreditación del incumplimiento.

La decisión viene a “concretar los presupuestos del ejercicio de la acción de violación de la marca comunitaria frente a un licenciario con mayor detalle y precisión que”<sup>78</sup> lo dicho en la sentencia de 23 de octubre de 2008<sup>79</sup> (proferida por la misma Audiencia) en la que se afirmó que bastaba la simple revocación de la autorización para acudir a la acción por infracción marcaria. A primera vista, parecen contradictorias porque la sentencia de 2012 establece un requisito que no se exigía en sentencia de 2008 pues supedita la aplicación del artículo 22.2 del Reglamento de Marca Comunitaria al incumplimiento de alguna

<sup>78</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, *AC 2012/2108*.

<sup>79</sup> AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, *AC 2009/48*.

de las materias previstas en el artículo en cuestión. Empero, si se mira con detalle viene a explicitar un requisito propio de la acción.

En este sentido, conviene distinguir la explotación no consentida (después de la resolución del contrato) y los incumplimientos (propriadamente dichos) que justifican el remedio resolutorio. En el primer supuesto, la posición jurisprudencial ha sido unánime en reconocer la potestad que tiene el titular para resolver el contrato sin intervención judicial. En consecuencia, podrá invocar el *ius prohibendi* frente los actos posteriores a la resolución<sup>80</sup>. En el segundo, el titular podrá escoger entre los remedios contractuales y la acción por infracción. Cualquier otro incumplimiento deberá resolverse necesariamente por la vía contractual. Esto es lo que viene a explicitar la sentencia de 2012.

Finalmente, conviene señalar que tratándose de marcas y de diseños industriales el ejercicio del derecho de exclusiva por el incumplimiento de los estándares de calidad está supeditado a la posibilidad de control de la calidad por parte del licenciante. A éste le corresponde adoptar medidas que promuevan el cumplimiento de los estándares y su pasividad le impedirá oponer su derecho de exclusiva. Esta solución resulta consistente con lo dicho en *Haag II* y *Ideal Standard* en donde se reconoció en la posibilidad de control de calidad un límite al ejercicio del derecho de exclusiva.

El licenciante dispone de mecanismos contractuales para asegurar el cumplimiento de los estándares de calidad por él pretendidos, si no recurre a ellos de forma preventiva, mal podría reconocérsele un régimen más favorable de protección. Implícitamente parece recomendarse que las controversias relativas a la calidad sean resueltas (en primera instancia) por las partes, a través de los instrumentos establecidos en el contrato, y se recurra a la acción marcaría cuando el licenciario desconoce las medidas de control impuestas por el licenciante. No sorprende, por tanto, que en los casos en que se optó por la acción marcaría, se alegó la elaboración y comercialización de productos marcados sin la previa aprobación del prototipo o la contratación con proveedores no autorizados lo que incidió en la fabricación de productos con calidades inferiores a los establecidos en el contrato.

En todo caso, conviene, preguntarse por el papel que cumple la licencia hipotética en estos supuestos y todo parece indicar que cumple una función agravatoria de la responsabilidad. Con la licencia hipotética se busca compensar las regalías que el titular hubiera recibido de haber consentido la explotación<sup>81</sup>, pero en este caso el infractor ha pagado previamente por la explotación del derecho, cosa distinta es que haya fabricado el producto o prestado el servicio con estándares inferiores a los establecidos en el contrato. Así pues, el licenciario realiza un doble pago por la explotación del derecho licenciado porque paga

<sup>80</sup> También ha sido consistente en el reconocimiento de acciones civiles en favor del licenciario como mecanismo de defensa frente a las resoluciones arbitrarias.

<sup>81</sup> Un sector de la doctrina española se muestra crítico con su inclusión como medida indemnizatoria dado su indudable carácter restitutorio cuya finalidad viene dada por la necesidad de equilibrar dos patrimonios independientes que se vieron afectados por atribuciones patrimoniales injustificadas. Distinción que también ha sido empleada en el derecho inglés que diferencian los daños de los remedios en equidad frente a las infracciones de propiedad industrial ; Sin embargo, en la literatura estadounidense; pp. 1342-1345) empieza a reconocerse como una medida alternativa del daño (*disgorgement damages*) para cierto tipo de incumplimientos. BASOZABAL (1997); BENTLY y SHERMAN (2014); (BROOKS (2006); CORNISH y otros (2013); FARNSWORTH (1985); FERNANDEZ (2004); LOBATO (2007).

las regalías establecidas en un primer momento y después vuelve a sufragarlas por el incumplimiento de los estándares de calidad.

Bien podría argumentarse que el pago de la licencia hipotética es tan sólo uno de los criterios establecidos para la cuantificación del daño y subsiste la posibilidad de recurrir al criterio de las consecuencias negativas de la infracción –entre ellas, los beneficios dejados de obtener por el titular o los beneficios que hubiera obtenido el infractor–. Una posible interpretación del artículo 43.2(a) de la Ley de Marcas permitiría acumular las ganancias dejadas de percibir por el titular con las ganancias obtenidas por el licenciatarario. No obstante, en este trabajo se excluye tal posibilidad teniendo en cuenta ambos han sido utilizados como criterios alternativos para cuantificar el daño<sup>82</sup>. En esta línea, el Artículo 74.2 de la Ley de Patentes prohíbe expresamente su acumulación. Si bien se admite esta posibilidad, también es cierto que en la práctica el criterio escogido para cuantificar el daño es el de la licencia hipotética lo que termina reforzando el carácter agravatorio<sup>83</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

El contrato de licencia ha ganado notable preponderancia en el tráfico jurídico por su capacidad de integrar la propiedad industrial en los procesos de producción y/o de comercialización de productos y servicios. No todas las controversias se resuelven por la vía del incumplimiento, y, en determinados supuestos, cabe la posibilidad invocar el *ius prohibendi* frente al licenciatarario.

Podría pensarse que, en estos casos, el licenciante prefiere la infracción porque garantiza la eficacia jurídico real de la propiedad industrial. No obstante, la realidad da cuenta de la alternancia de las acciones. Tratándose de la calidad, por ejemplo, no es extraño que el licenciante opte por la vía contractual, pese a la disponibilidad de la infracción marcaria. Esto resulta especialmente cierto en relaciones multidimensionales, como la franquicia, pues al titular le interesa extinguir la relación contractual en su conjunto, no solo proteger su propiedad industrial. También se ha optado por este camino en supuestos de explotación extemporánea por parte del licenciatarario.

La coexistencia de regímenes puede generar problemas operativos, pero la jurisprudencia española ha establecido pautas que permiten intuir una línea de acción:

1. La resolución contractual no es requisito para el ejercicio del derecho de exclusiva.
2. El resultado de la acción civil no condiciona necesariamente el resultado de la reclamación por infracción. En estos casos, corresponderá al juez determinar si, con anterioridad a la decisión arbitral o judicial, concurrieron los presupuestos de la acción y, en especial, si el incumplimiento se corresponde con las obligaciones descritas en la normativa especial.

<sup>82</sup> En este sentido, MASSAGUER (2016) p. 25.

<sup>83</sup> No sólo tratándose de la marca, también de otros bienes de propiedad industrial (por ejemplo, la patente). Entre otras, TRIBUNAL SUPREMO, *RJ 2008/4029*, *RJ 2009/2789*, *RJ 2010/9169*, *RJ 2011/1414*, *RJ 2012/9705*, *RJ 2013/199*, y *RJ 2016/542*; AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, *AC 2011/952*, *AC 2012/126*, *JUR 2016/212996*; y AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, *JUR 2013/190925*.

3. Se pueden acumular pretensiones contractuales y de propiedad industrial en la reclamación adelantada contra el licenciataria siempre que se presente en la jurisdicción mercantil. La competencia privativa de los jueces de los mercantil en respecto de la propiedad industrial impide la acumulación en la jurisdicción civil.

4. El ejercicio de la infracción marcaria por el incumplimiento de la calidad está su-peditado al desconocimiento de las medidas de control establecidas por el titular. La ausencia de medidas o su actitud pasiva frente al proceso productivo del licenciataria impide el ejercicio del *ius prohibendi*.

La dualidad de regímenes, sin duda, protege de mejor manera la propiedad industrial y es una ruta que se podría explorar en el contexto suramericano.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BASOZABAL ARRUE, Xabier (1997): “Método Triple de Computo del Daño: La indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual”, *Anuario de derecho civil*, vol. 50, N° 3: pp. 1263-1299.
- BEN-SHAHAR, Omri (2011): “Damages for Unlicensed Use”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 78, N° 1: pp. 7-29.
- BENTLY, Lionel y SHERMAN, Brad (2014): *Intellectual property law* (Oxford, Oxford University Press).
- BERCOVITZ, German y BERCOVITZ, Rodrigo (2013): *Tratado de contratos*, Tomo IV (Valencia, Tirant lo Blanch).
- BOZOVIC, Iza y HADFIELD, Gillian (2012): “Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations in Support of Innovation”, *USC Law Legal Studies*, documento de investigación N° C12-3.
- BROOKS, Richard (2006): “The Efficient Performance Hypothesis”, *The Yale Law Journal*, vol. 116: pp. 568-596.
- CASADO CERVINO, Alberto (1994): *La licencia de la marca comunitaria*, Tomo 16 (Santiago de Compostela, Marcial Pons).
- CASADO CERVINO, Alberto (2007): “Agotamiento del derecho de marca: alcance, requisitos y límites conforme a la doctrina del TJCE”, *Actualidad Civil*, N° 14: pp. 1619-1636.
- CHULIÁ VICÉNT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa (1994): *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, Volumen I (Barcelona, Jose María Bosch Editor).
- CONTRERAS, Jorge L. (2022): *Intellectual property licensing and transactions. Theory and practice* (Cambridge, Cambridge University Press).
- CORNISH, William; LLEWELYN, David y APLIN, Tanya (2013): *Intellectual property: patents, copyright, trademarks and allied rights* (London, Sweet & Maxwell).
- DI CATALDO, Vincenzo (2010): “Contratos de licencia, obligación de uso de la invención y cláusulas restrictivas de la competencia”, *ADI 30*: pp. 211-224.
- FARNSWORTH, Allan (1985): “Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract”, *Yale Law Journal*, vol. 94, N° 6: pp. 1341-1392.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos (2004): *Tratado sobre derecho de marcas* (Barcelona, Marcial Pons).

- GALLEGO CONDE, Beatriz (2002): “El Agotamiento de los Derechos de Propiedad Industrial e Intelectual: un Análisis desde la Perspectiva del Comercio Internacional y del Derecho de la Libre Competencia”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 23: pp. 43-72.
- GARCÍA VIDAL, Ángel (2017): “El alcance territorial del agotamiento del derecho de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 20: pp. 567-592.
- GILSON, Ronald; SABEL, Charles y SCOTT, Robert (2010): “Braiding: The interaction of formal and informal contracting in theory, practice, and doctrine”, *Columbia Law Review*, vol. 110, N° 6: pp. 1377-1447.
- GRIMALDOS GARCÍA, Isabel (2007): “La función de la marca como indicador de la calidad del producto o servicio en los casos Emanuel y Fiorucci”, *Actas de derecho Industrial y derecho de autor*, Tomo 28: pp. 825-844.
- JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2002): “Restricciones expresas a la exportacion y agotamiento comunitario de las marcas”, *Diario La Ley*, N° 1440: pp. 1-19.
- JONES, Philip (1993): “Violation of a Patent License Restriction: Breach of Contract or Patent Infringement?”, *The Journal of Law and Technology*, Vol. 33, N° 3: pp. 225-240.
- LANDES, William y POSNER, Richard (2003) : *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press).
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel (2007): *Comentario a la Ley 17/2001, de marcas* (Madrid: Civitas).
- MARTÍN ARESTI, Pilar (1997): *La licencia contractual de patente* (Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters).
- MARTÍN ARESTI, Pilar (2008): “Artículo 48 -Licencia-”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José (edits.), *Comentarios a la Ley de marcas*, Tomo I (Navarra: Aranzadi) pp. 759-779.
- MASSAGUER FUENTES, José (1989): *El contrato de licencia de know-how* (Barcelona: José María Bosch Editor).
- MASSAGUER FUENTES, José (1995): “Licencia de Marca”, en Montoya Melgar, Alfredo (edit.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. III (Madrid: Civitas) pp. 4105-4111.
- MASSAGUER FUENTES, José (2016): “Aspectos sustantivos de la nueva ley de patentes”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 42: pp. 20-30.
- MUSSO, Alberto (2013): “Cesiones y licencias de propiedad industrial: Distinciones y regulación en los derechos italiano y comparado”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 33: pp. 161-184.
- SUÑOL LUCEA, Aurea (2009): *El secreto empresarial: un estudio del artículo 13 de la Ley de competencia desleal* (Madrid: Thomson Reuters-Civitas).
- WILLIAMSON, Oliver (1991): “Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives”, *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, N° 2: pp. 269-296.

## NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

España, Código Civil.

- España, Ley N° 17 (07/12/2001) de Marcas.
- España, Ley N° 20 (07/07/2003) de Diseño Industrial.
- España, Ley N° 24 (24/07/2015) de Patentes.
- Unión Europea, Directiva (UE) 89/104 del Consejo, 21/12/1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas. Diario Oficial UE, L 040, 11/02/1989.
- Unión Europea, Reglamento (CE) 40/94 del Consejo, 20/12/1993, sobre la marca comunitaria. Diario Oficial, L 11, 14/01/1994.
- Unión Europea, Reglamento (CE) 772/2004 de la Comisión, 27/04/2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología. Diario Oficial UE, L 123, 27/04/2004.
- Unión Europea, Directiva (UE) 2004/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, 29/04/2004, relativa al respecto de los derechos de propiedad intelectual. Diario Oficial UE, L 195, 02/06/2004.
- Unión Europea, Directiva (UE) 2008/95 del Parlamento Europeo y del Consejo, 22/10/2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas. Diario Oficial UE, L 299, 08/11/2008.
- Unión Europea, Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo, 20/02/2009, sobre la marca de la Unión Europea. Diario Oficial, L 78, 24/03/2009.
- Unión Europea, Reglamento (CE) 330/2010 de la Comisión, 20/04/2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Diario Oficial, L 102, 23/04/2010.
- Unión Europea, Reglamento (CE) 316/2014 de la Comisión, 21/03/2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología. Diario Oficial UE, L 93, 28/03/2014.
- Unión Europea, Reglamento (UE) 2015/2424 del Parlamento y del Consejo, 16/12/2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) N° 207/2009 del Consejo sobre la marca comunitaria, y el Reglamento (CE) N° 2868/95 de la Comisión, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) N° 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria, y se deroga el Reglamento (CE) N° 2869/95 de la Comisión, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos). Diario Oficial, L 341, 24/12/2015.
- Unión Europea, Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, 16/12/2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas. Diario Oficial UE, L 336, 23/12/2015.
- Unión Europea, Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, 08/07/2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. Diario Oficial UE, L 157, 15/06/2016.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### COMUNITARIA EUROPEA

- STJCE, *Deutsche Gramophon v. Metro* (08.06.1971), C-78/70.  
 STJCE, *Centrafarm v. Winthrop* (31.10.1974), C-16/74.  
 STJCE, *Dansk Supermarked v. Imperco* (22.01.1981), C-58/80.  
 STJCE, *Pharmon BV v. Hoechst AG* (09.07.1985), C-19/84.  
 STJCE, *SA CNL-Sucal NV v. Haag GF AG* (17.10.1990), C-10/89.  
 STJCE, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH v. Ideal-Standard GmbH* (22.06.1994), C-9/93.  
 STJCE, *Silhouette International v. Hartlauer Handelsgesellschaft* (16.07.1998), C-335/96.  
 STJCE, *Sebago Inc. v. GB-Unic SA* (01.07.1999), C-173/98.  
 STJCE, *Zino Davidoff v. A&G Imports Ltd.* (20.11.2001), C-414/99 a C-416/99.  
 STJCE, *Van Doren v. Lifestyle Sports* (08.03.2003), C-244/00.  
 STJCE, *Peak Holding v. Axolin-Elinor AB* (30.11.2004), C-16/03.  
 STJCE, *Martin y Paz Diffusion v. David Depuydt* (19.09.2013), C-661/11.

### ESPAÑOLA

- Tribunal Supremo, Sala 1º, 23 de marzo de 1988, RJ 1988/2228.  
 Tribunal Supremo, Sala 1º, 23 de junio de 1997, RJ 1997/5201.  
 Tribunal Supremo, Sala 1º, 05 de febrero de 2008, RJ 2008/4029.  
 Tribunal Supremo, Sala 1º (02.03.2009), RJ 2009/2789.  
 Tribunal Supremo, Sala 1º (18.11.2010), RJ 2010/9169.  
 Tribunal Supremo, Sala 1º (09.12.2010), RJ 2011/1414.  
 Tribunal Supremo, Sala 1º (09.11.2012), RJ 2012/9705.  
 Tribunal Supremo, Sala 1º (05.11.2012), RJ 2013/199.  
 Tribunal Supremo, Sala 1º (19.02.2016), RJ 2016/542.  
 Audiencia Provincial de Alicante, (23.10.2008), AC 2009/48.  
 Audiencia Provincial de Alicante, Sala 8ª (24.02.2011), AC 2011/952.  
 Audiencia Provincial de Alicante, Sala 8ª (16.11.2011), AC 2012/126.  
 Audiencia Provincial de Alicante, Sala 8ª, (23.07.2012), AC 2012/2108.  
 Audiencia Provincial de Alicante, Sala 8ª, (30.09.2015), JUR 2016/11611.  
 Audiencia Provincial de Alicante, Sala 8ª (15.07.2016), JUR 2016/212996.  
 Audiencia Provincial de Badajoz, Sala 1ª, 22 de enero de 2001, JUR 2001/82429.  
 Audiencia Provincial de Barcelona, Sala 16ª (16.12.1996), AC 1997/1650.  
 Audiencia Provincial de Barcelona, Sala 15ª (08.03.2005), JUR 2005/125822.  
 Audiencia Provincial de Barcelona, Sala 13ª (11.07.2011), JUR 2011/318711.  
 Audiencia Provincial de Barcelona, Sala 15ª (13.03.2013), JUR 2013/190925.  
 Audiencia Provincial de La Rioja (04.01.2011), JUR 2001/113651.  
 Audiencia Provincial de Madrid, Sala 9ª, (18.05.2009), AC 2009/1908.  
 Audiencia Provincial de Madrid, Sala 11ª (30.03.2011), JUR 2011/227933.  
 Audiencia Provincial de Sevilla, Sala 2ª (04.04.2000), JUR 2000/220081.  
 Audiencia Provincial de Toledo, Sala 2ª (09.04.2001), AC 2001/1786.

Audiencia Provincial de Valencia, Sala 9ª (29.01.2014), AC 2014/673.

Audiencia Provincial de Vizcaya, Sala 3ª (22.12.2015), JUR 2016/63562.

Juzgado de lo Mercantil de Alicante (20.06.2014), AC 2014/1056.

ESTADOUNIDENSE

*B & J Manufacturing Co. v. Hennessy Industries, Inc.*, 663 F.2d 1075 (7th, 1981).

*Eli Lilly v. Genentech Inc.*, 17 U.S.P.Q.2d 1531 (S.D. Ind. 1990).

*Barcamerica International usa trust v. Tyfield Importers, inc*, 289 F.3d 589 (9th Cir. 2002)

*SCO Group, Inc. v. Novell, Inc.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 68371.



# LA INFRACCIÓN A NORMAS REGULADORAS DE LA PRUEBA EN JUICIOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL\*

## *THE BREACH OF THE RULES OF EVIDENCE IN TORT CASES*

CRISTIÁN BANFI DEL RÍO\*\*  
FLAVIA CARBONELL BELLOLIO\*\*\*

**RESUMEN:** Este artículo identifica y analiza críticamente los argumentos que justifican el abrumador rechazo de los recursos de casación en el fondo en los que se ha alegado infracción a las normas reguladoras de la prueba por parte de la sala civil de la Corte Suprema de Chile en juicios de responsabilidad civil extracontractual fallados entre 1995 y 2023. Para ello, se abordan algunos aspectos referidos a la manera en que la Corte delinea las reglas reguladoras de la prueba como causal de casación en el fondo a partir de ciertos conceptos probatorios, luego se exponen y justifican posibles razones adicionales, subyacentes a los motivos explícitos para rechazar esos recursos, y se concluye con algunas preguntas cuya respuesta exige mayor investigación.

**Palabras clave:** casación en el fondo, normas reguladoras de la prueba, responsabilidad civil

**ABSTRACT:** This article identifies and critically analyzes the arguments given by the Civil Chamber of the Chilean Supreme Court when justifying its overwhelming rejection of claims of infringement of the rules governing evidence in tort cases, when deciding *recursos de casación en el fondo* (cassation appeals on the merits) between 1995 and 2023. To this end, the article addresses some aspects related to the way in which the Court delineates the rules governing evidence as a ground for cassation based on certain evidentiary concepts. Then, it exposes and justifies possible additional reasons underlying the explicit motives to reject cassation appeals, and it concludes proposing certain questions whose answer requires further research.

**Keywords:** cassation, rules regulating proof, tort liability.

---

\* Este artículo integra el Proyecto Fondecyt Regular 1200176 del que los autores son su Investigador Responsable y Co-Investigadora, respectivamente. Agradecemos las observaciones de los árbitros a la versión preliminar de este artículo.

\*\* PhD (Law), University of Cambridge. Profesor asociado de Derecho Civil, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Dirección electrónica: cbanfi@derecho.uchile.cl. ORCID 0000-0002-9932-9898.

\*\*\* Doctora en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Profesora asociada de Derecho Procesal, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Dirección electrónica: fcarbonell@derecho.uchile.cl. ORCID 0000-0001-6834-043X.

## I. INTRODUCCIÓN

En Chile, el recurso de casación en el fondo (RCF) se funda en la vulneración de ley que influye sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia impugnada<sup>1</sup>. La Corte Suprema chilena (Corte) ha señalado reiteradamente que la finalidad del RCF es “velar por la correcta interpretación y aplicación de las normas llamadas a dirimir la controversia, con el objeto de que este tribunal pueda cumplir con la función uniformadora del derecho asignada por la ley”<sup>2</sup>. A través de este recurso extraordinario, se pretende cautelar la observancia de la ley en resguardo de la igualdad de las personas ante la ley, mediante la determinación de su correcta aplicación en la sentencia que se trata de invalidar. Esta centralidad de la *quaestio iuris* en el RCF se ve reflejada cuando la Corte afirma que queda excluida de su competencia la revisión de las cuestiones de hecho y que los hechos vienen fijados soberanamente por los jueces del mérito, del grado, de las instancias o del fondo (Tribunales), y cuando insiste en que la casación no constituye instancia jurisdiccional<sup>3</sup>.

No obstante, la *quaestio facti* no resulta completamente excluida de la casación en el fondo, toda vez que uno de los casos de “infracción de ley que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo” concierne, precisamente, a la violación de normas o reglas reguladoras de la prueba (NRP). En este sentido, y a partir de la jurisprudencia de la Corte<sup>4</sup>, la dogmática chilena ha identificado cuatro casos que estarían incluidos en la causal del RCF: la infracción formal de la ley, la errónea interpretación de la ley, la falsa aplicación de la ley y la violación de NRP<sup>5</sup>.

Qué son las NRP y en qué casos su infracción estaría amparada por el RCF siguen siendo aspectos que ameritan una reflexión más detenida, tanto desde la teoría como desde

<sup>1</sup> Art. 767, CHILE, *Código de Procedimiento Civil* (CPC). La Ley N° 19.374 modificó el art. 772 (incorporando como requisito del RCF que el recurrente explique el/los errores “de derecho” del fallo impugnado), pero dejó intacto el art. 767 (“infracción de ley”). No obstante, la Corte Suprema confina el RCF a la infracción de “ley” –según la definición del art. 1° Chile, *Código Civil* (CC)– y prescinde de la noción “error de derecho” del art. 772 –ROMERO, AGUIRREZABAL y BARAONA (2008) pp. 248-249–, pues teme que si incluye los principios del derecho en la “ley” mutaría en tercera instancia. Este recelo parece infundado, porque su paradigma (la *Cour de Cassation*) no se ha convertido en tal pese a concebir la ley en sentido laxo y a que, cuando acoge un RCF, suele reenviar el caso al juez del fondo, si los hechos fijados por éste permiten aplicar la regla correcta sin necesidad de otra indagación fáctica. BELL, BOYRON y WHITTAKER (2008) p. 47; DOMÍNGUEZ (2017) pp. 1023-1027. En cambio, según MARÍN (2017) p. 1043, el modelo de la Corte Suprema es el Tribunal Supremo español, que es de casación e instancia. Sin embargo, la variedad de asuntos conocidos por la Corte Suprema impide definir su función con exactitud. BECERRA (2017) pp. 286-295.

<sup>2</sup> PAREDES CON VARGAS (2018) considerando (c.) 4°.

<sup>3</sup> SCHLEGEL CON ANDREÉ ENGLISH SCHOOL (2017) c. 5°; GATTA CON RUIZ (2022) c. 6° y 8°; CASTRO CON RUTA DEL BOSQUE (2023) c. 6°.

<sup>4</sup> Usamos aquí “jurisprudencia” en sentido muy amplio y quizás impropio, que incluye tanto la referencia a una sentencia aislada como a un grupo de fallos sobre una misma materia y en la misma dirección. Este uso extenso coincide con el modo en que se emplea mayoritariamente dicha expresión en la dogmática y la práctica jurídica, sin necesariamente vincularlo a la discusión referida al “precedente” como “fuente formal del derecho”. Sobre precedentes, véanse las siguientes discusiones iberoamericanas recientes: NÚÑEZ (2016); NÚÑEZ (2018); NÚÑEZ (2022); GÓMORA (2019); GASCÓN y NÚÑEZ (2020); NÚÑEZ, ARRIAGADA y HUNTER (2021); ARRIAGADA (2021); CARBONELL (2022). Sobre precedente y RCF, véase ROMERO (2013). Sobre unificación jurisprudencial como fin del RCF, véase Romero (2014) y Bravo (2012).

<sup>5</sup> ROMERO, AGUIRREZABAL y BARAONA (2008) p. 233.

la dogmática, especialmente en torno al alcance de la distinción entre “cuestiones de hecho” y “cuestiones de derecho”. Adicionalmente, cómo se comporta la Corte frente a los RCF que invocan la infracción a las NRP es una pregunta que no ha sido sistemáticamente abordada desde un análisis cualitativo de los argumentos empleados para acoger o rechazar el RCF. La dimensión empírica se vuelve relevante, fundamentalmente si uno de los alegados peligros de la ampliación de esta causal de casación sustantiva consiste en transformar a la Corte en una tercera instancia, lo que revive el debate acerca del carácter y función del máximo tribunal chileno.

Este artículo analiza la práctica judicial chilena en materia de RCF por infracción a las NRP en un corpus de casos sobre responsabilidad civil extracontractual (Responsabilidad Extracontractual)<sup>6</sup>, conocidos por la Sala Civil de la Corte (S.1ª). La elección de estos casos como objeto de estudio se justifica por las siguientes razones. En primer lugar, una de las materias más importantes de que conoce la S.1ª son, precisamente, los RCF en materia de Responsabilidad Extracontractual (y, en general, todas las causas sobre indemnización de perjuicios). La importancia deriva del hecho que las decisiones que ponen término definitivo a estos procesos regulan problemas cotidianos de la vida en sociedad, y la actualización y delimitación conceptual de los elementos de la Responsabilidad Extracontractual, su calificación jurídica (como *quaestio facti* o *iuris*), y el reconocimiento de los fines y funciones de dicha institución, corresponde a la Corte, como da cuenta la doctrina civil<sup>7</sup>. En segundo lugar, estos casos incluyen debates probatorios relevantes sobre la comprobación de los requisitos de la Responsabilidad Extracontractual a propósito de las decisiones acerca del respeto o violación de NRP. En tercer lugar, contamos con una base de datos de sentencias dictadas por la Corte sobre Responsabilidad Extracontractual, que abarca un extenso periodo de tiempo (1995-2023), que fue construida para un proyecto sobre el razonamiento sustantivo y procesal contenido en tales fallos<sup>8</sup>. Ello nos permitió utilizar información de calidad sobre la jurisprudencia chilena de los últimos 28 años en Responsabilidad Extracontractual<sup>9</sup> y obtener una muestra aleatoria ejemplificativa del razonamiento de la Corte cuando resuelve RCF en los que se ha invocado infracción a NRP.

El objetivo de este trabajo es triple. Primero, nos proponemos identificar los argumentos que justifican el rotundo rechazo de los RCF en los que se han alegado infracciones a las NRP, para cuyo efecto –y por limitaciones de espacio– citaremos un número reducido

<sup>6</sup> La Responsabilidad Extracontractual del Estado por falta de servicio, que se rige en Chile por las normas generales (arts. 2314-2334 CC), no es cubierta en este estudio ya que dichos casos son conocidos por la Sala Constitucional y Contencioso Administrativa de la Corte (S.3ª).

<sup>7</sup> ALESSANDRI (1943) pp. 127, 204-209, 235-239 y 248-249; BARROS (2020) Tomo I, pp. 67, 151-152, 273-279, 334-335 y 442.

<sup>8</sup> La base de datos elaborada para el proyecto consta de 982 fallos dictados por la S.1ª y S.3ª conociendo del RCF, usando los términos de búsqueda RCF y RE: 69 corresponden a los publicados en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 284 a los que aparecen en *Westlaw*, 501 a los entregados por el Poder Judicial en una planilla Excel y 128 a los obtenidos de la base jurisprudencial que la Corte mantiene en su sitio web. De este universo, 545 fueron dictados por la S.1ª y 437 por la S.3ª.

<sup>9</sup> En Chile no existe este tipo de información pública ni fácilmente accesible para investigadores. Así, son escasos los estudios que analizan un corpus de decisiones de uno o más tribunales, dictadas en largos periodos de tiempo, sobre temas específicos.

de fallos como una muestra ilustrativa de esa acentuada tendencia. Segundo, realizaremos un análisis crítico a algunas de las concepciones probatorias que subyacen a la argumentación de la Corte. Por último, ensayaremos razones explicativas de aquel comportamiento.

El aporte de este trabajo estriba en la sistematización de las definiciones de la Corte sobre las NRP y su vulneración; en el análisis y explicación del razonamiento que subyace al rechazo de la inmensa mayoría de los RCF que denuncian la transgresión de NRP en litigios sobre Responsabilidad Extracontractual; y en la constatación del persistente intento de la Corte por evitar convertirse en tercera instancia, para lo cual deslinda su función casacional intrínseca de la facultad privativa de los Tribunales para valorar las pruebas y establecer los hechos de la causa. Esta coherencia, empero, se reduce a conceptos generales y abstractos que la Corte aplica indistintamente a casos cuyos hechos difieren entre sí, deviniendo en una “jurisprudencia por máximas” que no constituye un precedente y, por tanto, difícilmente puede uniformar el derecho.

Este artículo se divide en dos partes. En la primera, abordaremos algunos aspectos referidos a la manera en que la Corte describe el caso de las NRP como causal de casación en el fondo a partir de ciertos conceptos probatorios. En la segunda, identificaremos y analizaremos críticamente los argumentos más frecuentes contenidos en los fallos objeto del estudio. El trabajo finaliza con unas breves conclusiones.

## II. *QUAESTIO FACTI*, NORMAS REGULADORAS DE LA PRUEBA Y CASACIÓN EN EL FONDO

### 1. *QUAESTIO FACTI*

La distinción entre *quaestio facti* y *quaestio iuris* ha sido ampliamente usada por la dogmática y la teoría del derecho, aunque también ha estado sometida a múltiples críticas<sup>10</sup>.

Uno de los usos de esta distinción se encuentra a propósito de la literatura sobre justificación de decisiones judiciales, distinguiéndose entre los requisitos y/u operaciones para que la premisa fáctica y la premisa normativa, respectivamente, se encuentren externamente justificadas<sup>11</sup>. Un segundo uso, vinculado igualmente con la justificación de decisiones judiciales, consiste en asociar algunos problemas específicos presentes en el proceso de justificación a cada una de las premisas. MacCormick, por ejemplo, indica que a nivel de la premisa normativa pueden darse problemas de interpretación y problemas de relevancia, y que, por su parte, la premisa fáctica puede estar afecta a problemas de prueba y calificación<sup>12</sup>.

Sin embargo, como sostiene González, los “problemas de prueba y los problemas de calificación no son siempre independientes de las normas jurídicas”, afirmación con la que se quiere destacar que una distinción analítica y/u ontológica entre hechos y normas no

<sup>10</sup> Véase, por ej., ALLEN y PARDO (2003) pp. 1769-1807, acerca de (el mito de) la distinción hecho-derecho.

<sup>11</sup> Por todos, WRÓBLEWSKI (1973) pp. 161-178.

<sup>12</sup> MACCORMICK (1994) pp. 65-72 y 87-97.

funciona como una dicotomía que excluya interacciones o dependencia entre estas categorías en el contexto de la aplicación judicial del derecho<sup>13</sup>.

Con relación a los problemas de prueba, la no independencia de estas categorías se explica porque la prueba es una actividad regulada por normas jurídicas y no completamente libre y, además, porque los hechos que es relevante probar son aquellos a los que el derecho vincula una consecuencia normativa. Con relación a los problemas de calificación, hay casos en que el “hecho interpretado”<sup>14</sup> es un requisito previo para calificarlo jurídicamente y otros en que el hecho interpretado no es un hecho bruto o natural<sup>15</sup>, sino uno institucional (es decir, que sólo existe en virtud de una norma constitutiva, como lo sería un testamento, el matrimonio, un contrato, etc.)<sup>16</sup>.

La calificación jurídica de un hecho es un tipo de interpretación de hechos brutos o institucionales, que se realiza desde la perspectiva de las normas jurídicas. Calificar un hecho es subsumir el hecho individual dentro de una categoría general y abstracta prevista en una norma jurídica, es decir, en afirmar que aquel hecho es una instancia del hecho general regulado en el antecedente de la norma. En este sentido, el hecho calificado no existiría si no existiera la norma jurídica (que es la que crea la clase genérica de hechos en la que se subsume el hecho individual), de manera que no es posible sostener que los problemas de calificación son cuestiones exclusivamente de hecho.

Consiguientemente, si se consideran infringidas normas jurídicas (sea porque se falla *contra legem*, porque se realiza una incorrecta interpretación de un texto normativo, o porque se aplica incorrectamente una norma) y se revierten estas infracciones por parte de la Corte, es posible y nada extraordinario o anómalo que se produzca algún cambio en la manera en que quedan configurados los hechos<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> A propósito de la porosidad de la distinción entre hechos y derecho y de la dificultad (o imposibilidad) de mantenerla, Ferrer argumenta lo siguiente: “Admitida la existencia de hechos en el mundo con independencia del derecho, es evidente que este opera como unas gafas a través de las que hacemos una selección de los hechos del mundo, lo que sucede al menos en tres sentidos. En primer lugar, no todos los hechos son relevantes jurídicamente. En segundo lugar, el derecho considera relevantes solo algunas de las infinitas propiedades de los hechos jurídicamente relevantes... Hay, finalmente, otra relación ineludible entre los hechos y el derecho. Si bien es verdad, como acabo de mencionar, que el derecho nos permite discriminar entre los hechos jurídicamente relevantes y los que no, son estos, a su vez, los que hacen posible determinar el derecho aplicable (que depende, obviamente del caso). De este modo, se produce una relación de ida y vuelta entre los hechos y el derecho”. FERRER (2018) pp. 160-161.

<sup>14</sup> La terminología es de GONZÁLEZ (2013) pp. 20-21: “llamaré hecho externo al hecho como acaecimiento empírico, realmente ocurrido, desnudo de subjetividades e interpretaciones; hecho percibido al conjunto de datos o impresiones que el hecho externo causa en nuestros sentidos; y hecho interpretado a la descripción o interpretación que hacemos de tales datos sensoriales. Así, no es lo mismo el hecho real de que Juan agita su brazo, la percepción que un observador tiene de ese movimiento, esto es, los datos sensoriales que tal hecho externo causa en su mente, y la interpretación que hace de esos movimientos, como un saludo, una amenaza, un aviso de algún peligro, etc. Pues bien, entre el hecho externo y el hecho percibido pueden surgir problemas de percepción, y entre el hecho percibido y el hecho interpretado, problemas de interpretación”.

<sup>15</sup> Son brutos “los hechos en virtud de cuya ocurrencia, en un cierto contexto, tal o cual descripción es verdadera o falsa”; por ej., “acarrear un saco de papas y dejarlo en mi casa”. ANSCOMBE (2015 [1958]) p. 49.

<sup>16</sup> Sobre la distinción entre normas regulativas y constitutivas véase Arriagada (2022).

<sup>17</sup> En el mismo sentido, señala FERRER (2018) p. 161 que “los errores en la determinación de los hechos ocurridos, en el marco de un proceso judicial, impactan sobre la corrección en la aplicación del derecho”. No nos

Desde el punto de vista procesal, la “prueba de los hechos” es una parte muy relevante de los procesos judiciales. Esta dimensión probatoria ha sido desarrollada por la dogmática procesal y civil chilena, así como por la teoría de la prueba. Por un lado, la dogmática lo ha hecho a partir de la regulación positiva que establecen el CC y el CPC, distinguiendo al interior de ambas normas probatorias adjetivas (relativas a la producción y rendición de la prueba)<sup>18</sup> y normas probatorias sustantivas (las que establecen los medios de prueba<sup>19</sup>, las que determinan su fuerza o valor probatorio<sup>20</sup>, las que indican el objeto de la prueba, las que fijan el *onus probandi*<sup>21</sup> y las que señalan la admisibilidad o no de un medio de prueba en distintos supuestos). Esta segunda clase de reglas –que la jurisprudencia desde antiguo define y engloba bajo el término “NRP”<sup>22</sup>– se caracterizan porque su “contenido está condicionado por la naturaleza que el Derecho Sustantivo (Derecho Civil, generalmente) le atribuye al respectivo hecho, relación jurídica o persona”<sup>23</sup>. Además, sólo la vulneración de normas probatorias de fondo –*decisorio litis*– permite deducir un RCF, siempre que tal infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia impugnada, excepto la valoración de los medios de prueba y su apreciación comparativa<sup>24</sup>, pues ello es una facultad exclusiva de los Tribunales y su control por la Corte convertiría a ésta en una tercera instancia<sup>25</sup>.

---

es posible profundizar aquí en la discusión sobre qué se entiende por “hechos” en la teoría de la prueba ni en la dogmática procesal y civil. Para una propuesta de clasificación, véase GONZÁLEZ (2013) pp. 18-19. Para una discusión sobre los “hechos” en los que está interesado el legislador civil (hechos genéricos, abstractamente formulados) y el legislador procesal (hechos concretos del caso, como instancias de aquellos hechos genéricos), véase CARBONELL (2019) pp. 593-597.

<sup>18</sup> Esto es, la manera en que los Tribunales fijan los puntos de prueba (art. 318 CPC); el término probatorio (arts. 327 a 340 CPC); y la oportunidad y forma de presentar las pruebas (Arts. 320, 348, 385.2, 403 y 409 a 410 CPC)

<sup>19</sup> Arts. 47, 1712 y 1713 CC; y 341 a 427 CPC, incluyendo las prohibiciones a la prueba de testigos en ciertos casos u obligación de prueba por escrito (arts. 1708 a 1711 CC).

<sup>20</sup> Arts. 1699 a 1708 CC; y 384, 398 a 400, 408 y 425 a 427 CPC.

<sup>21</sup> Art. 1698.1 CC.

<sup>22</sup> Es decir, “las normas básicas que regulan la prueba, esto es, aquellas reglas que, por su naturaleza especial, limitan las facultades de los sentenciadores en esta materia, y si son vulneradas con influencia substancial en lo dispositivo, pueden provocar la invalidación del fallo” –*ESPINOZA CON CARRIEL* (1953) c. 2º–; o “los principios básicos, vale decir las normas fundamentales de valor absoluto, que por su esencia misma señalan un límite infranqueable a las facultades de los jueces del fondo sobre esta materia en razón de orden público”, *IZQUIERDO CON URRUTIA* (1953) c. 3º.

<sup>23</sup> PEÑAILILLO (1989) p. 10.

<sup>24</sup> Arts. 428 y 429 CPC.

<sup>25</sup> “[D]icho recurso no puede prosperar cuando lo que se ataca es únicamente la apreciación estimativa y comparativa de los elementos probatorios realizada por los falladores, porque tal apreciación acerca del mérito intrínseco de las probanzas producidas en el litigio, es una materia de hecho. Al Tribunal de Casación le está vedado entrar a examinar, ponderar y aquilatar los medios probatorios mismos, ya justipreciados por los sentenciadores en el ejercicio de sus facultades propias y soberanas, y a revisar las conclusiones a que éstos han llegado al respecto, porque ello escapa de su control y porque el hacerlo importaría desnaturalizar el recurso de casación y convertirlo en una tercera instancia no contemplada por nuestra legislación procesal”. *REINOSO CON TORO* (1955) c. 14º. En similar sentido *CAMUS CON CONSTRUCTORA CUEVAS Y PURCELL* (2015) c. 6º; *CASTILLO CON RUZ* (2021) c. 6º. Asimismo, la Corte rechaza sistemáticamente los RCF basados en supuestas infracciones a NRP pero que omiten indicar las normas decisorio litis cuya violación habría influido sustancialmente en la resolución del pleito sobre Responsabilidad Extracontractual (arts. 2314 y 2329 CC), vacío que aquella no puede

Por otro lado, la teoría racionalista de la prueba se ha ocupado de resaltar el lugar de la verdad acerca de cómo ocurrieron los hechos que se juzgan como fin epistémico preferente de los procesos judiciales, a la vez que ha efectuado un refinamiento conceptual y propuesto criterios para evaluar la admisibilidad e inclusión probatoria, valorar la prueba y adoptar una decisión probatoria en esos procesos<sup>26</sup>. Ahora bien, la reconstrucción de cómo han sucedido los hechos controvertidos a partir de los elementos de prueba incorporados al proceso a efectos de determinar si corresponde asociar autoritativamente a los mismos la consecuencia normativa prevista por el derecho, consiste, en gran medida, en elaborar una cadena de razonamientos o inferencias probatorias<sup>27</sup>. Una inferencia es una “operación que realiza el juez para extraer, a partir de pruebas que permiten dar por probado un enunciado fáctico (en el lenguaje de los juristas, a partir de “hechos conocidos”), conclusiones acerca de la efectividad del hecho desconocido que intenta probarse”<sup>28</sup>. Esta conexión entre las pruebas y la hipótesis que se intenta probar se realiza mediante un enlace o regla general (que puede ser empírica, normativa o conceptual)<sup>29</sup>. Estos razonamientos pueden contener errores (por ejemplo, en la construcción de la regla general empírica) y ello puede llevar a extraer conclusiones equivocadas o que no se siguen de las premisas, incluso si no se discute en absoluto la pertinencia de las pruebas que le sirven de base.

## 2. NORMAS REGULADORAS DE LA PRUEBA

Como adelantábamos, dentro de la causal de casación en el fondo importan, especialmente, dos requisitos: “infracción de ley” y que ésta tenga “influencia sustancial en lo dispositivo del fallo”. Con relación a esto último, la Corte especifica que solo una infracción u error trascendente o relevante puede dar lugar a la invalidación solicitada:

La falsa aplicación, interpretación errónea y/o la contravención formal de la norma jurídica, es necesario que tengan una relevante trascendencia en lo resuelto por los jueces de la ins-

---

llenar. Por ej., *MOUKARZEL CON MAPFRE* (2020) c. 4º; *AGUILERA CON CONSTRUCTORA INTERNACIONAL* (2020) c. 4º; *LÓPEZ CON CENTRO MÉDICO AURORA* (2022) c. 9º; *BANCALARI CON CGE* (2023) c. 7º.

<sup>26</sup> Véase, por todos, FERRER (2002); FERRER (2007); TARUFFO (2010). Tal como lo describe ACCATINO, las “tesis sobre la prueba en el derecho pueden sintetizarse en dos: a) la tesis de la búsqueda de la *verdad como fin preferente de la prueba jurídica*, que reconoce a la averiguación de la verdad respecto de los hechos del caso prioridad como fin de la actividad probatoria y de la regulación jurídica de la prueba, y b) la tesis, derivada de la anterior, *de la justificación probatoria como caso especial* de la justificación epistémica general, que afirma la debida aplicación a la valoración de la prueba de los criterios de la racionalidad epistémica general, mediante la construcción de inferencias inductivas basadas en generalizaciones empíricas que permiten justificar conclusiones de carácter probabilístico”. ACCATINO (2019) p. 92. Las teorías racionalistas se oponen a las tesis “persuasivas” de la de la prueba.

<sup>27</sup> Sobre inferencias probatorias como estructura del razonamiento acerca de enunciados sobre hechos, véase GONZÁLEZ (2022) pp. 363-371.

<sup>28</sup> CARBONELL (2021) p. 381.

<sup>29</sup> Si el enlace es una regla –esto es, una regla de presunción–, la inferencia probatoria es normativa; si el enlace es un concepto, la inferencia probatoria es interpretativa. Para esta propuesta de categorización de las inferencias, véase GONZÁLEZ (2022) pp. 371-379. Precisamente, las reglas de presunción son el enlace de las inferencias probatorias normativas, lo que muestra que el juez también construirá, al aplicarlas, una inferencia a partir de la prueba del hecho base, debiendo dar por probado el hecho presumido establecido por el legislador. En estos casos, el “valor” del enlace está predeterminado.

tancia, esto es, que permita variar en forma significativa lo resuelto respecto de las acciones o excepciones materia de la *litis*, análisis en el cual indudablemente la Corte debe efectuar una ponderación preliminar de los elementos de juicio del pleito, con el fin de precisar si se comparten los razonamientos, ponderaciones y juicios que puedan incidir en la decisión del caso, de forma tal que no resulta errado, para reforzar este concepto, que se haga referencia a aspectos de mérito. Es más, esta Corte en diversas oportunidades, no obstante dejar constancia de la errada aplicación de la ley al caso, ha rechazado los recursos respectivos haciendo alusión a la falta de influencia substancial que tiene ésta en la determinación que se podrá realizar en el fallo de reemplazo; fallo de reemplazo en el cual se ha entendido que se subroga a la Corte de Apelaciones al conocer del recurso de apelación respecto de la sentencia de primer grado<sup>30</sup>.

A los casos más recurrentes de “infracción de ley” indicados por la Corte —la falsa o equivocada aplicación del derecho; la errónea interpretación del derecho; y la contravención formal de la norma jurídica—, la dogmática chilena agrega, como situación separada, la infracción a NRP, a partir de una reconstrucción jurisprudencial<sup>31</sup>.

Sin embargo, ni la dogmática ni la Corte han sido demasiado claras cuando definen y/o delimitan cada uno de estos casos. Así, por ejemplo, una *errónea interpretación de la ley* se daría, según la Corte, “cuando el juez, dentro de su libertad interpretativa, contraviene fundamentalmente su texto, cuando se da un alcance distinto del dado por el legislador, ya sea ampliando o restringiendo sus disposiciones”. A su vez, estaríamos ante un caso de *falsa aplicación de ley* cuando “no se aplica la disposición que corresponda, cuando se aplica mal esa disposición o cuando se aplica una disposición que no corresponde”, o se aplica a una situación no prevista o se deja de aplicarla al caso regulado<sup>32</sup>.

Algo más de precisión existe en los casos de *infracción a las NRP*. Según la Corte, “las leyes reguladoras de la prueba susceptibles de casación en el fondo, son aquellas normas fundamentales impuestas por la ley a los falladores en forma ineludible, y que importan limitaciones concretas de su facultad de apreciación, dirigidas a asegurar una decisión correcta en el juzgamiento”<sup>33</sup>.

Asimismo, hay un considerando tipo, que aparece transcrito textual o casi textualmente en las sentencias que acogen y que rechazan el RCF, que señala cinco casos en los que cabe entender vulneradas las NRP:

<sup>30</sup> V.gr., *ODECU CON BANCO DE CHILE* (2009) c. 7°; *COMERCIAL POLYQUI CON EMBOTELLADORA LLANCOLÉN* (2011) c. 5°. En igual sentido, la Corte ha resuelto, con un mismo considerando tipo, que “para que un error de derecho pueda influir de manera substancial en lo dispositivo del fallo, como lo exige la ley, aquél debe consistir en una equivocada aplicación, interpretación o falta de aplicación de aquellas normas destinadas a decidir la cuestión controvertida”. Por ej., *SILVA CON CÁRCAMO* (2008) c. 4°; *MUÑOZ CON MOLINA* (2011) c. 5°; *VÁSQUEZ CON SUPERINTENDENCIA DE QUIEBRAS* (2016) c. 7°; *FISCO DE CHILE CON BRAVO* (2019) c. 13; *GONZÁLEZ CON CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO* (2019) c. 6°.

<sup>31</sup> MOSQUERA y MATURANA (2017) p. 346; LARROUCAU (2017b) pp. 218-225.

<sup>32</sup> Estas definiciones jurisprudenciales son citadas por Romero, AGUIRREZABAL y BARAONA (2008) p. 233. Véanse, por ej., *AUTOMOTRIZ MIRANDA CON TENENGE* (1992) c. 18; *MOBARO CON MOLY-COP* (2012) c. 9°.

<sup>33</sup> V.gr., *SOCIEDAD DÍAZ CON SII* (2001) c. 9°; *FLORES CON PARQUE ARAUCO* (2015) c. 6°; *SCHLEGEL CON ANDREÉ ENGLISH SCHOOL* (2017) c. 6°.

Para un adecuado análisis de los errores de derecho denunciados por el recurrente, debe consignarse que las leyes reguladoras de la prueba, como lo ha reconocido reiteradamente esta Corte, se entienden vulneradas, fundamentalmente, cuando los sentenciadores invierten el onus probandi, rechazan las pruebas que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley les asigna uno determinado de carácter obligatorio, o alteran el orden de precedencia que la ley les diere<sup>34</sup>

A su turno, las sentencias que han rechazado el RCF por ausencia de infracción de las NRP, contienen un considerando del siguiente tenor:

[Que las NRP] constituyen normas básicas de juzgamiento, que contienen deberes, limitaciones o prohibiciones a que deben sujetarse los sentenciadores. Luego los jueces del fondo son soberanos para apreciar las probanzas, dentro del marco establecido por las normas pertinentes. Por ello, no son susceptibles de ser revisadas por la vía de la casación las decisiones de los sentenciadores basadas en disposiciones que les otorgan libertad en la valoración de los diversos elementos probatorios<sup>35</sup>

Este último considerando tiene una variante, que también se refiere a que se excluyen del ámbito de la casación las decisiones que se fundan en normas de libertad de valoración probatoria: “Por ello, no son susceptibles de ser revisadas por la vía de la casación las decisiones de los sentenciadores basadas en disposiciones que entregan libremente la justipreciación de los diversos elementos probatorios”<sup>36</sup>.

Tal como explica Larroucau, las NRP se refieren a la forma de regular la prueba por parte del legislador; en otras palabras, es el nombre que los tribunales y la dogmática dan al “estatuto probatorio que rige las decisiones del juez respecto de los hechos”<sup>37</sup>. Este mismo autor da cuenta de la evolución del razonamiento de la Corte en materia de NRP, que va desde una tesis fuerte de la soberanía judicial hacia una tesis más débil. De acuerdo con la primera y más tradicional tesis, la Corte es incompetente para controlar los hechos fijados por los Tribunales. Según esta tesis, sostenida por dos conocidos jueces que se dedicaron también a la docencia universitaria, las leyes reguladoras son “meras indicaciones”, o bien, “están tácitamente derogadas” y, por tanto, no limitan la “soberanía” de aquellos jueces<sup>38</sup>. De acuerdo con la tesis débil del no control, las NRP restringen mínimamente la soberanía

<sup>34</sup> Por ej., *BARAHONA CON COMPLEJO MANUFACTURERO* (2014) c. 4º; *CASTILLO CON CARRAZANA* (2015) c. 5º; *VERA CON CARRIÓN* (2016) c. 6º; *CAJAS CON CENCOSUD* (2017) c. 15; *GUEQUIAO CON AGUAS DEL ALTIPLANO* (2017) c. 10º; *AIG CON SERVICIOS GENERALES* (2018) c. 4º; *HEIMPELL CON CÍA. SUD AMERICANA* (2019) c. 5º; *IRACABAL CON EXPRESS DE SANTIAGO* (2021) c. 6º.

<sup>35</sup> *CORTÉS CON SUBUS* (2015) c. 8º; *PELLEGRIN CON FENATS* (2015) c. 4º; *IUVARA CON CRESPO* (2018) c. 4º; *INVERSIONES DE SALUD CON ALTAIR* (2021) c. 4º.

<sup>36</sup> *RIVERA CON ELECDA* (2015) c. 4º; *RODRÍGUEZ CON DÍAZ* (2015) c. 8º; *RISI CON ABRILLOT* (2016) c. 4º.

<sup>37</sup> LARROUCAU (2017a) p. 328.

<sup>38</sup> LARROUCAU (2017a) pp. 314-315. El autor añade que, vigente la tesis fuerte del no control, la Corte prefirió realizar el control de la valoración probatoria o “la asignación de peso o ‘fuerza probatoria’ que el juez le da a la información que valora” mediante una causal de casación en la forma referida al control de la motivación defectuosa: la omisión de las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia recurrida (art. 768 5ª en relación al art. 170 n.º 4 del CPC). LARROUCAU (2017A) p. 323.

de los Tribunales para fijar los hechos, de forma tal que la Corte puede realizar “un control deferente del juicio de hecho”. Es decir, si son transgredidas, puede recaer sobre ellas la “sanción de ineficacia” cuando se acciona de nulidad<sup>39</sup>.

Así, actualmente se entiende que algunas reglas probatorias son NRP, en el sentido que son “normas imperativas”, es decir, “reglas fundamentales impuestas por la ley a los falladores en forma ineludible, que importan verdaderas limitaciones a la discrecionalidad judicial, dirigidas a asegurar una decisión correcta en el juzgamiento”<sup>40</sup> y que “obligan a los jueces a apreciar las evidencias probatorias de una forma determinada, estableciendo la tasación legal de las mismas”<sup>41</sup>.

De esta misma evolución jurisprudencial da cuenta la propia Corte en los siguientes considerandos que, por contener una explicación detallada de las NRP, nos permitimos reproducir *in extenso*:

Que la revisión de la forma en que se han dado por establecidos los hechos por parte de los jueces de la instancia, al conocer de un recurso de casación en el fondo, ha sido una tarea que muchos ordenamientos no permiten, dejando definitiva e inmutablemente resuelta esta materia, conforme al juicio de los magistrados del mérito. El sistema chileno, en lo referente al recurso de casación en el fondo, ha transitado desde la imposibilidad de modificar los hechos a la aceptación jurisprudencial en materia civil, pero esto solamente en el supuesto que los recurrentes denuncien como infringidas las normas que gobiernan la prueba. En efecto, no puede soslayarse la importancia de la correcta aplicación de la ley en la determinación de los presupuestos fácticos –materia integrada por la noción de leyes reguladoras de la prueba– desde que sólo una vez fijados aquéllos, procederá la determinación de la correcta aplicación de las normas sustantivas que reglan el asunto sometido al conocimiento de los sentenciadores del fondo, pero en lo cual resulta igualmente relevante el estricto cumplimiento de la legislación que regula, con un carácter objetivo, los distintos aspectos que integran la actividad probatoria de las partes y el tribunal;

Que, de lo dicho con antelación, se desprende que esta Corte, conociendo de una nulidad de fondo, puede entrar a apreciar la forma como han sido fijados los hechos, al precisar la correcta aplicación de las normas legales pertinentes a la prueba, pero para ese exclusivo objeto: examinar la legalidad en la determinación de los hechos y, por lo mismo, su validez. La Corte Suprema no varía los hechos y sobre ellos concluye una nueva decisión, sino que únicamente –en el fallo de casación– establece que aquellos supuestos fácticos –fijados erróneamente– no permiten llegar a la determinación adoptada por los jueces de la instancia en cuanto a la aplicación del derecho sustantivo. En una labor anexa a ésta, fijando los hechos correctamente decide la *litis* conforme a la normativa aplicable a esos nuevos supuestos fácticos establecidos válidamente, esto es, en el fallo de reemplazo.

Para llegar a tal actuación compleja, que conforman la sentencia de casación y la de reemplazo, es preciso que se conjugue la primera con la segunda decisión. En lo medular se podrán variar los hechos asentados por los jueces del mérito, circunstancia que tendrá lugar cuando se haya constatado la transgresión de normas que reglan la prueba. Se les atribuye tal natu-

<sup>39</sup> LARROUCAU (2017a) pp. 315-316.

<sup>40</sup> *SOCIEDAD DIAZ CON SII* (2001) c. 9º; *SCHLEGEL CON ANDREÉ ENGLISH SCHOOL* (2017) c. 6º.

<sup>41</sup> *KVACANTRADZE CON MUNICIPALIDAD VIÑA DEL MAR* (2005) c. 16.

raleza a aquellas directrices o pautas fundamentales, impuestas por la ley, que se encargan de determinar los diferentes medios probatorios, el procedimiento y la oportunidad en que deben ofrecerse, aceptarse y rendirse las probanzas, la fuerza o valor de cada medio y la manera como el tribunal debe ponderarlos, importando verdaderas obligaciones y limitaciones dirigidas a ajustar las potestades de los sentenciadores en dicho ámbito y, de esta forma, conducir a una correcta decisión en el juzgamiento.

El legislador ha adoptado la decisión política básica y fundamental en cuanto al sistema probatorio, el procedimiento y la ponderación; ajustarse a él es una obligación de los magistrados. Ante tal determinación legislativa, su transgresión trae aparejada una sanción, cuál es su ineficacia, la que se declara mediante una acción de nulidad.

Así, las leyes reguladoras de la prueba en el sistema probatorio civil están referidas: 1) a aquellas normas que instituyen los medios de prueba que pueden utilizarse para demostrar los hechos en un proceso; 2) las que precisan la oportunidad en que pueden valerse de ellos; 3) las que se refieren al procedimiento que las partes y el juez deben utilizar para ofrecer, aceptar y aportar las probanzas al juicio; 4) a aquellas reglas que asignan el valor probatorio que tiene cada uno de los medios individualmente considerados y 5) a las que disciplinan la forma como el sentenciador debe realizar la ponderación comparativa entre los medios de la misma especie y entre todos los reconocidos por el ordenamiento legal.

Empero, sólo a algunas de las normas relativas a la prueba se les reconoce el carácter de esenciales respecto de la actividad probatoria y que es objetivamente ponderada por el legislador —lo que permite justificar la intervención del Tribunal de Casación— pues no queda dentro del criterio o decisión subjetiva de los magistrados que aquilatan los antecedentes. Por ello su conculcación se puede producir en las siguientes circunstancias: a) al aceptar un medio probatorio que la ley prohíbe absolutamente o respecto de la materia de que se trata; b) por el contrario, al rechazar un medio que la ley acepta; c) al alterar el *onus probandi* o peso de la prueba, en quien queda radicada la carga de aportar los elementos que acreditan los hechos que conforman la *litis*; d) al reconocer a un medio de prueba un valor distinto que el asignado expresamente por el legislador o hacerlo sin que se cumplan los supuestos objetivamente determinados por el mismo legislador; e) igualmente, a la inversa, al desconocer el valor que el legislador asigna perentoriamente a un elemento de prueba, cuando éste cumple efectivamente los supuestos legales, y f) al alterar el orden de precedencia en que deben ser llamados los medios probatorios y que la ley les asignare, en su caso.

Se excluye de la labor anterior la ponderación comparativa de una misma clase de medio probatorio o de la apreciación que se realiza en conjunto de todos los medios. Esta exclusión se justifica en el antecedente que la actividad jurisdiccional considera un componente básico de prudencia en la decisión, por cuanto las determinaciones que adoptan los jueces, sustentadas en aquellos preceptos —como se ha dicho—, le otorgan libertad en la justipreciación de los diversos elementos probatorios, por lo que quedan al margen del examen que se realiza por la vía de legalidad en la casación<sup>42</sup>

Según esta definición y delimitación conceptual, algunas de las normas que rigen la actividad probatoria son esenciales y, por tanto, susceptibles de control vía casación en el fondo, y otras no lo son, quedando excluidas de dicho control. En este último grupo la Corte incluye todas las que contienen algún elemento potestativo o discrecional (“pru-

<sup>42</sup> UNDA CON CLÍNICA DEL MAULE (2014) c. 11 y 12.

dencial” en su terminología), que otorgan una libertad de valoración de los elementos de prueba.

### 3. CASACIÓN EN EL FONDO Y EXCLUSIÓN DEL CONTROL SOBRE LOS “HECHOS”

Muchas cortes supremas tienen algunas funciones comunes. Como señala Taruffo, las cortes supremas ejercen, por un lado, una función reactiva o de tutela de la legalidad, “que se manifiesta cuando una violación del derecho ya sea ha verificado y la intervención de las cortes está dirigida a eliminarla y a neutralizar o eliminar sus efectos”; y, por otro lado, una función proactiva o de promoción de la legalidad, que “se manifiesta cuando las decisiones de las cortes supremas están dirigidas (también o sobre todo, o solamente) a obtener efectos futuros, sea en el sentido de prevenir violaciones de la legalidad, sea en el sentido de favorecer la evolución y la transformación del derecho”<sup>43</sup>, entendiéndose que la legalidad se conecta con una correcta aplicación del derecho. Esta tutela de la legalidad se suele vincular a una función uniformadora del derecho por parte del tribunal vértice<sup>44</sup> y con la seguridad jurídica e igualdad de la ley que aquella función debiese resguardar. En palabras de Taruffo:

La modalidad con la que se realiza la función de creación y evolución del derecho de parte de las cortes supremas se basa ciertamente sobre la eficacia del precedente que recae sobre sus decisiones. Es tal eficacia, en efecto, la que asigna a estas decisiones un valor que va más allá de la solución dada a la controversia individual y proyecta hacia el futuro lo que la corte afirma. De otro lado, es dirigida hacia el futuro, y se realiza esencialmente a través del precedente judicial, también la función de unificación de la jurisprudencia que tradicionalmente se atribuye a las cortes supremas, y en particular a las cortes que siguen el ‘modelo a casación’... Es claro, en efecto, que estas cortes logran conseguir el objetivo de la uniformidad de la jurisprudencia sucesiva en la medida en que sus decisiones adquieren eficacia de precedente frente a los jueces que deberán decidir casos futuros<sup>45</sup>.

Invocando precisamente esta función de vigilancia acerca de la correcta interpretación y aplicación del derecho por parte de los tribunales inferiores con la finalidad de dar protección a estos principios, la Corte ha circunscrito su competencia a las infracciones de derecho, asumiendo una dicotomía o incomunicación entre hechos y derecho. Sin embargo, como han sostenido algunos autores, debiese ser posible el control de los hechos, desde que en el sistema chileno de casación en el fondo “la apreciación de la prueba conforme a

<sup>43</sup> TARUFFO (2016) p. 234.

<sup>44</sup> La expresión se corresponde con el título de la conocida obra “El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil”, de TARUFFO (2006). La manera en que se encuentra diseñado el poder judicial y el proceso civil chileno ha sido bastante criticada por la dogmática procesal chilena. Textos críticos que muestra la imposibilidad y el fracaso de considerar nuestro sistema como el modelo de casación francés pueden verse en ATRIA (2005), MARÍN (2017) y RAYO (2022) pp. 400-408.

<sup>45</sup> TARUFFO (2016) pp. 243-244. ESTE AUTOR EMPLEA LA EXPRESIÓN “MODELO A CASACIÓN” PARA HACER REFERENCIA AL MODELO DE TRADICIÓN FRANCESA E ITALIANA COMO DISTINGUIBLE DEL “MODELO A REVISIÓN” AUSTRO ALEMÁN.

la sana crítica está pasando a ser concebida como una actividad que incide en el cómo se debe juzgar, y bajo tal premisa, que ella pueda configurar un error decisorio litis<sup>46</sup>.

En el mismo sentido, Sophia Romero sostiene que resulta inconsistente que la Corte afirme que se encuentra limitada por la configuración de los hechos asentada por los Tribunales, ya que “la Corte sí altera los hechos incluso cuando no se verifican causales asociadas a la infracción de reglas de prueba”, por ejemplo, cuando cambia el relato o cambia las pautas de relevancia de los hechos. Es decir, tanto en casos en que se acoge el RCF por infracción a las NRP o por otra causal, la Corte cambia el relato acerca de los hechos del caso. Agrega la autora “que el problema no está en que el tribunal de control altere la cuestión de hecho, sino que la modifique de una forma tal que las partes no tengan oportunidad alguna para influir en la decisión que el tribunal” y se produzca la indefensión del afectado con este cambio<sup>47</sup>.

## II. ANÁLISIS DE SENTENCIAS

### 1. PREVENCIÓN METODOLÓGICA

Entre 1995 y 2023, la S.1ª dictó 545 sentencias en RCF en materia de Responsabilidad Extracontractual. De ellas, identificamos y estudiamos 221 que incluyen la frase “reguladora(s) de la prueba”, de las que 205 (92,76%) rechazaron y 16 (7,24%) acogieron los RCF en que se alegó la supuesta transgresión de NRP. Dentro de los 16 fallos que acogieron los RCF, que como se ve representan un porcentaje ínfimo del total, 14 anulaban la sentencia atacada por vulnerar normas sustantivas con influencia sustancial en lo dispositivo de aquélla y sólo 2 fallos acogieron el RCF por infracción de NRP: en un caso la sentencia recurrida desconoció valor de plena prueba a la confesional ficta sobre hechos personales del demandado<sup>48</sup>, con lo que vulneró la norma decisorio litis<sup>49</sup> y, por tanto, rechazó la demanda<sup>50</sup>; y, en el otro caso, la sentencia impugnada asignó al demandado la carga de acreditar el hecho ilícito que al actor incumbía probar<sup>51</sup>, lo que le llevó a infringir la norma sustantiva<sup>52</sup> y a acoger el libelo<sup>53</sup>. Luego, en rigor, el 99,09% de los RCF basados en la supuesta infracción de NRP fueron rechazados (219 de 221 casos).

Dada esta tendencia, decidimos concentrarnos en los argumentos que justifican las sentencias desestimatorias. Para ello, teniendo en consideración la cantidad de casos y la limitación de espacio de un artículo con los objetivos modestos antes descritos, decidimos analizar en profundidad los argumentos de 60 fallos, obtenidos aleatoriamente de los 205 que rechazaron el RCF. Aunque no constituyen una muestra representativa del total, ejemplifican la marcada tendencia de la S.1ª a desestimar los RCF fundados en la infracción de NRP y permiten obtener un mapa de los argumentos recurrentes.

<sup>46</sup> ROMERO (2013) p. 113.

<sup>47</sup> ROMERO (2021) pp. 344-345.

<sup>48</sup> Arts. 1713 CC y 399 CPC.

<sup>49</sup> Art. 2323 CC.

<sup>50</sup> *MORALES CON DEL CANTO* (2015) c. 8º.

<sup>51</sup> Art. 1698 CC.

<sup>52</sup> Art. 2314 CC.

<sup>53</sup> *FUENTES CON PALMA* (2016) c. 13.

Antes de enumerar y analizar los argumentos que fundamentan las sentencias que rechazan RCF fundados en la infracción de NRP, es importante señalar que, dado que la noción misma de “normas reguladoras de la prueba” es una de creación jurisprudencial (desarrollada luego dogmáticamente), es la propia Corte, en tanto tribunal competente para conocer y resolver aquellos recursos, la que no sólo define los casos que pertenecen a esta categoría sino que también decide en qué situaciones se produce o no una infracción. Al definir estos casos, la Corte interpreta los distintos textos normativos como normas que prescriben o regulan las conductas de los Tribunales (ordenan, prohíben o permiten una acción u omisión). Al margen del extenso debate acerca de los tipos de normas desde la teoría del derecho, la Corte indica que algunos textos expresan normas imperativas (es decir, que establecen obligaciones o prohibiciones), mientras que otros expresan normas potestativas (esto es, que conceden una “facultad” o permiso discrecional a los Tribunales).

## 2. ARGUMENTOS DEL RECHAZO DE RCF QUE INVOCAN LA INFRACCIÓN A NRP

Las razones esgrimidas por la Corte para desestimar la inmensa mayoría de los RCF que alegan la vulneración de NRP pueden agruparse de la siguiente manera<sup>54</sup>:

### *1º Los hechos fueron fijados correctamente por los Tribunales.*

Si la sentencia atacada no transgrede NRP, es decir, si los hechos fueron fijados correctamente por los Tribunales en las respectivas instancias, resultan inamovibles para la Corte, que no puede alterarlos, desvirtuarlos o revertirlos. En efecto, los Tribunales son los únicos facultados para establecer los hechos de la causa y, habiéndolos determinado correctamente conforme al mérito de las pruebas allegadas por las partes, interpretando y aplicando las normas sustantivas atinentes al caso, esos hechos devienen inalterables para la Corte, con arreglo al art. 785 CPC, estando vedada su revisión y la introducción de hechos distintos o nuevos vía RCF<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Un listado de “excusas” de la Corte para rechazar, parcialmente coincidente con el que viene a continuación, es propuesto por LARROUCAU (2017a) pp. 316 ss.: 1) sólo son NRP las reglas imperativas, no las potestativas (como el “podrá” señalado en el art. 384 N° 2 CPC); 2) dado que la convicción de los Tribunales es un proceso intelectual interno y subjetivo, la Corte no puede “jerarquizar las conciencias” —como diría PEÑAILILLO (1989) p. 19— y, por tanto, revisar los hechos fijados por los Tribunales en uso de sus facultades privativas; 3) la Corte hace un distingo rígido entre hecho y derecho para así excluir los problemas de calificación jurídica de las infracciones a NRP; y 4) la Corte tampoco puede controlar la valoración de la prueba por los Tribunales porque sus reglas son ordenatoria litis y no decisoria litis.

<sup>55</sup> VALENZUELA CON NARVÁEZ (1996) c. 10º; ZULETA CON SUPPLY (1996) c. 6º; ALEGRÍA CON BHIF (1998) c. 7º; MOYANO CON BANCO DE CHILE (1998) c. 10º; SFEIR CON UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (1999) c. 16; FUENTES CON CODELCO (2002) c. 3º, 4º y 6º; OCARANZA CON ROBINSON (2006) c. 9º y 10º; RABIE CON HOME MEDICAL (2007) c. 5º; ORTEGA CON BARROILHET (2012) c. 11 y 15; MORENO CON PINTO (2013) c. 9º; TREIZMAN CON ERAZO (2013) c. 7º, 11, 18 y 19; EXPOSITORA DE PRODUCTOS CON VTR (2016) c. 4º y 5º; INVERSIONES CELL CON VALORES SECURITY (2016) c. 6º y 10º; ESPINOZA CON CONSTRUCTORA ASFALCURA (2017) c. 6º; ARDILES CON IMPORTADORA CAFÉ DO BRASIL (2017) c. 5º; SCHLEGEL CON ANDREÉ ENGLISH SCHOOL (2017) c. 5º y 9º; SEPÚLVEDA CON BRINKS (2017) c. 4º y 5º; VELASCO CON CABALLERO (2017) c. 5º; CARRASCO CON BANCO DEL ESTADO (2018) c. 4º; SEPÚLVEDA CON CLÍNICA UNIVERSITARIA DE CONCEPCIÓN (2018) c. 7º; MARCENARO CON BANCO SANTANDER (2019) c. 9º y 10º; MINERA LOURDES CON ENAMI (2020) c. 14; CHILENA CONSOLIDADA CON GRÚAS Y TRANSPORTE (2020) c. 4º y 5º; LÓPEZ CON CENTRO MÉDICO AURORA (2022) c. 5º; CRECER CONSULTORES CON BELTRÁN (2023) c. 4º; E.H.M.N. CON COLEGIO APOQUINDO (2023) c. 27.

Con relación a la extensión de la competencia casacional, se sostiene que la Corte tiene competencia para revisar la calificación jurídica de los hechos, de las normas legales aplicables y de los efectos que de éstas emanan para el caso concreto. Es decir, la Corte puede apreciar cómo fueron establecidos los hechos con el fin de revisar la legalidad en su fijación, determinando la correcta aplicación de las normas legales referidas a la prueba. La Corte es enfática en señalar que, salvo que la sentencia impugnada viole NRP, no puede modificar los hechos y, sobre estos hechos cambiados, dictar nuevo fallo. Lo único que podría hacer, si acoge el RCF, es establecer los supuestos fácticos, determinados erróneamente por los Tribunales, que impiden arribar a la conclusión alcanzada por estos sobre la aplicación del derecho sustantivo. Fijando los hechos correctamente en el fallo de reemplazo, la Corte dirime el pleito según las normas de fondo aplicables a los hechos determinados válidamente<sup>56</sup>.

Que la Corte pueda “establecer los supuestos fácticos” pero no pueda “modificar los hechos” resulta un argumento difícil de comprender, desde que los “supuestos fácticos” y los “hechos” en este contexto son lo mismo. Tal argumento se funda, por una parte, en una separación total entre hechos y derecho que tiene fines analíticos y, por otra, en desconectar la relación entre los mismos y que se hace patente en la operación de calificación jurídica de hechos previamente determinados por los Tribunales, en nuestro caso, en la calificación de la culpa, del daño y del aspecto normativo de la causalidad, como elementos de la Responsabilidad Extracontractual que la Corte está llamada a efectuar<sup>57</sup>.

Sin embargo, no obstante la (supuesta) inconsistencia envuelta en el razonamiento de la Corte, ello no ha producido un impacto práctico relevante porque en el 99,01% de los casos (219 de 221) la Corte no alteró los hechos fijados en las instancias.

*2º El establecimiento de los hechos y la apreciación o ponderación de la prueba son facultades exclusivas de los tribunales del grado.*

En conformidad con este argumento, el RCF no puede usarse como mecanismo que pretenda alterar los hechos fijados por los Tribunales en ejercicio de sus facultades exclusivas, como cuando se cuestiona el sentido y alcance de la prueba con la finalidad de modificar los hechos<sup>58</sup>. Esta actividad de establecimiento de los hechos, se ha sostenido, se agota con la determinación de las circunstancias fácticas realizada privativamente por los Tribunales, quienes interpretan y aplican las reglas sobre justipreciación de la prueba soberanamente, mediante un proceso racional íntimo no revisable por la Corte, salvo que aquellos desatiendan las pautas objetivas del sistema de prueba legal tasada o tarifada<sup>59</sup>. La disconformidad del recurrente con la valoración dada por los Tribunales a la prueba producida en la causa no permite anular un fallo mediante el RCF. La Corte no puede discutir ni revisar

<sup>56</sup> *ASOCIACIÓN GREMIAL CON BANCO DE CHILE* (2011) c. 11, 15, 23 y 24.

<sup>57</sup> Véase nota 7.

<sup>58</sup> *VIVEROS CON CORREA* (2011) c. 9º; *ORTEGA CON BARROILHET* (2012) c. 6º y 16; *TREIZMAN CON ERAZO* (2013) c. 8º; *ILLANES CON CGE* (2015) c. 9º; *PROVOSTE CON LATEC* (2015) c. 4º; *SEPÚLVEDA CON BRINKS* (2017) c. 4º; *CARRASCO CON BANCO DEL ESTADO* (2018) c. 6º; *MARCENARO CON BANCO SANTANDER* (2019) c. 4º; *E.H.M.N. CON COLEGIO APOQUINDO* (2023) c. 26.

<sup>59</sup> *AGUILERA CON CONSTRUCTORA INTERNACIONAL* (2020) c. 5º; *E.H.M.N. CON COLEGIO APOQUINDO* (2023) c. 28.

el valor que los Tribunales atribuyeron a la prueba aportada al juicio, salvo que se denuncie y pruebe una infracción a las NRP<sup>60</sup>.

Así, no vulnera la regla sobre el valor probatorio de la confesión el fallo que pondera esta prueba y concluye, razonadamente, algo distinto de lo alegado por el recurrente<sup>61</sup>. Por ejemplo, el juez que acoge o rechaza la acción de Responsabilidad Extracontractual no transgrede las NRP cuando aprecia el informe de peritos conforme las reglas de la sana crítica; o determina que los antecedentes acreditados en el proceso son insuficientes para probar, mediante presunciones judiciales, los hechos alegados (v.gr., la culpa del demandado y los daños) en el RCF<sup>62</sup>; u otorga, con sujeción a la ley<sup>63</sup>, valor de instrumento público o privado a un documento, intentando el recurrente que la Corte efectúe una nueva apreciación de tal probanza<sup>64</sup>.

En igual sentido, no vulnera la regla sobre *onus probandi*, que constituye una NRP, el fallo que, sin alterar dicha carga, permite a ambas partes acreditar sus asertos, pero califica la prueba del actor como insuficiente para demostrar los elementos de la Responsabilidad Extracontractual<sup>65</sup>. En la dogmática y jurisprudencia chilena, la alteración del *onus probandi* como caso de vulneración a las NRP se reconduce a la infracción del artículo 1698.1 del CC como regla general de la carga de la prueba, que puede traducirse, simplificada, en que corresponde presentar elementos probatorios a quien alega un hecho con la pretensión de obtener determinadas consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico (por ej., la concurrencia o no de los requisitos para atribuir Responsabilidad Extracontractual al demandado). En palabras de la Corte:

Unánimemente se ha aceptado que le corresponde rendir prueba al que sostiene una proposición contraria al estado normal u ordinario de las cosas, al que pretende destruir una situación adquirida. Así, el demandante deberá probar los hechos constitutivos, esto es, aquéllos que producen el nacimiento de un derecho o de una situación jurídica que antes no existía y que son el fundamento de su demanda; mientras que el demandado, por su parte, se verá en la necesidad de probar los hechos extintivos, impositivos o modificativos capaces de justificar

<sup>60</sup> *VIVEROS CON CORREA* (2011) c. 10°, citando 2 fallos clásicos: “no podría este tribunal de casación discutir, al pronunciarse sobre un [RCF], el valor que el tribunal de la instancia correspondiente ha atribuido a la prueba allegada por las partes en relación con sus derechos ejercitados en el juicio” –*FERNÁNDEZ CON MELÉNDEZ* (1954) c. 1°–; e “investidos... los jueces de la instancia de facultades exclusivas para establecer los hechos del pleito y para justipreciar el mérito intrínseco de las declaraciones de testigos rendidas, su estimación escapa al control del Tribunal de Casación, a menos que aparezca que hubo error o infracción de derecho en la aplicación de aquellas normas” –*RODRÍGUEZ CON GONZÁLEZ* (1954) c. 1°–. Análogamente *ILLANES CON CGE* (2015) c. 8°; *INVERSIONES CELL CON VALORES SECURITY* (2016) c. 9°; *SALAZAR CON CENCOSUD* (2018) c. 6°; *Castro con Ruta del Bosque* (2023) c. 6°.

<sup>61</sup> Arts. 1713 CC; 398 y 401 CPC.

<sup>62</sup> *DE WIDTS CON PUC* (1998) c. 18.

<sup>63</sup> Arts. 1700 y 1702; y 346 CPC.

<sup>64</sup> *MORENO CON PINTO* (2013) c. 7°; *BARAHONA CON COMPLEJO MANUFACTURERO* (2014) c. 6°; *ILLANES CON CGE* (2015) c. 7°; *HEIMPELL CON CÍA. SUD AMERICANA* (2019) c. 7°; *MINERA LOURDES CON ENAMI* (2020) c. 12.

<sup>65</sup> *DE WIDTS CON PUC* (1998) c. 19; *CORTÉS CON CENCOSUD* (2016) c. 4°, 5° y 9°; *SALAZAR CON CENCOSUD* (2018) c. 3° y 4°; *VILLASECA CON AUTOPISTA CENTRAL* (2020) c. 4°; *CONTRERAS CON CLÍNICA DEL MAULE* (2023) c. 4°; *MUÑOZ CON CLÍNICA UNIVERSITARIA CONCEPCIÓN* (2023) c. 8°.

el rechazo de la demanda del actor. Lo antedicho es, justamente, lo que ha quedado plasmado en la regla contenida en el primer inciso del artículo 1698 del Código Civil<sup>66</sup>

Concretamente, en juicios sobre Responsabilidad Extracontractual, la Corte ha desestimado la alegación del demandado de que la prueba que rindió excluye su culpa, si la sentencia impugnada la tuvo por acreditada, o del actor, si el fallo atacado descartó la negligencia del demandado y consideró que el accidente provino del descuido del primero, o si estableció que la prueba rendida por éste fue insuficiente para demostrar; en suma, los Tribunales son soberanos para establecer los presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual conforme al mérito del proceso<sup>67</sup>. En efecto, según la Corte, quien esgrime una proposición opuesta al estado normal de las cosas e intenta destruir una situación adquirida, soporta el peso de la prueba. Luego, si el demandado niega los hechos aseverados por el actor no tiene que rendir prueba alguna, pero si éste demuestra los supuestos fácticos de su pretensión, el *statu quo* se invierte en contra de aquél. El actor debe acreditar los hechos constitutivos de un derecho o situación jurídica, que no existía y que sustentan su pretensión; y el demandado los hechos extintivos, impeditivos o modificativos que justifiquen rechazar la acción<sup>68</sup>.

En definitiva, los Tribunales son libres o soberanos para apreciar o aquilatar y examinar comparativamente las pruebas rendidas, dentro del marco establecido por normas legales. Este ejercicio se agota en las instancias<sup>69</sup>.

### *3º Las reglas supuestamente vulneradas no son NRP.*

Esta línea argumentativa refuerza la idea sostenida antes, según la cual es la propia Corte la que establece la demarcación entre NRP y otras reglas, siendo las primeras normas imperativas que establecen obligaciones para los Tribunales, cuya vulneración es revisable a través del RCF. La Corte niega el carácter de NRP a las disposiciones legales que indican los medios de prueba utilizables en juicio<sup>70</sup>, las que regulan la ponderación de

<sup>66</sup> *MONTENEGRO CON FARMACIA CRUZ VERDE* (2017) c. 6º. Especial atención ha recibido la regla de carga de la prueba en la dogmática civil –PEÑAILILLO (1989) pp. 45-66– y procesal, entre otros, MICHELI (1961 [1942]); ROSENBERG (2002 [1956]); GAVAZZI (1985); TARUFFO (2012); NIEVA, FERRER y GIANNINI (2019); de PAULA (2020); BORDALÍ (2020).

<sup>67</sup> *CAMUS CON CONSTRUCTORA CUEVAS Y PURCELL* (2015) c. 4º y 5º; *BRIZUELA CON OLIVARES HERMANOS* (2018) c. 4º y 7º.

<sup>68</sup> *OCARANZA CON ROBINSON* (2006) c. 11 y 12; *VIVEROS CON CORREA* (2011) c. 7º; *ORTEGA CON BARROILHET* (2012) c. 9º; *TREIZMAN CON ERAZO* (2013) c. 11; *BARAHONA CON COMPLEJO MANUFACTURERO* (2014) c. 5º; *ILLANES CON CGE* (2015) c. 5º; *SEPÚLVEDA CON BRINKS* (2017) c. 4º; *HEIMPELL CON CÍA. SUD AMERICANA* (2019) c. 6º; *MARCENARO CON BANCO SANTANDER* (2019) c. 5º; *BARRIENTOS CON WALMART* (2022) c. 16.

<sup>69</sup> Por ej.: “lo atacado por esta vía en examen no corresponde propiamente a la infracción de una ley imperativa [NRP], sino la ponderación judicial de la prueba rendida por las partes... la actividad destinada a apreciar y ponderar las probanzas rendidas en juicio se agotó con la determinación que a este respecto hicieron los jueces del fondo, quienes en uso de sus facultades privativas dejaron establecidos los presupuestos materiales que autorizan a desestimar la acción deducida”. *BOSELLIN CON SOLDATI Y OTROS* (2015) c. 10º.

<sup>70</sup> Arts. 1698.2 CC y 341 CPC.

la confesión<sup>71</sup>, las que establecen el modo de rendir y apreciar la prueba testifical<sup>72</sup>, y las que permiten valorar comparativamente los medios de prueba<sup>73</sup>, porque no imponen a los Tribunales parámetros de apreciación forzosos, entregándoles libremente la justipreciación de los elementos probatorios y, por tanto, atribuir o no Responsabilidad Extracontractual al demandado<sup>74</sup>.

Específicamente, se ha argumentado que los Tribunales son libres para apreciar discrecionalmente la fuerza de las presunciones judiciales<sup>75</sup> como prueba completa, y que esta valoración no es atacable mediante el RCF. La convicción de estar o no dichas presunciones revestidas de gravedad, precisión y concordancia, como requisitos que deben ser considerados a la hora de otorgarles valor probatorio, es facultad privativa de esos magistrados. Es un proceso subjetivo que escapa al control de casación<sup>76</sup>. Además, algunas sentencias han sostenido que la libertad para apreciar las presunciones judiciales atañe a la deducción del hecho ignorado a partir del indicio, pero el análisis de los hechos acreditados en juicio, conducente a esa convicción, exige del juez, en lo relativo a la concordancia, examinar las circunstancias fácticas conjuntamente, para colegir si son coherentes entre sí<sup>77</sup>. En definitiva, según la Corte, la calificación de los requisitos de las presunciones, la apreciación del valor probatorio y la convicción de su fuerza, fundada en esos parámetros o principios jurídicos y lógicos, es un proceso intelectual racional, privativo de los Tribunales, ajeno a RCF, salvo que estos se aparten de esos requisitos<sup>78</sup>.

#### *4º El RCF no explica en qué consiste la infracción a NRP.*

Según este argumento, procede rechazar el RCF que no explica en qué consiste la infracción de una NRP (esto es, se trata de una alegación genérica) ni cómo el supuesto error de derecho influyó sustancialmente en la parte dispositiva de la sentencia atacada.

<sup>71</sup> Arts. 1713 CC; y 398 y 401 CPC.

<sup>72</sup> Arts. 320, 340, 366 y 384 CPC.

<sup>73</sup> Art. 428 CPC.

<sup>74</sup> *OLIVARES CON SOCIEDAD CENTRAL* (1997) c. 2º; *ALEGRÍA CON BHIF* (1998) c. 7º; *DE WIDTS CON PUC* (1998) c. 17; *SANHUEZA CON MUNICIPALIDAD SANTIAGO* (1998) c. 6º; *OCARANZA CON ROBINSON* (2006) c. 12; *RABIE CON HOME MEDICAL* (2007) c. 4º y 5º; *ASOCIACIÓN GREMIAL CON BANCO DE CHILE* (2011) c. 8º y 15; *MORENO CON PINTO* (2013) c. 8º; *ILLANES CON CGE* (2015) c. 4º y 6º; *SILVA CON GUÍÑEZ* (2015) c. 5º; *INVERSIONES CELL CON VALORES SECURITY* (2016) c. 8º; *SCHLEGEL CON ANDREÉ ENGLISH SCHOOL* (2017) c. 6º; *HEIMPELL CON CÍA. SUD AMERICANA* (2019) c. 8º.

<sup>75</sup> Arts. 47 y 1712; y 426 y 427 CPC.

<sup>76</sup> *MORENO CON PINTO* (2013) c. 8º; *TREIZMAN CON ERAZO* (2013) c. 10º; *CARRASCO CON BANCO DEL ESTADO* (2018) c. 5º; *HEIMPELL CON CÍA. SUD AMERICANA* (2019) c. 9º; *RIADI CON NAHMÍAS* (2021) c. 4º; *BARRIENTOS CON WALMART* (2022) c. 17.

<sup>77</sup> *MARZENARO CON BANCO SANTANDER* (2019) c. 6º, citando *SOCIEDAD GANDOLFO CON SAVIO* (1955): “Si bien los requisitos de gravedad, precisión y concordancia de las presunciones judiciales son materia que queda entregada a la sola inteligencia del juez, a su propia convicción, esta libertad de apreciación se refiere, naturalmente, a la deducción misma; pero el examen previo de los hechos probados que deben producir la convicción en uno u otro sentido obliga en cuanto al requisito de la concordancia, al examen conjunto de tales hechos, pues sólo el estudio simultáneo debe llevar a la conclusión de que entre ellos existe relación de correspondencia o conformidad”.

<sup>78</sup> *CORTÉS CON CENCOSUD* (2016) c. 10º; *BRKOVIC CON AGUAS DEL ALTIPLANO* (2021) c. 18.

Por ejemplo, el RCF no señala circunstanciadamente cómo el fallo atacado habría infringido las normas sobre sana crítica para apreciar un informe pericial. Así, cabe rechazar el RCF que omite explicar de qué forma la sentencia impugnada habría transgredido las directrices o pautas sobre los conocimientos científicamente asentados, las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia. La sana crítica es “una forma de apreciar la prueba que conduce al descubrimiento de la verdad, por los medios que aconseja la recta razón basada en la experiencia racional puesta en juicio”<sup>79</sup>. Luego, la apreciación del peritaje es una cuestión fáctica<sup>80</sup>, un proceso subjetivo de los Tribunales, que no está sujeto a parámetros rígidos o preestablecidos en la ley<sup>81</sup> y que queda comprendido en las facultades privativas de aquellos<sup>82</sup>.

Por otra parte, no basta tampoco denunciar la supuesta infracción de normas sobre prueba documental<sup>83</sup>, sino que debe alegarse la transgresión del precepto<sup>84</sup> que le confiere el carácter de NRP<sup>85</sup>.

### 3. EVALUACIÓN

El estudio de las 60 sentencias de la S.1ª, escogidas al azar, ilustran su muy usual propensión –también presente en la S.3ª– a rechazar, en pleitos sobre Responsabilidad Extracontractual, los RCF en que se alega la infracción a NRP. Ahora bien, junto a los motivos antes sistematizados que explican tan acentuada inclinación, es posible especular acerca de las razones subyacentes que parecen justificar tal comportamiento y que, en nuestro concepto, son las dos siguientes:

*1º La inexistencia de una vulneración a las NRP es un medio de fácil manejo por la Corte que le permite rechazar, casi de forma mecánica, los RCF fundados en dicha causal.*

Con todo, la falta de infracción de NRP no faculta a la Corte para declarar inadmisibles de plano el RCF, ya que el examen de admisibilidad se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos formales.

Sin embargo, superada esa etapa, la Corte tiende a desestimar tales RCF para reafirmar, permanente e insistentemente, su rol como tribunal de casación y deslindarlo de la función propia de los Tribunales, a quienes atañe, de forma privativa, fijar los hechos de la causa –en concreto, la existencia o no de una conducta culpable e ilícita, el daño y el nexos

<sup>79</sup> *DE WIDTS CON PUC* (1998) c. 16º. Análogamente, *SERVICIOS MÉDICOS ROBINSON CON RIVEROS* (2022) c. 15 y 16. “[A]sí como la sana crítica es a un sistema de apreciación de la prueba por medio de la persuasión racional del juez, las leyes reguladoras de la prueba son a un sistema de prueba tasada”. *ASOCIACIÓN GREMIAL CON BANCO DE CHILE* (2011) c. 13.

<sup>80</sup> Art. 425 CPC.

<sup>81</sup> *TREIZMAN CON ERAZO* (2013) c. 9º.

<sup>82</sup> *BOSSELIN CON SOLDATI* (2015) c. 9º.

<sup>83</sup> Arts. 1702 CC y 346 CPC.

<sup>84</sup> Art. 1700 CC.

<sup>85</sup> *INVERSIONES CELL CON VALORES SECURITY* (2016) c. 8º.

causal físico (*condictio sine qua non*)<sup>86</sup>— previa apreciación de las pruebas rendidas conforme las normas legales. Luego, nuestro estudio confirma que la transgresión o no de NRP es un problema que está en el centro del RCF y de la función inherente de la Corte.

*2º La tendencia natural o posición prima facie de la Corte es que los Tribunales establecieron los hechos y apreciaron las pruebas correctamente.*

Si bien la Corte tiene la facultad de calificar jurídicamente los hechos, la fijación de estos y la valoración de las pruebas rendidas en el proceso compete exclusivamente a los Tribunales. Por ende, si estos concluyen de la ponderación de dichas pruebas que los requisitos de la Responsabilidad Extracontractual han sido o no acreditados, la Corte no puede modificar los hechos fijados por los Tribunales, salvo que éstos hayan vulnerado las NRP, lo que, como hemos mostrado, es absolutamente excepcional en la S.1<sup>a</sup>.

Luego, la importancia de la decisión de la Corte sobre si la sentencia atacada infringió o no NRP estriba en la determinación de si concurren o no los elementos de la Responsabilidad Extracontractual, según si recurre el actor contra el fallo que rechazó su demanda o el demandado contra la sentencia que la acogió, respectivamente. En consecuencia, incumbe al recurrente acreditar que los Tribunales fijaron erradamente las circunstancias fácticas y justipreciaron inadecuadamente las pruebas. En efecto, la libertad de que ellos gozan para valorar las pruebas no les autoriza a fallar cualquier cosa. Por eso, la Corte impone límites de control racional al ejercicio de esa función.

### III. PREGUNTAS A MODO DE CONCLUSIÓN

Sin perjuicio de las razones formal u oficialmente declaradas por la S.1<sup>a</sup> para rechazar casi la totalidad de los RCF deducidos en juicios de Responsabilidad Extracontractual resueltos entre 1995 y 2023, en los que se ha aducido la infracción de NRP, y de aquellos motivos implícitos, que hemos tratado en la sección anterior, el análisis de la jurisprudencia emanada de dicha sala suscitan diversos interrogantes, como los tres que exponemos a continuación e intentamos responder tentativamente, a modo de conclusión, pero cuya efectividad exige una investigación ulterior que excede los propósitos que nos propusimos alcanzar en el presente artículo.

<sup>86</sup> Este es el test típico, de gran utilidad práctica, mediante el cual los Tribunales constatan o descartan la existencia de la causalidad *necesaria* entre el hecho ilícito y el daño, sin requerir emplear las teorías sobre el aspecto normativo de ese vínculo (que permiten limitar el ámbito de la RE, esto es, determinar los daños derivados necesariamente de la conducta del demandado que éste *debe* reparar como efectos directos o próximos de ella). Una fundada demostración de esta realidad en DOMÍNGUEZ (2001) pp. 10-14. Por eso, el reconocimiento de las facetas fáctica y normativa del nexo causal por la Corte —v.gr., *ARIZTÍA COMERCIAL CON BANCO SUDAMERICANO* (2004) c. 6º; *PARADA CON HOSPITAL BASE DE LINARES* (2019) c. 9º— no es decisivo (*ratio decidendi*) para establecer dicho elemento y constituye, por el contrario, un *obiter dictum* que sólo reproduce la autorizada opinión doctrinaria, expuesta con singular claridad por BARROS (2020) Tomo I, pp. 394-395. Ahora bien, la calificación jurídica de la cara normativa del vínculo causal (siempre que esté probado que el hecho ilícito fue condición necesaria del daño) es una función privativa de la Corte como tribunal de casación. CORRAL (2013) pp. 201-202; DOMÍNGUEZ (2017) p. 1038; BARROS (2020) Tomo I, p. 442.

## 1. ¿EJERCIO LA S.1ª LA FUNCIÓN PROACTIVA O DE PROMOCIÓN DE LA LEGALIDAD?

Tal vez lo hizo, en el sentido de enfatizar y reafirmar que su rol intrínseco es corregir errores de derecho, en este caso, auténticas infracciones de NRP con influencia sustancial en la parte dispositiva de la sentencia impugnada, y no el de modificar los hechos fijados por los Tribunales mediante la apreciación prudencial y el examen comparativo de los medios de prueba. Sin embargo, ¿sentó un precedente? En rigor, creemos que no.

En efecto, los razonamientos esgrimidos por la S.1ª para desestimar los RCF que denuncian supuestas infracciones a NRP son similares o congruentes y reiterados –y consistentes con parte de la doctrina civil y procesal<sup>87</sup>–, pero refieren a hechos distintos, determinados en cada litigio. Por eso, más bien podríamos estar ante una especie de “jurisprudencia por máximas” que denota un formalismo excesivo<sup>88</sup>.

Además, la marcada tendencia de la S.1ª a rechazar esa clase de RCF no es vinculante para los Tribunales (de inferior jerarquía) atendida la relatividad de los efectos de las sentencias judiciales<sup>89</sup> y el hecho de que los razonamientos coherentes de la Corte únicamente confirman reglas generales y abstractas (sobre las NRP, su infracción, el rol de los Tribunales y de la Corte, la finalidad y fundamento del RCF, etc.), aplicables a hechos distintos. El único “precedente” que tendría esta jurisprudencia es definir, una y otra vez, las facultades y límites de los Tribunales en lo concerniente a la apreciación del valor de los medios de prueba.

Luego, el problema no reside en la altísima probabilidad de rechazo de los RCF que aducen infracciones a las NRP sino en que la Corte sustenta su reacción automática e invariable en fórmulas universalistas aplicadas indiscriminadamente a circunstancias fácticas disímiles. La Corte no parece haber sentado un precedente que le permita cumplir su misión esencial de uniformar el derecho a nivel no sólo conceptual sino práctico, con estricta vinculación a los hechos concretos, que es la única vía en que una corte de casación puede brindar certeza y predictibilidad a la sociedad y a los litigantes, y orientar a los Tribunales en su difícil tarea de distinguir entre tipos de casos y de fallar de idéntica forma aquellos cuyos hechos sean análogos, preservando así la igualdad ante la ley y la justicia.

## 2. ¿SE HA CONVERTIDO LA S.1ª EN TERCERA INSTANCIA?

Entendemos que no. La S.1ª no ha alterado los hechos establecidos por los Tribunales, sino que los ha mantenido y respetado por considerar, en el 99% de los RCF que entre 1995 y 2023 denunciaron infracción a las NRP, que éstas no fueron vulneradas por esos sentenciadores.

Así, la S.1ª ha seguido invariablemente la doctrina sentada por la Corte en el sentido que, por regla general, ésta sólo puede alterar los hechos si se denuncia y explica, correcta o eficientemente, la infracción de NRP por los Tribunales. Al mantener los hechos, la S.1ª cir-

<sup>87</sup> DOMÍNGUEZ (2017) pp. 1018 y 1028-1033; MOSQUERA y MATURANA (2017) p. 346; ROMERO, AGUIRREZABAL y BARAONA (2008) pp. 233-234.

<sup>88</sup> Véase TARUFFO (2016) p. 244; y TARUFFO (2014) pp. 14-17.

<sup>89</sup> Art. 3.2 CC. La Corte, empero, en recientes fallos con un significativo impacto económico y social, ha preterido o soslayado dicho principio capital, dejando en evidencia, o al menos permitiendo entrever, su firme propósito de hacer justicia material a costa de la dogmática y justicia formal, cuyo respeto es deber esencial de dicha Corte en cuanto tribunal de casación.

cunscribió su rol a lo que es propio de un tribunal de casación, dejando afirme lo tramitado en las instancias, es decir, le dio alto (y no bajo) valor a la tarea realizada por los Tribunales.

Consecuentemente, la S.1ª no parece haber dejado en la indefensión a la parte que no interpuso el RCF y, en suma, no devino en tercera instancia. Luego, el comportamiento de la S.1ª es consistente con lo que ha afirmado un sector de la doctrina<sup>90</sup>.

Adicionalmente, tal vez la rotunda tendencia de la S.1ª a rechazar los RCF fundados en la infracción de NRP puede interpretarse y en parte obedecer a una posición muy reacia a involucrarse en una tarea que no está naturalmente dispuesta a hacer, y que puede resultar ardua, así como compleja, consistente en anular la sentencia recurrida, modificar los hechos fijados por los Tribunales y dictar el fallo de reemplazo. En los hechos, la jurisprudencia analizada refleja la tesis fuerte de la soberanía de los Tribunales más que la tesis débil, ello no obstante la explicación de la Corte sobre la evolución del tema. La Corte admite que puede revisar los hechos bajo ciertas condiciones, pero prácticamente nunca lo hace cuando se ha alegado la infracción de NRP.

### 3. ¿DEBERÍA LA CORTE CONTROLAR, VÍA CASACIÓN EN EL FONDO, LA INFRACCIÓN POR LOS TRIBUNALES DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA?

Parecería que la Corte debe determinar si los Tribunales han transgredido las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzado. ¿Por qué? ¿Será porque son reglas obligatorias? ¿Será porque afecta la racionalidad de la valoración de la prueba (informe pericial) por el fallo recurrido?

Entre las sentencias de la S.1ª analizadas, algunas consideraron que los Tribunales no vulneraron, sino que observaron las reglas de la sana crítica al apreciar el mérito probatorio del informe de peritos, y estimaron que los recurrentes no explicaron en qué consistirían las supuestas infracciones a tales reglas. *A contrario sensu*, de haber sido violadas y de haber los recurrentes demostrado en qué consistiría tal vulneración, la S.1ª habría podido acoger los RCF fundados en esa especie de infracción de NRP.

Cuestión distinta, que no se vio en los fallos analizados, es que la Corte, como parte de su función intrínseca como tribunal de casación, invalide la sentencia impugnada no porque haya transgredido las NRP, sino porque hizo una errónea calificación jurídica de los elementos de la Responsabilidad Extracontractual.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2019): “Teoría de la prueba: ¿somos todos ‘racionalistas’ ahora?”, *Revus*, vol. 39: pp. 85-102.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria).
- ALLEN, Ronald J. y PARDO, Michael S. (2003): “The myth of the law-fact distinction”, *Northwestern University Law Review*, vol. 97, N° 4: pp. 1769-1807.

<sup>90</sup> DEL RÍO (2015) p. 186. En contra: ROMERO, AGUIRREZABAL y BARAONA (2008) p. 226; ROMERO (2021) pp. 344 y 360.

- ANSCOMBE, Gertrude E. ([1958] 2015): “Sobre hechos brutos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 28, N° 2: pp. 47-50 (trad. Jorge Larroucau Torres).
- ARRIAGADA CÁCERES, María Beatriz (2022): “Normas regulativas y normas constitutivas en el derecho. Ontología, interpretación y cultura jurídica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 45: pp. 377-410.
- ARRIAGADA CÁCERES, María Beatriz (2021): “Las dos caras del precedente vinculante”, en NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro; ARRIAGADA CÁCERES, María Beatriz y HUNTER AMPUERO, Iván (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 281-310.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2005): “Proceso civil (La casación como problema)”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez*, vol. 2: pp. 249-353.
- BARROS BOURIE, Enrique (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- BECERRA POBLETE, Pablo (2017): *El rol de la Corte Suprema* (Santiago, Ediciones Der).
- BELL, John S., BOYRON, Sophie y WHITTAKER, Simon (2008): *Principles of French Law* (Oxford, Oxford University Press, second edition).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2020): “La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas”, *Estudios de Derecho Universidad de Antioquia*, vol. 77, N° 170: pp. 201-225.
- BRAVO HURTADO, Pablo (2012): “Recursos ante las Cortes Supremas en el civil law y en el common law: dos vías a la uniformidad”, *International Journal of Procedural Law*, vol. 2, N° 2: pp. 323-339.
- CARBONELL BELLOLIO, Flavia (2022): “Variaciones sobre el precedente judicial: una mirada desde el sistema jurídico chileno”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, N° 16: pp. 9-38.
- CARBONELL BELLOLIO, Flavia (2021): “Presunciones y razonamiento probatorio”, Ezurmendia Álvarez, Jesús (edit.), *Prueba, proceso y epistemología: ensayos sobre derecho probatorio* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 373-414.
- CARBONELL BELLOLIO, Flavia (2019): “La irradiación procesal del derecho civil: a propósito de los hechos y de su prueba”, en Pereira Fredes, Esteban (ed.), *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno* (Santiago, Rubicon) pp. 587-630.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- DE PAULA RAMOS, Vitor (2020): *La carga de la prueba en el proceso civil. De la carga al deber de probar* (Madrid, Marcial Pons).
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2015): “Motivo de casación en el fondo civil en Chile. Problemas y perspectivas de reforma”, *Ius et Praxis*, año 21, N° 2: pp. 161-198.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2017): “Algunos aspectos civiles de la casación”, en SCHOPF OLEA, Adrián y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (edits.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 1017-1039.

- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2001): “Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 209: pp. 7-27.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2018): “Los hechos en la casación penal”, *Actualidad Jurídica*, N° 48: pp. 153-175.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2002): *Prueba y verdad en el derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2020): *La práctica del precedente en el Civil Law* (Barcelona, Atelier).
- GAVAZZI, Giacomo (1985): *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo* (Torino, Giapichelli).
- GÓMORA JUÁREZ, Sandra (2019): *Un análisis conceptual del precedente judicial* (México, UNAM-IIJ).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2022): “Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio* (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación) pp. 353-396.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2013): *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (México, Fontamara).
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2017): “Leyes reguladoras de la prueba: de la soberanía judicial al control deferente de la Corte Suprema”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 30, N° 1: pp. 311-331.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2017): “Los fines de la casación por valoración de la prueba”, en Palomo Vélez, Diego (dir.), *Recursos procesales. Problemas actuales* (Santiago, Der Ediciones) pp. 209-237.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2017): “El recurso de casación en el sistema procesal civil chileno. ¿Por qué constituye una instancia más?”, en SCHOPF OLEA, Adrián y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (edits.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 1041-1148.
- MACCORMICK, Neil (1994): *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford, Clarendon Press).
- MICHEL, Gian Antonio (1961 [1942]): *La carga de la prueba* (Buenos Aires, Editorial Jurídicas Europa-América).
- MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián (2017): *Los recursos procesales (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición)*.
- NIEVA FENOLL, Jordi; FERRER BELTRÁN, Jordi y GIANNINI, Leandro J. (2019): *Contra la carga de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2022): *Precedentes. Una aproximación analítica* (Madrid, Marcial Pons).
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2018): “Precedente en materia de hechos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 31, N° 1: pp. 51-78.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2016): “Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*”, *Doxa*, N° 39: pp. 127-156.

- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro; ARRIAGADA CÁCERES, María Beatriz y HUNTER AMPUERO, Iván (2021): *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1989): *La prueba en materia sustantiva civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RAYO CORTÉS, Felipe (2022): “Los recursos procesales en la nueva justicia civil chilena”, en EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús (dir.), *Principios de justicia civil* (Barcelona, Bosch) pp. 383-420.
- ROMERO RODRÍGUEZ, Sophía (2021): *Los hechos del proceso civil* (Santiago, Thomson Reuters).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2013): *El recurso de casación en el fondo civil: propuestas para la generación de precedentes judiciales* (Santiago, Thomson Reuters).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2004): *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2002): “El valor de la jurisprudencia en materia procesal, a la luz del concepto de las leyes reguladoras de la prueba”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, N° 1: pp. 173-181.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro; AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite y BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2008): “Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, N° 1: pp. 225-259.
- ROSENBERG, Leo (2002 [1956]): *La carga de la prueba* (Montevideo, B de F, segunda edición).
- TARUFFO, Michele (2016): “Las funciones de las cortes supremas: aspectos generales”, en TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz y MITIDIERO, Daniel (coords.), *La misión de los tribunales supremos* (Madrid, Marcial Pons) pp. 231-251.
- TARUFFO, Michele (2014): “La jurisprudencia entre casuística y uniformidad”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 27, N° 2: pp. 9-19 (trad. Daniela Accatino Scagliotti).
- TARUFFO, Michele (2012): “L'onere come figura processuale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 66, N° 2: pp. 425-436.
- TARUFFO, Michele (2010): *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (trad. Daniela Accatino Scagliotti, Madrid, Marcial Pons).
- TARUFFO, Michele (2006): *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil* (Lima, Palestra).
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1973): “Facts in Law”, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 59, N° 2: pp. 161-178.

## NORMAS CITADAS

- Chile, *Código Civil* (14/12/1855).
- Chile, *Código de Procedimiento Civil* (30/08/1902).
- Chile, Ley N° 19.374 (18/02/1995): *Modifica Códigos Orgánico de Tribunales, de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal*.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema, 22/04/1953, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 51, sec. 1ª, pp. 121-126 (*ESPINOZA CON CARRIEL*).

- Corte Suprema, 30/05/1953, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 50, sec. 1ª, pp. 173-185 (*IZQUIERDO CON URRUTIA*).
- Corte Suprema, 28/06/1954, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 51, sec. 1ª, pp. 219-222 (*FERNÁNDEZ CON MELÉNDEZ*).
- Corte Suprema, 30/06/1954, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 51, sec. 1ª, pp. 222-225 (*RODRÍGUEZ CON GONZÁLEZ*).
- Corte Suprema, 22/08/1955, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 52, sec. 1ª, pp. 258-267 (*REINOSO CON TORO*).
- Corte Suprema, 30/11/1955, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 52, sec. 1ª, pp. 388-390 (*SOCIEDAD GANDOLFO CON SAVIO*).
- Corte Suprema, 11/03/1992, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 89, sec. 1ª, pp. 24-32 (*AUTOMOTRIZ MIRANDA CON TENENGE*).
- Corte Suprema, 04/01/1996, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 93, sec. 1ª, pp. 1-9 (*ZULETA CON SUPPLY*).
- Corte Suprema, 09/01/1996, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 93, sec. 1ª, pp. 13-15 (*VALENZUELA CON NARVÁEZ*).
- Corte Suprema, 07/01/1997, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 94, sec. 1ª, pp. 3-4 (*OLIVARES CON SOCIEDAD CENTRAL*).
- Corte Suprema, 28/01/1998, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 95, sec. 1ª, pp. 1-7 (*MOYANO CON BANCO DE CHILE*).
- Corte Suprema, 07/05/1998, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 95, sec. 1ª, pp. 38-39 (*ALEGRÍA CON BHIF*).
- Corte Suprema, 08/07/1998 casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 95, sec. 1ª, pp. 98-101 (*SANHUEZA CON MUNICIPALIDAD SANTIAGO*).
- Corte Suprema, 29/09/1998, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 95, sec. 1ª, pp. 157-165 (*DE WIDTS CON PUC*).
- Corte Suprema, 15/09/1999, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 96, sec. 1ª, pp. 158-171 (*SFEIR CON UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN*).
- Corte Suprema, 04/01/2001, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 98, sec. 1ª, pp. 15-19 (*SOCIEDAD DÍAZ CON SII*).
- Corte Suprema, 04/07/2002, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 99, sec. 1ª, pp. 129-133 (*FUENTES CON CODELCO*).
- Corte Suprema, 26/01/2004, rol 2.947-2002, casación en el fondo (*ARIZTÍA COMERCIAL CON BANCO SUDAMERICANO*).
- Corte Suprema, 31/05/2005, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 102, sec. 1ª, pp. 183-189 (*KVACANTIRADZE CON MUNICIPALIDAD VIÑA DEL MAR*).
- Corte Suprema, 28/11/2006, rol 320-2005, casación en el fondo (*OCARANZA CON ROBINSON*).
- Corte Suprema, 24/04/2007, rol 3.886-2005, casación en el fondo (*RABIE CON HOME MEDICAL*).
- Corte Suprema, 27/11/2008, rol 3.983-2007, casación en el fondo (*SILVA CON CÁRCAMO*).
- Corte Suprema, 01/06/2009, rol 1.297-2008, casación en el fondo (*ODECU CON BANCO DE CHILE*).
- Corte Suprema, 19/07/2011, rol 5.379-2009, casación en el fondo (*MUÑOZ CON MOLINA*).

- Corte Suprema, 31/08/2011, rol 1.061-2010, casación en el fondo (*ASOCIACIÓN GREMIAL CON BANCO DE CHILE*).
- Corte Suprema, 22/12/2011, rol 2.652-2011, casación en el fondo (*COMERCIAL POLYQUI CON EMBOTELLADORA LLANCOLÉN*).
- Corte Suprema, 27/12/2011, rol 8.983-2010, casación en el fondo (*VIVEROS CON CORREA*).
- Corte Suprema, 16/04/2012, rol 8.361-2009, casación en el fondo (*ORTEGA CON BARROILHET*).
- Corte Suprema, 25/04/2012, rol 7.145-2010, casación en el fondo (*MOBARO CON MOLY-COP*).
- Corte Suprema, 05/07/2013, rol 5.883-2012, casación en el fondo (*TREIZMAN CON ERAZO*).
- Corte Suprema, 14/08/2013, rol 4.778-2013, casación en el fondo (*MORENO CON PINTO*).
- Corte Suprema, 07/04/2014, rol 1.943-2014, casación en el fondo (*BARAHONA CON COMPLEJO MANUFACTURERO*).
- Corte Suprema, 17/07/2014, rol 10.438-2013, casación en el fondo (*UNDA CON CLÍNICA DEL MAULE*).
- Corte Suprema, 10/03/2015, rol 27.176-2014, casación en el fondo (*RIVERA CON ELECDA*).
- Corte Suprema, 10/03/2015, rol 28.240-2014, casación en el fondo (*RODRÍGUEZ CON DÍAZ*).
- Corte Suprema, 19/03/2015, rol 21.433-2014, casación en el fondo (*CAMUS CON CONSTRUCTORA CUEVAS Y PURCELL*).
- Corte Suprema, 23/03/2015, rol 28.247-2014, casación en el fondo (*PROVOSTE CON LATEC*).
- Corte Suprema, 24/03/2015, rol 26.539-2014, casación en el fondo (*PELEGRIN CON FENATS*).
- Corte Suprema, 22/06/2015, rol 23.889-2014, casación en el fondo (*CORTÉS CON SUBUS*).
- Corte Suprema, 30/06/2015, rol 3.524-2015, casación en el fondo (*CASTILLO CON CARRAZANA*).
- Corte Suprema, 11/07/2015, rol 6.677-2015, casación en el fondo (*SILVA CON GUÍÑEZ*).
- Corte Suprema, 22/07/2015, rol 2.272-2015, casación en el fondo (*ILLANES CON CGE*), *Westlaw Chile*, cita online CL/JUR/4185/2015. Fecha de consulta: 11/10/2022.
- Corte Suprema, 27/07/2015, rol 2.273-2015, casación en el fondo (*BOSSELIN CON SOLDATI*).
- Corte Suprema, 11/08/2015, rol 31.414-2014, casación en el fondo (*MORALES CON DEL CANTO*).
- Corte Suprema, 09/12/2015, rol 710-2015, casación en el fondo (*FLORES CON PARQUE ARAUCO*).
- Corte Suprema, 14/03/2016, rol 26.848-2015, casación en el fondo (*RISI CON ABRILLOT*).
- Corte Suprema, 19/04/2016, rol 7.412-2016, casación en el fondo (*VÁSQUEZ CON SUPERINTENDENCIA DE QUIEBRAS*).
- Corte Suprema, 25/04/2016, rol 2.555-2016, casación en el fondo (*EXPOSITORA DE PRODUCTOS CON VTR*), *Westlaw Chile*, cita online CL/JUR/2711/2016. Fecha de consulta: 15/12/2022.
- Corte Suprema, 20/07/2016, rol 31.054-2016, casación en el fondo (*CORTÉS CON CENCOSUD*).
- Corte Suprema, 05/10/2016, rol 5.316-2015, casación en el fondo (*INVERSIONES CELL CON VALORES SECURITY*).
- Corte Suprema, 23/11/2016, rol 41.784-2016, casación en el fondo (*VERA CON CARRIÓN*).
- Corte Suprema, 24/11/2016, rol 45.802-2016, casación en el fondo (*Fuentes con Palma*).
- Corte Suprema, 05/04/2017, rol 6.804-2017, casación en el fondo (*ARDILES CON IMPORTADORA CAFÉ DO BRASIL*).

- Corte Suprema, 23/05/2017, rol 4.902-2017, casación en el fondo (*SEPÚLVEDA CON BRINKS*).
- Corte Suprema, 24/05/2017, rol 88.915-2016, casación en el fondo (*ESPINOZA CON CONSTRUCTORA ASFALCURA*).
- Corte Suprema, 25/09/2017, rol 94.887-2016, casación en el fondo (*SCHLEGEL CON ANDREÉ ENGLISH SCHOOL*).
- Corte Suprema, 25/10/2017, rol 11.708-2017, casación en el fondo (*CAJAS CON CENCOSUD*).
- Corte Suprema, 09/11/2017, rol 30.306-2017, casación en el fondo (*VELASCO CON CABALLERO*).
- Corte Suprema, 21/11/2017, rol 37.383-2017, casación en el fondo (*GUEIQUIAO CON AGUAS DEL ALTIPLANO*).
- Corte Suprema, 06/12/2017, rol 19.123-2017, casación en el fondo (*MONTENEGRO CON FARMACIA CRUZ VERDE*).
- Corte Suprema, 04/01/2018, rol 34.279-2017, casación en el fondo (*IUVARA CON CRESPO*).
- Corte Suprema, 10/04/2018, rol 821-2018, casación en el fondo (*CARRASCO CON BANCO DEL ESTADO*).
- Corte Suprema, 09/04/2018, rol 1.449-2018, casación en el fondo (*SEPÚLVEDA CON CLÍNICA UNIVERSITARIA DE CONCEPCIÓN*).
- Corte Suprema, 24/05/2018, rol 3.008-2018, casación en el fondo (*SALAZAR CON CENCOSUD*).
- Corte Suprema, 01/08/2018, rol 35.578-2017, casación en el fondo (*BRIZUELA CON OLIVARES HERMANOS*).
- Corte Suprema, 06/12/2018, rol 26.747-2018, casación en el fondo (*AIG CON SERVICIOS GENERALES*).
- Corte Suprema, 26/12/2018, rol 1.144-2018, casación en el fondo (*PAREDES CON VARGAS*).
- Corte Suprema, 11/03/2019, rol 5.225-2018, casación en el fondo [reemplazo] (*PARADA CON HOSPITAL BASE DE LINARES*).
- Corte Suprema, 14/03/2019, rol 2.512-2018, casación en el fondo (*HEIMPELL CON CÍA. SUD AMERICANA*).
- Corte Suprema, 22/08/2019, rol 836-2018, casación en el fondo (*MARCENARO CON BANCO SANTANDER*).
- Corte Suprema, 26/08/2019, rol 17.515-2019, casación en el fondo (*GONZÁLEZ CON CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO*).
- Corte Suprema, 12/12/2019, rol 13.143-2018, casación en el fondo (*FISCO DE CHILE CON BRAVO*).
- Corte Suprema, 08/01/2020, rol 28.207-2019, casación en el fondo (*MOUKARZEL CON MAPFRE*).
- Corte Suprema, 12/02/2020, rol 29.575-2019, casación en el fondo (*AGUILERA CON CONSTRUCTORA INTERNACIONAL*).
- Corte Suprema, 20/02/2020, rol 40.837-2017, casación en el fondo (*MINERA LOURDES CON ENAMI*).
- Corte Suprema, 13/04/2020, rol 27.130-2019, casación en el fondo (*VILLASECA CON AUTOPISTA CENTRAL*).
- Corte Suprema, 21/12/2020, rol 97.182-2020, casación en el fondo (*CHILENA CONSOLIDADA CON GRÚAS Y TRANSPORTE*).
- Corte Suprema, 26/01/2021, rol 112.425-2020, casación en el fondo (*RIADI CON NAHMÍAS*).

- Corte Suprema, 07/04/2021, rol 10.629-2019, casación en el fondo (*INVERSIONES DE SALUD CON ALTAIR*).
- Corte Suprema, 18/06/2021, rol 19.544-2019, casación en el fondo (*CASTILLO CON RUZ*).
- Corte Suprema, 07/07/2021, rol 12.678-2019, casación en el fondo (*BRKOVIC CON AGUAS DEL ALTIPLANO*).
- Corte Suprema, 16/08/2021, rol 11.453-2019, casación en el fondo (*IRACABAL CON EXPRESS DE SANTIAGO*).
- Corte Suprema, 13/01/2022, rol 33.753-2019, casación en el fondo (*GATTA CON RUIZ*).
- Corte Suprema, 07/06/2022, rol 85.093-2020, casación en el fondo (*SERVICIOS MÉDICOS ROBINSON CON RIVEROS*).
- Corte Suprema, 09/08/2022, rol 69.506-2021, casación en el fondo (*BARRIENTOS CON WALMART*).
- Corte Suprema, 06/09/2022, rol 14.582-2022, casación en el fondo (*López CON CENTRO MÉDICO AURORA*).
- Corte Suprema, 13/01/2023, rol 152.934-2022, casación en el fondo (*CONTRERAS CON CLÍNICA DEL MAULE*).
- Corte Suprema, 11/04/2023, rol 76.136-2021, casación en el fondo (*E.H.M.N. CON COLEGIO APOQUINDO*).
- Corte Suprema, 16/05/2023, rol 49.307-2021, casación en el fondo (*CASTRO CON RUTA DEL BOSQUE*).
- Corte Suprema, 02/06/2023, rol 162.675-2022, casación en el fondo (*MUÑOZ CON CLÍNICA UNIVERSITARIA CONCEPCIÓN*).
- Corte Suprema, 21/08/2023, rol 8.911-2022, casación en el fondo (*BANCALARI CON CGE*).
- Corte Suprema, 09/11/2023, rol 229.116-2023, casación en el fondo (*CRECER CONSULTORES CON BELTRÁN*).



LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (2023), *Los pactos de accionistas*, Santiago: Thomson Reuters, 220 pp.

El libro del profesor Osvaldo Lagos Villarreal titulado “Los pactos de accionistas” se refiere de manera profunda e integral a este tipo de acuerdos o, como se aprende tempranamente en el trabajo, a los llamados pactos parasociales (pp. 3-4). En efecto, esta obra parte por desmitificar la idea de que estos acuerdos son propios de un tipo societario específico, lo que permite a su vez reparar en el análisis del dilema que guía a las personas al momento de elegir un determinado tipo social.

Las razones de carácter tributario impuestas por el legislador, así como las formalidades necesarias al momento de cambiar de dueños han sido aparentemente modeladoras del gusto en la elección societaria (p. 10). Sin embargo, pensando en aspectos más de fondo que guían una elección de esta naturaleza, queda claro que la facilidad en la entrada y la salida de la sociedad es el elemento clave para elegir sociedades de capital. Es precisamente respecto de este tipo de sociedades en que cobra mayor sentido la existencia de los pactos abordados por el trabajo (p. 10). No obstante lo señalado, se plantea la ironía de que, mediante su celebración, se van “acercando” los distintos tipos de sociedades. En palabras del autor, por medio de la celebración de estos pactos, se “personalizan” las sociedades de capital (p. 9). Luego, su ámbito de desarrollo más prolífico parece encontrarse en las sociedades anónimas cerradas, pues en las abiertas, y bajo supuestos de liquidez y transparencia razonables, la posibilidad de entrada y salida más rápida constituye finalmente la protección de los accionistas frente a cualquier posible acuerdo social que no resulte acorde con sus intereses.

Así, queda claro que los pactos de accionistas también abordan una de las materias más interesantes respecto de las sociedades comerciales: el ejercicio y la distribución de poder entre sus participantes. Generalmente el análisis de esta temática se centra en los conflictos de poder entre los accionistas o socios y los directorios o altos cargos de administración, materia que fue tempranamente tratada por Adolf Berle y Gardiner Means en “*The Modern Corporation and Private Property*”<sup>1</sup>. Sin embargo, en el caso de los pactos de accionistas, se materializa en las posibles formas de regular y distribuir el poder entre los propios accionistas, antes que ocurran hechos futuros que, de alguna manera, puedan mutar o desbalancear indebidamente el poder que llevó a las partes a concurrir de manera conjunta en un proyecto societario. El inexorable transcurso del tiempo necesariamente cambia las circunstancias que se encontraban presentes al momento de entrar a una sociedad. Luego, la celebración de estos pactos no es más que una forma, racional se podría esperar, de ejercer la autonomía de la voluntad, que se manifiesta en este caso por la celebración de un acuerdo que, precisamente, limitará esta autonomía en el futuro. Lo anterior se funda, tal como identifica el autor, por la necesidad de la existencia de un comportamiento leal entre los accionistas y, en último término, con la sociedad (pp. 77-90).

Sin embargo, la noción de “comportamiento leal” resulta compleja de definir de una sola manera: ¿existen reglas específicas y definidas para modelar la toma de decisiones que, en definitiva, afectan el patrimonio de una persona? ¿qué aspectos de este comportamiento

<sup>1</sup> BERLE y MEANS (1932).

se enfrentan a los intereses de la sociedad? Estas preguntas, que desde luego admiten múltiples respuestas, son iluminadas por el contenido posible que pueden considerar los pactos de accionistas, tarea a la que se dedica detenidamente el segundo capítulo del libro, que agrupa estos contenidos posibles en cuatro categorías.

La primera categoría de acuerdos, referida a las cláusulas de gobierno, ciertamente son del mayor interés desde una perspectiva societaria en tanto su contenido dependerá de manera sustantiva de quienes intervengan en ellos. Luego, en caso de socios con participaciones igualitarias, su sentido será el de adoptar procedimientos decisorios cuando el destino volitivo de los accionistas resulte en un empate. En cambio, en aquellos casos en que los accionistas tienen participaciones disímiles, su sentido será el de lograr procedimientos que redunden en decisiones con algún tipo de impacto social o la consideración de los minoritarios. La celebración de estos acuerdos ciertamente afectará el destino de la sociedad, como adecuadamente da cuenta el autor, en temas tan relevantes como los directores que se designen, las remuneraciones que se paguen o los dividendos que se acuerde distribuir. Así, el autor presenta todo tipo de cláusulas, entre otras, la de ruleta rusa o *shot gun*, la de duelo tejanero o *shoot out* y la de distribución de dividendos o premios (pp. 27-38).

La segunda categoría de acuerdos se identifica como “de afiliación”, en tanto a través de ellos se regula la entrada y la salida de la sociedad. Estos acuerdos son, en mi experiencia, los que resultan más frecuentes en este tipo de pactos. En este ámbito, el autor realiza un análisis detallado del significado y sentido de las cláusulas de restricción de venta, de derecho a primera oferta o *right of first offer*, de derecho a primer rechazo o *right of first refusal*, de derecho de retiro, de acompañamiento o *tag along*, de arrastre o *drag along*, de adhesión al pacto, de salida de ejecutivos titulares de acciones, de permanencia o de *good/bad leaver* y de devengo o *vesting* (pp. 38-56).

El tercer grupo de acuerdos que se describen corresponden a las cláusulas sobre financiamiento y dividendos que miran, ya no solo a la relación entre los accionistas, sino al modo en que ellos deben comportarse en lo que concierne a diversos aspectos vinculados al desarrollo de la propia sociedad. En este contexto, se analizan detenidamente las cláusulas de financiamiento, de antidilución, de precio medio ponderado, de trinquete completo y de distribución de dividendos. Respecto de cada una de ellas, el autor destaca la forma en que deben interpretarse y, desde luego, cumplirse, atendido el carácter inoponible que presenta este tipo de acuerdos (pp. 57-66).

La última categoría de pactos analizados se refiere a las cláusulas de estilo, de gran frecuencia en la práctica. La primera de ellas es la cláusula de información, que probablemente puede generar muchos problemas en su ejecución en tanto la sociedad es la destinataria última de los deberes que ella impone, cuestión que es tempranamente advertida por el libro. En segundo lugar, se considera la cláusula de no competencia, que con gran frecuencia genera conflictos con posterioridad a la salida de una persona de una sociedad. Luego, su redacción requiere de una cuidada atención que, además, se rija por los criterios de proporcionalidad y temporalidad que se han especificado por la jurisprudencia en otras áreas de estudio (pp. 69-71). Por último, el autor menciona la cláusula de arbitraje, que, en todo caso ha mutado más bien hacia una cláusula de resolución de conflictos de carácter escalonado, en que los mecanismos heterocompositivos, como el arbitraje, son postergados

en beneficio de otras formas de solución de controversias, como la negociación y, más frecuentemente, la mediación.

El capítulo segundo al que se ha hecho referencia se debe leer sin duda alguna en complemento directo con el capítulo quinto del libro, referido a “Las tutelas de los pactos de accionistas”. Consciente del aforismo de que sin acciones no hay derechos, el autor se refiere a importantes aspectos relacionados con el modo de dar cumplimiento a las distintas cláusulas acordadas en estos pactos. Inicia su análisis reflexionando a propósito de las obligaciones que surgen de estos acuerdos en relación con las categorías clásicas del derecho civil relevantes en casos de incumplimiento, como son la distinción entre obligaciones de hacer y de no hacer (pp. 146-150). Asimismo, analiza las diversas acciones disponibles según el tipo de obligación que emane del pacto, haciendo referencia a las acciones de cumplimiento forzado y de indemnización, destacando la reflexión del autor de los efectos de la presencia de cláusulas penales, de mucha frecuencia en esta área (pp. 155-157).

El aporte de este capítulo apunta, a mi juicio, principalmente en dos sentidos. Por una parte, se especifican con un inusitado juicio de realidad las dificultades prácticas que acarrea el ejercicio de acciones en este ámbito, iluminando al lector con reflexiones procedimentales de interés, particularmente referidas a la utilización de medidas cautelares y a la determinación de la legitimidad activa y pasiva de quienes pueden ser parte de en estos conflictos. Por otra parte, se analiza el uso de mecanismos específicos destinados al robustecimiento del cumplimiento de los pactos de accionistas, como son la prenda de acciones, el otorgamiento de mandatos y poderes de carácter colectivo y la constitución de sociedades que formalicen las finalidades perseguidas por ellos. Dentro de estos mecanismos se destaca también la constitución de *voting trusts*, la firma de pactos de accionistas por la propia sociedad y el deber de suscribir pactos de accionistas como prestaciones accesorias en los mismos estatutos sociales (pp. 161-170).

A estas alturas, un fundado temor que podría surgir de la lectura conjunta de estos dos capítulos dice relación con la abundancia de trasplantes jurídicos, concepto popularizado por Alan Watson<sup>2</sup>, o imitaciones, como diría Rodolfo Sacco aludiendo al mismo fenómeno<sup>3</sup>. Adicionalmente, la fuente de estas importaciones proviene de jurisdicciones inmersas en sistemas jurídicos anglosajones. No obstante lo anterior, el autor confronta cada figura analizada con la legislación chilena, dando cuenta de las limitaciones que precisan estas importaciones menos tradicionales. Además, no se debe soslayar que este trabajo, de alguna forma, emula el derecho comercial y el derecho de las obligaciones, los que en muchos sentidos tienden a converger hacia marcos jurídicos de entendimiento que son comunes para los comerciantes, quienes, generalmente actúan a través de sociedades.

Es por lo anterior que la elaboración de una especie de compendio de cláusulas contractuales y de los efectos ante su incumplimiento resulta de mucha utilidad para que, en el uso cotidiano de estos pactos, las y los abogados tengan un excelente punto de referencia por donde comenzar su redacción y, en casos menos felices, la litigación a su respecto. Todas estas labores pueden acarrear importantes beneficios, con la excelente guía que provee

<sup>2</sup> WATSON (2010) p. 5.

<sup>3</sup> SACCO (1991) pp. 397-400.

este libro. No se debe olvidar que, tal como el autor declara en su prefacio, son escasas las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico que se refieren, directa o indirectamente a este tipo de pactos. De manera desperdigada, y en muchos casos de forma indirecta, se encuentran algunos artículos presentes en la Ley de Sociedades Anónimas, el Código de Comercio y la Ley de Mercado de Valores y, sorprendentemente en el artículo 2088 del Código Civil, norma poco conocida, pero que agudamente refiere importantes principios sobre los efectos relativos de este tipo de pactos.

Tras darse cuenta del contenido posible de estos pactos, manifestado en las cláusulas ya referidas, se plantean persistentemente los límites que ellos deben respetar. El análisis de lo anterior se concentra en tres capítulos. Primero, un sucinto capítulo tercero, que constituye a mi juicio el corazón de este trabajo. En él, se manifiesta una reflexión profunda sobre los límites a estos pactos lo que permite finalmente la verdadera comprensión de lo que ellos representan. La lucidez de este capítulo torna al lector, irónicamente, en un férreo defensor de estos pactos. La pregunta de base que acompaña la respuesta al objeto posible de estos pactos está dada, valga la redundancia, por la respuesta a la pregunta de las posibles decisiones que puede tomar un accionista en relación con sus acciones. En efecto, las decisiones que un accionista puede tomar, las puede tomar por sí mismo o de manera conjunta, cuando un pacto así lo obliga. En consecuencia, la libertad es amplia, no pudiendo confundirse en este punto el interés del accionista con el interés social, separación clave en sociedades de capital como la anónima. Solo los actos desleales, contra los demás accionistas y la sociedad, quedan relegados de estos pactos, como también lo están de las actuaciones individuales de los accionistas. La contracara de esa libertad se encuentra en las garantías básicas de los derechos que asisten a los propietarios, en que las restricciones absolutas a la facultad de enajenar siempre son miradas con sospecha por el legislador, la doctrina y la jurisprudencia.

El otro capítulo que se refiere a los límites de estos pactos es el cuarto, que trata su oponibilidad. En este capítulo se plantea una distinción fundamental entre los pactos omnilaterales, que obligan a todos los accionistas o socios, y aquellos que obligan solo a algunos de ellos (pp. 106-110). El análisis normativo acompaña a las importantes conclusiones que el autor refiere en la materia. Por último, el capítulo sexto se refiere a los límites manifestados en lo que respecta a la modificación y duración de los pactos, materias en que los principios de autonomía y buena fe hacen gala de su relevancia.

Como se señaló más arriba, la redacción de estos pactos beneficia a todos los accionistas cuya tenencia accionaria persiste por algún tiempo. Esto resulta aplicable no solo a los accionistas de sociedades de grandes capitales, sino que también a negocios que tienden a mutar en el tiempo. Esta característica es propia de importantes negocios y emprendimientos que se desarrollan en la actualidad, sin que se deba reflexionar mucho para que vengan a la mente anglicismos como *startups* y *venture capital*. Este trabajo, estoy segura, contribuirá a la proliferación transversal de un instrumento que, no obstante su origen, enraizado en grandes negocios, hoy constituye una herramienta fundamental para ámbitos de la naturaleza más diversa. Guillermo Caballero Germain identifica la ampliación del mercado crediticio como una especie de “democratización del crédito”<sup>4</sup>. Resulta imposible no

<sup>4</sup> CABALLERO (2018) p. 135.

pensar también en la democratización de los pactos de accionistas, labor a la que el trabajo presentado ciertamente contribuye de manera sustancial.

MARÍA AGNES SALAH ABUSLEME  
*Facultad de Derecho, Universidad de Chile*

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BERLE Adolf y MEANS, Gardiner (1932): *The Modern Corporation and Private Property* (Nueva York: The Macmillan Company).
- CABALLERO GERMAIN, Guillermo (2018): “Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor”, *Ius et Praxis*, vol. 24, N° 3: pp. 133-172.
- SACCO, Rodolfo (1991): “*Legal formants: a dynamic approach to comparative law (Installation II of II)*”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, N° 2, pp. 343-401.
- WATSON, Alan (2010): *Comparative law: law, reality, and society* (Lake Mary: Vandeplass Publishing, tercera edición).



NORMALMENTE DEMASIADA, Y A VECES MUY POCA...  
PROTECCIÓN FAMILIAR OBLIGATORIA A TRAVÉS DE LA  
HERENCIA FORZOSA (LEGÍTIMA).  
UNA APRECIACIÓN CRÍTICA\*

*REGULARLY TOO MUCH, AND SOMETIMES TOO LITTLE...  
MANDATORY FAMILY PROTECTION BY WAY OF FORCED HEIRSHIP  
(LEGÍTIMA). A CRITICAL APPRAISAL*

REINHARD ZIMMERMANN\*\*

RESUMEN: A nivel comparado, el Derecho Sucesorio contempla distintos medios de protección familiar obligatoria. Sin embargo, los mecanismos de herencia forzosa y porción obligatoria carecen de flexibilidad, y los sistemas altamente flexibles, presentan problemas de discrecionalidad judicial y falta de certeza. La manera menos disruptiva de lograr la protección familiar obligatoria es evitando que los acreedores de deudas alimenticias pasen a una situación peor que la que tenían cuando el causante aún vivía. Así, el patrimonio del difunto debería quedar disponible para satisfacer las reclamaciones de alimentos que hayan existido antes de su muerte; permitiendo que las personas necesitadas reciban algo más que la simple porción obligatoria y, además, fortaleciendo la libertad testamentaria del causante.

**Palabras claves:** Derecho sucesorio, derecho comparado, libertad testamentaria, asignación forzosa, porción obligatoria, protección familiar obligatoria, pensión alimenticia.

ABSTRACT: On a comparative level, the law of succession provides for different means of mandatory family protection. However, on the one hand, the mechanisms of forced heirship and compulsory portion lack flexibility; on the other, highly flexible systems lead to too much judicial discretion and lack of certainty. The least disruptive mechanism to achieve that protection is to prevent maintenance creditors from being worse off than when the deceased was still alive. Thus, the deceased's estate should be available to satisfy maintenance claims

\* Este ensayo corresponde al discurso efectuado por Reinhard Zimmermann en la ocasión en que se le confirió un doctorado *honoris causa* por la Universidad de Chile. Este ensayo fue traducido del original en inglés por Francisco Alvarado, académico del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile. LL.M. en Derecho Privado Europeo y Comparado por la Universidad de Edimburgo. Correo electrónico: falvarado@derecho.uchile.cl. Al final de este ensayo se anexa la laudatio escrita por Enrique Barros.

\*\* Profesor de la Escuela de Derecho Bucerius. Director del Instituto Max Planck de Derecho Privado Internacional y Comparado. Licenciado de Derecho de la Escuela de Derecho Bucerius. Doctor Honoris Causa por la Universidad de Chile. Correo electrónico: r.zimmermann@mpipriv.de. Número Orcid: 0000-0003-0348-7929. El autor desea agradecer al profesor Enrique Barros por su *laudatio* con las siguientes palabras: Estimado Enrique, estoy profundamente conmovido por tu laudatio, que ha sido extremadamente generosa y despertó muchos recuerdos en mí, incluso de mi juventud “en la ciudad grande más bella en Alemania”. Muchísimas gracias por tu apreciación de mi trabajo y por la gran empatía y amistad que habla de ella. La amistad y el entendimiento a través de las fronteras han estado, y todavía están, entre los frutos más bonitos de la actividad científica para mí, y estoy muy agradecido que los haya podido disfrutar en una medida tan rica.

that existed before their death, allowing those in need to receive more than just the compulsory portion and, furthermore, strengthening the testamentary freedom of the deceased.

**Keywords:** Law of succession, comparative law, testamentary freedom, forced heirship, compulsory portion, mandatory family protection, maintenance claims.

Andrés Bello (1781-1865) es ampliamente reconocido como el intelectual líder de la América Latina del siglo XIX: diplomático, jurista, filósofo, filólogo y poeta. Con el Código Civil de Chile (1855), creó la codificación más influyente de derecho privado latinoamericano y una de las más antiguas aún vigentes en el mundo. Bello también fue el Fundador y primer Rector de la Universidad de Chile (1842-1843), el más antiguo centro de educación superior en este país. Es un gran honor haber sido designado *Doctor honoris causa* por el Consejo Universitario de una institución con una tradición tan distinguida y una reputación tan eminente. Recuerdo la recepción muy amistosa que recibí la primera vez que visité Chile y esta Universidad el año 2014, y me gustaría muy sinceramente agradecer a todos mis amigos y colegas que han hecho posible mi segunda visita, incluyendo esta espléndida ceremonia, especialmente a los profesores Enrique Barros y Francisco González Hoch.

1. En esta ponencia me gustaría abordar un campo del Derecho Privado que, durante algún tiempo, ha vivido como la Cenicienta de la Ciencia del Derecho Comparado, pero que ahora, como una Bella Durmiente, parece estar despertando de un largo sueño: el Derecho Sucesorio<sup>1</sup>. Esta rama del derecho ha tenido una enorme importancia histórica (abarca nada menos que 11 de los 45 libros del Digesto dedicados al Derecho Privado, además, una serie de títulos de otros libros están dedicados a cuestiones sucesorias)<sup>2</sup>, así como una enorme importancia social y económica en la actualidad<sup>3</sup>. El Derecho Sucesorio tiene una dimensión asignatoria –*allocation dimension*– (ya que debe determinar a quién se asigna el patrimonio de la persona que ha fallecido) y una dimensión ejecutoria –*implementation dimension*– (ya que debe regular cómo debe ejecutarse la referida asignación)<sup>4</sup>. En lo que respecta a la dimensión asignatoria, todos los ordenamientos jurídicos del mundo occidental distinguen entre sucesión intestada y sucesión basada en una disposición *mortis causa* (i.e., normalmente un testamento<sup>5</sup>; en lo sucesivo, por tanto: sucesión testamentaria)<sup>6</sup>. El principio que rige la sucesión testamentaria es la libertad de testar, es decir, la autonomía privada

<sup>1</sup> DE WAAL (2019) pp. 1058-1087.

<sup>2</sup> Para la Edad Media y principios de la Edad Moderna, véase: HEIRBAUT (2009) pp. 65-84.

<sup>3</sup> Véase BECKERT (2004).

<sup>4</sup> Esto ha sido elaborado muy claramente por SCHMIDT (2022) pp. 5-15. SCHMIDT SE REFIERE A „Zuweisungsdimension“ y „Vollzugsdimension“.

<sup>5</sup> Los contratos de herencia son reconocidos solo en algunos sistemas legales (e.g., Alemania, Suiza); mientras que, en otros sistemas, estos contratos no son permitidos (e.g., Italia, Inglaterra) o reconocidos solo excepcionalmente (e.g., Francia, Austria). Para una aproximación comparada, véase: HELMS (2012) p. 399.

<sup>6</sup> El Derecho francés, sin embargo, actualmente, adscribe a la máxima “*institution d’héritier n’a lieu*”: un “heredero” no puede ser nombrado mediante un testamento. Sin embargo, la posición del receptor de un “*legs universel*” ha sido asimilada a la de un heredero; véase Art 724 - 1 Code Civil, de manera que la distinción es más bien un asunto de forma que de sustancia. Véase ZIMMERMANN (2023) pp. 1803-1824.

del testador; mientras que las normas sobre sucesión intestada reflejan la idea de sucesión familiar (que, no obstante, puede conceptualizarse como basada en la típica intención presunta del difunto)<sup>7</sup>.

2. Sin embargo, todos los ordenamientos jurídicos del mundo occidental imponen ciertos límites a la libertad de las personas para disponer de sus bienes por testamento, siendo el más importante lo que en los ordenamientos jurídicos europeos de tradición civil puede denominarse como “herencia forzosa” o “porción obligatoria”<sup>8</sup>. Esta limitación se basa, ideológicamente, en una extensión de la sucesión familiar al ámbito de la sucesión testamentaria. La mayoría de los legisladores parecen haber tenido dificultades para encontrar un espacio sistemático y adecuado para dichas reglas. De todas formas, distintos legisladores han aportado soluciones muy diversas y, por lo general, de carácter poco satisfactorio<sup>9</sup>. El Código Civil chileno, por ejemplo, dedica un título a las “asignaciones forzosas”, el que forma parte de la regulación de los testamentos. En efecto, el artículo 1167 establece que “[a]signaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas”. Conceptualmente, por tanto, la participación obligatoria de los familiares cercanos al fallecido se deriva de la voluntad del mismo y no de la ley, lo que difícilmente puede calificarse sino como un mecanismo artificial<sup>10</sup>. En esta presentación, me centraré en los medios de protección familiar obligatoria existentes en el Derecho Sucesorio, es decir, lo que en la terminología jurídica española y portuguesa suele denominarse “legítima” (*légitime* en francés, *legitima [portio]* en latín). Como no soy especialista en Derecho latinoamericano, me ocuparé mayormente de los sistemas civiles de Europa Occidental y Central. No obstante, hacia el final de esta presentación volveré al Código Civil chileno y a la figura de Andrés Bello.

3. En una compleja evolución que conduce a las Novelas del emperador Justiniano, se llegó a reconocer una *querela inofficiosi testamenti* para hacer frente a situaciones en las que el testador parecía haber descuidado los deberes que naturalmente le correspondían para con sus familiares más cercanos al no dejarles siquiera algo mínimo en su testamento<sup>11</sup>. En la historia del Derecho Francés, esto llegó a fusionarse con un mecanismo de protección propio del derecho consuetudinario del norte (la *réserve coutumière*) que dio lugar al capítulo *De la portion de biens disponible, et de la réduction* del *Code Civil* de 1804<sup>12</sup>. Una parte de los bienes del difunto debía reservarse a los hijos o, si no había hijos, a los ascendientes. Era la *réserve*. Los hijos, o descendientes, se convertían así en herederos según las reglas de la sucesión intestada. El resto de los bienes quedaba a disposición del testador. Esa *quotité disponible* consistía en entre la mitad y las tres cuartas partes del patrimonio, dependiendo de si el testador tenía hijos sobrevivientes a su muerte y, en caso afirmativo, de

<sup>7</sup> Para una aproximación comparada, véase REID; DE WAAL y ZIMMERMANN (2015) pp. 442-512.

<sup>8</sup> Para una aproximación comparada, véase: ZIMMERMANN (2020) pp. 465-547.

<sup>9</sup> Véase ZIMMERMANN (2020) pp. 534-536.

<sup>10</sup> SCHMIDT (2020) p. 202. “[E]l carácter artificial [de esta forma de ver las cosas] es difícil de negar”; “... se acerca a hacer una burla de los testadores” (Original: “[the] artificial nature [of this way of looking at things] is hard to deny”; “...comes close to making a mockery of testators”).

<sup>11</sup> Para más detalles, véase ZIMMERMANN (2020) pp. 1-19.

<sup>12</sup> Para más detalles, véase RÜFNER (2020) pp. 42-55.

cuántos<sup>13</sup>. El modelo francés fue muy influyente; por supuesto, se siguió allí dondequiera que se aplicaba el *Code Civil* (Bélgica, Luxemburgo, la provincia prusiana del Rin, Baden), y también se adoptó en los Países Bajos, Italia y Portugal, Suiza y Grecia<sup>14</sup>. Las disposiciones sobre la *legítima* contenidas en el Código Civil Español se asemejaban en cierta medida al Derecho Francés, pero derivaron de raíces diferentes y tenían características peculiares, como la *mejora*<sup>15</sup>.

4. El otro modelo que resultó ser influyente fue aquel originario de Austria y, posteriormente adoptado por el Código Civil alemán<sup>16</sup>. En este caso, los descendientes y, a falta de descendientes, los ascendientes no reciben una parte determinada de los bienes de la herencia, sino que simplemente tienen derecho a un crédito por el valor de dicha parte. En otras palabras, se trata de una acción personal, en dinero, dirigida contra la herencia. Es el modelo de la “porción obligatoria” –*compulsory portion*– (a diferencia del sistema francés de la *réserve* o herencia forzosa). Italia y Portugal se han mantenido fieles al modelo francés incluso en sus recodificaciones de 1942 y 1966, respectivamente<sup>17</sup>. Entretanto, otros países han cambiado de bando y han adoptado el modelo austríaco/alemán, entre ellos los Países Bajos, Bélgica, Cataluña e incluso la propia Francia<sup>18</sup>. El abanico de personas con derecho a una porción obligatoria comprende hoy en día a los descendientes del difunto, a sus padres (en lugar de a todos los ascendientes) y, por lo general, también al cónyuge sobreviviente, siempre que alguna de estas personas haya sido excluida de la sucesión por disposición *mortis causa*<sup>19</sup>. La cuota asignada a estas personas varía según los distintos sistemas de Derecho Civil<sup>20</sup>; la solución más sencilla es la elegida por el legislador alemán: “la porción obligatoria consiste en la mitad de la porción intestada de los parientes respectivos”<sup>21</sup>. Esto significa que un testador que deja descendientes, padres o cónyuge sólo puede disponer libremente de la mitad de su patrimonio. Se trata de una gran limitación de la libertad testamentaria (aunque algunos países, entre ellos Chile<sup>22</sup>, son aún más restrictivos<sup>23</sup>).

5. Hay una característica crucial que tienen en común los dos sistemas presentados hasta ahora: no toman en consideración “las necesidades”. Los parientes más cercanos reciben su parte, sin importar si son ricos o pobres, viejos o jóvenes, fuertes o débiles, mercedores o no; todos son tratados de la misma manera. Este tratamiento implacablemente igualitario de situaciones esencialmente desiguales, a menudo, ha sido criticado<sup>24</sup>; y ha lle-

<sup>13</sup> FRANCIA, *Code Civil* 1804.

<sup>14</sup> ZIMMERMANN (2020) pp. 491-506.

<sup>15</sup> Véase CÁMARA LAPUENTE (2020) pp. 139-174; y ZIMMERMANN (2020) pp. 496-500.

<sup>16</sup> Para más detalles, véase WENDEHORST (2020) pp. 233-267; y ZIMMERMANN (2020) pp. 268-318.

<sup>17</sup> ZIMMERMANN (2020) pp. 507-510.

<sup>18</sup> ZIMMERMANN (2020) pp. 510-516.

<sup>19</sup> Para más detalles, véase ZIMMERMANN (2020) pp. 538-541.

<sup>20</sup> Para más detalles, véase ZIMMERMANN (2020) pp. 541.

<sup>21</sup> SCHMITT (1879) p. 671.

<sup>22</sup> Véase más arriba, N° 2.

<sup>23</sup> Para otros países sudamericanos, véase: SCHMIDT (2020) p. 196. En Europa Occidental, las reformas han tendido a disminuir el tamaño de la “porción obligatoria” (Portugal, Bélgica, Países Bajos, Suiza). Véase ZIMMERMANN (2020) p. 541.

<sup>24</sup> Para Alemania, véase VON GIERKE (1889) p. 536.

vado, en varios ordenamientos jurídicos, a la introducción de dispositivos que introducen un mayor grado de flexibilidad<sup>25</sup>. El Derecho Español siempre ha contado con la *mejora*, que permite al testador modificar la distribución de la *legítima* asignada a los descendientes<sup>26</sup>. En Austria, las personas que hayan cuidado del difunto durante al menos seis meses en los tres últimos años de su vida obtienen adicionalmente un “legado por el otorgamiento de cuidados”<sup>27</sup> –*care legacy*–. En los Países Bajos, los cónyuges sobrevivientes y los hijos mercedores reciben un trato especial<sup>28</sup>. La *quotité disponible spéciale* del Derecho Francés puede mencionarse en este contexto<sup>29</sup>, al igual que el derecho de elección concedido al cónyuge sobreviviente por el legislador belga<sup>30</sup>. Podrían mencionarse más ejemplos. Una forma eficaz de introducir mayor flexibilidad en el sistema ha sido también el reconocimiento de la renuncia contractual a la porción obligatoria<sup>31</sup>. Una mirada más allá de los sistemas continentales de Europa Occidental muestra que en una serie de jurisdicciones (Rusia, Estonia, Lituania, también Luisiana) la entrega de una cuota o porción fija depende de si quien la solicita tiene o no la capacidad para mantenerse a sí mismo; o que un solicitante en tal situación reciba una porción o cuota incrementada (Polonia)<sup>32</sup>. Pero también hay jurisdicciones (México, Costa Rica, Honduras y otros Estados de América Central, así como Sudáfrica) en las que opera un sistema puramente basado en las necesidades: las obligaciones alimenticias existentes durante la vida del testador sobreviven a su fallecimiento y pueden dirigirse contra la herencia<sup>33</sup>.

6. El Derecho Inglés y el mundo del *Common Law*, del que forma parte, se describen tradicionalmente como la ciudadela de la libertad testamentaria<sup>34</sup>. Pero la legislación sobre “provisión familiar” (*family provision*), “manutención familiar” (*family maintenance*) o “asistencia a los dependientes” (*dependants’ relief*) vigente en jurisdicciones como Nueva Zelanda, Australia, Canadá (con la excepción de Quebec) e Inglaterra<sup>35</sup>, concebida originalmente como un poder limitado para ofrecer compensación en casos de grave desconsideración del testador hacia su cónyuge e hijos, se ha convertido en un medio para reescribir testamentos: una especie de permiso para diseñar un plan sucesorio sustancialmente nuevo para el difunto<sup>36</sup>. La experiencia ha demostrado que la discrecionalidad judicial no ha podido ser frenada, ya que ninguno de los instrumentos doctrinales que de vez en cuando son sugeridos

<sup>25</sup> Para una revisión, véase ZIMMERMANN (2020) pp. 541-544.

<sup>26</sup> Véase más arriba, N° 3 y N° 16

<sup>27</sup> AUSTRIA, ABGB; y véase WENDEHORST (2020) pp. 255-259.

<sup>28</sup> Sobre el „*andere wettelijke rechten*” en el (nuevo) Derecho Holandés: véanse Arts. 4:28-4:30, 4:35 BW; KOLKMAN (2020) pp. 319-344.

<sup>29</sup> FRANCIA, Code Civil, y véase PÉRÈS (2020) p. 97.

<sup>30</sup> BÉLGICA, Code Civil.

<sup>31</sup> Para una aproximación comparada, véase SEEGER (2018) pp. 749-753.

<sup>32</sup> Para más detalles, véase: ZIMMERMANN (2021b) pp. 3-9.

<sup>33</sup> Para más detalles, véase SCHMIDT (2020) pp. 185-231.

<sup>34</sup> Véase, e.g., *Ilott v. The Blue Cross* [2017] UKSC 17 [1]. Sin embargo, el punto de partida histórico es diferente; véase KERRIDGE (2020) pp. 384-416.; ZIMMERMANN (2020) pp. 480-483. La libertad de testar sin restricciones sólo prevaleció durante las primeras décadas del siglo XX.

<sup>35</sup> Véase ZIMMERMANN (2021b) pp. 33-48.

<sup>36</sup> GLENDON (1986) p. 1188.

dos<sup>37</sup> ha sido capaz de otorgar un grado significativo de certeza. Así, en el importante caso inglés *Ilott v. The Blue Cross*, pendiente ante los tribunales desde hace casi diez años<sup>38</sup>, Lady Hale afirmó que “era posible argumentar razonablemente a favor de al menos tres soluciones totalmente diferentes”<sup>39</sup>, que iban desde que el solicitante no recibiera nada, 50.000 libras o 163.000 libras (de un patrimonio de unas 486.000 libras). Ya hace muchos años, Lord Wilberforce había calificado de “doloroso y difícil” para un juez determinar “lo que es justo y correcto” en un caso concreto y ‘decidir cómo distribuir los méritos y deméritos’ entre el testador y su esposa divorciada, su viuda, una posible amante e hijos ilegítimos”<sup>40</sup>. Sin embargo, si no está claro en qué circunstancias y de qué manera es probable que los tribunales interfieran en la voluntad de un testador, puede considerarse que la libertad testamentaria se ve menoscabada tanto o más que en un sistema de herencia forzosa o porción obligatoria. No es de extrañar, por tanto, que tanto en Nueva Zelanda, país del que Inglaterra alguna vez adoptó la idea de “provisión familiar” (*family provision*), como en Australia, se haya dicho que la libertad testamentaria era un mito<sup>41</sup>.

7. Esta es una situación poco feliz, ya que la libertad testamentaria debería ser, en efecto, el punto de partida natural de una sociedad liberal, ya se rija ésta por el *Common Law* o cuente con codificación civil. “Todo el derecho privado se basa en la regla del individuo”, como dijo el principal arquitecto del Derecho Sucesorio del Código Civil Alemán, Gottfried von Schmitt, al comienzo de su borrador preliminar<sup>42</sup>. Él, además, añadió una consideración pragmática: si se privara a una persona de la libertad de disponer sobre sus bienes *mortis causa*, ésta podría lograr el mismo resultado de otra manera, a saber, mediante transacciones *inter vivos* que surtan efecto más allá de su muerte. Siempre han existido este tipo de transacciones *inter vivos* motivadas por la intención de determinar quien recibirá la herencia, o partes de ésta; de hecho, este tipo de transacciones incluso han estado presentes en la cuna del testamento romano<sup>43</sup> y en su renacimiento medieval<sup>44</sup>.

8. Este enfoque liberal no es menos convincente hoy que en la década de 1880, y se basa, esencialmente, en la libertad de cada persona que vive en una sociedad libre para tratar y disponer de su propiedad a su discreción. La extensión de la libertad de disposición de una persona sobre sus bienes para el período posterior a su fallecimiento es inherente a la garantía del derecho de propiedad<sup>45</sup>. La libertad de testar es, por tanto, una expresión específica de la autonomía del individuo, y toda restricción de esa libertad debe basarse en razones de po-

<sup>37</sup> La prueba del “deber-moral” (*Allardice v. Allardice* [1909] 29 NZLR 959 (972 f) (CA); véase PEART y VINES (2020) pp. 464-472, o el enfoque “en dos etapas” (*Singer v. Berghouse* [1994] 181 CLR 201 [15]; *Re Coventry* [1980] Ch 461, 487; o el establecimiento de una larga lista de factores que deben tenerse en cuenta (véase, e.g., s. 60 Succession Act 2006/80 de New South Wales).

<sup>38</sup> Para el “caso *Ilott*”, véase KERRIDGE (2020) pp. 399-402; SLOAN (2019) pp. 301-322.

<sup>39</sup> *Ilott v. The Blue Cross* [2017] UKSC 17, at [65].

<sup>40</sup> Lord Wilberforce, House of Lords, Debates, Hansard, vol. 358, col. 933 (20 de marzo de 1975).

<sup>41</sup> PEART y VINES (2020) p. 475.

<sup>42</sup> VON SCHMITT (1879) p. 52.

<sup>43</sup> Véase, e.g., KASER (1971) pp. 105-109.

<sup>44</sup> Véase, e.g., STOBBE (1885) pp. 175-179; COING (1985) p. 564.

<sup>45</sup> Véase para Alemania, e.g., KIPP y COING (1990) pp. 1-3; MUSCHELER (2010) pp. 399-408.

lítica pública válidas y convincentes<sup>46</sup>. El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha intentado encontrar tales razones en una célebre decisión en la que sostuvo (aunque en *obiter*)<sup>47</sup> que la asignación de una porción obligatoria a los hijos del testador, independientemente de su necesidad, está protegida por la Constitución Alemana<sup>48</sup>. Así, el Tribunal atribuyó a la porción obligatoria la función de “asegurar la continuidad del vínculo espiritual y económico entre la propiedad y la familia –independientemente de una necesidad concreta del hijo– más allá del fallecimiento del propietario”<sup>49</sup>. Detrás de esta afirmación, se encuentra la idea de “propiedad familiar” propagada con especial fuerza por Georg Wilhelm Friedrich Hegel y su discípulo académico Eduard Gans<sup>50</sup>. Pero ya en 1878, en una opinión emitida para el Foro de Abogados Alemanes, Carl Georg Bruns, que ocupaba la cátedra cuyo primer titular había sido Savigny, señaló que, en términos legales, los titulares de propiedad en Alemania (así como en las sociedades occidentales en general) son personas consideradas de manera individual, y no colectivamente o en familias y que, por lo tanto, la propiedad debe transferirse como tal<sup>51</sup> en lugar de considerarse que corresponde a los miembros supervivientes de la familia (como ocurría en la antigua Roma: *vivo quoque parente quodammodo domini existimantur*<sup>52</sup>). Si esto era cierto en la segunda mitad del siglo XIX, lo es aún más en la sociedad moderna, donde los lazos familiares se han relajado considerablemente.

9. Estrechamente relacionada con la idea de “propiedad familiar” está la propuesta de que la adquisición y conservación de la propiedad, dentro de una familia, “se basa típicamente en las contribuciones espirituales y económicas del testador, así como de sus hijos”<sup>53</sup>. Sin embargo, en la realidad de la vida moderna, los hijos participan menos que nunca en el proceso por el cual sus padres obtienen ingresos y sientan las bases de su patrimonio<sup>54</sup>. El principio de solidaridad<sup>55</sup> tampoco puede invocarse para extender los deberes de los miembros de la familia de prestarse apoyo mutuo mediante una porción obligatoria, mecanismo propio del Derecho Sucesorio. Nos encontramos ante un argumento que pretende derivar la participación obligatoria de los familiares más cercanos del difunto en su herencia, a partir de la posición legal que éstos tenían en la vida del causante. Sin embargo, lógicamente, dicho argumento no conduce a que deba atribuirse a dichos familiares una cuota fija en la herencia:

<sup>46</sup> Así lo destaca acertadamente MUSCHELER (2010) p. 424.

<sup>47</sup> Véase ZIMMERMANN (2022) pp. 46-48.

<sup>48</sup> BVerfGE 112, 332. Para los argumentos (en parte similares) propuestos en América Latina, véase SCHMIDT (2020) pp. 180-185.

<sup>49</sup> BVerfGE 112, 332 (353).

<sup>50</sup> Véase KLIPPEL (1984) pp. 117-168; MUSCHELER (2010) pp. 432-435.

<sup>51</sup> BRUNS (1878) p. 81.

<sup>52</sup> Gai. inst. 2,157. Si bien esto podía ser correcto en el antiguo Derecho Romano (y Germánico), ya no aplica en las sociedades modernas; véase PUFENDORF (1694): “*Nam quod aliqui putant; parentes liberorum causa omnia adquirere, adeoque liberos etiam vivis parentibus jus aliquod habere in bonis parentum, adversus hosce valiturum, extra causam alimentorum, id falsum est. Primario enim sui ipsius causa quisque adipirit*”. Hoy véase, e.g., MUSCHELER (2010) pp. 432-440.

<sup>53</sup> BVerfGE 112, 332 (353).

<sup>54</sup> MUSCHELER (2010) p. 440.

<sup>55</sup> Véase BVerfGE 112, 332 (352 f).

en vida del causante, después de todo, sus hijos no podían reclamar dicha cuota<sup>56</sup>. En cambio, podrían haber solicitado alimentos, siempre que no pudieran mantenerse por sí mismos.

10. Aparte de eso, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha invocado la larga tradición del concepto de cuota fija *–fixed quota–* en la herencia del difunto que debe asignarse a sus familiares más cercanos para fundamentar su decisión<sup>57</sup>. Esta tradición se remonta al Derecho Romano. En la tradición del Derecho Germánico, la sucesión era de carácter familiar; las disposiciones *mortis causa* eran desconocidas. Pero tomar lo que existe, y lo que ha existido durante mucho tiempo, como inmutable, es un truco que podría utilizarse para petrificar grandes partes del Derecho Privado. Ello incurriría en una contradicción fundamental con el espíritu del Derecho Romano y la tradición del *ius commune* construida sobre él, que se caracterizaba por su flexibilidad, adaptabilidad y continuidad<sup>58</sup>. El Derecho Romano de Justiniano era muy diferente del Derecho Romano clásico; el Derecho de los glosadores ya no era el Derecho de Justiniano, el *Usus modernus pandectarum* ya no se correspondía con el Derecho de los glosadores, y el sistema de Derecho Romano Contemporáneo (!), tal y como lo desarrolló la Escuela Histórica de Savigny, difería en aspectos significativos con el *Usus modernus pandectarum*. El desarrollo fue, en una famosa frase acuñada por Rudolf von Jhering, más allá del Derecho Romano por medio del Derecho Romano<sup>59</sup>.

11. Nuestra investigación, hasta ahora, ha demostrado que los sistemas de herencia forzosa y porción obligatoria son insatisfactorios; son demasiado inflexibles. La flexibilidad total en forma de discrecionalidad judicial, siguiendo las líneas del Derecho inglés, ha sido igualmente insatisfactoria<sup>60</sup>. La finalidad regulatoria del derecho, en estos casos, debe ser neutralizar el impacto de la muerte de la persona, en la medida de lo posible, en lo que respecta a las relaciones jurídicas de dicha persona<sup>61</sup>. Esta es la razón por la que los créditos en contra del fallecido que provenían de sus negocios, sobreviven a su muerte<sup>62</sup>. Si fuera de otro modo, los potenciales acreedores siempre correrían un riesgo importante, el que sería especialmente relevante en el caso de deudores ya mayores o enfermos. No hay ninguna buena razón para que esto sea diferente en el caso de las deudas alimenticias. Aun así, el

<sup>56</sup> Véase también MUSCHELER (2010) p. 476. El debate reciente más completo sobre el problema de la “solidaridad por medio del Derecho Sucesorio” es el de DUTTA (2014) pp. 390-409, 427-462.

<sup>57</sup> BVerfGE 112, 332 (350).

<sup>58</sup> Véase, por ej., ZIMMERMANN (2007) pp. 1-12; BERMAN (1983) p. 9. ha señalado que “el concepto de que un cuerpo o sistema de leyes dependía para su vitalidad de la creencia en el carácter permanente de la ley, su capacidad de crecimiento a lo largo de generaciones y siglos –una creencia que es únicamente occidental–” (original: “[t]he concept of a body or system of law depended for its vitality on the belief in the ongoing character of law, its capacity for growth over generations and centuries – a belief which is uniquely Western”).

<sup>59</sup> VON JHERING (1907) p. 14.

<sup>60</sup> Véase REID; DE WAAL y ZIMMERMANN (2020) pp. 766-774.

<sup>61</sup> SCHMIDT (2020) p. 23.

<sup>62</sup> Para Alemania, véase § 1967 Alemania, BGB. La cuestión de si, y en qué circunstancias, el sucesor del difunto es personalmente responsable de las deudas de éste, o si, y de qué manera, su responsabilidad está limitada, es una cuestión central en el proceso de administración de herencias. Para un amplio estudio histórico y comparado, véase SCHMIDT (2022).

Derecho alemán, en línea con otros ordenamientos jurídicos<sup>63</sup>, establece que las deudas alimenticias se extinguen no sólo con el fallecimiento del acreedor (esto es evidente), sino también con el fallecimiento del deudor<sup>64</sup>. La razón es, según se dice, el “carácter personalísimo” de la obligación de mantener a otro<sup>65</sup>. Pero esta es una afirmación que carece de contenido. La obligación es de carácter personalísimo sólo en la medida en que sea una persona concreta la que debe ser mantenida, no por el hecho que sea una persona concreta la que debe otorgar dichos alimentos. Si fuera diferente, se podría decir que cualquier obligación puede ser considerada como personalísima. Aparte de eso, se ha señalado que permitir que la obligación de alimentos siga existiendo es algo innecesario dado que su reclamante tiene derecho a una parte obligatoria en la herencia<sup>66</sup>. Pero la parte obligatoria difícilmente puede considerarse un sustituto satisfactorio de una pensión alimenticia.

12. Es evidente que la manera menos disruptiva de responder a la pregunta por la protección familiar obligatoria no es discriminando las obligaciones alimenticias respecto a las obligaciones provenientes de los negocios. Si la ley hace todo lo posible para que los socios en los negocios del causante, luego de su muerte, no pasen a una situación peor que cuando éste aún vivía, debería hacerse lo mismo con los acreedores de sus deudas alimenticias<sup>67</sup>. Al fin y al cabo, la obligación que el causante les debe es el núcleo de la llamada “solidaridad familiar”<sup>68</sup>, tan invocada por quienes defienden la porción obligatoria (o la herencia forzosa). Al mismo tiempo, la protección familiar obligatoria quedaría así vinculada a un criterio con el que los tribunales de la mayoría de los países de tradición civil ya están familiarizados porque tienen que tratar regularmente con reclamaciones de alimentos de los hijos contra sus padres, de los padres contra sus hijos, y de los cónyuges y exónyuges entre sí. El patrimonio del difunto quedaría entonces disponible para satisfacer cualquier reclamación de alimentos que haya existido antes de su muerte, del mismo modo que estaría disponible para satisfacer otras reclamaciones que pudieran existir. En consecuencia, las personas necesitadas (especialmente los niños pequeños) recibirían algo más que la simple porción obligatoria. Al mismo tiempo, la libertad testamentaria se vería considerablemente reforzada por el hecho de que, actualmente, en estos casos, los hijos del difunto suelen ser adultos y ya se encuentran asentados en la vida; y, a menos que no puedan valerse por sí mismos como consecuencia de una discapacidad mental o física, no tendrían reclamaciones de alimentos contra su progenitor. De hecho, sería bastante extraño argumentar que tales reclamaciones deban nacer con la muerte del testador. En dicho caso, la reclamación de

<sup>63</sup> Véase, por ej., Art. 448 Italia, *Codice civile*; Art 2013 (1) PORTUGAL, Código civil; Art 1500 GRECIA, *Astikos Kodikas*. Pero véase, e.g., § 233 y 747 AUSTRIA, ABGB, en el cual, véase WENDEHORST (2020) pp. 259-262; adicionalmente, véase ZIMMERMANN (2020) p. 544.

<sup>64</sup> § 1615 ALEMANIA, BGB. Para los antecedentes históricos y el origen de esta norma, véase ZIMMERMANN (2022) pp. 21-25. El BGB reconoce ciertas excepciones (§§ 1586 b (1) 1a frase, 1615 I (3) 4; para la discusión, véase ZIMMERMANN (2022) pp. 25-33.

<sup>65</sup> *Motive der Ersten Kommission*, en MUGDAN (ed) (1899) p. 376.

<sup>66</sup> *Motive der Ersten Kommission*, en MUGDAN (ed) (1899) p. 377.

<sup>67</sup> Véase también SCHMIDT (2020) p. 23.

<sup>68</sup> LEIPOLD (2022) p. 44.

una porción obligatoria pareciera ser difícilmente más plausible, sobre todo si se considera como un sustituto de la pensión alimenticia.

13. Un sistema de protección familiar obligatoria basado en la figura de la pensión alimenticia que, a diferencia de la herencia forzosa o la porción obligatoria, regularmente no otorga demasiado a los parientes cercanos y otras veces les entrega muy poco, sólo puede funcionar eficazmente si se suprimen todas las disposiciones relativas a la porción obligatoria (o a la herencia forzosa); de lo contrario, la gran mayoría de los posibles reclamantes, i.e. todos los que no tienen derecho a pensión alimenticia, aún podrían reclamar una parte de la herencia<sup>69</sup>. De este modo, estarían facultados para solicitar un beneficio para el que no existe una justificación racional. Una reforma en este sentido, haría que la protección familiar obligatoria ya no fuera una cuestión propia del Derecho Sucesorio, sino que más bien sería una extensión de lo que generalmente se acepta para las relaciones familiares hasta el momento en que el deudor de alimentos fallece. Los descendientes y los cónyuges sobrevivientes o divorciados podrían así reclamar a la sucesión lo que hubieran podido reclamar al difunto en vida, siempre que efectivamente hubieran podido reclamarle algo mientras aún estaba vivo. Una legitimación específica para este tipo de participación en el patrimonio del difunto basada en necesidades, ya sea en forma de un supuesto principio de sucesión familiar u otro, parecería innecesaria, ya que se derivaría de decisiones fundacionales adoptadas en otra parte por el sistema de Derecho Privado respectivo<sup>70</sup>. “La ley natural ordena a los padres a alimentar a sus hijos, pero no los obliga a hacerlos herederos” (“La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n’oblige pas de les faire héritiers”) como dijo Montesquieu hace más de 350 años<sup>71</sup>. También Hugo Grocio sostenía que los hijos sólo pueden reclamar de la herencia lo necesario para su manutención (“...liberis id recte relinqui, quod ad alimenta necessarium est”); y, según el *ius commune*, si la reclamación de la *legítima* fuera de carácter imperativo, sólo podría considerarse aplicable en la medida en que la *legítima* comprendiera una manutención necesaria (“...quatenus scilicet in legitima insunt alimenta necessaria”)<sup>72</sup>.

14. Esto nos lleva de vuelta al Código Civil Chileno<sup>73</sup>. En su artículo 1167 contiene las semillas de un sistema basado en “necesidades” al establecer que las obligaciones alimentarias del testador sobreviven a su muerte; pues “[l]os alimentos que se deben por ley a ciertas personas” se cuentan entre las “*asignaciones forzosas*”; se consideran cargas de la masa hereditaria (“gravan la masa hereditaria”). Pero esta disposición no parece desempeñar un papel significativo en la práctica jurídica<sup>74</sup>. El Código Civil chileno también reconoce la *legítima*, conceptualizada como otra “*asignación forzosa*”<sup>75</sup>. Los legitimarios son los des-

<sup>69</sup> Véase más arriba N° 12.

<sup>70</sup> SCHMIDT (2020) p. 23.

<sup>71</sup> MONTESQUIEU (1758) p.314.

<sup>72</sup> GROCIO (1625). Para las opiniones de Pufendorf, Sir William Blackstone, y Lord Stair, Ver ZIMMERMANN (2022) pp. 4-7.

<sup>73</sup> Mi amigo y colega Jan Peter Schmidt ha tenido la amabilidad de llamar mi atención sobre lo que sigue (apartados 14. y 15.).

<sup>74</sup> SCHMIDT (2020) p. 188.

<sup>75</sup> Véase más arriba N° 2.

cendientes del difunto, sus ascendientes y su cónyuge sobreviviente. De hecho, según la legislación chilena, un testador sólo puede disponer libremente de una cuarta parte de su patrimonio. No es sorprendente que esta limitación tan amplia de la libertad testamentaria no haya estado exenta de polémica. A finales del siglo XIX, se presentó en el Parlamento una moción a favor de la libertad total de testar (la que finalmente no fue aprobada)<sup>76</sup>. Hoy en día, varios académicos abogan por un cambio hacia un sistema basado en necesidades<sup>77</sup>. Curiosamente, esto refleja la opinión que tenía Andrés Bello, quien creía que la herencia forzosa era innecesaria e incluso perjudicial, generando muchos más daños que beneficios. “El establecimiento de legítimas”, afirmó<sup>78</sup>, “no sólo es vicioso porque es innecesario (pues no deben multiplicarse las leyes sin necesidad), sino porque, complicando las particiones, suscitando rencillas y pleitos en el seno de las familias, retardando el goce de los bienes hereditarios, ocasiona a los herederos un daño muy superior al beneficio que pudiera alguna vez acarrearles”. Además, señaló los peligros de la elusión y citó las experiencias de Gran Bretaña y Estados Unidos, donde la institución de la herencia forzosa no existía, sin que las relaciones familiares se hayan visto perjudicadas<sup>79</sup>.

15. A pesar de estas consideraciones (“que creemos justificadas por la experiencia”<sup>80</sup>), Bello consintió en mantener la institución de la herencia forzosa, probablemente por respeto a una tradición jurídica aún arraigada en la sociedad chilena contemporánea<sup>81</sup>. Su intento de al menos aumentar la cuota susceptible de disposición también estuvo condenado al fracaso. Así, la herencia forzosa sólo llegó a abolirse en los Estados centroamericanos: primero en Honduras (1880), luego en Costa Rica (1881) y México (1884), en última instancia en toda Centroamérica<sup>82</sup>. Dado que el Código Hondureño fue en gran medida una copia del chileno<sup>83</sup>, es posible que las opiniones de Bello tuvieran cierta influencia en este movimiento con miras al principio de libertad de testar. De hecho, un modelo de sistema de protección familiar obligatorio basado en necesidades ya estaba disponible también en la tradición romano-española en la llamada “cuarta marital”, rebautizada en Chile como “porción conyugal”<sup>84</sup>: esto es, la cuarta reservada para la “viuda pobre” cuya manutención no estaba asegurada de ninguna otra manera (por ejemplo, mediante una dote o mediante una donación *propter nuptias*), introducida por el emperador Justiniano en las Novelas 53,6 y 117,5<sup>85</sup>.

16. Hay, por supuesto, una serie de detalles que tendrán que ser considerados cuando se avance hacia un sistema de protección familiar obligatoria puramente basado en necesidades. El más importante es que las obligaciones de alimentos tienen que ser capitali-

<sup>76</sup> Véase BARRÍA PAREDES (2015) p. 203.; SCHMIDT (2020) p. 181.

<sup>77</sup> Véase DOMÍNGUEZ BENAVENTE y DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p. 36.; también, eg, BARRÍA PAREDES (2015) p. 243-254.

<sup>78</sup> BELLO (1955) p. 188.

<sup>79</sup> BELLO (1955) p. 188.

<sup>80</sup> BELLO (1955) p. 188.

<sup>81</sup> SCHMIDT (2020) p. 180.

<sup>82</sup> Véase con detalle en SCHMIDT (2020) pp. 185-188, pp. 224-229.

<sup>83</sup> GUZMÁN BRITO (2011) pp. 420-423.

<sup>84</sup> SCHMIDT (2020) p. 193.

<sup>85</sup> Véase ZIMMERMANN (2020b) p. 17; para su versión catalana moderna, véase ZIMMERMANN (2020c) p. 533.

zadas para así garantizar una rápida liquidación de la herencia. Estas interrogantes han sido exhaustivamente abordadas en una propuesta de reforma al Derecho alemán<sup>86</sup>, y también podrían ser de utilidad para quienes contemplan una reforma al Derecho chileno. Sin embargo, no voy a discutir las hoy. En cambio, quiero concluir esta presentación, a propósito del asunto jurídico específicamente tratado, con algunas observaciones más generales, y lo hago, en particular, porque veo a muchos estudiantes entre el público.

En mi trabajo de los últimos cuarenta años, he intentado descubrir qué ha dado forma a nuestras normas modernas de Derecho Privado tanto en Europa como fuera de ella. Ello ha implicado investigar tanto la continuidad como el cambio, tanto la diversidad como la similitud. Cuando escribí *“The Law of Obligations”* (1990), lo hice como un historiador del Derecho interesado en rastrear la tradición establecida por, y sobre la base de, las fuentes jurídicas romanas. Hoy trabajo como un jurista comparativista utilizando la Historia del Derecho como la clave para comprender el panorama jurídico de nuestro Derecho Privado moderno. Si, como ha dicho F. W. Maitland<sup>87</sup>, la historia implica comparación, la comparación también implica historia. El enfoque comparado históricamente informado, creo, es esencial para evaluar críticamente nuestros sistemas jurídicos modernos y su relación entre sí, así como para apreciar sus contornos<sup>88</sup>. Aprender a analizar las normas jurídicas desde una perspectiva histórica y comparada también es muy valioso para los estudiantes que aspiran a convertirse en algo más que “tecnócratas” jurídicos, ya que les inspira no sólo a ampliar su horizonte intelectual, sino también a reflexionar sobre las normas de su propio ordenamiento jurídico, en lugar de limitarse a aprenderlas y aceptarlas sin crítica alguna. Con demasiada facilidad caemos en la tentación de dar por sentadas estas normas. Pero ellas sólo aportan *una* solución a un problema jurídico determinado. Suele haber varias soluciones más. ¿Cuáles son sus respectivas fortalezas y debilidades? ¿Por qué se ha adoptado una solución aquí y otra en otro lugar? ¿Qué ha provocado este desarrollo? ¿Las normas a las que nos enfrentamos son producto de un accidente histórico, de una reverencia exagerada a la tradición, de un malentendido (fructífero o desafortunado), están determinadas por un entorno cultural específico, se basan en preocupaciones sociales o se inspiran en razones económicas? ¿Qué experiencias han sido recogidas en el pasado y en otras jurisdicciones? Si se llevan un mensaje de esta presentación, debería ser la importancia de plantearse este tipo de preguntas, no sólo, insistiendo en este punto, con el fin de aprender algo sobre “el mundo en otros lugares”<sup>89</sup>, sino sobre su propio sistema jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARRÍA PAREDES, Manuel (2015): *Asignaciones forzosas y libertad de testar* (Santiago, Thomson Reuters).

<sup>86</sup> ZIMMERMANN y otros (2022).

<sup>87</sup> MAITLAND (1911) p. 488.

<sup>88</sup> Véase, más recientemente, ZIMMERMANN (2021a) pp. 232-253; y HÄCKER (2022) pp. 75-100.

<sup>89</sup> Véase BINGHAM (1992) pp. 513-529.

- BECKERT, Jens (2004): *Unverdientes Vermögen: Soziologie des Erbrechts* (Frankfurt a.M., Campus Verlag).
- BERMAN, Harold J. (1983): *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge, Harvard University Press).
- BINGHAM, Sir Thomas (1992): “‘There is a World Elsewhere’ The Changing Perspectives of English Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 41, N° 3: pp. 513-529.
- BRUNS, Karl Georg (1878): “Gutachten über die Frage: Ob und wie weit die Testierfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichttheilsberechtigung beschränkt werden soll?”, en *Verhandlungen des Vierzehnten Deutschen Juristentages*, vol. 1 (Berlin, Verlag von J. Guttentag) pp. 88-103.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2020): “Forced Heirship in Spain”, en REID, Kenneth; DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Comparative Succession Law, Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 139-174.
- COING, Helmut (1985): *Europäisches Privatrecht*, Vol I. (Munich, Verlag C. M. Beck.)
- DE WAAL, Marius (2019): “Comparative Succession Law”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 1058-1087.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2011): *Derecho Sucesorio*, Vol. I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- GLENDON, Mary Ann (1986): “Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law”, *Tulane Law Review*, Vol. 60: pp. 1165-1179.
- GROCIO, Hugo (1625): *De iure belli ac pacis* (París).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2011): *Codificación del Derecho Civil e interpretación de las leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX* (Madrid, Ed. Iustel), pp. 420-423.
- HÄCKER, Birke (2022) “Die historisch-vergleichende Methode in historisch-vergleichender Sicht” en MEIER, Sonja y JANSEN, Nils (eds.) *Iurium itinera: Historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte – Historical Comparative Law and Comparative Legal History* (Tubinga, Mohr Siebeck) pp. 75-100.
- HEIRBAUT, Dirk (2009): “A History of the Law of Succession, in Particular in the Southern Netherlands/Belgium”, en CASTELEIN, Christoph; FUQUÉ, René y VERBEKE, Alain (eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-modern Society* (Antwerp, Intersentia) pp. 65-84.
- HELMS, Tobias (2012): “Contracts of Inheritance y Joint Wills”, en Basedow, Jürgen; Hopt, Klaus J y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 388-392.
- KASER, Max (1971): *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt* (Munich, C.H. Beck, segunda edición).
- KERRIDGE, Roger (2020): “Family Provision in England and Wales”, en REID, Kenneth GC, DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Comparative Succession Law, Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 384-416.
- KIPP, Theodor y COING, Helmut (1990): *Erbrecht* (Tubinga, Mohr).

- KOLKMAN, Wilbert D. (2020): “Compulsory Portion and Family Provision in the Netherlands”, en Reid, Kenneth GC; de Wall, Marius J. y Zimmermann, Reinhard (eds.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 319-344
- LETTMAIER, Saskia (2018): “Privatautonomie und Pflichtteil”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 218, N° 5: pp. 724-766.
- MAITLAND, Frederik William (1911): “Why the History of English Law is not Written”, en FISHER, H.A.L. (edit.) *The Collected Papers of Frederik William Maitland*, Vol.1 (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 480-497.
- MONTESQUIEU (1758): *De l'Esprit des Lois* (Ginebra).
- MUGDAN, Benno (ed) (1899): “Motive der Ersten Kommission”, en *Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, vol. IV. Familienrecht (Aalen, Scientia) pp. 376-377.
- MUSCHELER, Karlheinz (2010): *Erbrecht* (Alemania, JCB Mohr).
- PEART, Nicola y VINES, Prue (2020): “Family Provision in New Zealand and Australia”, en REID, Kenneth GC; DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 450-476
- PÉRÈS, Cécile (2020): “Compulsory Portion in France”, en REID, Kenneth G.C.; DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 78-107.
- PUFENDORF, Samuel (1694): *De iure naturae et Gentium, Francofurti ad Moenum*, DUTTA, Anatol (2014): *Warum erbrecht?* (Alemania, Mohr Siebeck).
- REID, Kennet GC; DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (2015): “Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective”, en REID, Kenneth GC, DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Comparative Succession Law. Volume II: Intestate Succession* (Oxford, OUP Oxford) pp. 442-512.
- REID, Kenneth GC, DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (2020): “Comparative Perspectives”, en REID, Kenneth GC; DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 740-776.
- RÜFNER, Thomas (2020): “Customary Mechanism of Family Protection: Late Medieval and Early-Modern Law”, en REID, Kenneth GC, DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 39-77.
- SCHMIDT, Jan Peter (2020): “Forced Heirship and Family Provision in Latin America”, en REID, Kenneth GC, DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 175-232
- SÄCKER, Franz (2022): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol.11 (Munich, C.H. Beck).

- SCHMIDT, Jan Peter (2020): “Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik”, en MUSCHELER, Karlheinz (edit.) *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*, vol. 10 (Tubinga, Mohr Siebeck) pp. 1-26.
- SCHMIDT, Jan Peter (2022): *Itinera hereditatis: Strukturen der Nachlassabwicklung in historisch-vergleichender Perspektive* (Tubinga, Mohr Siebeck).
- SEEGER, Sebastian (2018): *Erbverzicht im neuen europäischen Kollisionsrecht* (Tubinga, Mohr Siebeck).
- SLOAN, Brian (2019): “Ilott v. The Blue Cross (2017): Testing the Limits of Testamentary Freedom”, en SLOAN, Brian (edit.), *Landmark Cases in Succession Law* (Oxford, Hart Publishing) pp. 301-322.
- STOBBE, Otto (1885): *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, Vol. V (Germany, Wentworth Press).
- VON GIERKE, Otto (1889): *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* (Berlín, Duncker & Humblot reprints).
- VON JHERING, Rudolf (1907): *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. 1 (Leipzig, Breitkopf und Härtel).
- VON SCHMITT, Gottfried (1879): *Begründ des Entwurfes eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich* (Berlín, Reichsdruckerei).
- WENDEHORST, Christiane (2020): “Compulsory Portion and Other Aspects of Family Protection”, en REID, Kenneth, de WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 233-267.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2007): “Römisches Recht und europäische Kultur”, *JuristenZeitung*, Vol. 62, N° 1: pp. 1-12.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2020a): “Compulsory Portion in Germany”, en REID, Kenneth, DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 268-318.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2020b): “Protection against Being Passed Over Disinherited in Roman Law”, en REID, Kenneth GC; DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 1-19.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2020c): “Pflichtteil und Noterbenrecht in historisch-vergleichender Perspektive”, *RabelsZ*, Vol. 84, N° 3: pp. 465-547.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2021a): “Understanding the law in a historical and comparative perspective” en Institutet för rätthistorik forskning (edit.) *Legal History. Reflecting the Past and the Present, Current Perspectives for the Future* (Estocolmo, Institutet för Rätts-historisk Forskning) pp. 232-253.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2021b): “Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht – Entwicklungslinien jenseits der westeuropäischen Kodifikationen”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 85, N° 1: pp. 1-75.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2022): “„So jemand die Seinen, sonderlich seine Hausgenossen, nicht versorget, ...” Zum Schutz der Angehörigen bei Enterbung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 222, N° 1: pp. 3-55.

ZIMMERMANN, Reinhard; BAUER, Franz; BIALLUCH, Martin; HUMM, Andreas; KLAPDOR, Lisa-Kristin; KÖHLER, Ben; SCHMIDT, Jan Peter; SCHOLZ, Philipp y WIEDEMANN, Denise (2022): *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht. Ein Reformvorschlag* (Tubinga, Mohr Siebeck).

ZIMMERMANN, Reinhard (2023): “Erbrechtssysteme im Vergleich” en DECKENBROCK Christian; HÖPFNER, Clemens; KILIAN, Matthias; MARKWORTH, David y SITTARD, Ulrich (eds.), *Arbeit – Wirtschaft – Recht. Festschrift für Martin Henssler zum 70. Geburtstag* (Munich, C.H. Beck) pp. 1803-1824.

## NORMAS CITADAS

Alemania, BGB.

Alemania, BVerfGE.

Austria, ABGB.

Bélgica, Code Civil.

Chile, Código Civil.

Francia, Code Civil.

Grecia, Astikos Kodikas.

Italia, Codice Civile.

Portugal, Código Civil.

## ANEXO

LAUDATIO PROF. REINHARD ZIMMERMANN,  
DR. H. C. UNIVERSIDAD DE CHILE\*

El decano y la directora del departamento de derecho privado me han concedido la maravillosa oportunidad de leer la *laudatio* para el Profesor Reinhard Zimmermann. Yo también aprecio los esfuerzos del Profesor Francisco González por encauzar este reconocimiento.

Recibir al Profesor Reinhard Zimmermann como *doctor honoris causa* de la Universidad de Chile también es un honor. Hablando en forma personal, hace treinta años conocí su trabajo sobre derecho romano en la historia de nuestra tradición de derecho civil, y ha sido una fuente de inspiración para mi trabajo en responsabilidad extracontractual y contratos. Respecto a su trabajo en derecho privado, él es por lejos el jurista más impactante, productivo e influyente.

Nacido, criado y graduado en Hamburgo, tanto como abogado como estudiante de doctorado, él comparte una conexión profunda con su ciudad. Siempre he creído que no es coincidencia que Hamburgo fue la sede del más prestigioso y bien equipado instituto de derecho privado comparado en el mundo. Hamburgo es la más grande de las ciudades Hanseáticas, con una larga tradición luterana y mercantil burguesa. En comparación con la posición económica y cultural de la ciudad, la Lübeck de los Buddenbrooks es una ciudad Hanseática pequeña; a pesar de ello, ambas han sido regidas históricamente por mercaderes burgueses y han tendido a permanecer abiertas al mundo exterior. No es una sorpresa, por lo tanto, que Reinhard siempre ha sentido una cercanía espiritual con Thomas Mann. Otra base personal ha sido el principio de deber moral que él comparte como un luterano practicante.

Después de recibir su doctorado en Hamburgo, a la edad de 28 años, tomó la arriesgada decisión de aceptar un cargo como profesor de derecho romano y comparado en la Universidad de Ciudad del Cabo, en Sudáfrica. En el sistema legal de Sudáfrica coexisten las tradiciones del derecho civil y del *common law*, lo que lo convierte en un extremadamente interesante objeto de estudio para cualquier jurista comparativista. De hecho, probó ser un punto de partida imbatible para sus estudios históricos y comparados. Ni intimidado ni movido por oportunismo por la turbulencia de esos tiempos en Sudáfrica, Reinhard se dedicó a sus estudios en derecho romano y a imbuir su ambiente académico con pasión académica, la que pronto lo convirtió en decano. Muchos años después la Universidad de Ciudad del Cabo ha reconocido con un doctorado *honoris causa* su contribución a la cultura legal de Sudáfrica.

Durante este tiempo, él estaba trabajando en su entrada al amplio mundo académico. Entonces escribió su magnífico libro “*The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*”. En el prólogo, enfatiza que “El derecho romano constituye tal nivel de

\* Escrita por Enrique Barros, doctor en Derecho por la Universidad Ludwig-Maximilian de München. Profesor titular del departamento de Derecho privado de la Universidad de Chile. Correo electrónico: ebarros@ebarros.cl. Dirección: Isidora Goyenechea 3120, piso 3A, Las Condes.

realización cultural que siempre será considerado un modelo para la solución racional de conflictos legales”<sup>90</sup>. La inspiradora cita inicial de Grocio apunta en la misma dirección: ‘La equidad [del derecho romano] es tan sobresaliente, especialmente en contratos y responsabilidad, porque prevalece simplemente en virtud de su justicia innata’<sup>91</sup>. Esas citas anticiparon las grandes contribuciones de Reinhard al derecho privado.

Ya en ese libro, Reinhard presenta la conexión entre el derecho romano y el derecho comparado. Su lectura del derecho romano constituye un agudo examen sobre lo que ha vinculado históricamente el derecho moderno con su herencia cultural; implícitamente él se refiere al *ius commune*, al derecho natural de los escolásticos españoles, y a Grocio y los romanistas *iusnaturalistas* como Domat y Pothier, influyentes juristas en la tradición francesa que han inspirado el estudio del derecho privado en Hispanoamérica.

Sus referencias al espíritu del derecho romano muestran lo que distingue a Reinhard Zimmermann no solo como un romanista sino también como un comparativista: su habilidad para rastrear los orígenes del derecho privado moderno en la línea vertical de la historia y repensarla en la senda horizontal del derecho comparado. No es un método históricamente erudito, sino uno orientado a descubrir la vida del derecho. Tampoco es un método que describe y explica diferencias en un sentido puramente funcional, sino uno que busca caminos hacia un nuevo derecho común, integrando tradiciones diversas al mismo tiempo de permanecer profundamente consciente de sus diferencias así como de sus remotos orígenes comunes.

Después de ocho años en Ciudad del Cabo, retornó a Alemania en 1988, siguiendo una invitación de la Universidad de Regensburg (la romana Ratisbona), considerada la más bonita de las ciudades alemanas pequeñas. Desde este lugar comenzó su entrada en los mundos legales alemán y anglosajón, con la carta de presentación de su libro sobre los orígenes romanos del derecho de obligaciones (1990). Continuó este camino con sus celebradas ‘Clarendon Lectures’ en la Universidad de Oxford respecto a las relaciones entre derecho romano y la Europa contemporánea, que ahora cuenta con una excelente traducción al español.

Desde su cátedra en Regensburg, ayudó en la carrera académica de notables juristas de derecho privado de la próxima generación, como Nils Jansen y Sonja Meier, editores del *Festschrift* que le ha sido dedicado recientemente. Desde ahí comenzó sus relaciones con el mundo académico del derecho civil y del *common law*. Fuera de Alemania, ha sido profesor visitante en las Universidades de Cornell, Chicago (Max Rheinstein Lectures), Auckland, Edinburgh, Yale, Cambridge y especialmente Oxford, manteniendo una conexión permanente muy importante con sus colegas.

Permaneció en Regensburg por 20 años, muchos de ellos como decano. A pesar de que es reticente a mencionarlo, durante este tiempo recibió invitaciones de las más prestigiosas Universidades de Alemania, rechazándolas una tras otra; incluyendo Munich, sin saber que nunca se había rechazado una invitación de esta Universidad.

<sup>90</sup> ZIMMERMANN, Reinhard (1996): *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press) p. viii.

<sup>91</sup> Hugo Grocius, *Epistolae ad Gallos*, CLVI, en ZIMMERMANN, Reinhard (1996): *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press), epígrafe.

Pero es durante este tiempo que comienza su extraordinaria carrera como autor en temas de derecho privado. Sus estudios propios, así como su organización y contribución a publicaciones colectivas, cubren un amplio espectro en el derecho privado comparado patrimonial. Éstos incluyen los sistemas legales típicamente mixtos sudafricano y escocés, sus estudios críticos y comparados sobre el nuevo derecho alemán de las obligaciones, su impulso a un derecho europeo de enriquecimiento injustificado, y reportes comparados sobre casos de buena fe y contratos de servicios. La lista de trabajos personales y colectivos en los que ha participado es extraordinariamente extensa.

En 2002 aceptó una invitación para dirigir el Instituto Max Planck de Derecho Privado Comparado e Internacional como el sucesor de Hein Kötz. Entonces retorna a Hamburgo, desde la más bonita de las ciudades pequeñas de Alemania a su más bonita gran ciudad, un lugar al cual él estuvo vinculado desde su infancia hasta su partida a tierras extranjeras.

Pero él ya había logrado mucho en Regensburg. Sus relaciones con lo mejor del mundo académico anglosajón y su profunda influencia en el medio legal alemán hicieron entonces de Reinhard un jurista reconocido universalmente. En Alemania, su estimación por parte de la comunidad académica lo hicieron merecedor del más grande reconocimiento científico alemán, el Premio Leibniz, un reconocimiento abierto a las disciplinas científicas, humanas y naturales. Él es uno de solo cinco juristas que han recibido esa distinción. ¿Qué otro candidato podría haber habido para la prestigiada posición de Director del Max Planck? Ingo von Münch, un distinguido constitucionalista y senador de Hamburgo escribió en el periódico *Die Welt*: “Si hubiese juegos Olímpicos para profesores de derecho, él estaría en el pódium de Derecho Civil, Derecho Romano, Historia del Derecho y Derecho Comparado”<sup>92</sup>.

No sólo ha sido caracterizado Reinhard Zimmermann por su extenso e infatigable trabajo académico. Entre muchas otras responsabilidades, él es miembro del grupo de trabajo de Derecho Europeo de Contratos, presidente de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Privado, de la Asociación de Derecho Comparado, y de la agrupación de todas las ciencias humanas pertenecientes a diferentes Institutos Max Planck. Además, es Presidente de la altamente considerada *Studienstiftung des Deutschen Volkes* (Fundación Académica del Pueblo Alemán), una fundación centenaria que financia los estudios universitarios de jóvenes estudiantes excepcionales, que son seleccionados basados en sus cualidades intelectuales y en una mezcla de un amplio rango de cualidades personales. Reinhard Zimmermann es un profesor amado, pero también una personalidad pública.

El Instituto Max Planck en Hamburgo es el sucesor intelectual del Instituto dirigido en Berlín por Ernst Rabel, el gran comparativista de la primera mitad del siglo 20, que huyó de Europa después del auge del Nazismo. La carrera académica del Profesor Zimmermann está marcada por el destino natural de cualquier sucesor en esta magnífica cadena de comparativistas con un foco funcional en contratos y otras instituciones de derecho privado. Sin embargo, él no es solo un continuador de esta brillante tradición, sino que además ha provocado una transformación innovativa de las ciencias de derecho privado. Por esa

<sup>92</sup> VON MÜNCH, Ingo (2003): “Die Blitzkarriere des Reinhard Zimmermann”, *Die Welt*. Disponible en: <https://www.welt.de/print-welt/article683057/Die-Blitzkarriere-des-Reinhard-Zimmermann.html>. Fecha de consulta: 28/03/2023, párr. 1.

razón, ha sido definido como un revolucionario conservador. Y es una clasificación justa, porque sus estudios de derecho comparado triunfan sin abandonar el espíritu práctico del derecho romano. De hecho, él ha abierto la puerta a un objetivo más exigente: entender la historia del derecho a la luz del derecho comparado, haciendo esfuerzos fructíferos para desarrollar una comprensión hermenéutica de diferentes tradiciones legales.

Su método ha sido enormemente importante para el proceso de armonización o unificación del derecho, el cual pretende discutir reglas uniformes para la tradición del derecho privado continental (en países como España, Francia, Alemania, Italia y las naciones hispanoamericanas) y para la tradición del *common law*, con la cual ha estado profundamente vinculado. La idea de fondo es que *vivimos en una tierra de postpositivismo que está dirigiéndose hacia un ius commune sobre la base de valores y métodos legales compartidos*.

De esta manera, su reconstrucción histórica no pretende replicar el derecho romano sino entenderlo como una fuente metódica y en constante evolución de derecho vivo. Su objetivo temprano fue mostrar cómo el derecho moderno surgió de sus antecedentes históricos de derecho romano, *ius commune* y derecho natural. Esto exigió corregir los nacionalismos legales del siglo XIX, presentes en las dos grandes tradiciones de derecho civil: alemana y francesa; y no menos importante, ello requería entender el *common law* desde adentro de su propio origen cultural histórico.

La mayor manifestación de estos objetivos me parece que son sus *Commentaries on European Contract Laws*, el cual ha sido editado en colaboración con su antiguo discípulo Nils Jansen<sup>93</sup>. Siguiendo la estructura de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, estudia el derecho contemporáneo de contratos desde una perspectiva comprensiva, pero también enfocándose en la realidad de diferentes tradiciones legales. Esta universalidad también está ilustrada por el hecho que muchos de los más prominentes abogados alemanes de derecho privado escriben en inglés, la nueva lengua franca. Al hacerlo así, una gran tradición científica se abre al mundo.

Su estudio histórico-comparado sobre el derecho de obligaciones inspiró metódicamente mi trabajo sobre responsabilidad civil extracontractual por muchos años. Ahora, durante el desarrollo de una ciencia jurídica chilena enfocada en un derecho contractual común, su obra completa es un punto de referencia esencial para mi trabajo actual sobre contratos en el derecho chileno. Sus *Commentaries* son el trabajo más ilustrativo de lo que en español llamamos ‘el nuevo derecho de contratos’. Su trabajo como editor y escritor de este trabajo también ha hecho posible que los iusprivatistas alemanes compartan su incomparable exhaustividad y técnica con la comunidad mundial de juristas.

Esta influencia cultural ha llevado a un grupo de jóvenes juristas de este continente a replicar los Principios Europeos de Contratos a través de un entendimiento común, sin precedentes en la historia del derecho de Hispanoamérica, que sigue cercanamente el espíritu de los esfuerzos de unificación europeos. Especialmente en materia de contratos, estos intentos exhiben una marcada “ausencia de fronteras nacionales” perseguida por Reinhard

<sup>93</sup> JANSEN, Nils y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.) (2018): *Commentaries on European Contract Laws* (Oxford, Oxford University Press).

Zimmermann, apelando a una razón práctica compartida en lugar de unos juegos del lenguaje sistemáticamente exactos.

El derecho comparado visto a través de un lente histórico-práctico, tal como ha sido aplicado y estimulado por Reinhard, difiere del conceptualismo infértil del dogmatismo del siglo XIX. Gracias a este método, los sistemas legales del *common law* y del derecho civil comienzan a conversar. La reforma francesa del *Code Civil* de 2016 puede ser explicada internamente en desarrollos jurisprudenciales, pero también surgió de una conversación con otras tradiciones, con las cuales el derecho francés nunca había hablado.

En uno de sus discursos introductorios al reciente *Festschrift*, Lord Jonathan Monce, un antiguo miembro de la Corte Suprema de Inglaterra, destaca que la lealtad, la dedicación sin cansancio y el internacionalismo hacen la productividad y creatividad de Reinhard Zimmermann tan altamente influyente; él concluye que en nuestro tiempo es comparable a William Blackstone, Alexander von Humboldt, y Carl Friedrich Gauss.

En los últimos años Reinhard ha explorado el derecho sucesorio, sobre el cual hablará hoy. Algunos años atrás lo encontré en Oxford en un seminario sobre analogías y diferencias entre el *trust* anglosajón y el fideicomiso romano. La gente tiende a pensar que el derecho sucesorio está extremadamente atado a la cultura de cada nación. La preferencia de Andrés Bello por la libertad para testar fue incapaz de prevalecer sobre un interés compartido en atar la propiedad a la familia. Reinhard ha regresado a esta relación en sus últimos trabajos, expandiendo de esta manera su travesía a través del derecho patrimonial. Es fascinante la efectividad de su método histórico-comparado, que descansa en su habilidad para arrojar luz sobre los orígenes y propósitos detrás de las reglas sobre sucesión. Sus reflexiones sobre esta materia nos llevan a pensar desde una perspectiva diferente, regresándonos al espíritu romano práctico.

El *Festschrift* en honor de Reinhard Zimmermann ha sido titulado *Iurium Itinera*, un viaje con el derecho, que ojalá él continuará por muchos años más trabajando con sus antiguos asistentes, para nuestro común beneficio.

Para la Universidad de Chile, es un honor recíproco distinguir al Profesor Reinhard Zimmermann con un doctorado *honoris causa*.



# LA SENTENCIA DEL CASO ISAPRES: UN ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE SU ALCANCE

## *THE RULING IN THE ISAPRES CASE: A LEGAL ANALYSIS OF ITS SCOPE*

TOMÁS IZQUIERDO SERRANO<sup>1</sup>

**RESUMEN:** La sentencia del “caso Isapres”, que extiende una solución particular a una serie amplia de casos, ha generado controversia jurídica y política. La crítica jurídica ha estado enfocada en el incumplimiento de máximas generales, pero parece importante analizar el fallo en su propia lógica. Al identificar su matriz argumental y cotejarla con un patrón modélico, se denotan sus deficiencias que permiten calificar la fundamentación de la sentencia como un ejercicio jurisdiccional impropio.

**Palabras clave:** Isapres, razonamiento judicial, discrecionalidad administrativa.

**ABSTRACT:** The ruling in the “Isapres case”, which extends a specific solution to a broad range of cases, has generated legal and political controversy. Juridical criticism has been focused on the failure to comply with general maxims, but it seems important to analyze the reasoning of the verdict on its own terms. Once its argumentative framework is identified and compared with a model pattern, its deficiencies become noticeable, which allows us to qualify the reasoning of the ruling as an improper jurisdictional exercise

**Keywords:** Isapres, Judicial Reasoning, Administrative discretion.

## INTRODUCCIÓN

Mucho debate se ha generado en torno a la sentencia Rol N° 16.630-2022 de la Corte Suprema, popularmente conocida como el “caso Isapres”. El grado de repercusión política de este fallo ha sido significativo, al extremo de propiciar reformas legislativas profundas y atizar una consideración transversal sobre la crisis que vive el sistema de salud. Paradójicamente, con excepción de algunas opiniones breves de académicos connotados, la discusión jurídica ha tendido a pasar desapercibida.

En buena medida, esto se explica por la relativa trivialidad de la decisión sustantiva contenida en la sentencia. En apariencia, el caso es uno más de los millones de recursos de protección contra Isapres que se han conocido en los últimos años; su decisión de fondo, que se limita a reiterar criterios jurisprudenciales consolidados, parece poco cuestionable.

La controversia jurídica, de este modo, no proviene de la *ratio decidendi* del caso particular, sino de su alcance: a diferencia de la generalidad de casos resueltos por las cortes en los últimos años, la sentencia pretende extender sus efectos a “todos los contratos de salud

---

<sup>1</sup> Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho Público por la Universidad de Chile. Correo electrónico: tomas.izquierdo@derecho.uchile.cl. Dirección postal: La Pastora N° 138, oficina B, Las Condes, Santiago de Chile. ORCID: 0009-0009-1902-2027.

que administre” la Isapre en cuestión, consecuencia que luego se ha entendido aplicable a otras Isapres.

¿Es una extensión de este tipo jurídicamente justificable? Conspicuas opiniones han argumentado en contra de ella, esgrimiendo, ente otros fundamentos, el principio de efecto relativo de las sentencias. ¿Pero apuntan correctamente estos argumentos al problema central del fallo? Debe tenerse en consideración que el principio de efecto relativo cuenta con excepciones importantes, que impiden darle aplicación indiscriminada.

No obstante, esto no implica que la sentencia sea jurídicamente correcta: sus errores –que, adecuadamente abordados, justifican buena parte de las críticas– se encuentran incluso empleando un análisis exegético caritativo, esto es, interpretando el razonamiento de la sentencia bajo su propia lógica. Ese es precisamente el objetivo de este comentario: analizar la sentencia del “caso Isapres” dando cuenta de su razonamiento y mostrando sus deficiencias.

Este análisis se realizará en 5 partes. Primero, se hará un breve relato de los antecedentes de hecho del caso (I). En seguida, se dará cuenta del ejercicio lógico que realiza el fallo para extender su aplicación más allá del caso bajo análisis (II). Luego, se esbozará un estándar de razonamiento judicial tipo (III), con el fin de, a continuación, analizar bajo esquemas teóricos rigurosos el alcance de la sentencia (IV). Finalmente, se analizarán los motivos que subyacen al alcance general de la sentencia (V), para luego presentar conclusiones.

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

Los antecedentes de hecho del caso son más o menos conocidos. La sentencia de la Corte Suprema se pronuncia en sede de apelación sobre una acción constitucional de protección interpuesta por una afiliada a Isapre Colmena, que alega una vulneración arbitraria de sus derechos. La afiliada había pedido una modificación de su contrato para incorporar, en un “Plan Complementario” de su cargo, a su hijo nonato. Tal plan fue acompañado de una tabla de factores, que contemplaba guarismos que diferenciaban por sexo y edad.

La consecuencia de la aplicación de estos factores fue una elevación considerable del precio del plan: “Que, de este modo, se ha alzado el valor del precio final del contrato de salud de la recurrente, sumando los factores correspondientes a su edad y sexo con los del hijo no nato que se incorpora”.

Antes de proceder a la resolución del asunto, la Corte despeja algunas cuestiones jurídicas previas. Primero, preguntándose sobre la “ilegalidad o arbitrariedad de emplear tablas de factores de riesgo de salud”, la Corte sostiene que la operación aritmética consistente en “multiplicar el precio base del plan complementario de salud ofrecido por el factor de riesgo del cotizante o afiliado” se ajusta con la legalidad, siempre y cuando “no discrimine por sexo y... establezca grupos etarios correspondientes a sus riesgos de salud”. A similar conclusión llega al cuestionarse sobre la ilegalidad o arbitrariedad de aumentar el plan tras la inclusión de beneficiarios o cargas “esta Corte considera ajustado al texto legal el procedimiento de cálculo del precio final del concertado individual de salud aplicado a la recurrente, esto es, la multiplicación del precio base ofertado por la suma de los factores de la tabla respectiva de todos los miembros del grupo familiar”.

Tras destrabar estos problemas iniciales, la Corte aborda el problema principal: la determinación específica de “los factores de riesgo y su cuantía asociados a la tabla de factores fijada por la ISAPRE recurrida para el plan base de la recurrente”. Tras una serie de considerandos vinculados a la existencia de regulación infrarreglamentaria en la materia<sup>2</sup>, la constatación de una sentencia de 2010 del Tribunal Constitucional que derogó preceptos de ley que permitían la discriminación por sexo y edad<sup>3</sup>, y algunas –interesantes– consideraciones sobre el rol de servicio público que corresponde a las Isapres<sup>4</sup>, la Corte declara la ilegalidad del alzamiento del plan en cuestión.

Todo este razonamiento parece semejante al que se ha empleado consistentemente en casos similares. Las diferencias aparecen luego. Tras consignar esta ilegitimidad, la Corte termina extendiendo los efectos de la sentencia a “todos los contratos que administre” la Isapre en cuestión.

¿Cómo arriba a tal conclusión? Será analizado en el siguiente capítulo.

## II. EL EJERCICIO LÓGICO DE LA SENTENCIA

Para extender la solución de un caso particular a otro grupo considerable de casos, la sentencia hace un ejercicio lógico de tres pasos:

En primer lugar, se abstrae del caso particular acudiendo a la figura de la “tabla de factores”. Estas tablas, que consisten en fórmulas aritméticas que los contratos de salud emplean para la determinación del precio (genuinos cuadros insertos en el contrato), resultarían, a juicio de la Corte, *per se* ilegítimas. Es sobre esta institución propia de los contratos suscritos por la Isapre, y no sobre algún hecho particular del caso, sobre la que reposaría la ilegalidad o arbitrariedad: “la arbitrariedad impugnada no es producto del acto individual de la modificación del contrato de salud de la recurrente, sino de la aplicación para ello de la tabla de factores”.

En segundo lugar, la Corte Suprema decide encauzar esta ilegitimidad en una institución jurídica muy conocida: la nulidad absoluta por objeto ilícito. En este caso, ella procedería por la contravención de principios constitucionales, lo que configuraría la causal del artículo 1462 del Código Civil (“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno”). La sentencia dictamina que “adolecen de nulidad absoluta por objeto ilícito, al contravenir el derecho público chileno, por hallarse en contradicción con

<sup>2</sup> La sentencia en comento señala “que lo primero que cabe advertir a esta Corte en la especie es el empleo de una tabla de factores por parte de la recurrida que no solo difiere de la que ordena aplicar la Superintendencia del ramo en su Circular IF/N° 343, de 2019...”.

<sup>3</sup> La actuación de la Isapre controvierte “los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.710-10 que declaró inconstitucional la diferenciación por sexo y edad en las tablas de factores de las Instituciones de Salud Previsional, derogando las normas legales que así lo permitían”.

<sup>4</sup> “[Q]ue el contrato de salud no puede reducirse a un seguro individual, pues opera a fin de materializar el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y a la seguridad social, tratándose de una convención en que la entidad en cuestión tiene asegurada una cotización y su monto, razón por la cual las normas que regulan este vínculo son de orden público y el servicio que prestan puede ser calificado como uno de dicho carácter, en atención a su objeto”, indica la Corte Suprema en la sentencia que se revisa.

la Carta Fundamental”. Esta causal sería aplicable, conforme a la extensión inicial, “a todas las tablas de factores elaboradas por cada Isapre”.

En tercer lugar, una vez argumentada la ilegitimidad de las cláusulas y su nulidad absoluta, la sentencia intenta remediar esta ilegitimidad a través de soluciones restitutorias. La Corte estima que a los afiliados afectados por estas “tablas de factores” deben devolverse los excesos de precios que se les habrían cobrado. Con tal objeto, invoca la Circular N° 343 de la Superintendencia de Salud de 2019 (Circular 343), que dispuso una “tabla única de factores”. Ordena, en seguida, la devolución de los montos que excedan los que se pudieron haber calculado empleando el método fijado en esa Circular. Sostiene:

La Superintendencia de Salud, en ejercicio de sus facultades de fiscalización y dentro del plazo de seis meses, determinará el modo de hacer efectiva la adecuación del precio final de todos los contratos de salud administrados por la recurrente a los términos de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N° 343. La Superintendencia de Salud dispondrá, además, las medidas administrativas para que, en el evento de que la aplicación de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N° 343 de la Superintendencia de Salud determine un precio final del contrato inferior al cobrado y percibido por la recurrida, las cantidades recibidas en exceso y cuyo cobro no esté prescrito sean restituidas como excedentes de cotizaciones.

Este razonamiento en tres etapas le permite justificar, en principio, la aplicación general de las soluciones de la sentencia a casos diversos. La nulidad absoluta –institución tradicionalmente conocida por sus efectos *erga omnes*– no afectaría solo al contrato en cuestión sino a la figura de las “tablas de factores” y, por ende, a todos los contratos que incorporen una tabla con similar propósito. La respuesta a esta nulidad absoluta, en consistencia con la solución primaria que el derecho prescribe para la nulidad (conforme al artículo 1687 del Código Civil, “da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”), supondría una retrotracción al estado original, asumiendo –al modo de un contrafáctico– que el precio del contrato hubiese sido calculado a través del método previsto por la Circular 343.

¿Es esta fundamentación de tres pasos jurídicamente correcta? Para definirlo, será necesario contrastarla con un modelo prototípico de fundamentación de sentencias judiciales. Eso se propondrá en el capítulo siguiente.

### III. EL RAZONAMIENTO JUDICIAL MODÉLICO

El razonamiento expuesto por la sentencia exhibe algunos problemas. Pero para analizarlos con rigurosidad, es necesario antes erigir un modelo de razonamiento judicial que pueda ser contrastado con la fundamentación de la sentencia.

El derecho, y sobre todo el razonamiento judicial, tiende a funcionar en base a un silogismo binario-subsuntivo, que se ha denominado “silogismo judicial” o “silogismo jurídico”. Este silogismo funciona típicamente del siguiente modo: una primera premisa que dispone un supuesto de hecho; una segunda que “representa la situación en que se ha

producido un determinado hecho”<sup>5</sup>, y una conclusión, también prevista por el derecho, consistente en una consecuencia jurídica. En términos de MacCormick: “la articulación en cuestión tiene dos elementos esenciales: el primero especifica un tipo de situación que pueda ocurrir, y el segundo establece qué ha de hacerse, o qué ha de ocurrir, o que ha de considerarse ser el caso, cuando esa situación se presente”<sup>6</sup>.

Esta forma lógica implica que el ordenamiento prevé —o al menos se estima prever— respuestas o consecuencias jurídicas ante supuestos que se comprueban fácticamente. Dado un hecho material que se evidencia en la realidad material, el ordenamiento jurídico tiende a prever una consecuencia más o menos unívoca. Así, el rol del aplicador del derecho (en este caso, el juez) consiste, en términos generales, en subsumir los hechos comprobados en sede judicial conforme a un esquema normativo predefinido, supuestos en que el derecho será “claramente aplicable”<sup>7</sup>.

La tarea general del juez es descubrir, entonces, cuál es la respuesta que el derecho ofrece en contextos conflictivos, y en seguida darle aplicación forzosa a esa consecuencia jurídica. Tal misión, propiamente “jurisdiccional”<sup>8</sup>, explica buena parte de la labor de los jueces en una sociedad democrática.

Es evidente que esa operación cuasimecánica no agota la labor del juez. La aplicación del derecho envuelve mucho más que una mera comprobación circunstanciada de supuestos prefijados. Cuando suceden hipótesis calificables como “casos difíciles” (en la terminología de Dworkin<sup>9</sup>), o donde se verifica una “textura abierta” (en la terminología de Hart<sup>10</sup>), el juez tiene herramientas adicionales a su disposición. La posibilidad de “rellenar vacíos” en casos de indeterminación normativa, o de descubrir impropiedades normativas, es muestra palpable de la amplitud de esta labor<sup>11</sup>.

No obstante, fuera de estas hipótesis, al juez no puede atribuírsele poder decisorio. Por regla general, el juez no escoge cuáles son los efectos de la comprobación de un supuesto de hecho, sino que los “descubre” en el derecho sustantivo. Esta es una conclusión obvia si se atiende a los presupuestos de su legitimidad: el juez, que no cuenta con legitimidad democrática, no puede —salvo excepciones— tomar decisiones autónomas. Su función se legitima solo en la medida que se limite a aplicar lo que el legislador, dotado de legitimidad, resolvió previamente.

Este tipo de funcionamiento es susceptible de extenderse a los más diversos foros judiciales. Es una característica propia de la jurisdicción, que no debiera cambiar en función de la naturaleza del procedimiento. El recurso de protección (utilizado en el caso bajo análisis) abre, no obstante, un debate dogmático considerable al respecto. Al tratarse de un instrumento litigioso que permite resolver en base a principios abstractos y dota al tribunal del poder de adoptar “las providencias que juzgue necesarias para reestablecer el imperio

<sup>5</sup> ATIENZA (1993) p. 40.

<sup>6</sup> MACCORMICK (2011) pp. 43 y 44.

<sup>7</sup> ROSLER (2016) p. 107.

<sup>8</sup> ATRIA (2016) pp. 101 y ss.

<sup>9</sup> DWORKIN (2010) pp. 146 y ss.

<sup>10</sup> HART (1992) p. 128.

<sup>11</sup> ATRIA (2016) pp. 101 y ss.

del derecho”<sup>12</sup>, incrementa el riesgo de que la jurisprudencia le otorgue a sus sentencias efectos más amplios. Ese riesgo se ha visto plasmado en la utilización de esta vía de tutela de derechos para el rediseño judicial de espacios regulatorios; la regulación del agua<sup>13</sup>, de la energía<sup>14</sup> y de industrias que afectan el medioambiente surten ejemplos ilustrativos de esta tendencia. La doctrina ha tematizado la extensión “horizontal y vertical *erga omnes*”<sup>15</sup> del recurso de protección como un supuesto de “activismo judicial”<sup>16</sup>.

Sin perjuicio de estas orientaciones, lo cierto es que la acción constitucional de protección debiera estar delimitada por la operación subsuntiva a la que se hacía referencia. Eso se explica, en lo inmediato, por el carácter cautelar de la acción constitucional de protección<sup>17</sup>, concebido como una instancia de protección urgente de derechos. Pero yendo en profundidad, razones institucionales hacen a esta práctica necesaria: eximir al recurso o acción de protección de las garantías formales pensadas para la función jurisdiccional propicia una comprensión amplísima de su función, que hace probable que los jueces invadan espacios reservados al legislador o la administración pública bajo el solo pretexto, siempre argumentable, de la vulneración de derechos.

#### IV. EL ALCANCE DE LA DECISIÓN JUDICIAL

##### 1. EL ALCANCE DE LAS DECISIONES JUDICIALES: ANÁLISIS GENERAL

Dentro del marco general de acción atribuido a la función jurisdiccional, lo habitual es que las respuestas que otorga el derecho y aplica el poder judicial ante la comprobación de un supuesto de hecho afecten a un grupo limitado de individuos. Lo general, en contextos litigiosos, es que el resultado del juicio solo involucre a quienes participan del litigio. Ese es el sentido del principio de “efecto relativo” de las sentencias, expresando con tanta claridad en el artículo 3 del Código Civil: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

Ejemplos abundan en este sentido. La extinción judicial de una obligación, por ejemplo, solo va a concernir a quienes ostenten posiciones jurídicas de deudor y acreedor. Del mismo modo, los resultados de un juicio de responsabilidad extracontractual solo afectan a quienes resulten víctimas o victimarios. En materia penal, este carácter se acentúa, pues la pena solo incide en quien ha cometido un hecho típico, antijurídico y culpable.

Con todo, no es inhabitual que las sentencias judiciales incidan en relaciones jurídicas externas a los litigantes. No toda sentencia se refiere a cuestiones con relevancia estrictamente bilateral: el ordenamiento conoce varios ejemplos de resoluciones cuyos efectos conciernen a sujetos que no han participado de un juicio. Los ejemplos abundan, tanto en el derecho privado (por ejemplo, en materia de propiedad), como en el derecho público (la

<sup>12</sup> CHILE, Constitución Política de la República, art. 20.

<sup>13</sup> Corte Suprema, 18/01/2021.

<sup>14</sup> Corte Suprema, 28/08/2012.

<sup>15</sup> ZÚÑIGA (2007) p. 63.

<sup>16</sup> VERDUGO y GARCÍA (2012).

<sup>17</sup> Al respecto, FERRADA, BORDALÍ y CAZOR (2003) y ZÚÑIGA (1997).

nulidad de los actos administrativos puede impactar a grupos numerosos). También existen ejemplos generales: sentencias interpretativas o meramente declarativas son un ejemplo clásico de una extensión amplia de los efectos de una resolución judicial<sup>18</sup>.

De tal modo, sentencias teóricamente expansivas en cuanto a sus efectos no son cuestionables en la medida en que se limiten a analizar una única situación jurídica. En tales casos, es el propio derecho sustantivo al que la sentencia se refiere el que atribuye efectos expansivos a la comprobación judicial de un hecho o situación. Así, si la propiedad de un bien se ve jurídicamente comprobada, todos aquellos que ostenten intereses en relación con esa propiedad se verán afectados. Del mismo modo –aunque en un sentido inverso, atendida su naturaleza inherentemente negativa– la nulidad, en cuanto constatación del incumplimiento de un elemento de validez de un acto, impactará a todos aquellos cuyos intereses topen con sus efectos restitutorios. La protección que el derecho otorga a “terceros de buena fe” en determinados contextos<sup>19</sup> es una muestra explícita de estos efectos trascendentes: las sentencias tienden a impactar a terceros.

Precisamente a estos supuestos parece referirse la doctrina procesalista cuando trata los efectos reflejos o colaterales de las sentencias judiciales. Como explica Romero Seguel, a los sujetos externos a las partes les “afecta la sentencia como un *hecho jurídico*”<sup>20</sup>; la aparición de estos hechos es susceptible de producir consecuencias jurídicas, sobre todo si ellas están normativamente previstas. Estas consecuencias provienen no de la cosa juzgada o de otra construcción teórico-procesal, sino de la cualidad inmutable del contenido de las sentencias<sup>21</sup>: son hechos jurídicos procesales que, al estabilizar una situación objetiva, tienden a alterar el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, los tribunales no dejarán de ejercer jurisdicción en la medida que se atengan a la constatación judicial de la consecuencia jurídica aplicable a un supuesto de hecho, sea este más o menos expansivo. Lo relevante es que el juez siga este esquema argumentativo, y no emplee otras fórmulas para, subrepticamente, alterar la voluntad del legislador.

## 2. EL ALCANCE DE LA SENTENCIA DEL CASO ISAPRES

Estos planteamientos lógicos no parecen ser observados con exactitud por la sentencia bajo análisis.

El principal motivo de discordancia se observa con ocasión del principal ejercicio de abstracción lógica que realiza el fallo: la consideración de que existe una institución jurídica denominada “tabla de factores” a la que puede imputarse ilegitimidad *per se*. Este ejercicio es incorrecto. No existe una única actuación o situación jurídica llamada “tabla de factores”, que sea común a todos los contratos de salud en los que la Corte pretende incidir. Por el contrario, en términos jurídicos, hay tantas “tablas de factores” como contratos de salud existen: no es, desde el plano del derecho de contratos –que, con más o menos matices,

<sup>18</sup> RIVERO (2019).

<sup>19</sup> Como pasa, por ejemplo, con las prestaciones mutuas que suceden a la resolución de un contrato (Código Civil, arts. 1490 y 1491).

<sup>20</sup> ROMERO (2002) p. 104.

<sup>21</sup> LIEBMAN (1946) p. 100.

aplica en este ámbito—, más que un tipo de cláusula contractual vinculada a la determinación del precio.

Ciertamente, la (cada vez más) robusta dirección normativa y regulación administrativa de la industria de las Isapres, que las han llevado a ser consideradas por el propio fallo como un “servicio público”, modela parte de la lógica contractual. La ley regula estrictamente las tablas de factores y somete su “estructura” a instrucciones emanadas de la Superintendencia (DFL N° 1-2005, art. 199) y otras regulaciones, que asumen carácter imperativo; los contratos parecen ser calificados, de tal modo, como genuinos contratos dirigidos<sup>22</sup>.

No obstante, esta modelación legislativa de la industria no destruye la autonomía contractual de la regulación. Son los contratos —y, por tanto, el pacto entre Isapre y afiliado— los que se reputan fuente formal de tales tablas. Así lo sugiere la misma ley, cuando prevé que las Isapres “serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen”. Más o menos criticable políticamente —y lo es, por varias razones—, es la propia ley la que somete la relación entre afiliados e Isapres a las reglas del derecho contractual.

Por cierto, la regulación de la industria ha conducido a uniformar criterios, delimitándose los modelos de tablas de factores posibles (esto es, que pueden incorporarse en los contratos, en la forma prototípica de los “contratos dirigidos”<sup>23</sup>). Por ejemplo, desde 2005, se prohíbe a las Isapres “establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización” (DFL N° 1-2005, art. 199)<sup>24</sup>. Pero aun asumiendo la equivalencia de las tablas entre distintos contratos, cabría hacer múltiples distinciones internas. En principio, las tablas solo son equivalentes para los contratos de un mismo plan de salud (“[c]ada plan de salud solo podrá tener incorporada una tabla de factores”), y se les permite establecer tablas nuevas cada cinco años. La propia Superintendencia ha llegado a constatar la existencia de numerosas “tablas de factores”<sup>25</sup> en el comercio.

Todas estas consideraciones aportan buenas razones para criticar el modelo de las Isapres desde una perspectiva política. La regulación admitió por largo grados significativos de discriminación, que puede incluso calificarse como sistémica. Pero esa crítica política no puede extrapolarse fácilmente al análisis jurídico. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, se dificulta enormemente otorgarles a las “tablas de factores” una entidad única, de la que puedan derivarse consecuencias jurídicas idénticas. Esta discordancia entre ideales políticos y soluciones jurídicas, que da cuenta de la imperfección del Derecho, recuerda a esos supuestos inusuales en que el juez puede verse en situación de aplicar una ley que buena parte de la sociedad estima injusta<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA y ELORRIAGA DE BONIS (2017) pp. 169 y ss.

<sup>23</sup> Respecto a los cuales, como explica López Santa María, la “reglamentación legal asume carácter imperativo, sin que las partes puedan alterar, en el contrato particular que celebran, lo estatuido de manera general y anticipada por el legislador, sea en materia de contenido o efectos de la convención, sea en materia de persona con la cual se ha de celebrar el contrato”. LÓPEZ SANTA MARÍA y ELORRIAGA DE BONIS (2017) p. 169.

<sup>24</sup> Más recientemente se ha previsto un sistema de modificación del precio que no se basa en tablas de factores.

<sup>25</sup> “[L]as Isapres abiertas del sistema mantenían 10 tablas de factores diferentes vinculadas a los planes individuales en comercialización...”. SUPERINTENDENCIA DE SALUD (2020).

<sup>26</sup> ROSLER (2016).

Este ejercicio de abstracción, como se ha visto, es utilizado para aplicar a todas las tablas de factores (*per se*) la nulidad absoluta. Esta fundamentación es incorrecta, por idénticas razones a las anteriormente expresadas. La nulidad, como otras consecuencias jurídicas, exige la constatación de un supuesto de hecho fácticamente comprobado – en su caso, el vicio de un elemento de validez del acto o contrato—. De comprobarse este vicio, éste contamina al acto o contrato al que adhiere –cuyo contenido concierne solo a las partes, conforme al principio de efecto relativo del contrato<sup>27</sup>–, pero no irradia inmediatamente su invalidez a otros contratos con los que puedan existir similitudes –sin perjuicio de que con criterios similares se puedan anular otros contratos<sup>28</sup>.

Así las cosas, la “nulidad” de una tabla de factores, como cualquier otra respuesta jurídica en este contexto, solo puede provocar efectos en el contrato al que esta tabla pertenece (o, en el extremo, a los contratos sometidos a un mismo plan de salud, lo que en todo caso sería controversial puesto que asumiría la identidad jurídica de los contratos albergados en un mismo plan).

Aplicando la nomenclatura aportada por la matriz teórica que se ha explicado en el capítulo precedente, podría afirmarse que la situación de hecho no puede calificarse como una de aquellas hipótesis en que el propio sistema legal atribuye efectos expansivos a una situación jurídica. La situación jurídica a la que la Corte apela no es una, sino varias (todos los contratos o planes de salud administrados por la Isapre). En consecuencia, las soluciones, sin perjuicio de sus eventuales similitudes, también debieran ser múltiples. Lo contrario implica un ejercicio desacertado de la función judicial.

En suma, el ejercicio de abstracción con fundamento en la “tabla de factores”, y la posterior atribución de una nulidad absoluta extensible a todos los contratos administrados por la Isapre, parece solo un método oblicuo para que la Corte extienda la aplicación del fallo de forma impropia. Soslaya, de tal forma, la respuesta que la ley pone a su disposición: la nulidad del alzamiento del plan o, en el extremo, la nulidad del contrato en cuestión.

Finalmente, cabe advertir la similitud no del problema que se acaba de advertir con los fundamentos de la crítica más recurrente a la sentencia: el quebrantamiento a la máxima legal de efecto relativo de las sentencias (Código Civil art. 3); que ha expuesto, entre otros, Carlos Peña<sup>29</sup>. Si bien esta crítica apunta en un sentido correcto, yerra al identificar el problema esencial. Como se desprende del análisis previo, más que por una infracción a la regla del artículo 3 del Código Civil (que, como lo demuestran supuestos de sentencias con efectos expansivos, puede matizarse), el fallo debe criticarse porque desarrolla una operación subsuntiva impropia. Así, la crítica no requiere ser contrastada con preceptos jurídicos externos, sino meramente analizarse en su mérito. Ese análisis por sí solo denota un ejercicio impropio de la función jurisdiccional.

<sup>27</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA y ELORRIAGA DE BONIS (2017) pp. 363 y ss.

<sup>28</sup> Ese es, de hecho, el sentido inicial de la consideración de la nulidad absoluta como institución que opera con efectos “*erga omnes*”.

<sup>29</sup> PEÑA (2023).

## V. EL ARGUMENTO SUBYACENTE A LA SENTENCIA. ¿POLÍTICA JUDICIAL?

Ahora bien, asumida la conclusión de que el fallo no realiza una operación jurisdiccional propia, ¿qué motiva a la Corte Suprema a resolver en sentido general?

Posiblemente, las motivaciones sean nobles: la Corte Suprema advierte un déficit igualitario en el sistema de Isapres, que merece una solución general. Su respuesta es consistente con tal crítica: un ajuste a los planes de Isapres que incluya la restitución de los montos “excesivos”, de conformidad a una Circular emitida años atrás por la Superintendencia de Salud.

Esta crítica política es atingente. La industria de las Isapres se ha erigido sobre la base del quebrantamiento sistemático de principios constitucionales importantes, que la han llevado a ser condenada tantas veces que hoy se cuentan por millones. El mercado de las aseguradoras se ha transformado en caldo de cultivo de discriminación, contradiciendo los objetivos que deben guiar a todo sistema de salud. El sistema político se ha demostrado incapaz de resolver un problema que hoy se percibe acuciante.

Pero, aunque correcto, este diagnóstico posee un cariz político indudable. Con fundamento en principios constitucionales abstractos — eminentemente polémicos<sup>30</sup>— la Corte Suprema expresa una opinión sobre el sistema privado de seguros de salud y provee soluciones para resolver las deficiencias que identifica.

Hay quienes han intentado encontrar en esta crítica política un argumento para esgrimir que la Corte estaría adoptando “decisiones legislativas”<sup>31</sup>. En el sentido literal en que se la pronuncia, la crítica no se sostiene. Es obvio que los jueces no legislan. Aunque la sentencia pronuncia algunos lineamientos generales para el mercado de las Isapres, es incuestionable que lo hace con referencia a un caso particular —que también resuelve— y adoptando soluciones específicas respecto de contratos individualizados (aunque sean varios).

Una práctica de esa naturaleza sería inconcebible para las funciones del legislador moderno. La ley es siempre general y abstracta: el poder legislativo, como proponía Hegel, “pronuncia la generalidad”<sup>32</sup>. Mientras el poder judicial (mediante sentencias) y la administración (por medio de actos administrativos) pueden emitir decisiones para casos particulares, el legislador debe abocarse a regular en sentido abstracto, esto es, sin referencia a situaciones fácticas determinadas. Lo contrario (“un legislador que al mismo tiempo fuera gobierno”) caería irremediabilmente en el despotismo<sup>33</sup>. De hecho, el carácter general de la ley es una propiedad tan esencial que “no cabe renunciar [a ella] sin que el Estado de Derecho mismo desaparezca”<sup>34</sup>.

Sin embargo, el carácter político de la opinión y soluciones de la Corte sí incide en las atribuciones de un poder estatal; solo que no en el judicial, sino en la administración

<sup>30</sup> ATRIA (2016) pp. 267 y ss.

<sup>31</sup> CORRAL (2023).

<sup>32</sup> SCHMITT (2012) p. 200, citando la “Filosofía del Derecho” de Hegel.

<sup>33</sup> SCHMITT (2012) p. 200. El autor cita, para sostener este punto distintas obras de Kant. Entre ellas “Sobre la paz perpetua” e “Introducción a la teoría del derecho”.

<sup>34</sup> SCHMITT (2012) p. 201.

pública. Esta incidencia surge del empleo de la Circular N° 343 como base formal para evaluar la legitimidad de las tablas y, en seguida, calcular los valores a ser devueltos.

La influencia se explicita en la parte resolutive de la sentencia. El pronunciamiento de la Corte, en orden a darle aplicación imperativa e inmediata a la Circular N° 343 parece pugnar con prácticas llevadas a cabo por la Superintendencia de Salud en los últimos años. Si bien la Circular N° 343 tenía, en sus orígenes, una pretensión uniformadora, su práctica de aplicación no ha sido igual de sencilla. Como muestra la experiencia, aunque la Circular ha contribuido a reducir la oferta y precios de los planes y a disminuir brechas de género<sup>35</sup>, sus recomendaciones no han sido cumplidas inmediatamente por toda la industria<sup>36</sup>.

Una aplicación paulatina de la tabla única puede explicarse como una decisión de política pública de la Superintendencia, en orden a una aplicación progresiva. No es necesario que sea explicitada de esta manera: a la hora de definir la política pública de una institución son tan importantes sus acciones como sus omisiones, así como el tiempo en que decide implementarse. Tal determinación pudo recaer en factores tanto jurídicos como políticos muy respetables. La aplicación imperativa de “circulares”, que formalmente son documentos orientativos de *soft law*<sup>37</sup>, es jurídicamente compleja: la doctrina ha clarificado que estos instrumentos no tienen naturaleza normativa<sup>38</sup>. Asimismo, una eventual tolerancia al incumplimiento puede justificarse en una preocupación por la estabilidad del sistema, los efectos de cuya crisis estamos padeciendo.

Desde el derecho administrativo, la intromisión de la Corte en este ámbito se muestra problemática. En rigor, lo que hace el fallo es extender y robustecer los efectos de esta Circular, acto administrativo que la Superintendencia había abordado de un modo diferente. La Corte le está atribuyendo a la Circular consecuencias distintas a las que el propio órgano emisor, dotado de discrecionalidad<sup>39</sup>, le había otorgado. Eso puede verse como una interferencia ilegítima en sus potestades.

El objeto subrepticio de tal decisión puede ser múltiple. Puede pensarse como una forma oblicua de sancionar las omisiones de la Superintendencia, en el marco de una acción que no la involucraba directamente y sin haber constatado negligencia alguna. También podría afirmarse que es una manera de reemplazar indirectamente las funciones de la Superintendencia, adoptando decisiones sensibles de política pública. En cualquier caso, parece una decisión de orden político que escapa de las atribuciones ordinarias de los tribunales.

## VI. CONCLUSIÓN

A pesar de que buena parte de la crítica a la sentencia del “caso Isapres” ha estado dirigida al incumplimiento de máximas legales generales, un ejercicio crítico alternativo permite identificar similares deficiencias analizando el fallo en sus propios términos. La ex-

<sup>35</sup> Superintendencia de Salud (2020).

<sup>36</sup> GARCÍA (2023).

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021) pp. 157 y ss.

<sup>38</sup> VALDIVIA (2018) p. 86.

<sup>39</sup> En este caso, una “discrecionalidad de actuación”. Véase, en general, BACIGALUPO (1997).

tensión de la sentencia a un número importante de afiliados se muestra inconsistente con la matriz lógica que guía la dictación de sentencias judiciales, sin que se esté ante uno de los supuestos calificados en que una flexibilización a las reglas generales podría ser admitida.

Al soslayar –o ejecutar erróneamente– la lógica silogística propia de las sentencias judiciales, el fallo en análisis solo puede tenerse como una declaración política de la Corte Suprema, atendida su (razonable) indignación con el modelo de salud imperante. La condena sistemática a las Isapres encuentra en esta sentencia un punto de inflexión, que obliga a los poderes democráticos a reaccionar. Sin embargo, esa noble acción política no quita que estemos ante un ejercicio impropio de la función jurisdiccional. Bajo pretextos dogmáticos, la sentencia expresa un afán asistémico de justicia material que el derecho no puede aceptar.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (1993): *Las razones del derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ATRIA, Fernando (2016): *La forma del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- BACIGALUPO, Mariano (1997): *La discrecionalidad administrativa* (Madrid, Marcial Pons).
- Corral, Hernán (2023): “Corte Suprema, tabla de factores e isapres”, disponible en: <https://www.elmercurio.com/blogs/2023/05/24/107660/tabla-de-factores-e-isapres.aspx>. Fecha de consulta: 24/07/2023.
- DWORKIN, Ronald (2010): *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel).
- FERRADA, Juan Carlos; BORDALÍ, Andrés y CAZOR Kamel (2003): “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. XIV: pp. 67-81.
- GARCÍA, Benjamín (2023): “Isapres: un problema crónico”. Disponible en: <https://espacio-publico.cl/isapres-un-problema-cronico/>. Fecha de consulta: 24/07/2023.
- HART, H.L.A. (1992): *El concepto de derecho* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- LIEBMAN, Enrico (1946): *Eficacia y autoridad de la sentencia* (Buenos Aires, Ediar).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2017): *Los contratos. Parte general* (Santiago, Thomson Reuters, sexta edición).
- MACCORMICK, Neil (2011): *Instituciones del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- PEÑA, Carlos (2023): “Mala salud institucional”. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/blogs/2023/05/17/107488/mala-salud-institucional.aspx>. Fecha de consulta: 24/07/2023.
- RIVERO, Renée (2019): “La tutela meramente declarativa o de mera certeza y su reconocimiento en el sistema procesal civil chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 25, N° 1: pp. 89-130.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2021): *Sistema de fuentes del derecho administrativo* (Madrid, Marcial Pons)
- ROMERO, Alejandro (2002): *La cosa juzgada en el proceso civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica).
- ROSLER, Andrés (2016): *La ley es la ley* (Buenos Aires, Katz).
- SCHMITT, Carl (2012): *Teoría de la Constitución* (Madrid, Alianza).

- SUPERINTENDENCIA DE SALUD (2020): “Evaluación de Impacto de la Tabla de Factores Única”. Disponible en: [https://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-20311\\_recurso\\_1.pdf](https://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-20311_recurso_1.pdf). Fecha de consulta: 24/07/2023
- VALDIVIA, José Miguel (2018): *Manual de derecho administrativo* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- VERDUGO, Sergio y GARCÍA, José Francisco (2012): “De los principios constitucionales al activismo judicial. El voto de minoría en el caso “Municipalidad de Pucón”, *Sentencias Destacadas*: pp. 219-258.
- ZÚÑIGA, Francisco (1997): “Recurso de Protección y contencioso administrativo”, *Gobierno Regional y Municipal*, año V, N° 52.
- ZÚÑIGA, Francisco (2007): “El recurso de protección en proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales”, *Estudios Constitucionales*, N° 2: pp. 61-82.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema, 28/08/2012, rol 1.960-2012, protección.
- Corte Suprema, 18/01/2021, rol 72.198-2020, protección.



# LOS COSTOS DE LA INDUSTRIA PORNOGRÁFICA. REFLEXIONES SOBRE LA REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS EN LA SEGUNDA SENTENCIA ARGENTINA DE TRATA BAJO LA MODALIDAD DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

## *THE COSTS OF THE PORNOGRAPHIC INDUSTRY. REFLECTIONS ON REPARATIONS TO VICTIMS IN THE SECOND JUDGMENT IN ARGENTINA OF TRAFFICKING UNDER THE MODALITY OF CHILD PORNOGRAPHY*

MARÍA DE LOS ÁNGELES RAMALLO<sup>1</sup>  
AGOSTINA QUIROZ<sup>2</sup>  
LUCRECIA FRACCHIA<sup>3</sup>

**RESUMEN:** En este artículo realizaremos un comentario a la segunda sentencia dictada en Argentina de trata de personas configurada mediante la promoción, facilitación y comercialización de pornografía infantil. Destacaremos la importancia de que en los fundamentos del fallo se haga hincapié en la modalidad de explotación, en las condiciones del delito y en el daño específico producido en las víctimas. Sin embargo, evaluaremos críticamente la parte resolutive de la sentencia, en tanto si bien el tribunal explica que la explotación para la producción de pornografía es particularmente dañina por la distribución y permanencia de las imágenes producidas en el contexto de explotación en la web, no establece mecanismos para su eliminación. En tercer lugar, reflexionaremos sobre el impacto que esta sentencia pueda tener en la forma de considerar a la industria pornográfica, teniendo en cuenta la falta de datos sobre la persecución de la producción de pornografía en condiciones de explotación.

**Palabras clave:** pornografía, trata, explotación, reparaciones.

**ABSTRACT:** In this paper we comment on the second conviction in Argentina on trafficking in persons and child pornography. We will highlight that the tribunal emphasizes on the modality of exploitation, the conditions of the crime and the specific damages to the victims. However, we will critically evaluate the last part of the ruling. While the court explains that the exploitation for the production of pornography is particularly harmful due to the distribution

<sup>1</sup> Abogada por la Universidad de Buenos Aires; Master of Arts in the Sociology of Law (International Institute for the Sociology of Law, UPV/EHU); becaria doctoral del CONICET (Argentina) con lugar de trabajo en el Instituto Ambrosio L. Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora del Departamento de Filosofía del Derecho de la misma Facultad. Dirección postal: Lavalleja 664, piso 1 5 (CABA, CP 1414), Correo electrónico: mramallo@derecho.uba.ar. Número ORCID: 0000-0001-8227-2365.

<sup>2</sup> Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Dirección postal: Alfredo R. Bufano 2679, CP 1417, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Correo electrónico: agosquiroz@gmail.com. Número ORCID: 0009-0007-4226-102.

<sup>3</sup> Abogada por la Universidad de Buenos Aires; Maestranda en derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Dirección postal: Monroe 1180, Quilmes, Buenos Aires, C.P. 1878. Correo electrónico fracchialucrecia@gmail.com. Número ORCID: 0009-0005-3672-3299.

and permanence of the images produced in the context of exploitation on the web, it does not establish mechanisms for its removal. Thirdly, we will reflect on the impact that this sentence may have on the way of considering the pornographic industry, taking into account the lack of data on the persecution of the production of pornography in contexts of exploitation.

**Keywords:** pornography, trafficking in persons, exploitation, forms of restitution

## I. INTRODUCCIÓN

El 12 de agosto de 2022 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 dictó la segunda sentencia de condena en Argentina por el delito de trata de personas con fines de explotación configurada mediante la promoción, facilitación y comercialización de pornografía infantil. El caso cobró cierta notoriedad pública ya que uno de los imputados (“Camus Hacker”) estuvo previamente implicado en la extorsión sexual de un grupo de mujeres famosas. Además, desde la Procuración General de la Nación se le dio especial difusión por ser, justamente, la segunda sentencia de trata en contextos de producción de pornografía infantil<sup>4</sup>.

El objetivo de este artículo es realizar un análisis crítico de dicha sentencia. Por un lado, destacaremos la importancia de que en los fundamentos del fallo se haga hincapié en la modalidad de explotación (en el contexto de producción y distribución de pornografía), y se realice una descripción exhaustiva de las condiciones del delito. Sostendremos que esto permite evidenciar que la explotación bajo la mencionada modalidad produce un daño concreto y muy específico en las víctimas, distinto al daño ocasionado en otros casos de explotación.

A pesar de la virtud de este reconocimiento, evaluaremos críticamente la parte resolutive de la sentencia, en tanto si bien el tribunal explica que la explotación para la producción de pornografía es particularmente dañina por la distribución y permanencia de las imágenes producidas en el contexto de explotación en la web, no establece mecanismos para su eliminación. En tercer lugar, reflexionaremos sobre el impacto que esta sentencia puede tener en la forma de considerar a la industria de la pornografía.

Tal como se explicará, tanto en Argentina como a nivel global los datos sobre la persecución del tráfico y la explotación en contextos de producción de pornografía son prácticamente inexistentes. Si bien no partimos de una visión que equipara el comercio sexual con la explotación –es decir, consideramos que tanto el ejercicio de la prostitución como la participación en la industria de la pornografía pueden darse en contextos que no impliquen explotación–, tenemos la sospecha de que la falta de datos sobre efectivas situaciones de explotación para la producción de pornografía podría tener un impacto en la forma en la que ésta es concebida en nuestra sociedad. En otras palabras, creemos que gran parte de la sociedad adopta una posición más tolerante hacia la pornografía que hacia otras formas de comercio sexual (como la prostitución) y esto puede, en parte, deberse a la falta de conciencia sobre las situaciones de explotación que se dan en la industria. Así como en el caso de la prostitución se tiende a creer que muchas veces (o casi siempre) ésta se da en contextos de explotación o de falta de autonomía, pareciera haber un preconcepto inverso en la pornogra-

<sup>4</sup> Ver, entre otras entradas, FISCALES (2022a); FISCALES (2022b); FISCALES (2021). Fecha de consulta: 22/04/2023.

fía: una percepción de libertad y autonomía en la producción de contenidos, sin considerar la posibilidad de que haya casos de situaciones de explotación. Esta hipótesis merecerá un testeo empírico que excede el trabajo de investigación que se presenta en esta reseña.

El artículo está dividido en cuatro secciones. En la primera describiremos brevemente los hechos del caso y la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6. Además, contextualizaremos la sentencia en el marco de lo que ha sido la campaña contra la trata de personas en Argentina de los últimos 15 años (2008-2023). En la segunda sección explicaremos por qué sostenemos que existe un daño específico propio de la producción de pornografía en contextos de explotación y cómo la sentencia da cuenta de ello. Esto nos permitirá, en la tercera sección, analizar la resolución dictada por el tribunal que, aún habiendo dado cuenta de la importancia de este daño distintivo, no estableció mecanismos adecuados para la reparación de las víctimas. En la cuarta sección, reflexionaremos sobre la difusión de contenido pornográfico en páginas web y redes sociales, haciendo hincapié en las situaciones de explotación que hacen al contenido publicado y que no es detectado por los usuarios como tal. Para finalizar, esbozaremos algunas conclusiones.

## II. EL CASO “CAMUS HACKER”: SEGUNDA SENTENCIA 10 AÑOS DESPUÉS DE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE TRATA

En octubre de 2017 ingresó en la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (en adelante, PROTEX) una denuncia contra G.R.F. y E.C.I. (alias “Camus Hacker”), acusados de haber montado una estructura empresarial para reclutar menores de edad en situación de vulnerabilidad con el fin de someterlas a la producción de fotografías y videos de contenido pornográfico, para su posterior distribución y comercialización. En el juicio se tuvo por probado que durante abril de 2016 y junio de 2018 los imputados establecieron contacto con seis adolescentes, todas menores al momento de los hechos (entre 13 y 17 años), proponiéndoles modelar a cambio de dinero y concretando encuentros en un hotel alojamiento en los que eran fotografiadas y filmadas en ropa interior o desnudas. El material era subido a sitios web pornográficos y a redes sociales. Si bien en la causa se identificaron seis víctimas, se estableció como probable la existencia de más damnificadas en virtud de los diferentes registros obtenidos, de los testimonios prestados en el juicio, y de los objetos secuestrados en los allanamientos realizados en el marco del proceso. Entre ellos, se encontraron tarjetas de presentación de agencias de modelaje y carpetas con *curriculum vitae* de otras adolescentes y mujeres adultas contactadas.

Según el testimonio de las víctimas, estas concurrían en una primera instancia a los encuentros sin saber que el tipo de fotografías que se tomarían serían de contenido pornográfico. Por lo general, las sesiones comenzaban con fotos de las chicas con la ropa que ellas habían llevado. Luego se les ofrecía hacerlo con lencería erótica y se les decía que, si hacían desnudos, el pago sería aún mayor. En la mayoría de los casos estos encuentros eran grabados, aunque esto no estaba pautado con anterioridad. Asimismo, se comprobó que uno de los imputados abusó sexualmente de dos de las víctimas.

El material obtenido en los encuentros era subido a cuentas de Facebook e Instagram y a sitios web pornográficos, situación de la que las víctimas tomaron conocimiento a través

de sus allegados. Además, los imputados mantenían amenazadas a las menores, diciéndoles que, de no continuar con las sesiones, las fotografías serían publicadas y distribuidas a sus familiares y amigos. Una vez iniciada la investigación, y habiendo sido anoticiados de ello tanto G.R.F. como E.C.I., las amenazas pasaron a estar relacionadas con procurar que las víctimas no presentaran material probatorio que pudiera incriminarlos. En razón de esto, las damnificadas contaron a lo largo del juicio del temor que sintieron. Una de ellas, incluso, intentó suicidarse.

Los imputados fueron condenados por ser considerados autores penalmente responsables del delito de trata de personas con fines de explotación configurada mediante la promoción, facilitación y comercialización de pornografía infantil, agravado por haberse concretado dicha finalidad y por haber sido cometido mediante engaño y aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de las víctimas, siendo estas más de tres y todas ellas menores de edad (artículo 145 ter del Código Penal).

La sentencia que analizamos es la segunda dictada en Argentina en la que se condena por trata de personas con fines de explotación para la producción y comercialización de pornografía infantil. La primera fue dictada en diciembre de 2015; las víctimas eran tres y tenían menos de 9 años, y la difusión del material se realizó en páginas cuyo acceso se encuentra restringido (en la *Dark Web*)<sup>5</sup>. En comparación, en el caso bajo análisis las víctimas fueron adolescentes de entre 13 y 17 años, y la difusión se realizó mediante redes sociales y páginas de acceso libre y gratuito. Además, las características de los hechos difieren sustancialmente, ya que en la primera sentencia el imputado era medio hermano de una de las víctimas y realizaba los actos de abuso en su propio domicilio. Aquí, entendemos que son dudosas las razones por las cuales el tribunal condenó por trata de personas (que requiere actos de ofrecimiento, captación, traslado, recibida o acogida)<sup>6</sup>.

Más allá de esto, podría resultar llamativo que se trate de la segunda condena por este tipo penal. La “promoción, facilitación o comercialización de la pornografía infantil” fue incluida como modalidad específica del delito de trata de personas a partir de la ley 26.842, que modificó en el año 2012 la ley 26.364. En 15 años, los casos judicializados de

<sup>5</sup> Tribunal Oral Federal de Jujuy, 29/12/2015.

<sup>6</sup> Conforme al Código Penal argentino el delito de trata de personas requiere actos de ofrecimiento, captación, traslado, recibida o acogida con fines de explotación. El delito de trata es un delito diferente del de explotación. En este sentido, puede existir delito de trata sin que se haya consumado la explotación, siempre que ésta sea la finalidad (y pueda probarse) del ofrecimiento, captación, traslado, recibimiento o acogida. Al mismo tiempo, pueden darse situaciones de explotación fuera de un contexto de trata. Por ejemplo, la explotación sexual está regulada en el Código Penal argentino bajo los delitos de promoción y facilitación de la prostitución ajena (artículo 125 bis) y proxenetismo (artículo 127). La explotación laboral está tipificada bajo el delito de reducción a la esclavitud o servidumbre (artículo 140).

<sup>El</sup> delito de trata es un delito de resultado anticipado, ya que el mismo se consume, aunque el bien jurídico protegido por el delito de explotación no haya sido lesionado. El bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal de trata de personas es la libertad (a pesar de que como se describirá más adelante, este delito es pluriofensivo en tanto lesiona una amplia gama de derechos). En el Código Penal Argentino la tipificación se encuentra bajo el capítulo de los delitos contra la libertad. En el caso de los delitos de promoción, facilitación y explotación de la prostitución ajena, el bien jurídico principal que se intenta proteger es el de integridad sexual (aunque, nuevamente, se trata de un delito que afecta diversos derechos).

trata bajo esta modalidad son ínfimos. Esto se da en un contexto en el que la campaña contra la trata de personas se ha intensificado de manera constante.

En Argentina, la primera ley de trata de personas se sancionó en el año 2008. Tarantino sostiene que en ese momento ya existían otros tipos penales que habilitaban la criminalización de la trata y la explotación<sup>7</sup>. A pesar de ello, la sanción de la ley 26.364 fue producto tanto de demandas internacionales como de una creciente preocupación local por el secuestro de mujeres jóvenes durante los primeros años del 2000<sup>8</sup>. En 2002 se firmó el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (“Protocolo de Palermo”). Ya un año antes, en el 2001, el Departamento de Estado de los Estados Unidos había comenzado a elaborar informes en los que clasificaba a los países conforme a las políticas que adoptaban para prevenir el tráfico de personas (conocidos como los “TIP Reports” o “Trafficking in Persons Reports”). La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) también había comenzado a realizar periódicamente informes similares y, en ambos casos, las primeras calificaciones del país no resultaron favorables.

En el país, la visibilización y consternación social por el fenómeno de la trata se dio a partir de un caso particular: la desaparición de Marita Verón en el año 2002<sup>9</sup>. En torno a su figura, organizaciones de tradición abolicionista comenzaron a convocar a marchas bajo las consignas “aparición con vida de las mujeres desaparecidas en democracia y castigo a los responsables” y “sin clientes no hay trata”, y a organizar campañas para denunciar y despejar volantes de oferta sexual en las calles. La perspectiva abolicionista sobre la prostitución entiende que el comercio sexual es una forma de explotación y violencia contra las mujeres, que afecta su igualdad y dignidad. Sostiene que existe un vínculo intrínseco entre la prostitución y la trata de personas, y que no es posible pensar en el ejercicio verdaderamente autónomo del comercio sexual<sup>10</sup>. Morcillo y Varela han señalado que en Argentina “el feminismo abolicionista homogeneizó el emergente movimiento anti-trata”<sup>11</sup>. Por su parte, Daich y Tarantino sostienen que la sanción de la ley de trata en el 2008 fue acompañada de la creación de una serie de instituciones estatales y de ciertas decisiones gubernamentales que dan cuenta de una condena a la práctica del sexo comercial y a las trabajadoras sexuales<sup>12</sup>.

En el año 2012, a solo 4 años de la sanción de la ley 26.364, el Congreso aprobó la ley 26.842, que modificó la primera en algunos aspectos sustanciales. Esta ley consolidó el modelo abolicionista en la legislación penal. La ley no sólo modificó los artículos 145 bis y ter del Código Penal que tipifican la trata de personas, sino también los artículos relativos

<sup>7</sup> TARANTINO (2021) pp. 150-152.

<sup>8</sup> Para un análisis más detallado al respecto ver MORCILLO y VARELA (2017); VARELA (2015).

<sup>9</sup> MORCILLO y VARELA (2017) p. 227.

<sup>10</sup> Entre las mayores exponentes del feminismo abolicionista a nivel global se encuentran MACKINNON (1987; 1989, 1993a, 1993b, 2017), DWORKIN (1981; 1988), GRIFFIN (1981), RUSSEL (1993), y a nivel local, RODRÍGUEZ (2012) y MAFFIA (2014).

<sup>11</sup> MORCILLO y VARELA (2017) p. 229.

<sup>12</sup> Entre ellas, se destaca la sanción del decreto 936/2011, que prohibió el “rubro 59”, los anuncios publicitarios ligados al comercio sexual. Al respecto ver Daich (2015) p. 155; TARANTINO (2021) p. 143.

al ejercicio de la prostitución. A partir de este momento, todo tipo de extracción de rédito económico de la prostitución ajena quedó penalizado y, al modificarse los artículos 125 bis y 127 del Código Penal, se estableció que en ningún caso era posible consentir la intermediación en la prostitución<sup>13</sup>. En Argentina la trata de personas con fines de explotación cometida contra menores de 18 años tiene un agravante de la pena<sup>14</sup>.

Por otra parte, la ley 26.842 incluyó un listado de modalidades de explotación más extenso que la ley 26.364. Si bien el concepto de “explotación” es, tanto en la normativa nacional como internacional, un concepto que admite amplitud interpretativa<sup>15</sup>, la incorporación de nuevas modalidades de explotación no es algo menor ya que refleja una preocupación por determinados contextos delictivos y además sirve de indicativo para los operadores jurídicos. Como se dijo, en este momento se incluyó a la “promoción, facilitación o comercialización de la pornografía infantil” como modalidad específica del delito de trata de personas<sup>16</sup>. Por su parte, en la normativa penal argentina cada modalidad de explotación puede constituir un delito autónomo del delito de trata de personas, configurando un “delito conexo”. Esta situación se da en el caso de la pornografía infantil, puesto que se encuentra tipificado en el art. 128 del Código Penal<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> La nueva ley ha sido fuertemente criticada por derivar en la criminalización de conductas que distan de los delitos de trata y explotación en tanto delitos de criminalidad económica organizada, como por ejemplo el alquiler de viviendas a trabajadoras independientes o el cobro por la administración de estos lugares o por la difusión de la oferta sexual. Ver ROMANO (2020) p. 83; VARELA (2016) p. 25.

<sup>14</sup> Es relevante mencionar las escalas penales previstas para los distintos tipos penales de trata, siendo las penas estipuladas las siguientes: para el tipo básico de trata se prevé una escala penal de 4 a 8 años de prisión. En el caso de los tipos agravados tenemos, por un lado, una escala de 5 a 10 años, cuando el delito se haya cometido a través de una serie de medios comisivos (cuando “mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima”). Luego, existe un tipo penal agravado por la consumación de la finalidad de explotación, cuya pena prevista es de 8 a 12 años. Y, por último, para el agravante por ser la víctima menor de 18 años se prevé una escala penal de 10 a 15 años.

<sup>15</sup> Corte Interamericana de DD. HH., *RAMÍREZ ESCOBAR Y OTROS V. GUATEMALA*, párr. 320: “El delito de trata de personas se puede cometer con “cualquier fin de explotación”. El elemento de finalidad no está limitado a un fin específico de explotación. Esta interpretación es acorde con el principio *pro persona* y el efecto útil de la prohibición de la trata de personas que –ante la gravedad del delito– busca la protección más amplia posible contra las múltiples formas de explotación de las personas. Ello también se evidencia en la definición de trata de personas contenida en el Protocolo de Palermo, en el cual se indica, de manera explícita, que los fines de explotación incluidos en dicha definición son un “mínimo”. Por lo tanto, es claro que no existe una lista exhaustiva de los fines de explotación posibles en la comisión del delito de trata de personas”.

<sup>16</sup> Lo curioso es que durante el debate en el Congreso para la sanción de la ley no se discutió sobre la ampliación de las modalidades de explotación ni sobre la importancia de adoptar una política criminal contra la pornografía infantil. Ver CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN (31/08/2011), y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN (19/12/2012).

<sup>17</sup> Los delitos conexos (como la producción, distribución, comercialización, etc. de pornografía infantil) pueden darse en contextos que no impliquen trata (ofrecimiento, captación, traslado, acogida o recibimiento). Por otro lado, como se explicó anteriormente, el delito de trata de personas puede quedar configurado sin que se haya consumado la explotación, siempre que esta sea la finalidad. Así, el artículo 145 bis del Código Penal establece que: será reprimido con prisión de cuatro a ocho años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

A nivel internacional, Argentina se encuentra comprometida –a través del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, del año 2000– a adoptar las medidas necesarias para prevenir y sancionar el comercio sexual con menores.

Conforme a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) “la trata de personas es uno de los delitos con mayores niveles de subregistro”<sup>18</sup>. La UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), que es el órgano internacional encargado del seguimiento del Protocolo de Palermo, realiza informes bianuales sobre la situación del tráfico de personas a nivel global, basándose en información estadística y cualitativa de casos reportados por los Estados parte. Estos informes presentan datos desgregados en función de la modalidad de explotación, en donde se distingue: 1) explotación sexual; 2) explotación laboral; 3) otras formas de explotación. Los casos registrados sobre explotación para la producción de pornografía son catalogados dentro de “otras formas de explotación” junto con la explotación para la actividad criminal, para mendigar, matrimonios forzados, venta de bebés, venta de órganos, formas mixtas de explotación (sexual + laboral) y explotación de niños soldados. En el informe del 2020<sup>19</sup> se presenta un cuadro con los porcentajes de víctimas que representan las modalidades de explotación “sexual”, “laboral” y “otros” desde el 2006 hasta el 2018. Los casos calificados como “otros” representaron un 3% en 2006, 8% en 2008, 12% en 2010, 6% en 2012, 8% en 2014, 7% en 2016 y 12% en 2018. Es decir, los porcentajes de esta última categoría son bajos y estos incluyen a su vez muchas modalidades bien distintas de explotación. Datos similares que reflejan que son muy pocos los países que informan casos de tráfico para la producción de pornografía como una modalidad específica se presentan en el resto de los informes de la UNODC (2009-2020)<sup>20</sup>. Una cuestión que debe ser notada es que al presentarse los datos no se establece una distinción entre víctimas mayores y menores de edad, ni por sexo.

En relación con la falta de datos sobre explotación sexual de niños y niñas, la Relatoría Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, advierte sobre la escasez de datos desglosados y señala que la ausencia de datos detallados y confiables pone en peligro los esfuerzos para combatir la explotación sexual de los niños. A su vez, alerta sobre el subregistro de casos, al mencionar que “la naturaleza oculta de estas violaciones hace que la recopilación de datos sea extremadamente importante”<sup>21</sup>.

En resumen, la sentencia que analizamos en este artículo se inserta en un contexto de falta de persecución del delito de trata para la producción, distribución y comercialización de pornografía infantil tanto en Argentina como a nivel global. En contraste, conforme a los datos de la PROTEX, la cantidad de juicios y de condenas por el delito de trata sexual y laboral en Argentina ha ido en ascenso desde la sanción de la ley 26.842<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Comisión Interamericana de DD.HH., MOVILIDAD HUMANA. ESTÁNDARES INTERAMERICANOS.

<sup>19</sup> Ver UNODC (sitio web a).

<sup>20</sup> Ver informes de la UNODC (sitio web b).

<sup>21</sup> Ver NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/76/144.

<sup>22</sup> Ver informes de la PROTEX (sitio web). En los últimos años hubo una disminución en la cantidad de sentencias, lo que pudo deberse al contexto de emergencia sanitaria producto del COVID-19.

### III. EL DAÑO DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL PARA LA PRODUCCIÓN DE PORNOGRAFÍA

En la sentencia analizada, el tribunal hace un especial hincapié en la modalidad de explotación –contexto de producción y distribución de pornografía– y realiza una descripción exhaustiva de las condiciones del delito. Esto se destaca frente a la mayoría de sentencias de trata sexual, en las que no hay una descripción detallada de la modalidad de explotación. Un reciente estudio realizado por INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales) sobre sentencias de trata sexual de los últimos 10 años en Argentina describe que

un altísimo porcentaje de las sentencias condenatorias no cuentan con información sobre las trayectorias de las víctimas, la forma en la que cada una ha sido captada, trasladada, ni tampoco las formas de explotación a las que han estado sometidas. Son pocos los casos en los que la justicia se preocupó por indagar sobre las condiciones de sometimiento<sup>23</sup>.

Los delitos de trata de personas y explotación se caracterizan por ser violaciones de carácter múltiple. Conforme a los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y la CIDH esto significa que implican una restricción jurídica del ser humano que afecta un conjunto de derechos humanos básicos como la libertad, la integridad física, la salud y la dignidad<sup>24</sup>. A su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha sostenido que las víctimas de trata sufren daños graves físicos y psicológicos, que perpetúan incluso una vez finalizada la situación de trata y explotación. En este sentido,

la trata de personas, por su propia naturaleza y fin de explotación, está basada sobre el ejercicio de poderes vinculados con el derecho de propiedad. Considera a los seres humanos mercancía que puede ser comprada y vendida y sometida a trabajo forzoso, frecuentemente a cambio de poca o ninguna paga, habitualmente en la industria del sexo pero también en otros sectores<sup>25</sup>.

El énfasis en la cosificación de las víctimas de trata ha sido también receptado por los tribunales locales. En el conocido caso de Alike Kinan<sup>26</sup> la jueza Ana Figueroa (jueza

<sup>23</sup> ROMANO (2020) p. 103-104.

<sup>24</sup> Corte Interamericana de DD.HH., TRABAJADORES DE HACIENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL; Comisión Interamericana de DD.HH., DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES, REFUGIADOS, APÁTRIDAS, VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS Y DESPLAZADOS INTERNOS: NORMAS Y ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, párr. 223; Comisión Interamericana de DD.HH., INFORME SOBRE COMUNIDADES CAUTIVAS: SITUACIÓN DEL PUEBLO INDÍGENA GUARANÍ Y FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD EN EL CHACO DE BOLIVIA, párr. 58; Comisión Interamericana de DD.HH., DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES Y OTRAS PERSONAS EN EL CONTEXTO DE LA MOVILIDAD HUMANA EN MÉXICO, párr. 350.

<sup>25</sup> Tribunal Europeo de DD. HH, 17/01/2010, párr. 281.

<sup>26</sup> El caso de Alike Kinan fue el primero del país en el que una víctima de trata querelló a sus tratantes, lográndose una condena tanto a ellos como a la Municipalidad de Ushuaia, que se vio obligada a pagar una indemnización a modo de reparación.

de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal) sostuvo que “lo que debe comprenderse es la cosificación a la que son sometidas las víctimas, la ausencia de la categoría de sujeto de derecho en que se encuentran las mujeres sometidas a la condición de trata de personas”<sup>27</sup>. En sentido similar, en el caso “MYC” la misma Sala de la Cámara Federal de Casación Penal estableció que “la gravedad de la conducta prohibida (...) radica en el perjuicio a la dignidad de la víctima que es tratada como un objeto susceptible de ser explotado o comercializado y en la consiguiente anulación o grave restricción de su aptitud de autodeterminación”<sup>28</sup>.

La trata y explotación afecta la autonomía de las personas, entendida ésta como la capacidad de poder determinar los planes de vida en función de un conjunto de circunstancias y opciones materiales y subjetivas. Esto se da en la intersección con la afectación a la dignidad de la víctima producto de su cosificación: “la trata de personas es atentatoria de la dignidad de la víctima, se vulnera en ella la autonomía personal, es decir, la capacidad que tiene una persona de decidir sobre sí misma”<sup>29</sup>.

Por su parte, las consecuencias del delito no solo se ven en el momento de su ejecución sino a largo plazo. Esto ha sido señalado por distintos órganos internacionales. En el Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, del año 2020, se indica que “es común que las víctimas de la trata experimenten problemas de autoestima, marginación y humillación que las aíslan aún más de sus familias y comunidades y aumentan su vulnerabilidad, exponiéndolas al riesgo de revictimización o trata reiterada”<sup>30</sup>. Asimismo, la Organización Mundial de la Salud ha sostenido que esto se vincula con problemas en el acceso a la justicia y mecanismos de reparación adecuados:

[l]os riesgos a menudo persisten incluso después de que la persona se libera de la situación de víctima de trata (...) ya que “solo una proporción pequeña de las personas afectadas pueden acceder a los servicios destinados a quienes han sido víctimas de trata o recibir alguna compensación económica o de otro tipo”<sup>31</sup>.

En la jurisprudencia local, la jueza Liliana Navarro de la Cámara Federal de Córdoba en la sentencia de la causa “VYB” sostuvo que:

[e]s evidente que las consecuencias del sometimiento de la víctima se prolongarán en un período de tiempo mayor o menor (...) mientras una persona es víctima de trata, resulta claro que carece de libertad de autodeterminación, ahora bien, al momento en que una persona deja de ser victimizada, ello no implica que automáticamente vaya a recuperar inexorablemente su libertad de autodeterminación<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, 12/04/2018.

<sup>28</sup> Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, 18/11/2021.

<sup>29</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, 16/09/2021.

<sup>30</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/75/169. p. 42.

<sup>31</sup> Organización Mundial de la Salud, COMPRENDER Y ABORDAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. TRATA DE PERSONAS, p. 20.

<sup>32</sup> Sala B de la Cámara Federal de Córdoba, 22/10/2021.

Sumado a los daños y afectación a derechos propios de la trata y la explotación descritos hasta aquí, consideramos que cuando la finalidad es la producción, distribución y comercialización de pornografía, se produce un daño distintivo. La sentencia da correctamente cuenta de esto, al resaltar el hecho de que el material que se produjo fue subido a internet por los condenados y sigue actualmente siendo de público acceso. Esta circunstancia produjo un daño específico a las víctimas, quienes, en sus testimonios, referenciaron de manera expresa las implicancias que había tenido la difusión de las imágenes. Quienes no pudieron prestar testimonio, fue a causa de las consecuencias psicológicas ocasionadas por el padecimiento sufrido a raíz de la mencionada difusión.

La circunstancia de que el material siga disponible en la web pone a las víctimas en una situación de extrema exposición, generando un daño continuado dado que, a lo provocado por la explotación sexual, se le agrega el hecho de que el material producido en esa situación de explotación se mantenga disponible en la web, llegando a un sinnúmero de personas, quienes muchas veces las reconocen. Esto genera que se perpetúe en el tiempo el padecimiento, sumándose a las consecuencias propias de la explotación, las consecuencias y el daño provocado por el hecho de que, por un lado, el material producido continúa disponible y, por otro, siempre exista el riesgo de encontrarse expuestas a situaciones de extorsión. En este sentido, MacKinnon<sup>33</sup> y Dworkin<sup>34</sup> indican que cuando la pornografía registra actos de abuso sexual, amplifica el abuso al permitir que otros participen y exploten la victimización producida por la difusión de ese contenido. Así, se amplían los parámetros temporales y espaciales del delito, agravando las lesiones que producen dichos actos.

En sentido similar, la ECPAT International e INTERPOL en el reporte *Towards a Global Indicator on Unidentified Victims in child sexual exploitation material* señalan que “la producción de imágenes abusivas introduce una dimensión adicional al abuso y trauma subsiguiente experimentado por las víctimas”<sup>35</sup>. Citando la investigación de Anders Nyman, explican esta dimensión adicional como “el doble trauma de la explotación pornográfica”: los niños/as no solo son explotados sexualmente, sino que “experimentan un trauma adicional que acompaña al conocimiento de que el abuso en sí mismo ha sido documentado y puesto a disposición de una audiencia interminable”<sup>36</sup>. En concordancia con esto, Lars Loof describe que las víctimas “pueden experimentar una pérdida de control asociada con la distribución en línea de las imágenes de abuso y las dificultades para lograr el archivo y baja de las mismas, entendiéndose que las pruebas de su abuso estarán para siempre en circulación”<sup>37</sup>.

En el caso analizado, las víctimas no eran conscientes de que las fotografías que se sacaban serían subidas en internet. Tampoco que en las sesiones fotográficas se realizaban videos a los fines, también, de difundirlos por la web<sup>38</sup>. Relataron que:

<sup>33</sup> MACKINNON (1987).

<sup>34</sup> DWORKIN (1981).

<sup>35</sup> Ver ECPAT International e INTERPOL (2018) p. 19, traducción propia.

<sup>36</sup> NYMAN (2008) citado en ECPAT INTERNATIONAL E INTERPOL (2018) p. 19, traducción propia.

<sup>37</sup> LOOF (2005) citado en ECPAT INTERNATIONAL E INTERPOL (2018) pp. 19- 20, traducción propia.

<sup>38</sup> Conf. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/08/2022, p. 85.

Las fotos que me hacía desnuda las subía a internet y yo no sabía... y después la gente me decía “fijate que ese chabón sube fotos tuyas en páginas porno”. Y también las grababa y las subía a internet. Se las daba a un chabón y ganaba plata con nosotras. Eso me enteré después cuando empezaron a contarme y me pasaron las páginas, y me quería matar<sup>39</sup>.

Una vez enteradas de que el material suyo estaba subido a sitios web pornográficos, las víctimas intentaban que se baje pero, dadas las características propias de la difusión en internet, muchas veces esto resultaba imposible y el temor a que fotos y videos suyos sigan circulando no dejó de existir<sup>40</sup>.

Según lo que se lee de la sentencia, la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban las víctimas era un factor decisivo a la hora de reclutarlas y explica la falta de conciencia sobre las posibles consecuencias de los intercambios pautados con los imputados. Esta vulnerabilidad surge tanto de su condición de género, como de su posición económica y, desde ya, por su edad. Consecuentemente, el “Informe sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños” del 2022 del Comité de los Derechos del Niño, afirma que “las redes mafiosas se aprovechan de las necesidades económicas de las familias” y que las víctimas suelen ser niñas con baja estima<sup>41</sup>.

Entre las pruebas de la causa, se presentó un CD con una llamada entrante de parte de G.R.F. con otra persona de sexo masculino, de la que destacamos el siguiente extracto: “Las que sirven son las que nunca hicieron nada, son más manipulables... No sirven las que anduvieron por todos lados, porque ya vienen con muchas pretensiones, ya vienen avivadas entonces no las enganchas para nada, ¿entendés?”<sup>42</sup>.

Las circunstancias del caso se insertan en lógicas de violencia digital de género, entendiendo esta como aquella que se ejerce mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), que implica, entre otras cuestiones, la obtención, reproducción y difusión por cualquier medio de datos personales, material digital real o simulado, íntimo o de desnudez de las mujeres, sin su consentimiento<sup>43</sup>.

Según el Informe acerca de la violencia en línea contra las mujeres y niñas desde la perspectiva de los derechos humanos del 2018 de la ONU, “la *sextorsión* consiste en amenazar a una persona con difundir imágenes o videos íntimos con la finalidad de obtener más material sobre actos sexuales explícitos, mantener relaciones sexuales o sonsacar dinero”<sup>44</sup>. Estos actos de violencia pueden dar lugar a daños o sufrimientos psicológicos, físicos, sexuales y/o económicos en las mujeres. En relación con los primeros, “las víctimas y supervivientes experimentan depresión, ansiedad y miedo y, en algunos casos, hasta ten-

<sup>39</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/08/2022, p. 82.

<sup>40</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/08/2022, p. 90, p. 92.

<sup>41</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/77/140.

<sup>42</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/08/2022, p. 98-99.

<sup>43</sup> Muy recientemente Argentina ha sancionado una modificación a la Ley de Protección Integral de las Mujeres (Ley 26.485) que incluye como una modalidad de violencia contra las mujeres la “violencia digital o en línea”.

<sup>44</sup> Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/38/47, párr. 32

dencias suicidas”<sup>45</sup>. A su vez, pueden generar que las mujeres se abstengan de usar internet. Según el informe, “el 28% de las mujeres que fueron objeto de violencia basada en las TIC [tecnologías de la información y la comunicación] han reducido deliberadamente su presencia en línea”<sup>46</sup>. Asimismo, “otras consecuencias comunes son el aislamiento social, que lleva a las víctimas o supervivientes a retirarse de la vida pública, incluidos la familia y los amigos, y la movilidad limitada, es decir, la pérdida de libertad para desplazarse en condiciones de seguridad”<sup>47</sup>.

En el caso, los imputados extorsionaron a las víctimas. Cuando ellas decidían cortar la relación con ellos, las amenazaban con que difundirían las fotos entre sus familiares y amigos de no continuar con lo pactado<sup>48</sup>. Además, una de ellas relató que luego de realizar las fotografías, comenzaron a exigirle que les envíe videos o realice videollamadas para que ellos pudieran masturbarse, amenazándola de igual modo<sup>49</sup>. Asimismo, los imputados hicieron un perfil en Instagram donde subieron fotos de una de las víctimas desnuda luego de que en una oportunidad no les respondiera de manera inmediata<sup>50</sup>.

Otra forma de amedrentamiento implicó mostrarles a las víctimas fotos subidas a internet y redes sociales de otras mujeres. Si bien se les indicaba que eso no ocurriría con ellas, claramente se trataba de una forma de extorsión:

Me mostró todos los álbumes que tenía en Facebook... eran una banda... de minas tipo igual que yo... una banda de mi edad... las fotos son todas iguales a las mías, tipo todas así re zarpadas... y el chabón me las mostraba y yo me acuerdo que le dije que no le muestre mis fotos así como hace conmigo a otra... me decía “no, tranqui, hay confianza...”<sup>51</sup>.

Iniciado el proceso penal, los imputados continuaron extorsionando a las adolescentes a los fines de que no brindaran testimonios incriminatorios. Así lo manifestaron las licenciadas pertenecientes al Ministerio Público Tutelar. Según la sentencia:

Ambas hicieron mención a las manifestaciones efectuadas por V.B. al entrevistarla directamente, habiendo precisado que (...) se asustaba y consultaba sobre los pasos a seguir en cuanto a la realización de la denuncia y sobre las consecuencias de la misma. Aclararon que se le brindaron herramientas de cuidado y advertencia, en virtud de mostrar muestras claras y signos de querer salir de esa situación de riesgo, pero temiendo mucho a la exposición de lo ocurrido, y a que ello sea conocido por su círculo familiar, lo cual vive con mucha angustia<sup>52</sup>.

<sup>45</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/38/47, párr. 27.

<sup>46</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/38/47, párr. 26.

<sup>47</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/38/47, párr. 26.

<sup>48</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/08/2022, p. 60, p. 62, o. 75, p. 76, p. 82.

<sup>49</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/08/2022, p. 49.

<sup>50</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/08/2022, p. 50.

<sup>51</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/08/2022, p. 69.

<sup>52</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/08/2022, p. 64.

Entre las cuestiones a considerar para establecer la pena, los jueces sostuvieron que se ponderó: (i) la extensión del daño causado, teniendo en cuenta el deterioro psicológico producido a cada una de las seis víctimas, teniendo en consideración el daño inconmensurable que producen este tipo de hechos; (ii) el peligro causado al bien jurídico protegido: se trata de delitos que vulneran la dignidad y la libertad de las personas que son cosificadas y explotadas, con serias consecuencias a su entorno familiar; (iii) la especial minoridad de las víctimas<sup>53</sup>. El Ministerio Público Fiscal sostuvo, a su vez, la necesidad de considerar que se trataron de hechos constitutivos de violencia de género y

el total desprecio por la intimidad de las víctimas menores de edad; y la singular afectación a su integridad psicofísica y a su normal desarrollo, atento a las implicancias que tuvieron los hechos juzgados. En ese sentido se tuvo en cuenta que el material producido por los imputados fue subido a internet y que hoy en día continuaría siendo accesible públicamente; que las víctimas que prestaron testimonio en el debate hicieron expresa referencia al daño que les produjo la difusión de esas imágenes (SP, MP y AG); y que las que no declararon en el juicio (VB y MN), justamente no lo hicieron por las secuelas de los hechos<sup>54</sup>.

En este sentido, es relevante considerar como agravante el hecho de que se “dinamizaba el mercado de la pornografía infantil mediante la difusión de imágenes de tenor (...), extremo este que también conlleva una afectación mayor al bien jurídico”<sup>55</sup>.

En la sentencia se hace un recorrido por la evolución de la valoración socio cultural del comercio sexual, y las consecuencias de esta evolución en la política criminal y legislativa de Argentina. Se menciona que el país tiene compromisos internacionales en materia de violencia de género, que surgen de las convenciones Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y Belém do Pará. Además, se mencionan avances importantes de los últimos años sobre igualdad de género, marcando un contexto de preocupación creciente por esta cuestión, como la Ley de Protección Integral de las Mujeres, sancionada en el 2009. Se recalca la importancia de interpretar de manera dinámica y actual el fenómeno de la trata de personas acorde a la evolución social. Vemos acertada esta reflexión y consideramos oportuno agregar que también debe ir acorde a los avances tecnológicos, para que los esfuerzos de combatir este delito no queden desactualizados y obsoletos.

Cabe ahora preguntarnos si la aplicación de la ley penal sustantiva al caso concreto brindó una reparación o respuesta a las damnificadas. El daño específico que se produce en la modalidad de explotación para la producción de pornografía infantil es percibido y reconocido en la sentencia, pero, tal como describiremos en la próxima sección, la resolución resarcitoria pareciera ser impotente frente al mismo.

<sup>53</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/08/2022, p. 143.

<sup>54</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/08/2022, pp. 13-14.

<sup>55</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/08/2022, p. 14.

#### IV. REPARACIONES EN LOS CASOS DE TRATA Y EXPLOTACIÓN PARA LA PRODUCCIÓN DE PORNOGRAFÍA

La Corte IDH ha sostenido que en contextos de violencia contra las mujeres los Estados tienen una obligación de debida diligencia reforzada, que surge de la Convención de Belém Do Pará<sup>56</sup>. Este tratado obliga a los Estados a “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces” (art. 7, inc. 6). Por su parte, Argentina ratificó e incorporó a la Constitución Nacional la CEDAW, que en su artículo 2.e) indica que los Estados se comprometen a “tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”.

Asimismo, las obligaciones de reparación surgen de forma genérica de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que dispone que ante violaciones a los derechos y libertades protegidos en la Convención debe garantizarse “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada” (art. 63.1). En materia de trata de personas, el Protocolo de Palermo obliga a los Estados a “adoptar las medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de trata de personas” (art. 6.3), lo que refleja un entendimiento –como vimos anteriormente– de que el delito de trata tiene consecuencias para las víctimas que exceden el momento de ejecución del delito, ya que las afecta en su vida posterior. Además, el Protocolo de Palermo hace referencia explícita a que los Estados deberán tener en cuenta al momento de establecer reparaciones “la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños” (art. 6.4) y que deberán “proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización” (art. 9).

Respecto a cómo debe ser la reparación de las víctimas, la Corte IDH ha dicho que “el concepto de ‘reparación integral’ (restitutio in integrum) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados”<sup>57</sup> y que “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo”<sup>58</sup>.

En este sentido, no basta el establecimiento de indemnizaciones por el daño material e inmaterial ya que “además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia”<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO*, párr. 283.

<sup>57</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO*, párr. 450, en línea con Corte Interamericana de DD.HH., *VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ VS. HONDURAS*, párrs. 166, 174, 243.

<sup>58</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO*, párr. 283; Corte Interamericana de DD.HH., *ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE*, párr. 267.

<sup>59</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE*, párr. 241.

Cabe destacar que esta jurisprudencia de la Corte IDH mencionada en materia de reparaciones se dio en casos que implicaron alguna forma de violencia de género. El Estado argentino se ve obligado a respetar los estándares de interpretación de este organismo internacional, cuyas sentencias forman parte del bloque de constitucionalidad y son, según lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una insoslayable pauta de interpretación para los poderes argentinos en el ámbito de su competencia<sup>60</sup>.

Por otra parte, la Corte IDH ha profundizado en el principio de congruencia entre el daño y las reparaciones: “las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos”<sup>61</sup>. En sentido similar, la Asamblea General de Naciones Unidas ha establecido que “la reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido”<sup>62</sup>.

Sobre las distintas medidas de reparación, para el caso del delito de trata de personas, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas ha diferenciado: i) la restitución: la adopción de medidas para restablecer la situación y retrotraerla a momentos previos a la infracción; ii) la indemnización –que es presentada como la forma más común de reparación–: la reparación económica que busca cubrir aquello que no puede ser cubierto por la restitución; iii) la rehabilitación: ante el reconocimiento del perjuicio del delito para la vida futura de las víctimas, se debe proveer a ellas de atención médica y psicológica, y de servicios jurídicos y sociales; iv) la satisfacción: la verificación de los hechos y su revelación completa y pública (por ejemplo a través del reconocimiento judicial de la verdad); y v) las garantías de no repetición: para evitar que la víctima vuelva a ser objeto de trata<sup>63</sup>.

Merece la pena detenerse, dentro de las formas de reparación, en la de restitución, que como vimos consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la comisión del delito. En muchos casos de violación a derechos humanos el mecanismo de restitución no es factible. Es por ello que los organismos internacionales han dicho que las otras medidas de reparación (como indemnizaciones) se transforman en las adecuadas para compensar los daños. Sin embargo, atendiendo a las particularidades del caso bajo análisis en este artículo, la toma de medidas para eliminar de internet el material producido de forma no consentida y mediante la explotación de las adolescentes se convierte por excelencia en la manera de restituir la situación a un estadio anterior a lo ocurrido. Frente al abanico de posibilidades para reparar el daño, entender a la reparación en términos únicamente de una sentencia condenatoria para los imputados y de una indemnización pecuniaria no sólo es insuficiente, sino que es desafortunado: la reparación a las víctimas debe ser integral y debe tener la capacidad de lograr que sus derechos dejen de ser vulnerados. A su vez, para brindar una respuesta adecuada y que sea realmente reparadora, es indispensable escuchar a las

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *ARANCIBIA CLAVEL*, 24/08/2004 (327:3312); Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Simón*, 14/06/2005 (328:2056).

<sup>61</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE*, párr. 242, en línea con Corte Interamericana de DD.HH., *VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ VS. HONDURAS*, párrs. 244.

<sup>62</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Res. 60/147, párr. 15.

<sup>63</sup> Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, *FOLLETO INFORMATIVO N° 36: LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TRATA DE PERSONAS*.

damnificadas, no como un mero acto mecánico a efectos probatorios sino de manera activa y atenta a fin de poder determinar qué necesidades de reparación tienen las mismas y desarrollar mecanismos judiciales para alcanzar esa reparación<sup>64</sup>. A lo largo del proceso penal, y como se vio anteriormente, las víctimas explicaron el daño que les producía que el material se encontrara disponible en la web.

El Comité de Derechos del Niño ha elaborado las Directrices relativas a la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en donde ha establecido que:

El Comité recomienda a los Estados partes que establezcan procedimientos rápidos y eficaces para bloquear y retirar los contenidos perjudiciales en los que intervengan niños, a fin de impedir que se siga teniendo acceso a ellos y se sigan compartiendo. Estos procedimientos deben establecerse en colaboración con las fuerzas del orden y las líneas directas de denuncia, así como con el sector privado, en particular los proveedores de servicios de Internet y las redes sociales (...). La cuestión de la indemnización es particularmente compleja en los casos en que la venta y la explotación y el abuso sexual de un niño se cometen o se facilitan mediante el uso de la TIC. Los niños sufren graves daños cuando son víctimas de abusos sexuales delante de la cámara, pero también cada vez que otras personas acceden a esas imágenes u otras representaciones digitales del abuso al que han sido sometidos<sup>65</sup>.

A su vez, en la Observación General N° 25 relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital ha dicho que

[L]os Estados partes deben aplicar medidas para proteger a los niños de los riesgos asociados con ese entorno, como la ciberagresión y la explotación y los abusos sexuales de niños en línea facilitados por la tecnología digital, asegurarse de que se investiguen esos delitos y ofrecer reparación y apoyo a los niños que sean víctimas de esos actos<sup>66</sup>.

La reparación a través de la restitución en casos de explotación para la producción de pornografía implica imponer obligaciones a empresas privadas de bajar contenido:

[L]as empresas deben respetar los derechos de los niños e impedir y reparar toda vulneración de sus derechos en relación con el entorno digital. Los Estados (...) tienen la obligación de garantizar que las empresas cumplan esas obligaciones. (...) [D]eben adoptar medidas mediante, entre otras cosas, la elaboración, vigilancia, aplicación y evaluación de leyes, reglamentos y políticas, para cerciorarse de que las empresas cumplan sus obligaciones consistentes en impedir que sus redes o servicios en línea se utilicen de forma que causen o propicien violaciones o vulneraciones de los derechos de los niños<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> ELA (2022) p. 26.

<sup>65</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, CRC/C/156, párr. 102-105.

<sup>66</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, CRC/C/GC/25, párr. 25.

<sup>67</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, CRC/C/GC/25, párr. 35-36.

Cuando las imágenes pornográficas son subidas a los sitios webs de libre acceso (a diferencia de lo que ocurre cuando estas son subidas a la Deep Web) su control se vuelve más complejo y a su vez, más importante.

Entonces, la crítica a la sentencia sería que, ante el reconocimiento de un daño específico de la explotación para la producción de pornografía, omite indicar medidas de reparación adecuadas, focalizándose únicamente en condenar a los imputados y establecer un resarcimiento pecuniario. Se violan así los principios de congruencia y proporcionalidad en materia de reparaciones. Por otro lado, tampoco se tiene en cuenta la persistencia del acceso público al material en el cálculo indemnizatorio. Para realizarlo, simplemente se hace un paralelismo con lo que hubieran cobrado las víctimas si hubieran modelado en el mercado laboral legal, tomando como parámetro los pagos que hubieran percibido. Además, todo esto podría ser interpretado como una invisibilización de las víctimas quienes expresaron en el juicio el daño que les producía el hecho de que el material generado esté disponible en internet. Por esto, una reparación adecuada y efectiva del daño producido necesariamente debería incluir la de adoptar medidas judiciales que persigan la eliminación del material. En este sentido, y a pesar de haber recaído sentencia condenatoria sobre los acusados, no puede hablarse de un efectivo acceso a la justicia.

## X. ¿QUÉ ESTAMOS VIENDO CUANDO VEMOS PORNOGRAFÍA?

Nuestra sociedad actualmente se edifica mediante el uso de las redes sociales y de internet. En este nos podemos encontrar con diferentes “capas” de redes y webs. En primer lugar, tenemos la *Clearnet*, que es el internet al que accedemos desde un buscador como Google. En segundo lugar, tenemos la *Deep Web*, que contiene toda la información a la que no se puede acceder públicamente. Esto puede ser, por ejemplo, los archivos guardados en Dropbox, o una página cuyo contenido no se devela si no se paga una determinada tarifa. Se trata de una web configurada con los datos que uno como usuario introduce y a la que no puede accederse de otra forma. En tercer lugar, tenemos la *Dark Web*: una porción de Internet intencionalmente oculta a los motores de búsqueda, con direcciones IP enmascaradas y accesibles sólo desde navegadores especiales<sup>68</sup>.

El uso extendido de internet ha cambiado, entre otras cosas, la forma en la que como sociedad nos relacionamos. No es ajena su utilización para perpetuar y ampliar el entorno generalizado, estructural y sistémico de discriminación y violencia por razón de género contra las mujeres y las niñas. En este sentido, la facilidad de acceso y la divulgación de contenidos en el entorno digital, las estructuras patriarcales, y las diversas formas de discriminación por motivos de género, en general se reproducen e incluso se amplifican a través de las TIC, a la vez que surgen nuevas formas de violencia<sup>69</sup>. Las TIC presentan una nueva etapa sin precedentes en relación con las experiencias de abuso y explotación, haciéndolas más visibles al mismo tiempo que, por su complejo *modus operandi*, hacen que la identi-

<sup>68</sup> Ver más en FERNÁNDEZ (2021).

<sup>69</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/38/47, párr. 14 y 20.

ficación de las víctimas sea más difícil que nunca<sup>70</sup>. En este sentido, la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños ha sostenido que “aunque el espacio digital y las nuevas tecnologías ofrecen muchas oportunidades positivas para los niños, también presentan nuevos riesgos y amenazas” y que “en 2020, más de 21.7 millones de denuncias indicaron la existencia de 65 millones de imágenes, videos y otros archivos que incluían contenido de posibles situaciones de abuso y explotación”<sup>71</sup>.

Como se mencionó anteriormente, estamos ante la segunda sentencia en la que se condena por trata de personas con fines de explotación para la producción y comercialización de pornografía infantil en Argentina. En la primera sentencia, las víctimas del delito fueron tres niños de 9, 4 y 3 años. El contenido fílmico y fotográfico fue subido a la *Dark Web*, mediante el uso de *The Onion Router (TOR)*<sup>72</sup>. En particular, se utilizó un foro cuyo requisito de ingreso es un aporte inédito de material pornográfico infantil. El uso de TOR combinado con el requisito de ingreso hace que no sea tan sencillo acceder a ese contenido.

Ahora bien, en la sentencia que nos convoca, los imputados subieron las fotografías y los videos a páginas de la Clear Web. Allí, basta con poner la palabra “pornografía” en el buscador de Google para que nos aparezcan las páginas que difunden tal contenido. Las primeras respuestas del buscador serán noticias o artículos relacionados con esta industria; pero si buscamos en imágenes, no tendremos que recorrer mucho camino hasta encontrar alguna escena de una filmación pornográfica. Solo hace falta clicar en ella para que se nos abra un amplio espectro de videos de pornografía.

Como dijimos en la introducción de este artículo, no partimos del entendimiento de que todo comercio sexual, ni de que toda producción de pornografía conforma una situación de explotación. Es decir, confiamos en que muchas producciones subidas a páginas son realizadas por personas adultas que brindan su consentimiento. Sin embargo, tomando como ejemplo la sentencia bajo análisis –en la que se entendió que existía prueba contundente en cuanto a que las producciones habían sido efectivamente llevadas a cabo en condiciones de explotación y que el material obtenido había sido divulgado y continúa en redes sociales e internet–, cabe suponer que algunos de los videos que se encuentran en estas páginas han sido producidos, filmados o subidos sin consentimiento. En este sentido, la falta de consentimiento puede ocurrir en tres niveles: en el acto sexual (constituyendo un abuso sexual); en la filmación (a pesar de ser consentido el acto sexual); o en la viralización (aún si el acto sexual y la filmación fueron consentidos). De más está decir que si estamos ante un caso de pornografía infantil, el abuso sexual quedará configurado conforme a las reglas de este delito en relación con la minoría de edad<sup>73</sup>. Pero el problema que queremos marcar se extiende desde la pornografía infantil hacia la pornografía con adultos.

<sup>70</sup> ECPAT INTERNATIONAL E INTERPOL (2018) p. 12.

<sup>71</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/77/140, párr. 30.

<sup>72</sup> TOR utiliza una técnica llamada Onion Routing cuyo fin creacional es cambiar el modo de enrutado tradicional de Internet para garantizar el anonimato y la privacidad del usuario. Los datos son enviados mediante rutas más o menos aleatorias, pasando por varios nodos intermedios hasta llegar al destino deseado. Su nombre se debe a que el mensaje se cifra por capas, como una cebolla.

<sup>73</sup> Es decir, en el caso argentino, se entenderá que cualquier acto sexual cometido contra un menor de 13 años configura un abuso sexual (artículo 119 del Código Penal), y que entre los 14 y los 16 años se configura si exis-

A modo de ejemplo, creemos relevante comentar un caso que tuvo lugar en Estados Unidos en el año 2020, en el que se condenó a la empresa *GirlsDoPorn* a pagar a 22 mujeres un total de US\$12,8 millones<sup>74</sup>. Las víctimas tenían entre 18 y 23 años cuando grabaron los videos. Si bien ellas habían accedido a ser parte de las películas de pornografía, no habían accedido a que estas fueran subidas a internet para su consumo masivo. Se les prometió que los videos no serían vendidos en línea, sino que se manejarían con coleccionistas privados en Australia y Nueva Zelanda. Sin embargo, las grabaciones se subieron como oferta del sitio online de *GirlsDoPorn*. Además, fragmentos de videos fueron compartidos en otros sitios web gratuitos. Una vez que el contenido es subido a la web, su viralización es inevitable. En particular, en la causa mencionada, una de las empresas que había distribuido el material aseguró que había bajado los videos de su plataforma, pero fragmentos de estos fueron rápidamente trasladados a otro sitio web.

La situación empeora si tenemos en cuenta que muchos de estos sitios no cuentan con mecanismos de control eficaces sobre el material que se pretende publicar. Esto ha sido denunciado por organismos internacionales, que aseguran que

el hecho de que las plataformas digitales no practiquen la transparencia y no faciliten datos es una dificultad a la que se enfrentan continuamente los Gobiernos que tratan de proteger a sus ciudadanos de los daños infligidos en el entorno digital. Hasta la fecha, el sector no ha cooperado plenamente con las distintas partes interesadas, ha seleccionado qué información facilita sobre los tipos de daños que se producen a través de sus servicios, plataformas y cadenas de suministro y sobre las medidas que está adoptando para hacerles frente, y ha elegido de qué forma presenta esa información<sup>75</sup>.

Por otro lado, tal como sostuvimos anteriormente, la inexistencia de datos sobre la persecución del delito de trata y explotación para la producción de pornografía tanto en Argentina como a nivel global nos podría dar la pauta de que se trata de un delito sobre el que no existe una persecución penal activa. Entonces, de todo el material subido a páginas pornográficas resulta muy compleja la identificación de aquel producido y difundido de forma consentida y aquel producido y difundido de forma no consentida.

En este momento resulta necesario preguntarnos ¿cómo sabemos qué estamos viendo cuando vemos pornografía? En otras palabras, ¿es posible realizar un consumo consistente con la prohibición de la explotación, si desconocemos los contextos de producción de la misma? La industria de pornografía mainstream trabaja con estas plataformas gratuitas en las que no pareciera haber un control respecto del contenido que se sube a las mismas. Con unos pocos *clicks* podemos acceder a páginas de pornografía con millones de videos cuyos orígenes desconocemos y cuyo contexto de producción ignoramos. ¿Cómo distinguimos

---

te un aprovechamiento de la “inmadurez sexual” (artículo 120). Por otro lado, el ordenamiento jurídico del país no prevé distinciones si el abuso es cometido contra una persona de 16 o 17 años o contra una mayor de edad, salvo que mediare convivencia preexistente.

<sup>74</sup> Uno de los productores de la empresa fue condenado por tráfico sexual en el 2021. Ver más en BBC (2020) y United States Attorney's (2021).

<sup>75</sup> Ver Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/52/31, párr. 61.

este contenido del que ha sido realizado de forma legal? ¿Cómo sabemos que no fueron creadas en contextos de explotación? ¿Cómo podemos diferenciar la pornografía producida con adolescentes de aquella realizada con adultos/as?.

Asimismo, la falta de datos sobre las situaciones de explotación que se producen con el fin de producir pornografía y la correlativa falta de conciencia sobre las situaciones de explotación que se dan en la industria, puede incidir, y ser la justificación de la posición de tolerancia que adopta la sociedad hacia la pornografía, en comparación a la que toma hacia otras formas de comercio sexual. Reconocemos que esta afirmación es una hipótesis que merece ser corroborada empíricamente. Investigaciones que busquen realizar esto posiblemente sean muy difíciles de llevar adelante. En primer lugar, resulta muy complejo medir el reproche social (tanto de la pornografía como de la prostitución u otras formas de comercio sexual). Podrían llevarse a cabo investigaciones cualitativas tomando muestras reducidas espacio-temporalmente, pero las conclusiones serían difícilmente generalizables. Por otro lado, habría que hacer una comparación entre el grado de reproche o tolerancia de la pornografía en contextos en donde no existe persecución de la explotación y el grado de reproche o tolerancia en contextos en donde sí la hay. Teniendo presente que actualmente –tal como afirmamos a partir de los informes de la UNODC y ejemplificamos con el caso de Argentina– no se persigue activamente el delito, deberíamos esperar a que se produzcan reformas en la política criminal de los Estados, para poder realizar una investigación semejante. Dicho esto, nuestras intuiciones sobre la tolerancia mayor a la pornografía se basan, entre otras cuestiones, en las propias demandas de la sociedad civil hacia los Estados: demandas mayores de políticas contra la prostitución que de políticas contra la pornografía. Estas demandas fueron justamente las que derivaron, en el caso de Argentina, en la política anti-trata fuertemente centrada en la persecución de la explotación en la prostitución que se describió en la primera sección de la reseña.

La inexistencia de datos sobre la persecución del delito de trata y explotación para la producción de pornografía y la falta de certeza sobre las condiciones de producción y difusión del contenido pornográfico parecen ser las bases sobre las que se edifica una industria a la que millones de personas acceden diariamente de forma casi instantánea. Esta edificación, entonces, se produce a costa (y con el costo) de las víctimas de la explotación.

## XI. CONCLUSIONES

En este artículo realizamos un análisis de la segunda sentencia de Argentina de trata con fines de explotación configurada mediante la promoción, facilitación y comercialización de pornografía infantil, destacando, por un lado, lo valioso de que el tribunal haya dado cuenta del daño específico producido en las víctimas, y criticando, por el otro, los mecanismos de reparación, incongruentes con el daño identificado. En los casos de trata para la producción y distribución de pornografía a los daños propios de la explotación sufridos por las víctimas, se le suman los daños de la difusión masiva y continua del abuso en internet. Los testimonios prestados en el caso bajo análisis dan cuenta de esto.

Los mecanismos de reparación en los casos de trata de personas deben incluir, de ser posible, la restitución, es decir, el restablecimiento de la situación anterior a la comisión del

delito. Cuando esto es imposible, en muchos casos se establecen otros mecanismos de reparación como las indemnizaciones pecuniarias (además de las garantías de rehabilitación, satisfacción y no repetición). Más allá de lo oportuno de establecer —en todos los casos— indemnizaciones por el daño material y moral, los tribunales deben estar atentos a que la principal medida de reparación es la restitución. En el caso de poder efectuarse y no hacerlo, las víctimas seguirán sufriendo los daños, y las consecuencias del delito adoptarán una modalidad continuada. Precisamente, esto es lo que ocurre cuando tiene lugar la difusión de imágenes sexuales producidas en contextos de abuso. Para obtener una reparación integral, los materiales deben dejar de difundirse. Para ello, los Estados deben comprometerse a hacer los máximos esfuerzos para que estos desaparezcan de internet. En este sentido, una sentencia que establece una condena y una indemnización, pero no le otorga la certeza a las víctimas de que sus abusos no serán objeto de miradas continuas y ajenas, no puede ser entendida como una sentencia reparadora.

A casi un año de la sentencia, el Congreso de la Nación Argentina aprobó la Ley 27736 (Ley Olimpia) que obliga a los jueces intervinientes en causas de violencia digital a “ordenar a los proveedores de servicios, las empresas de plataformas digitales, redes sociales o páginas electrónicas, de manera escrita o electrónica la supresión de contenidos que constituyan un ejercicio de violencia de género digital”<sup>76</sup>. Esto, sin dudas, es un avance importante de Argentina en la materia.

Por otro lado, nos preguntamos cómo realizar un consumo consistente con la prohibición de la explotación si desconocemos los contextos de producción de la misma. Este desconocimiento se ve exacerbado si tenemos en cuenta i) los pocos datos sobre persecución del delito de trata y explotación para la producción de pornografía que existen a nivel mundial; y ii) que incluso en los casos en los que se persigue el delito, podemos tener sospechas fundadas de que los materiales producidos siguen disponibles en la web.

A nuestro entender, existe una visión más crítica del mercado de la prostitución que del mercado de la pornografía. Si bien existen muchos argumentos de diverso orden sobre los que se asientan las críticas a la prostitución, uno importante en el debate público es que se trata de un mercado en donde existen altas tasas de explotación. Creemos que la percepción sobre la pornografía es distinta: en principio, se da en condiciones de libertad. La falta de persecución del delito de trata y explotación para la producción de pornografía puede formar parte de esta creencia.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BBC (2020): “GirlsDoPorn, la página web condenada a pagar más de US\$12 millones por engañar a mujeres para actuar en videos porno”. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-50986843>. Fecha de consulta: 16/12/2023.
- DAICH, Deborah (2015): “Publicitando el sexo: papelitos, prostitución y políticas antitrata en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en DAICH, Deborah y SIRIMARCO, Mariana

<sup>76</sup> Artículo 9 de la ley 27736, aprobada el 30 de agosto de 2023. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/296572/20231023>. Fecha de consulta: 16/12/2023.

- (coords.), *Género y violencia en el mercado del sexo. Política, policía y prostitución* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Biblos) pp. 151-172.
- DWORKIN, Andrea (1981): *Pornography: men possessing women* (London, Women's Press).
- DWORKIN, Andrea (1988): *Letters from a war zone* (New York, E.P. Dutton).
- ECPAT INTERNATIONAL E INTERPOL (2018), *Towards a Global Indicator on Unidentified Victims in Child Sexual Exploitation Material*. Disponible en: <https://ecpat.org/resource/technical-report-towards-a-global-indicator-on-unidentified-victims-in-child-sexual-exploitation-material/>. Fecha de consulta: 10/04/2023.
- ELA (2022): *Reparar los daños. Las respuestas de la justicia en casos de violencia de género*. Disponible en <https://ela.org.ar/documentos/publicaciones/4.%20Reparar%20los%20dan%CC%83os.pdf>. Fecha de consulta: 9/04/2023.
- FERNÁNDEZ, Yubal (2021): “Red TOR: qué es, cómo funciona y cómo se usa”. Disponible en <https://www.xataka.com/basics/red-tor-que-como-funciona-como-se-usa#:~:text=Tor%20es%20una%20red%20que,la%20privacidad%20de%20los%20datos>. Fecha de consulta: 30/04/2023.
- FISCALES (2022a): “Comenzó el juicio a dos acusados de producir y divulgar imágenes de pornografía infantil”. Disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/trata/la-fiscalia-solicito-penas-de-13-y-20-anos-de-prision-para-dos-acusados-de-trata-de-personas-bajo-la-modalidad-de-produccion-de-material-de-abuso-sexual-infantil/>. Fecha de consulta: 22/04/2023.
- FISCALES (2022b): “Condenaron a 10 y 15 años de prisión a dos acusados de trata de personas bajo la modalidad de producción de material de abuso sexual infantil”. Disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/trata/condenaron-a-10-y-15-anos-de-prision-a-dos-acusados-de-trata-de-personas-bajo-la-modalidad-de-produccion-de-material-de-abuso-sexual-infantil/>
- FISCALES (2021): “La fiscalía solicitó penas de 13 y 20 años de prisión para dos acusados de trata de personas bajo la modalidad de producción de material de abuso sexual infantil”. Disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/trata/comenzo-el-juicio-a-dos-acusados-de-producir-y-divulgar-imagenes-de-pornografia-infantil/>. Fecha de consulta: 30/04/2023.
- GRIFFIN, Susan (1981): *Pornography and Silence: Culture's Revenge Against Nature* (New York, Harper and Row).
- MACKINNON, Catherine (1987): *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (Cambridge, Harvard University Press).
- MACKINNON, Catherine (1989): *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge, Harvard University Press).
- MACKINNON, Catherine (1993a): *Only words* (Cambridge, Harvard University Press).
- MACKINNON, Catherine (1993b): “Prostitution and Rights”, *Michigan Journal of Gender & Law*, vol. 1, N° 1: pp. 13-31.
- MACKINNON, Catherine. (2017): *Butterfly politics* (Cambridge, Harvard University Press).
- MAFFIA, Diana (2014): “La trata con fines de explotación sexual como un modo de esclavitud”, en MAFFIA, Diana, MORENO, Aluminé y MORETTI, Celeste (comps.), *Género, Esclavitud y Tortura* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire) pp. 67-76.

- MORCILLO, Santiago y VARELA, Cecilia Ines (2017): “Ninguna mujer... el abolicionismo de la prostitución en Argentina”, *Sexualidad, Salud y Sociedad. Revista Latinoamericana*, N° 26: pp. 213-235.
- RODRÍGUEZ, Marcela (2012): “Tramas de la prostitución y la trata con fines de explotación sexual”, *Revista Investigaciones*: pp. 37-59.
- RUSSEL, Diana (1993): *Making Violence Sexy: Feminist Views on Pornography* (New York, Teachers College Press).
- ROMANO, Aldana (2020): *La trata sexual en Argentina a 10 años de la ley. ¿Qué investigó la justicia?* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales).
- TARANTINO, Marisa (2021): *Ni víctimas, ni criminales: trabajadoras sexuales. Una crítica feminista a las políticas contra la trata de personas y la prostitución* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica).
- UNITED STATES ATTORNEY’S OFFICE (2021): “Twenty-Year Sentence in GirlsDoPorn Sex Trafficking Conspiracy”. Disponible en: <https://www.justice.gov/usao-sdca/pr/twenty-year-sentence-girlsdoporn-sex-trafficking-conspiracy>.
- VARELA, Cecilia (2015): “La campaña anti-trata en la Argentina y la agenda supranacional”, en DIACH, Deborah y SIRIMARCO, Mariana (coords.), *Género y violencia en el mercado del sexo. Política, policía y prostitución* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Biblos) pp. 109-149
- VARELA, Cecilia (2016): “Entre el mercado y el sistema punitivo. Trayectorias, proyectos de movilidad social y criminalizaciones de mujeres en el contexto de la campaña antitrata”, *Zona Franca. Revista de Estudios de Género*, N° 24: pp. 7-37.

## NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- CÁMARA DE CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN: “Versión Taquigráfica de la 10° Reunión - 8° Sesión Ordinaria del día 31 de agosto de 2011”. Disponible en: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/sesiones/>. Fecha de consulta: 1/06/2023.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN: “Versión Taquigráfica de la 23° Reunión - 1° Sesión Extraordinaria del día 19 de diciembre de 2012”. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/sesiones/sesiones/sesion.html?id=1076&numVid=1>. Fecha de consulta: 1/06/2023.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General N° 25, relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital”, CRC/C/GC/25 (02/03/2021).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: “Directrices relativas a la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”, CRC/C/156 (10/09/2019).
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “La venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”, A/77/140 (12/07/2022).

NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “La dimensión de género de la explotación sexual de los niños y la importancia de integrar un enfoque centrado en el niño e inclusivo en cuanto al género para combatirla y erradicarla”, A/76/144 (19/07/2021).

NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Maria Grazia Giammarinaro”, A/75/169 (17/07/2020).

NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Informe sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”, A/74/162 (15/07/2019).

NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones”, A/RES/60/147 (16/12/2005).

NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: “Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos”, A/HRC/38/47 (18/06/2018).

NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: “Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, acerca de la reparación para los niños víctimas y supervivientes de la venta y la explotación sexual”. A/HRC/52/31 (26/01/2023).

NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO: “Folleto informativo N° 36: Los derechos Humanos y la Trata de Personas”. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/publications/fact-sheets/fact-sheet-no-36-human-rights-and-human-trafficking>. Fecha de consulta: 11/05/2013.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: “Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Trata de personas”. Disponible en: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98857/WHO\\_RHR\\_12.42\\_spa.pdf;jsessionid=1995C252387FD4A81EA500AC7563153D?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98857/WHO_RHR_12.42_spa.pdf;jsessionid=1995C252387FD4A81EA500AC7563153D?sequence=1). Fecha de consulta: 09/02/2023.

PROTEX (sitio web), *Plataforma estadística*. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/protex/plataforma-estadistica>. Fecha de consulta: 03/02/2023.

UNODC (sitio web a), *Global Reports on Trafficking in Persons 2018*. Disponible en: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/glotip-2018.html>. Fecha de consulta: 03/02/2023.

UNODC (sitio web b), *Plataforma estadística*. Disponible en: <https://www.unodc.org/unodc/data-and-analysis/glotip.html>. Fecha de consulta: 03/02/2023.

## JURISPRUDENCIA CITADA

*ATALA RIFFO Y NIÑAS VS CHILE* (2012): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie N° 239.

- Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, 16/09/2021 (SALAS, CAUSA N° 19143).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *ARANCIBIA CLAVEL*, 24/08/2004 (FALLOS 327:3312).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, SIMÓN, 14/06/2005 (FALLOS 328:2056).
- DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES Y OTRAS PERSONAS EN EL CONTEXTO DE LA MOVILIDAD HUMANA EN MÉXICO (2013): Comisión Interamericana de DD.HH., OEA/Ser.L/V/II., Doc. 48/13.
- DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES, REFUGIADOS, APÁTRIDAS, VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS Y DESPLAZADOS INTERNOS: NORMAS Y ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2015): Comisión Interamericana de DD.HH., OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/15.
- GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO* (2009): Corte Interamericana de DD. HH, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie N° 205.
- INFORME SOBRE COMUNIDADES CAUTIVAS: SITUACIÓN DEL PUEBLO INDÍGENA GUARANÍ Y FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD EN EL CHACO DE BOLIVIA (2009): Comisión Interamericana de DD.HH., OEA/Ser.L/V/II., Doc. 58.
- MOVILIDAD HUMANA. ESTÁNDARES INTERAMERICANOS (2015): Comisión Interamericana de DD. HH, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/15.
- RAMÍREZ ESCOBAR Y OTROS VS GUATEMALA* (2018), Corte Interamericana de DD. HH, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie N° 351.
- TRABAJADORES DE LA HACIENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL* (2016): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie N° 337.
- RANTSEV VS. CHIPRE Y RUSIA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 25965/04, 7/01/2010.
- Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, 12/04/2018 (MONTROYA, PEDRO EDUARDO Y OTRAS S/ RECURSO DE CASACIÓN).
- Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, 18/11/2021 (*MYC Y OTROS S / RECURSO DE CASACIÓN*).
- Sala B de la Cámara Federal de Córdoba, 22/10/2021 (FCB 24921/2015/11/CA7).
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/08/2022 (CFP 18639/2017/TO1).
- Tribunal Oral Federal de Jujuy, 29/12/2015 (*JANCO, M. Y OTRO S / INFRACCIÓN ART. 2 INC. D) DE LA LEY 26364 SEGÚN LEY 26842*).
- VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ VS. HONDURAS* (1988): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Serie N° 9.

