

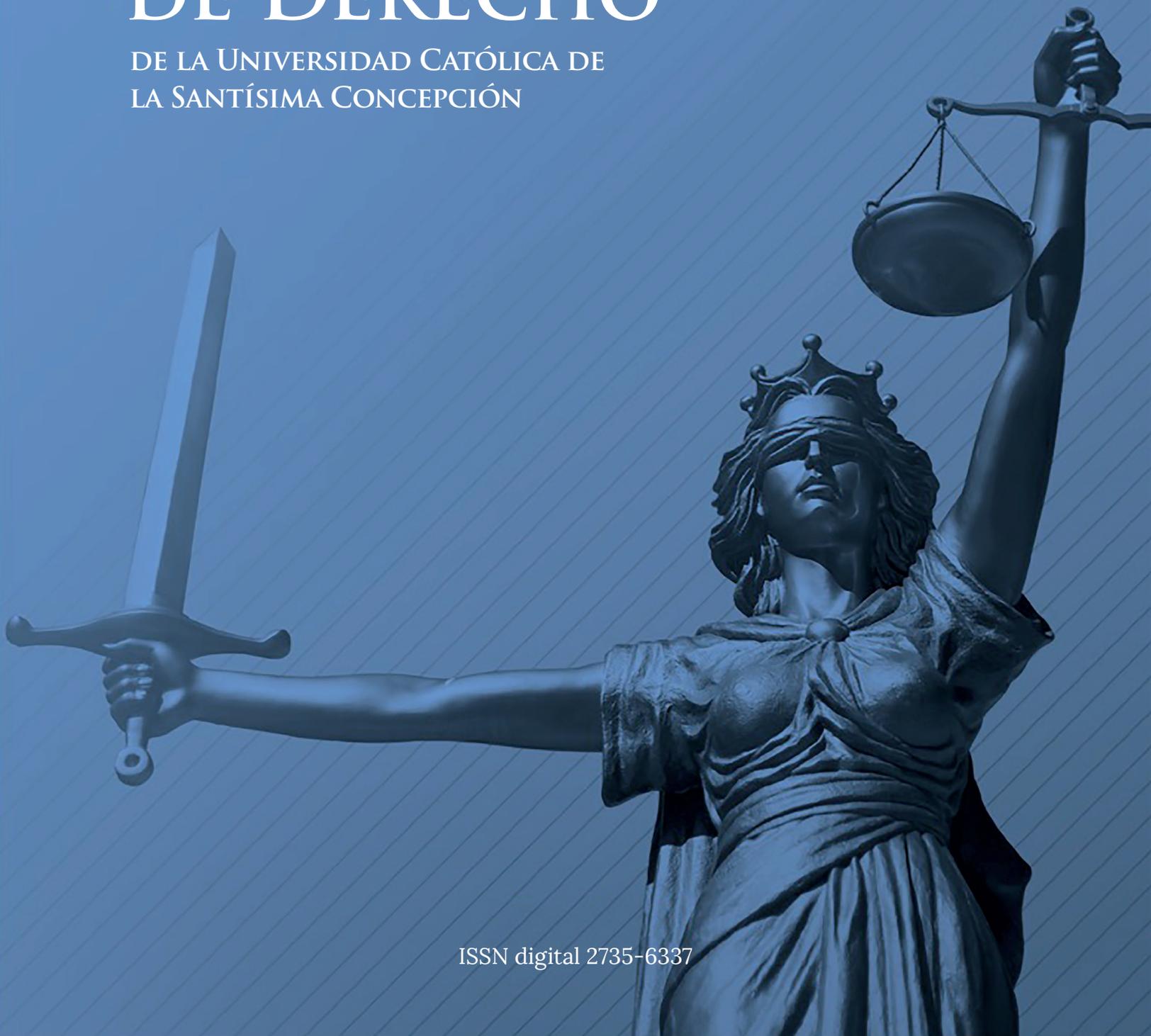


UCSC

EDICIÓN N° 44 | 2024

# REVISTA DE DERECHO

DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE  
LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN



ISSN digital 2735-6337

# REVISTA DE DERECHO

DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE  
LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

Director: **CRISTIAN AEDO BARRENA**

Subdirector: **RAMÓN GARCÍA ODGERS**

Secretario de redacción: **FABRIZIO MACALUSSO CASTRO**

## **Comité Editorial**

Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile

Manlio Bellomo, Universidad de Catania, Italia

Dante Figueroa Hernández, Georgetown University, EEUU

Rodrigo Fuentes Guiñez, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

Claudio Fuentes Maureira, Universidad Diego Portales, Chile

Abelardo Levaggi, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Renzo Munita Marambio, Universidad del Desarrollo, Chile

Francisco Orrego Vicuña, Universidad de Chile

Daniel Peñailillo Arévalo, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

Sophia Romero Rodríguez, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

José Luis Soberanes Fernández, Universidad Nacional Autónoma de México

Eduardo Soto Kloss, Universidad Santo Tomás, Chile

Alan Uzelac, Universidad de Zagreb, Croacia

Laura Velázquez Arroyo, Universidad Nacional Autónoma de México

Alvaro Vidal Olivares, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Adolfo Wegmann Stockebrand, Pontificia Universidad Católica de Chile

Jaime Williams Benavente, Universidad de Chile

La redacción de la *Revista de Derecho* tiene su sede en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Lincoyán 255, Concepción. Dirección postal: Casilla 297, Concepción. Fonos: 56-41-2345600 - 56-41-2345602. Correos electrónicos: [revistadederecho@ucsc.cl](mailto:revistadederecho@ucsc.cl) y [fmacalusso@ucsc.cl](mailto:fmacalusso@ucsc.cl)

Las solicitudes de colaboración, deben dirigirse al Director con copia al subdirector, en las direcciones señaladas anteriormente.

*Revista de Derecho* de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, ISSN digital 2735-6337, se publica semestralmente, en los meses de junio y diciembre.

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y son de su exclusiva responsabilidad.

## Editorial

Publicamos el número 44 correspondiente al primer semestre del año 2024, de la Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. El trabajo por alcanzar los estándares más altos continúa. A la fecha, se está a la espera de la respuesta de la indexación en Redalyc y se postulará a DOAJ.

Como podrá ver el lector, se han mantenido una serie de cambios a la página web, y al formato de los artículos, introducidos desde la versión de 2023, para adaptar la revista a los más altos estándares de publicación.

En cuanto al número 44, han sido aceptados y publicados trabajos de Derecho comercial, laboral, romano e internacional, de autores provenientes de Chile y España, todos trabajos de gran calidad académica.

En primer lugar, un artículo de Mario Fuentes Romero, relativo al contrato de cuentas en participación, nos ilustra sobre su origen en la *Commenda* española, y la revitalización en la praxis del contrato, con la que el autor intenta hacer una reconfiguración dogmática. Le sigue un trabajo de Derecho romano, de Javier Belda, de la Universidad de Granada, sobre los antecedentes históricos de la compraventa obligacional romana, y que se contrapone a la compraventa real, propia de los sistemas orientales, como el griego. Le sigue el trabajo de Derecho laboral de Andrea Serrano, de la Universidad Católica Silva Henríquez, que aborda el tratamiento chileno y sus problemas, del régimen de pre y post natal que, según anuncia la autora no permite superar las discriminaciones que sufre la mujer en la mundo laboral.

El lector encontrará un cuarto trabajo de Carlos Clemente Vargas, de la Universidad de Chile. El autor explora el carácter vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, exponiendo las diversas posturas sobre el particular. Un quinto, de Javier Maseda Rodríguez, de la Universidad Santiago de Compostela, trata la institución denominada *domicile of origin* del

Derecho anglosajón que permite orientar la aplicación del derecho vigente, a la luz de la normativa europea. Un último trabajo encontrará el lector en interesante aporte de José Santander, de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, que aporta una reflexión sobre el impacto de la IA en el mundo del trabajo, en varios aspectos que plantea.

Contamos con dos interesantísimos comentarios de sentencia. Eduardo Reveco, de la Universidad de Chile, analiza la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 8 de marzo de 2023, rol 296-2023, que aborda el cómputo del pazo y naturaleza de la presunción del artículo 18 de la Ley N° 18.287, a partir del cual se analiza la naturaleza del contrato administrativo y cómo la comprensión de dicha naturaleza impacta en el régimen frente al incumplimiento. Y, el segundo, Mauricio Ortiz, de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, analiza críticamente las sentencias de la Corte Suprema, de 23 de septiembre de 2020, rol 9746-2019 y 30 de marzo de 2021, rol 24.137-2019, relativas a la aprobación del acuerdo de reorganización respecto del acreedor.

No quiero terminar esta editorial sin antes agradecer a cada uno de los autores que han confiado en nosotros y, como siempre, al equipo editorial a cargo del número y que me acompaña en este hermoso desafío, especialmente a Sebastián González Mendoza, coordinador de redacción, quien junto con los ayudantes de la revista han trabajado silenciosa, leal e incansablemente.

**CRISTIAN AEDO BARRENA**  
*Director*

# ¿Está en uso el contrato de cuentas en participación?: Nuevas funciones de las cuentas en participación en Chile

## *Is the agreement of association or accounts in participation in use? New features of agreements of association or accounts in participation in Chile\**

**Mario Fuentes Romero**

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile.  
Correo electrónico: mfuentes@fuentesyromero.com. <https://orcid.org/0009-0006-6166-7038>

Recibido el 07/11/2023  
Aceptado el 11/03/2024  
Publicado el 21/03/2024

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n44.01>

**RESUMEN:** El contrato de asociación o cuentas en participación es un instrumento jurídico clásico que tuvo su punto de mayor auge durante el desarrollo del comercio marítimo en la Edad Media a través de la *commenda* medieval. Con posterioridad, su uso disminuyó considerablemente, sin embargo, en los últimos 15 años la doctrina, en particular la española, ha mostrado un creciente interés en el estudio de las nuevas funciones de este contrato. En el caso de Chile, podemos constatar esas nuevas funciones a través de la revisión ju-

**ABSTRACT:** *The agreement of association or accounts in participation, is a classical juridical instrument that had his point of main peak during the development of the maritime trade in the half age through the commenda mediaeval. Subsequently his use diminished considerably, however, in the last 15 years the doctrine, in particular Spanish, has showed an increasing interest in the studio of the new functions of this agreement. In the case of Chile, these new functions can ascertain them, through the jurisprudential review and by means*

\* Algunos consideran que la traducción precisa del concepto “contrato de cuentas en participación” es “Joint-venture contract”. Sin embargo, consideramos que desde el punto de vista de la traducción jurídica lo adecuado es “agreement of association or accounts in participation”, puesto que el *joint venture* es un contrato distinto y distinguible del contrato de cuentas en participación, de tal manera que una traducción en el sentido que otros indican conllevaría a confusión.

risprudencial y por medio de los oficios y circulares del Servicio de Impuestos Internos. En efecto, este artículo tiene por finalidad revisar las características de este contrato de manera sistemática, con el objeto de analizar las nuevas funciones de esta figura, en base a la práctica jurídica y tomando como referencia los planteamientos de la doctrina hispánica acerca de esta temática.

**PALABRAS CLAVE:** *Commenda Medieval, Servicio de Impuestos Internos, contrato de cuentas en participación.*

*of the jobs and circular of the Service of Internal Taxes. In effect, this article aims to review the characteristics of this contract in a systematic way, in order to analyze the new functions of this figure, based on legal practice and taking as reference the approaches of Hispanic doctrine on this topic.*

**KEY WORDS:** *Medieval Commenda, Internal Revenue Service, agreement of association or accounts in participation.*

## I. INTRODUCCIÓN

El contrato de cuentas en participación es un instrumento jurídico clásico en el que una parte denominada partícipe aporta dinero o bienes a otra parte llamada gestor, para que este desarrolle un negocio o continúe la ejecución de uno vigente, a cambio de participar en las ganancias y soportar las pérdidas hasta el monto de lo aportado y manteniéndose oculto frente a los terceros. Este contrato no da lugar al nacimiento de un ente distinto de las partes y, por ello, carece de personalidad jurídica. Si bien se trata de una figura clásica, su aplicación práctica no se ha detenido, principalmente por su amplia flexibilidad, la marcada autonomía de la voluntad para su celebración que le otorga rapidez en su uso, y su carácter oculto. Me atrevería a decir que con mayor razón hoy, en una era de la revolución digital, de la comunicación masiva y de la velocidad de los negocios, esta figura representa una gran utilidad para los operadores económicos. En efecto, hemos escogido esta temática por sus ventajas y su cada vez mayor utilización en el mundo jurídico.

La figura objeto de este estudio ha continuado en aplicación. Prueba de ello es la continua actualización de la regulación administrativa en el ámbito tributario, a través de una serie de oficios y circulares emanados del Servicio de Impuestos Internos de Chile (en adelante SII), que revisaremos a lo largo de este trabajo. A su vez encontramos jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos que reflejan la existencia de conflictos jurídicos derivados de este contrato.

A pesar de la utilización actual de este contrato, en la doctrina chilena no existe hasta la fecha un tratamiento en profundidad de esta materia, especialmente en relación a las características y elementos del contrato, derechos y obligaciones entre las partes, responsabilidad por incumplimiento, extinción del contrato y nuevas funciones. Este artículo no pretende abordar todas las temáticas indicadas, y por ello, nos hemos avocada a un análisis sistemático de las características del contrato y su proyección en las nuevas funciones que ha asumido el contrato de cuentas en participación en la actualidad. El objetivo de ésta breve investigación es, por tanto, efectuar un aporte doctrinal, principalmente en materia de características y en cuanto a sus funciones actuales en el mercado jurídico. En cuanto a

las nuevas funciones, esta ha sido una temática que ha despertado un creciente interés de los autores españoles, por abordar el tema,<sup>1</sup> y que en Chile no ha generado el mismo efecto. De ahí nuestra decisión investigativa de poner en valor esta temática del contrato.

La investigación se ha basado en la revisión doctrinal tanto chilena como española, dado que esta última ha efectuado una revisión más acabada, aunque no muy extensa, de las cuentas en participación y porque además esta doctrina tiene cierto grado de influencia en el derecho chileno. Junto con esto hemos utilizado el método exegético, mediante una revisión pormenorizada de las normas de las cuentas en participación. Todo ello lo hemos contrastado con la opinión del servicio de impuestos internos y de la jurisprudencia de los máximos tribunales chilenos. Además, cabe agregar, que no solo hemos tomado la opinión de los órganos indicados, sino que también, los hemos utilizado como fuente de constatación empírica de la forma en que se utiliza este contrato.

Estructuralmente, este trabajo parte con un análisis de la regulación legal española en comparación con la chilena, y luego avanza a una revisión, sistemática y profunda acerca de las características tanto generales como especiales, y finaliza con el estudio de las nuevas funciones del contrato de cuentas en participación, para cerrar con las conclusiones de este breve trabajo.

## II. REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y CHILENO

Como punto de partida, examinaremos de manera comparada la regulación legal chilena y española con el objeto de observar sus semejanzas y diferencias, lo que permitirá al lector, al final de este título, comprender la importancia de integrar la doctrina española al análisis del contrato de cuentas en participación en el ordenamiento jurídico chileno.

El artículo 264° del Código de Comercio español de 1829, contemplaba un concepto de sociedad que indicaba que *“el contrato de compañía por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industria, o alguna de estas cosas con objeto de hacer algún lucro, es aplicable a toda especie de operaciones de comercio, bajo las disposiciones generales del derecho común, con las modificaciones y restricciones que establecen las leyes de comercio”*.<sup>2</sup>

Por otro lado, las cuentas en participación estaban reguladas en la sección cuarta del Título segundo (de las compañías de comercio), denominado *“De la sociedad accidental o cuentas en participación”*.

En el Código de Comercio actual, el concepto de sociedad está definido en el artículo 116°, que reza *“el contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código*.

---

<sup>1</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 252.

<sup>2</sup> Código de Comercio Español, de 1829.

Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”. Como hemos observado, el concepto de sociedad del Código de Comercio español de 1829 se acercaba al concepto amplio de sociedad que un sector de la doctrina adscribe, puesto que no considera a la persona jurídica como elemento de la misma. Sin embargo, el Código de Comercio de 1885 agrega a este concepto un inciso segundo en el que sí se contempla la persona jurídica como elemento de la sociedad, por influencia de la doctrina francesa.<sup>3</sup> En el caso de las cuentas en participación, la regulación anterior estaba en el artículo 335º del Código de Comercio español de 1829 que se refería a estas como sociedades, lo que fue modificado en el Código actual. Consideramos que su cambio de ubicación y de nomenclatura es consecuencia del advenimiento de la persona jurídica en el Código de 1885, lo que genera que el legislador, coherente que este nuevo concepto de sociedad, considera a las cuentas fuera de su ámbito de alcance.

Sin embargo, los autores españoles que conciben a las cuentas en participación como una sociedad no se hacen cargo de este cambio legislativo, puesto que, en definitiva, su posición doctrinal va más allá de la ubicación de las cuentas en participación en el Código de Comercio, sino más bien atienden al concepto de sociedad que se adopte.<sup>4</sup>

En el caso de Chile, las cuentas en participación estaban ya reguladas en el proyecto de Código de Comercio de 1853, en el Título VII “*De la Sociedad*” del Libro II, denominado “*De los contratos i obligaciones mercantiles en jeneral*”. Esta misma ubicación se ha mantenido inalterable desde la promulgación del Código de Comercio de Chile en 1865, lo que denota el interés del legislador de agrupar a esta figura bajo el paraguas de las sociedades.<sup>5</sup> En cuanto a la vinculación de la personalidad jurídica con el concepto de sociedad, el Código Civil de Chile también tiene como fuente al Código Civil francés, especialmente en materia de contratos, como lo revelan en el mensaje del mismo.<sup>6</sup> En este sentido, el legislador reconoce en el mensaje del Código de Comercio de Chile que hasta la fecha de dictación de dicho Código, los comerciantes no contaban con personalidad jurídica.<sup>7</sup>

El mensaje del Código de Comercio es claro en contemplar a las cuentas en participación como una especie de sociedad, puesto que afirma que a la clasificación tripartita de sociedad del Código Civil,<sup>8</sup> vale decir, sociedades colectivas, encomanditas y anónimas, se suman las cuentas en participación.<sup>9</sup> Esta posición del legislador se ha mantenido de manera incólume hasta la fecha actual, y prueba de ello es que las normas de este contrato no han sido modificadas. Como elemento adicional, cabe considerar que en el mensaje del Código de Comercio el legislador se refiere al contrato de cuentas en

---

<sup>3</sup> SÁNCHEZ (2013), p. 193.

<sup>4</sup> Véase a los autores españoles Cándido Paz-Ares, Arantza Martínez, María Gual Dalmau y Manuel Broseta Pont.

<sup>5</sup> Este es uno de los argumentos que utiliza la doctrina que plantea que el contrato de cuentas en participación tiene naturaleza societaria.

<sup>6</sup> Mensaje del Código Civil de Chile, de 1855, p. 7.

<sup>7</sup> Mensaje del Código de Comercio de Chile, de 1865, p. 1.

<sup>8</sup> Código Civil de Chile, de 1855, artículo 2061º: “La sociedad, sea civil o comercial, puede ser colectiva, en comandita, o anónima”.

<sup>9</sup> Mensaje del Código de Comercio de Chile, de 1865, p. 7.

participación como “*sociedades accidentales*”,<sup>10</sup> al igual que la regulación de esta figura en el Código de Comercio español de 1829.

En cuanto a la regulación actual, las cuentas en participación están reguladas en los artículos 507° al 511° del Código de Comercio (en adelante CCOM). En el artículo 507° el legislador entrega un concepto del contrato que reza: “*La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida*”.

Este concepto es más descriptivo que el que entrega el Código de Comercio español en el artículo 239°, que indica: “*Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen*”. El concepto entregado por el legislador de Chile permite acercarse un poco más a algunas de sus características e incluso obligaciones, como por ejemplo, la de rendir cuentas.

En los artículos 508° y 509° del CCOM, se regulan aspectos de forma, específicamente los requisitos para dar existencia al contrato. En particular, estas normas indican que la formación de la cuenta en participación no requiere las mismas solemnidades que las sociedades.<sup>11</sup> Entonces, ¿El contrato de Cuentas en participación se celebra mediante instrumento privado? La respuesta está en el inciso segundo del artículo 509° del CCOM,<sup>12</sup> que faculta a las partes a dar vida a la cuenta en participación, modificarla o disolverla a través de cualquier medio, incluso de manera consensual, vale decir, sin necesidad de contrato escrito.

El artículo 510° del CCOM<sup>13</sup> regula la administración de la asociación y las relaciones jurídicas con los terceros. Al respecto, afirma que sólo el gestor aparece frente a terceros y se reputa único dueño del negocio. Consecuente con eso, se refiere al gestor como administrador de la cuenta en participación, y confiere a los terceros acciones en contra de él, en esa calidad. En caso de que exista una cesión de los derechos del administrador o gestor a uno de ellos, la ley permite acciones del partícipe contra terceros y viceversa.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> TORRES (2018), p. 145.

<sup>11</sup> Código de Comercio de Chile, de 1865, artículo 508°: “*La participación no está sujeta en su formación a las solemnidades prescritas para la constitución de las sociedades. El convenio de los asociados determina el objeto, la forma, el interés y las condiciones de la participación*”.

<sup>12</sup> Código de Comercio de Chile, de 1865, artículo 509° inciso 2°: “*Su formación, modificación, disolución y liquidación pueden ser establecidas con los libros, correspondencia, testigos y cualquiera otra prueba legal*”.

<sup>13</sup> Código de Comercio de Chile, de 1865, artículo 510°: “*El gestor es reputado único dueño del negocio en las relaciones externas que produce la participación. Los terceros sólo tienen acción contra el administrador, del mismo modo que los partícipes inactivos carecen de ella contra los terceros. Unos y otros, sin embargo, podrán usar de las acciones del gerente en virtud de una cesión en forma*”.

<sup>14</sup> Este punto dará lugar a discusión en la hipótesis de una cesión de derechos del gestor a un tercero. Ello, por cuanto, la posibilidad de ceder derechos del administrador de la cuenta en participación a un tercero, dependerá de la posición que se adopte acerca de la naturaleza jurídica de esta figura (cuestión no tratada en este artículo), puesto que si se trata de una sociedad, sería una sociedad de personas, por su carácter *intuitu personae* y en este tipo societario la cesión requiere el acuerdo de los otros socios.

El artículo 511° del CCOM, a diferencia de la legislación española, indica expresamente la regulación supletoria ante el silencio de las partes. En efecto, afirma que se aplicarán a los derechos y obligaciones entre los partícipes, los mismos que se aplican a los socios en las sociedades mercantiles.<sup>15</sup>

### III. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Previo al análisis de este tópico, es menester aclarar que el lector encontrará en estas páginas poca referencia a doctrina chilena, no por omisión intencional de este autor o por falta de investigación, sino porque existe una falta de tratamiento tanto de este contrato como de la temática de este título en los autores chilenos. De ahí la necesidad de recurrir a la doctrina española, en todo aquello que sea compatible con la regulación chilena. Además, las características legales del contrato en estudio no difieren mucho en uno y otro país, al contrario, encuentra su raíz común en las fuentes de inspiración de los códigos de comercio, su redacción y porque a la lectura exegética de cada normativa, encontramos una similitud sustantiva.<sup>16</sup>

La mayoría de la doctrina se refiere a las características de esta figura pero no coinciden en su contenido ni alcance. Cuando hablan de ellas suelen mezclarlas con los elementos, usarlos como sinónimos, y otros se refieren a características contractuales y otros a características especiales. En efecto, podemos agrupar la doctrina en tres grupos: 1) Los que predicen de esta institución características desde la perspectiva de la teoría general del contrato. Acá encontramos a autores como Jorge Serra,<sup>17</sup> Matías Zegers con Roberto Guerrero,<sup>18</sup> Adolfo Ruiz,<sup>19</sup> entre otros. 2) Los que confunden las características con los elementos. Ubicamos a Gual Dalmau<sup>20</sup> y a Arantza Martínez<sup>21</sup> 3) los que aportan características especiales sin distinguirlas con las del primer grupo. Acá se ubica Álvaro Puelma,<sup>22</sup> Gabriel Palma,<sup>23</sup> Ricardo Sandoval<sup>24</sup> y José Barba.<sup>25</sup>

---

<sup>15</sup> Esto podría ser indicativo que la discusión acerca de la naturaleza jurídica es inocua, puesto que ya estaría resuelto por esta norma. Sin embargo, nos parece que determinar la naturaleza de las cuentas en participación sigue teniendo relevancia en la aplicación práctica de esta figura, por cuanto la referencia del legislador en el artículo 511°, no resuelve todos los conflictos jurídicos derivados de determinar la normativa supletoria.

<sup>16</sup> Sin perjuicio de algunas diferencias puntuales, pero que no afectan a la regulación de fondo. (en cuanto a régimen supletorio y a la liquidación).

<sup>17</sup> SERRA y CANO (1991), p. 31.

<sup>18</sup> GUERRERO y ZEGERS (2014), pp. 155-156.

<sup>19</sup> RUIZ DE VELASCO (1999), p. 446.

<sup>20</sup> GUAL (1993), pp. 187-201.

<sup>21</sup> MARTÍNEZ (2011), pp. 112-147.

<sup>22</sup> PUELMA (2006), p. 184.

<sup>23</sup> PALMA (1936), p. 184.

<sup>24</sup> SANDOVAL (2007), pp. 85-86.

<sup>25</sup> BARBA DE VEGA (2017), pp. 1457-1460.

Nosotros abordaremos este punto distinguiendo, por un lado, las características generales del contrato y por otro las características especiales.

## A. Generales

Sin perjuicio de la posición acerca de la naturaleza de la institución en estudio, en este acápite nos referiremos a las características de las cuentas en participación a la luz de la teoría general del contrato. Desde esta perspectiva consideramos que las características son: 1. Consensual; 2. Bilateral; 3. Oneroso; 4. Aleatorio; 5. *Intuitu personae*.

### 1. Consensual

En Chile la regla general está dada por el artículo 1443° del Código Civil, que regula los contratos consensuales. Estos se caracterizan por que no requieren ninguna solemnidad ni formalidad para nacer a la vida jurídica, solo basta el consentimiento de las partes acerca de los elementos del contrato.<sup>26</sup> Las cuentas en participación son consensuales,<sup>27</sup> en virtud de lo dispuesto en el artículo 507° y reforzado por el 508° del Código de Comercio de Chile. Al respecto el artículo 507° ofrece un concepto de la institución y sus principales características, y no exige solemnidad alguna ni siquiera la simple escrituración.<sup>28</sup> Por otro lado el artículo 508° inciso primero del CCOM establece que su constitución no está sujeta a las solemnidades prescritas para la constitución de sociedades.<sup>29</sup>

Respecto de la prueba de la existencia del contrato el inciso 2° del artículo 509° del Código de Comercio reza que “*Su formación, modificación, disolución y liquidación pueden ser establecidas con los libros, correspondencia, testigos y cualquiera otra prueba legal.*”. Por lo tanto, y en virtud de la regulación indicada, la prueba de testigos es lícita con respecto al contrato de cuentas en participación y su existencia. Para algunos esta afirmación podría, eventualmente, pugnar con la regulación del Código civil en relación a la prueba de testigos, en particular con lo dispuesto en los artículos 1708°<sup>30</sup> y 1709°<sup>31</sup> del Código Civil. Sin embargo, el Código de Comercio admite expresamente la prueba de testigos en el artículo 128° que reza “*La prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera que sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura*”.

---

<sup>26</sup> Díez-PICAZO y GUILLÓN (1998), p. 27.

<sup>27</sup> VÁSQUEZ (2019), p. 125; TORRES (2018), p. 146; BAEZA (2008), p. 819.

<sup>28</sup> Código de Comercio de Chile, de 1865, artículo 507°: “*La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.*”.

<sup>29</sup> Código de Comercio de Chile, de 1865, artículo 508°: “*La participación no está sujeta en su formación a las solemnidades prescritas para la constitución de las sociedades. El convenio de los asociados determina el objeto, la forma, el interés y las condiciones de la participación.*”.

<sup>30</sup> Código Civil de Chile, de 1855, artículo 1708°: “*No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito.*”.

<sup>31</sup> Código Civil de Chile, de 1855, artículo 1709°: “*deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias.*”.

*pública*”. En virtud del principio de especialidad establecido en el artículo 4° del Código Civil,<sup>32</sup> las disposiciones del Código de Comercio se aplicarán con preferencia a las del Código Civil, por tanto, al establecer expresamente el Código de Comercio la admisibilidad de la prueba de testigos, ello no implica una vulneración del artículo 1708° y 1709° del Código Civil, por la existencia de la norma especial ya indicada.

A pesar de lo señalado hay que tener presente lo indicado por el SII que a propósito del aporte ha indicado que *“la respectiva participación se acreditará con los correspondientes registros contables del gestor, medio que además debe ser complementado con la escritura notarial donde se establece el monto de los aportes que conforma la participación y la forma y condiciones en que se debe repartir el resultado que se obtenga por dicha asociación, así como con los demás medios de prueba que admite la ley”*.<sup>33</sup> En nuestra opinión esta interpretación del Servicio de Impuestos Internos podría ser contraria al principio de reserva legal, por cuanto, por un lado, las normas del CCOM citadas indican expresamente que el contrato se podrá establecer sin sujeción a solemnidad alguna y podrá probarse por cualquier medio probatorio, incluida los testigos. Por otro lado el artículo 28° de la Ley de Impuesto a la Renta que regula la tributación de las cuentas en participación no exige ningún medio probatorio especial para probar la existencia de las cuentas en participación, puesto que solo indica que *“Las rentas que correspondan a los partícipes se considerarán para el cálculo del impuesto que les corresponda, sólo en el caso que se pruebe la efectividad, condiciones y monto de la respectiva participación”*.

En línea con lo anterior, podemos decir que una situación distinta es el caso en que el aporte del partícipe consista en un bien que deba inscribirse en un registro público para su tradición, como el caso de los bienes inmuebles, cuya tradición en Chile se efectúa mediante la competente inscripción en el registro del Conservador de bienes raíces. Por lo demás esta ha sido la opinión de una parte importante de la doctrina.<sup>34</sup>

La escasa regulación de esta figura, permite que la autonomía de la voluntad se exprese con mayor fuerza en los contratantes,<sup>35</sup> tanto así que incluso puede probarse la existencia del contrato mediante testigos. Sin embargo, es recomendable que la asociación quede contenida en algún instrumento jurídico, aunque sea privado, porque de otra manera serán los jueces del fondo, mediante un juicio de lato conocimiento, los que deberán calificar la naturaleza jurídica de la relación comercial entre las partes. En esta misma línea se han pronunciado la jurisprudencia nacional.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Código Civil de Chile, de 1855, artículo 4°: *“Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código”*.

<sup>33</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2003).

<sup>34</sup> SANDOVAL (2007), p. 86; GUAL (1993), p. 208; entre otros.

<sup>35</sup> VÁSQUEZ (2019), p. 126.

<sup>36</sup> Cabezas Escobar Dom con Peña Faundez (2010).

## 2. Bilateral

Los contratos bilaterales son aquellos en que ambas partes resultan obligadas recíprocamente.<sup>37</sup> En este sentido el contrato de cuentas en participación genera derechos y obligaciones recíprocas entre las partes,<sup>38</sup> que entre las más importantes están por un lado, la obligación de aportar y por otra, la obligación de gestionar (que es una forma de aportar). Ambos son deudores y acreedores recíprocos, el partícipe puede exigir al gestor cuenta de la gestión y el gestor puede exigir al partícipe el aporte.<sup>39</sup> Por lo tanto, el contrato de cuentas en participación tiene el carácter de bilateral.<sup>40</sup>

A pesar de que la opinión mayoritaria de la doctrina chilena y española se inclina en caracterizar a las cuentas en participación como un contrato bilateral, existe una posición minoritaria en la doctrina española representada por el profesor Manuel Broseta,<sup>41-42</sup> y por Adolfo Ruiz,<sup>43</sup> quienes han planteado que el contrato puede ser unilateral o bilateral.

Un tema que surge a propósito de esta característica es si es factible la pluralidad de gestores o de partícipes y por otro si uno u otro pueden ser persona jurídica.<sup>44</sup> En cuanto al primer punto, consideramos que de un examen de las normas del Código de Comercio podemos concluir que es factible la pluralidad de partícipes, atendido el tenor literal del artículo 507° del CCOM. Que en lo pertinente indica “*La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes*”. Cosa distinta sucede con el gestor, que a nuestro juicio solo puede ser uno.<sup>45</sup> En relación con la posibilidad de que una de las partes o ambas sean persona jurídica, hay que considerar que autores como Bercovitz,<sup>46</sup> Broseta Pont,<sup>47</sup> Antonio Millán,<sup>48</sup> Vásquez Palma<sup>49</sup> y Arantza Martínez,<sup>50</sup> están de acuerdo en que el gestor puede ser tanto una persona jurídica como una persona natural. El SII en el oficio 2780 del año 2019, manifestó

---

<sup>37</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1998), p. 27.

<sup>38</sup> VÁSQUEZ (2019), p. 125.

<sup>39</sup> Sin perjuicio de la existencia de otros derechos y obligaciones entre las partes, pero los mencionados son los más importantes.

<sup>40</sup> En este mismo sentido CONTRERAS (2011), p. 819; VÁSQUEZ (2019), p. 125.

<sup>41</sup> BROSETA y MARTÍNEZ (2022), p. 350.

<sup>42</sup> Es menester considerar que muchas posiciones doctrinales contenidas en el manual de derecho mercantil del profesor Broseta Pont, han cambiado desde la muerte de su autor principal, por influencia de la edición que año a año realiza el profesor Fernando Martínez Sanz.

<sup>43</sup> RUIZ DE VELASCO (1999), p. 434.

<sup>44</sup> Este es un tema más propio de los elementos subjetivos del contrato, más que de las características. Sin embargo, hemos optado por entregar un breve análisis al respecto atendido su impacto práctico.

<sup>45</sup> En el mismo sentido, CONTRERAS (2011).

<sup>46</sup> BERCOVITZ ET AL (2018), p. 172.

<sup>47</sup> BROSETA y MARTÍNEZ (2022), p. 349.

<sup>48</sup> MILLÁN (2017), p. 223.

<sup>49</sup> VÁSQUEZ (2019), p. 121.

<sup>50</sup> MARTÍNEZ (2011), p. 149.

su conformidad con el hecho de que la cuenta en participación pueda celebrarse entre personas jurídicas, haciendo la precisión que los asociados personas jurídicas son distinguibles de la asociación que carece de personalidad jurídica.<sup>51</sup>

### 3. Oneroso

El artículo 1440° del Código Civil chileno reza que el contrato es oneroso “*cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro*”. Esta característica se predica de aquellos contratos en que ambas partes tienen obligaciones y ventajas económicas recíprocas. El contrato de cuentas en participación es un contrato oneroso, conclusión que no deriva necesariamente de su carácter bilateral,<sup>52</sup> sino más bien por sus rasgos distintivos, en la que tanto el participe como el gestor se gravan en favor del otro, asumiendo obligaciones recíprocas y participando ambos en las ganancias o pérdidas. Para Roberto Guerrero y Matías Zegers esta característica se reduce a que esta institución persigue fin de lucro.<sup>53</sup>

### 4. Conmutativo

El artículo 1441° del Código Civil de Chile reza que “*El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio*”. Como podemos observar, este artículo entrega una definición tanto del contrato oneroso conmutativo como del oneroso aleatorio, radicando la diferencia en la incertidumbre de la equivalencia de las obligaciones de las partes. A nuestro parecer el contrato de cuentas en participación es un contrato conmutativo, puesto que el aporte de cada parte se mira como equivalente al de la otra. Así el participe se obliga a un aporte de contenido patrimonial y el gestor a su vez se obliga a aplicar ese aporte a un negocio en particular, previamente pactado. Tanto así, que en caso de aplicar el aporte a otros fines no pactados en el contrato, podría significar que el gestor estaría eventualmente cometiendo el delito de defraudación por distracción de fondos.<sup>54</sup>

En la doctrina Española existe una posición distinta a la nuestra, representada por Sánchez Calero, quien considera que el participe está sometido al *alea* del negocio.<sup>55</sup> De las palabras de este autor, deducimos que él le atribuye a este contrato el carácter de contrato oneroso aleatorio, a pesar de que él no se refiere a las características de esta institución desde la perspectiva del derecho de los contratos.

---

<sup>51</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2019).

<sup>52</sup> Si bien la regla general es que los contratos bilaterales a su vez sean onerosos, existen casos de contratos bilaterales gratuitos, como el contrato de mandato no remunerado y el contrato de donación con cargas.

<sup>53</sup> GUERRERO y ZEGERS (2014), p. 155.

<sup>54</sup> BAEZA (2008), p. 821.

<sup>55</sup> SÁNCHEZ y SÁNCHEZ (2015), p. 393.

## 5. Intuito Personae

Un contrato es *intuitu personae* debido a las características particulares que cada una de las partes representa en la otra, así estos rasgos son relevantes y decisivos a la hora de contratar, por lo que resulta ser un contrato de confianza.<sup>56</sup> Por cierto el contrato de cuentas en participación es *intuitu personae*<sup>57</sup> y esta característica se muestra de manera más clara en la relación desde el participe al gestor, de manera que este solo contratará con una persona que reúna ciertas características y le inspire cierta confianza, atendido que estará a cargo de la administración y ejecución del patrimonio común.

### B. Especiales

En este acápite revisaremos las características propias de este contrato que la distinguen de otros contratos del ordenamiento jurídico chileno.

#### 1. Ausencia de personalidad jurídica

El legislador chileno de manera expresa ha predicado que las cuentas en participación carecen de persona jurídica, así en el artículo 509° inciso 1° afirma que “*La participación es esencialmente privada, no constituye una persona jurídica, y carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio*”. Esto implica que en la relación con los terceros no existirá un ente distinto de las partes, y solo el gestor se relacionará con los terceros.

Esta característica va a implicar las siguientes consecuencias: 1) El gestor pondrá en riesgo su patrimonio personal y los bienes o recursos que el participe le haya entregado en propiedad para el desarrollo de la asociación. 2) No tiene domicilio propio, ni razón social, ni patrimonio común distinto al de los asociados.<sup>58</sup> 3) No puede ser representada. 4) No puede contraer obligaciones ni ejercer derechos 5) Los terceros solo tendrán acción contra el gestor y nunca contra el participe. 6) Por expresa disposición del artículo 28° del Código Tributario de Chile, el gestor será responsable exclusivo del cumplimiento de las obligaciones tributarias referentes a las operaciones que constituyan el giro de la asociación.<sup>59</sup>

#### 2. Ausencia de Patrimonio Común

La mayoría de la doctrina tanto chilena como española plantea que este es un requisito característico de las cuentas en participación. Algunos con mayor precisión, apuntan a que no existe patrimonio

---

<sup>56</sup> VÁSQUEZ (2019), p. 125.

<sup>57</sup> TORRES (2018), p. 144.

<sup>58</sup> SANDOVAL (2007), p. 86.

<sup>59</sup> Código Tributario de Chile, de 1974, artículo 28°: “El gestor de una asociación o cuentas en participación y de cualquier encargo fiduciario, será responsable exclusivo del cumplimiento de las obligaciones tributarias referente a las operaciones que constituyan el giro de la asociación u objeto del encargo. Las rentas que correspondan a los partícipes se considerarán para el cálculo del impuesto que les corresponda, sólo en el caso que se pruebe la efectividad, condiciones y monto de la respectiva participación”.

común distinguible de los partícipes. En este punto encontraremos la opinión de Arantza Martínez<sup>60</sup> y Guerrero y Zegers.<sup>61</sup>

Otros como Gual Dalmau,<sup>62</sup> Bercovitz y Sánchez Calero,<sup>63</sup> Rodrigo Uría<sup>64</sup> y Antonio Millán,<sup>65</sup> opinan que no existe patrimonio común en ningún sentido, solo el patrimonio del gestor. Nosotros consideramos que existe un patrimonio del contrato de cuentas en participación, de otra manera no existirían medios para llevar a cabo la ejecución del negocio. La diferencia radica en que este patrimonio está bajo la administración del gestor, pero distinguible del resto de su patrimonio, puesto que tiene la obligación de llevar contabilidad del contrato de asociación,<sup>66</sup> cuestión que además es exigencia del SII para los efectos de la tributación correspondiente.<sup>67</sup> Esto es coherente con el tratamiento tributario de esta figura, puesto que el Servicio de impuestos internos de Chile ha entendido que el contrato debe determinar con precisión los bienes que se aporten para el desarrollo del negocio, puesto que esto impactará por ejemplo, en la aplicación de las normas de depreciación. Esto último ha sido referido y reafirmado por la Excelentísima Corte Suprema de Chile, en sentencia de casación, que en lo pertinente indica:

*“Quinto: Que, en lo relativo a la depreciación, para resolver el asunto cabe reiterar que es un hecho de la causa que la asociación tiene el usufructo de todos los productos, terrenos, construcciones y obras, maquinarias y equipos, concesiones, arriendos y seguros aportados en la asociación por Salmenes Camanchaca S.A. Sobre esta clase de gasto se pronuncia el artículo 31 N° 5 de la Ley de Impuesto a la Renta, que prescribe que procede la deducción, en cuanto se relacione con el giro del negocio, de “Una cuota anual de depreciación por los bienes físicos del activo inmovilizado a contar de su utilización en la empresa, calculada sobre el valor neto de los bienes a la fecha del balance respectivo, una vez efectuada la revalorización obligatoria que dispone el artículo 41°”.<sup>68</sup>*

Como es posible advertir, la norma establece en forma clara que es posible deducir como gasto una cuota de la depreciación de los bienes físicos del activo inmovilizado. La sentencia le ha dado una aplicación correcta al artículo 31 N° 5 de la Ley de Impuesto a la Renta de Chile,<sup>69</sup> atendido que los

---

<sup>60</sup> MARTÍNEZ (2011), p. 131.

<sup>61</sup> GUERRERO Y ZEGERS (2014), p. 156.

<sup>62</sup> GUAL (1993), p. 211.

<sup>63</sup> SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ (2015), p. 392.

<sup>64</sup> URÍA (2000), p. 178.

<sup>65</sup> MILLÁN (2017), p. 223.

<sup>66</sup> DUMAY (2017), p. 9.

<sup>67</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2022): Para estos efectos, el gestor deberá controlar contablemente en forma separada los activos y pasivos que corresponden al contrato, con el fin de ser utilizados para determinar los registros tributarios (RAI, DDAN, REX y SAC), control del reparto de utilidades, rendición de cuentas, entre otros.

<sup>68</sup> Cía. Pesquera Camanchaca S.A. con S.I.I., Dirección Regional de Concepción (2014).

<sup>69</sup> Ley de impuesto a la renta, de 1974, artículo 31°: “Procederá la deducción de los siguientes gastos especiales, siempre que, además de los requisitos que para cada caso se señalen, cumplan los requisitos generales de los gastos a que se refiere el inciso primero, en la medida que a estos últimos les sean aplicables estos requisitos generales conforme a la naturaleza del gasto respectivo: n° 5 Una cuota anual de depreciación por los bienes físicos del activo inmovilizado a contar de su utilización en la empresa, calculada sobre el

hechos de la causa dejan en evidencia que la depreciación ha sido descontada por la contribuyente a pesar de no ser procedente. En efecto, no resulta legal que la asociación haya declarado este gasto, debido a que los inmuebles a que se refiere no forman parte del referido activo físico, sino que a su respecto sólo posee derechos de uso y goce. En consecuencia, al no haber transferido la propiedad al patrimonio del gestor, no es factible que este declare su cuota de esa depreciación como un gasto.

De la sentencia citada podemos concluir que debe existir un patrimonio de la asociación, con la diferencia que no estará radicado en una persona jurídica distinta de las partes, sino que quedará radicado en el patrimonio del gestor, pero, contablemente separado del resto de su patrimonio, y considerado como un patrimonio afecto desde el punto de vista tributario, de esta manera, a ese patrimonio se le podrán imputar gastos tributarios, aplicar depreciaciones, entre otros, y los partícipes podrán beneficiarse de los gastos y de la depreciación de manera proporcional a su participación, para efectos de imputarlo a la base imponible del impuesto global complementario o impuesto de primera categoría según sea el caso.<sup>70</sup> El SII, mediante el oficio N° 307, del 27 de enero de 2000 ha indicado que el medio de prueba con que se debe determinar las condiciones y monto de la participación en un contrato de este tipo, son los libros contables del gestor.<sup>71</sup>

José Barba<sup>72</sup> junto con afirmar que no existe patrimonio común agrega que, en la redacción del contrato cualquier mención a la existencia del patrimonio común, dará lugar a una interpretación jurisprudencial del carácter societario de la figura, lo que generaría como consecuencia que se le aplicarían al contrato las normas de las sociedades colectivas, generando como consecuencia, entre otras cosas, el surgimiento de la responsabilidad del partícipe frente a terceros.<sup>73</sup>

### 3. Carácter mercantil

En este punto nos centraremos en el análisis del carácter mercantil de los negocios que son objeto del contrato de cuentas en participación.<sup>74</sup>

En este sentido hay autores que plantean que la cuenta en participación puede tener carácter mercantil o civil, contrario a lo que nosotros consideramos, puesto que el tenor de la ley es claro y está expresado en el artículo 507° del Código de Comercio en el que afirma que “es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles”. Como podemos ob-

---

valor neto de los bienes a la fecha del balance respectivo, una vez efectuada la revalorización obligatoria que dispone el artículo 41°”.

<sup>70</sup> Por regla general, el impuesto de primera categoría se aplica a las personas jurídicas y el impuesto global complementario a las personas naturales.

<sup>71</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2000).

<sup>72</sup> BARBA DE VEGA (2017), p. 1458.

<sup>73</sup> Esta interpretación entiéndase referida al contexto de la regulación mercantil española.

<sup>74</sup> No nos referiremos a la calidad de comerciante de las partes, puesto que esa materia es parte del estudio de los elementos del contrato. Sin embargo y a modo aclaratorio, este autor llama a considerar dos puntos centrales de esto antes de tomar una posición propia: en primer lugar, el tenor literal del artículo 507° del CCOM que se refiere a “comerciantes”, y la posición del SII en al menos los oficios 353/2013 (Dirección regional metropolitana oriente) y el oficio 530/2022, en el que el órgano tributario afirma la exigencia de que ambas partes sean comerciantes.

servar el legislador ha indicado que las operaciones que va a desarrollar la asociación serán mercantiles, mismo criterio tiene el SII.<sup>75</sup>

Debemos analizar las actividades que desarrollara el gestor, separándolas de las que desarrolle en ejercicio de su empresa que está fuera del contenido de la asociación. En este punto, será clave el contenido del contrato, puesto que deberá estar claramente determinado el objeto del mismo y por ende los negocios a los que se abocará el gestor en cumplimiento de la cuenta en participación. Disentimos con autores que plantean que para que la cuenta en participación tenga el carácter de mercantil el gestor debe dedicarse a actividades mercantiles.<sup>76</sup> Nos parece que esta idea podría representar una interpretación forzada, puesto que perfectamente el gestor puede ejercer otro tipo de actividades no mercantiles y a propósito de la celebración de la cuenta en participación ejercer o ejecutar operaciones mercantiles.

Consideramos que el carácter mercantil debe analizarse a la luz de las operaciones económicas que desarrolle la asociación, puesto que nos parece ser la interpretación más ajustada al tenor de la regulación chilena, debido a que el artículo 507º se refiere a operaciones mercantiles, de la asociación, no de las partes.

A pesar de lo indicado, es menester hacernos cargo de si es necesario que una o ambas partes tengan la calidad de comerciante. A este respecto hay que distinguir. En cuanto al gestor el artículo 507º del CCOM reza que *“La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”*.

Como hemos observado, el legislador chileno se refiere a las partes como comerciantes, por lo que, del tenor literal de la norma, podríamos llegar a la conclusión que ambas partes requieren ser comerciantes para celebrar el contrato de cuentas en participación. Sin embargo, en la doctrina chilena, la posición mayoritaria afirma que no es exigencia que las partes tengan la calidad de comerciantes, a pesar del tenor literal de la norma.<sup>77</sup> La doctrina española por su parte, se encuentra dividida. Una parte plantea que no es un requisito de las cuentas en participación el carácter mercantil de ninguna de las partes,<sup>78</sup> otra parte estima que el carácter mercantil es solo predicable del gestor y no del partícipe,<sup>79</sup> agrega Gual Dalmau, que esta última es la posición mayoritaria de la jurisprudencia del

---

<sup>75</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2013), p. 1: *“(…) y debe tener como objetivo la realización de actos que se tipifiquen como operaciones mercantiles, conforme a las normas del artículo 3º del Código de Comercio”*.

<sup>76</sup> MARTÍNEZ (2011), p. 123.

<sup>77</sup> Encontramos en esta posición a: PUELMA (2006), p. 179; PALMA (1936), p. 184; MORAND (2008), p. 60; BAEZA (2008), p. 819.

<sup>78</sup> Véase a MARTÍNEZ (2011), pp. 123-127; BROSETA (2022), p. 349; BERCOVITZ ET AL (2018), p. 172; RUÍZ (1999), p. 434.

<sup>79</sup> Véase a GUAL (1993), p. 188; SÁNCHEZ (2015), p. 391.

Tribunal Supremo español,<sup>80</sup> y finalmente algunos afirman que se requiere que ambas partes tengan la calidad de comerciantes.<sup>81</sup>

Nos llama la atención que la posición doctrinal mayoritaria de la doctrina chilena sea contraria al tenor literal de la norma y sin un razonamiento profundo acerca de los fundamentos que llevan a los autores citados a concluir dicha posición. En este sentido, Puelma es el único que hace un razonamiento normativo acerca de su posición contraria a la literalidad de la norma. En efecto, este autor indica que *“Reafirma nuestra tesis lo dispuesto en el art. 2060 del Código Civil, en cuanto permite que en una sociedad no comercial, pueda pactarse que ella se rija por las normas de las mercantiles, lo que precisamente ocurre, aun implícitamente, si entre dos o más no comerciantes se celebra una asociación o cuentas en participación”*.<sup>82</sup>

Nosotros consideramos que el carácter de comerciante del gestor no es un elemento de la esencia del contrato de cuentas en participación, de manera tal que su omisión no lo desnaturaliza. En la misma línea de Puelma, creemos que si el legislador ha permitido que los socios de una sociedad colectiva civil pacten someterse a la legislación mercantil, nada obsta a que los asociados en una cuenta en participación hagan lo mismo cuando no tengan la calidad de comerciantes. Ahora bien, sin embargo, en la investigación encontramos antecedentes históricos que darían cuenta que en la commenda mercantil, punto de partida de las cuentas en participación, los comendatarios eran por lo general mercaderes.<sup>83</sup>

En este punto, es preciso tener en consideración que el SII plantea que las partes deben ser comerciantes,<sup>84</sup> y ello, en nuestra opinión, tiene efectos tributarios importantes, por cuanto, en caso de que las partes no tengan esa calidad, no les será aplicable la normativa fiscal sobre la materia, lo que implicará que el participe, se verá privado de varios beneficios tributarios, como la depreciación acelerada, la contabilización de los gastos tributarios, y la justificación fiscal de su incremento patrimonial. Por ello es que el operador jurídico debe tener en cuenta esta perspectiva a la hora de asesorar o en el momento de la redacción de una asociación.

En esta misma línea se ha manifestado la excelentísima Corte de Apelaciones de Santiago, que en causa rol 8.161-2014, en el considerando único ha manifestado que: *“Que los antecedentes aportados por las partes resultan insuficientes para tener por acreditado que la demandante tiene la calidad de comerciante, de manera que no se cumple en la especie con los presupuestos que contempla el artículo 507 del Código de Comercio, que exige expresamente dicha calificación, requisito indispensable para tener por establecida la existencia de un contrato de asociación o cuentas en participación”*.<sup>85</sup>

---

<sup>80</sup> GUAL (1993), p. 189.

<sup>81</sup> PAZ-ARES (1999), p. 565.

<sup>82</sup> PUELMA (2006), p. 179.

<sup>83</sup> MARTÍNEZ (1999), p. 127.

<sup>84</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2013), p. 1: *“De la definición referida se desprende que la Asociación debe estar formada por dos o más comerciantes”*.

<sup>85</sup> Opazo Tapia Ivette con Ferrer y Padilla LTDA. (2014).

En cuanto al partícipe, tenemos la misma opinión que acerca del gestor. Sin embargo, es importante tener presente, de cara a la práctica jurídica, lo indicado por el SII en el oficio 530 del año 2022, donde afirma que la falta de calidad de comerciante del partícipe, desnaturaliza la cuenta, y podría revisarse como un encargo fiduciario, figura más genérica.<sup>86</sup>

Ahora ¿esto significa que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad no pueden asociarse para negocios de carácter civil? Claro que pueden, y en tal caso estaremos en presencia de un contrato de cuentas en participación atípico.

#### 4. ¿Sociedad oculta?

El concepto sociedad oculta obedece a una clasificación entre sociedad interna y sociedad externa. Ambos casos se diferencian por poseer una estructura jurídica distinta, así, en el caso de la sociedad interna, esta solo tiene vínculos obligacionales entre los socios pero no se vinculan en cuanto a efectos externos y organizativos, como si lo hace una sociedad externa. Por regla general, una sociedad interna es a su vez una sociedad oculta, entendiendo por esta *“aquella en que los socios no dan a conocer a terceros la existencia de la sociedad”*.<sup>87</sup>

Para la mayoría de la doctrina este es un rasgo característico de las cuentas en participación, dado que sin este rasgo la institución en estudio degeneraría en otra distinta. Autores como Gabriel Palma,<sup>88</sup> María Cristina Fernández,<sup>89</sup> Elías Izquierdo,<sup>90</sup> y Sánchez Calero,<sup>91</sup> entre otros, han llegado a la misma conclusión. Sin embargo, Gual Dalmau,<sup>92</sup> Fernández Novoa<sup>93</sup> y Martínez Balmaseda<sup>94</sup> tienen una opinión matizada sobre esto basándose en que si bien es una característica, no es esencial puesto que la sola revelación de la existencia de la cuenta no produce su desnaturalización, sino que simplemente podría generar efectos jurídicos en la relación con los terceros. En la misma línea se ha pronunciado José Barba, quien ha manifestado que el carácter oculto es una reminiscencia histórica, y que no implica mantener en secreto la existencia del contrato, sino que uno usar del crédito del partícipe frente a terceros.<sup>95</sup>

Consideramos que el carácter oculto de la cuenta en participación es un rasgo distintivo de la misma,

---

<sup>86</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2022).

<sup>87</sup> CABALLERO (2022), p. 91.

<sup>88</sup> PALMA (1936), p. 184.

<sup>89</sup> FERNÁNDEZ (2009), p. 277.

<sup>90</sup> IZQUIERDO (1971), p. 739.

<sup>91</sup> SÁNCHEZ y SÁNCHEZ (2015), p. 391.

<sup>92</sup> GUAL (1993), p. 196.

<sup>93</sup> FERNÁNDEZ (1962), p. 431.

<sup>94</sup> MARTÍNEZ (2011), p. 116.

<sup>95</sup> BARBA DE VEGA (2017), p. 1459.

pero no hay que confundir esta característica con que la asociación deba ser secreta. Esta característica oculta es coherente con la obligación negativa del partícipe de no inmiscuirse en la gestión y de lo dispuesto en el artículo 510° del CCOM que reza “*El gestor es reputado único dueño del negocio en las relaciones externas que produce la participación (...)*”. Que el contrato de cuentas en participación sea oculto y no secreto significa que la revelación de la existencia de la cuenta en participación no implica una desnaturalización del contrato, es más, los terceros podrían tener conocimiento de la existencia del contrato, sin que eso signifique vulnerar su carácter oculto.<sup>96</sup> Creemos que la doctrina que considera esencial este carácter, llega a esa conclusión por reminiscencias históricas derivadas de la fuente normativa del Código de Comercio español y chileno, en especial el Código de Comercio francés, que en su tiempo disponía en el artículo 49° que “*Las asociaciones en participación son sociedades cuya existencia no se revela a los terceros*”.<sup>97</sup> Esta norma no fue recepcionada en la legislación española y chilena, de manera tal que desde sus inicios y hasta la fecha nunca ha existido en la regulación de ambos países una norma particular que afirme el secreto de la cuenta en participación. Un asunto distinto es que tanto el Código de Comercio español como el CCOM, han puesto de relieve que el gestor debe ejecutar el negocio bajo su nombre y crédito personal, de ahí que a *contrario sensu*, entendamos que la existencia de la asociación se mantiene oculta frente a terceros, pero esto no implica que la identidad del partícipe sea secreta o que el contrato en participación lo sea; solo se mantiene en el plano interno de la relación *interpartes*. El mantener oculta la asociación siempre ha sido más un interés del partícipe que del gestor, especialmente en aquellos casos en que el contrato se ha utilizado como vehículo para operar en el mercado para aquellas personas que por distintas razones no pueden hacerlo directamente. El carácter oculto de la cuenta se vulnera en el caso que las partes actúen de manera colectiva frente a terceros.<sup>98</sup>

Por tanto, sostenemos su carácter oculto con los bemoles indicados. En este sentido, revisaremos algunas hipótesis en que consideramos que revelar la existencia de la asociación y por ende la identidad del partícipe podría traer consecuencias jurídicas para las partes, pero en ningún caso una desnaturalización del contrato:

-Responsabilidad Penal: en el caso que el gestor revele la existencia del contrato con el objeto de tener más crédito en los negocios jurídicos sin la autorización del partícipe. En esta situación, el gestor podría ser objeto de la acción penal por el delito de estafa, atendido que el uso de la imagen y crédito del partícipe, considerando que las futuras acciones de los terceros se radicarán siempre en el patrimonio del gestor, podría ser esta circunstancia constitutiva de un engaño, que sumado a los otros elementos del tipo penal,<sup>99</sup> daría eventualmente lugar al delito de estafa cometido en con-

---

<sup>96</sup> SANDOVAL (2007), p. 86.

<sup>97</sup> MARTÍNEZ (2011), p. 114.

<sup>98</sup> SANDOVAL (2007), p. 86.

<sup>99</sup> El delito de estafa está tipificado en el artículo 467° y siguiente del Código Penal chileno. La figura genérica está regulada en el artículo 467° y la figura residual está establecida en el artículo 473 del Código indicado. Los elementos del delito de estafa según la mayoría de la doctrina chilena son: engaño, error, acto de disposición patrimonial y perjuicio. En la hipótesis podría tratarse de un tercero que celebra un negocio con el gestor, confiado en que detrás de él está la imagen y trayectoria del partícipe, pensando por engaño del gestor que además el partícipe responderá. Ante esto el tercero cierra un negocio que ejecutara el gestor, y que

tra del tercero, en caso que este pruebe, además, un perjuicio económico. Por cierto esta hipótesis obedece a un análisis del autor de este artículo, que a la fecha no ha encontrado jurisprudencia que la apoye. Sin embargo, en una circunstancia como la descrita el afectado podría recurrir a la figura penal indicada.

-Responsabilidad solidaria: para algunos autores revelar la existencia de la cuenta en participación podría generar una modificación en la responsabilidad del partícipe frente a terceros. En efecto Palma Rogers, estima que revelar la existencia de la cuenta en participación a terceros podría generar como consecuencia un cambio en la responsabilidad de las partes, en el sentido que el partícipe podría responder frente a las acciones de terceros, puesto que estos terceros podrían considerar que en la realidad se trata más bien de una sociedad colectiva de hecho,<sup>100</sup> y por disposición del artículo 356° del CCOM,<sup>101</sup> los socios de las sociedades colectivas de hecho, serán solidariamente responsables frente a terceros.

No estamos de acuerdo con esta posición, debido a que para calificar una sociedad como sociedad de hecho debe existir previamente un acto jurídico en el que los socios han manifestado su voluntad en torno a formar una sociedad, pero que por razones de omisión de las formas legales<sup>102</sup> no se ha llegado a formar. En el caso de las cuentas en participación, las partes no han manifestado interés en formar una sociedad colectiva, sino expresamente una cuenta en participación. Además, en la sociedad colectiva de hecho, los socios han consentido en formar una sociedad mediante la creación de un ente distinto y distinguible de los socios, una persona jurídica. Frente a terceros se comportan como socios, en cambio en la cuenta en participación los asociados no se manifiestan como tales frente a terceros,<sup>103</sup> al contrario, el partícipe busca permanecer oculto.

Por tanto, en caso de revelar la cuenta en participación a terceros, no genera como consecuencia que a ella se le apliquen las normas de las sociedades colectivas de hecho por las razones esgrimidas.

-Responsabilidad civil: Esta hipótesis se verifica en caso de que las partes hayan acordado una cláusula de confidencialidad, y el gestor revele la identidad del partícipe a los terceros, causando perjuicios al partícipe, en virtud de razones tales como, la imposibilidad del partícipe de ejercer el negocio de manera directa por existir alguna incompatibilidad legal o contractual. En este caso el partícipe tiene derecho a interponer la acción judicial por responsabilidad civil contractual.

---

al cabo de un tiempo no se logra el objetivo del negocio por negligencia del mismo. Ante ello el tercero presenta una demanda civil y esta se frustra porque el gestor no tiene patrimonio. En ese caso se cumplirían los requisitos de la estafa.

<sup>100</sup> PALMA (1936), p. 184.

<sup>101</sup> Código de Comercio de Chile, de 1865, artículo 356° inciso 3°: “Los miembros de la comunidad responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de ésta; y no podrán oponer a los terceros la falta de los instrumentos mencionados en el inciso primero. Los terceros podrán acreditar la existencia de hecho por cualquiera de los medios probatorios que reconoce este Código, y la prueba será apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica”.

<sup>102</sup> El artículo 356° del Código de Comercio en su inciso primero se refiere a las formas jurídicas que sin las cuales la sociedad se considerará de hecho, y más específicamente una comunidad: “La sociedad que no conste de escritura pública, o de instrumento reducido a escritura pública o de instrumento protocolizado, es nula de pleno derecho y no podrá ser saneada”.

<sup>103</sup> SANDOVAL (2007), p. 86.

## IV. FUNCIONES DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

### A. Funciones clásicas

La función clásica de las cuentas en participación se sitúa en su origen histórico en la *commenda medieval*, y consistía en ser un vehículo de inversión, primero, en el comercio marítimo, pero que después se extendió al comercio terrestre.<sup>104</sup> Así, y por muchos años, esta figura fue la responsable del impulso del desarrollo comercial europeo,<sup>105</sup> atendida la realidad de la época, en la que no existía la banca, y luego logró un impulso mayor cuando se regula la usura, que convierte a esta figura en una alternativa a los inversionistas.<sup>106</sup> Junto con ello, y como beneficio adicional, esta institución sirvió para que ciertas personas que, por razones legales o estatutarias no podían ejercer el comercio, encontraban en las cuentas en participación una alternativa de inversión, así pasó con los clérigos y los nobles. En definitiva, en la edad media el comercio marítimo se financiaba principalmente a través de dos instrumentos jurídicos la *commenda* y el *préstamo a la gruesa*.<sup>107</sup>

En la *commenda* el comerciante buscaba fondos para el financiamiento de sus operaciones, y con esta finalidad acudía a otros no mercaderes pero que eran parte de las clases sociales que poseían las riquezas en la época. El mercader ofrecía a los inversionistas participación en los resultados de la empresa por el financiamiento otorgado.<sup>108</sup>

Ahora bien, tradicionalmente las cuentas en participación se usaron para invertir en la empresa de otro y ocultarse frente a terceros, esta era la utilización clásica, que en primer lugar estuvo abocada al comercio marítimo, pero que con los años junto con la expansión hacia el comercio terrestre este instrumento migro también hacia allá.

Durante el periodo de la codificación, las cuentas en participación pasaron a servir de mecanismo de inversión, de manera que se presentaba como una ventaja para el inversionista en el sentido de que podía participar de los resultados económicos de un negocio sin necesidad de colaborar en la administración, sin arriesgar mayor capital,<sup>109</sup> aprovechando la estructura de negocios del gestor y pudiendo mantenerse oculto frente a terceros.<sup>110</sup> A su vez, la cuenta en participación ha servido para que los inversionistas que no tengan interés en revelar su calidad a terceros, puedan realizar actividad mercantil a través de esta asociación de manera legal y pudiendo acceder a las ganancias del negocio.<sup>111</sup>

---

<sup>104</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 251.

<sup>105</sup> GUAL (1993), pp. 53-54; MILLÁN (2017), p. 222; MARTÍNEZ (2012), p. 255.

<sup>106</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 255.

<sup>107</sup> ALFARO (2022).

<sup>108</sup> GUAL (1993), pp. 231-232.

<sup>109</sup> BERCOVITZ ET AL (2018), p. 169.

<sup>110</sup> BROSETA Y MARTÍNEZ (2022), p. 349.

<sup>111</sup> MILLÁN (2017), p. 223; MARTÍNEZ (2012), pp. 253-254.

Luego, durante etapas más avanzadas en España, y atendida la regulación de ciertos mercados, por ejemplo, el de las farmacias, que exige que sólo quienes cuenten con el título de farmacéuticos puedan desarrollar ese mercado, se permitió que las cuentas en participación jugaran un rol preponderante a la hora de buscar inversionistas para este negocio.

## **B. Nuevas funciones**

Las cuentas en participación siguen utilizándose por los operadores jurídicos, prueba de ellos es la cantidad importante de jurisprudencia que existe en torno a ellas,<sup>112</sup> y de la constante actualización de la regulación administrativa en el plano tributario a través del SII. Cuando hablamos de nuevas funciones nos referimos a la función principal de financiamiento, pero aplicada ahora a nuevos negocios y necesidades del mercado.<sup>113</sup>

El contrato de cuentas en participación se enfrenta a nuevas formas de funcionamiento, pero con la misma regulación que tiene desde sus orígenes, por lo que al mirar estas funciones debemos adaptar la regulación y el régimen supletorio a esta nueva realidad de los mercados.<sup>114</sup> El auge de la tecnología en el mundo y también en el desarrollo económico es también uno de los factores que va a incidir en nuevos usos del contrato de cuentas en participación.

Este es un instrumento útil que además cuenta con características que lo hacen idóneo para nuevas modalidades de uso, entre ellas su remarcado acento en la autonomía de la voluntad, su ausencia de formalidades para su constitución, y su carácter flexible,<sup>115</sup> que lo convierten en una alternativa idónea para dar soporte jurídico al financiamiento empresarial.

Su función actual sigue circunscrita al financiamiento empresarial pero aplicado a nuevas modalidades de negocios. Por lo tanto es y sigue siendo un útil instrumento,<sup>116</sup> enfocado para aquellos casos en lo que el financista desea ocultarse de terceros, limitar su responsabilidad, no invertir tiempo y esfuerzo en el desarrollo del negocio y al contrario aprovechar la ventaja de un asociado que ya cuenta con una estructura empresarial o conoce del rubro a invertir. Jesús Alfaro agrega que sus funciones modernas no están orientadas a financiar capital fijo sino el circulante necesario<sup>117</sup> ya sea para el crecimiento del negocio, para el desarrollo de un nuevo giro o la apertura de nuevos mercados, entre otros.

Las funciones que vamos a analizar, las revisaremos a la luz de las características de las cuentas en participación, para ver si estos nuevos usos son compatibles con un contrato de este tipo.

---

<sup>112</sup> GIMENO (2022), p. 51.

<sup>113</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 256.

<sup>114</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 256.

<sup>115</sup> BROSETA y MARTÍNEZ (2022), p. 349; GIMENO (2022), p. 52.

<sup>116</sup> ALFARO (2017).

<sup>117</sup> ALFARO (2017).

## 1. Subparticipación

La Subparticipación es una sociedad sin persona jurídica,<sup>118</sup> regulada expresamente por el legislador chileno en el artículo 2088° del Código Civil, que reza: “Ningún socio, aun ejerciendo las más amplias facultades administrativas, puede incorporar a un tercero en la sociedad, sin el consentimiento de sus consocios; pero puede sin este consentimiento asociarle a sí mismo, y se formará entonces entre él y el tercero una sociedad particular, que sólo será relativa a la parte del socio antiguo en la primera sociedad”.

En este instrumento existen dos socios, el socio antiguo u original y el tercero en calidad de socio en la parte del socio antiguo en la sociedad. Esta figura comparte algunos rasgos comunes con las cuentas en participación, entre ellos la ausencia de personalidad jurídica, el carácter de sociedad interna, y la participación en ganancias y pérdidas. Se trata de una sociedad interna, reconocida expresamente por el legislador, y que al no tener una manifestación externa, uno de los socios permanece oculto a los terceros, haciéndose cargo de la gestión el otro socio. La diferencia con las cuentas en participación es que esta figura está regulada para el ámbito del derecho civil y para un negocio particular, el compartir la propiedad en una cuota de participación societaria de una sociedad colectiva civil.

La Subparticipación está regulada en el contexto de las sociedades colectivas, y es una fórmula que permite que un socio haga participe a un tercero de sus derechos sociales sin la necesidad de contar con el consentimiento de sus consocios, puesto que se trata solo de una sociedad interna. A pesar de que estar regulada para las sociedades personalistas, también puede utilizarse en las participaciones en sociedades de capital.<sup>119</sup>

La estructura y características de la Subparticipación nos permiten considerarla como “una variante de las cuentas en participación en el ámbito civil”,<sup>120</sup> por lo que vemos en ella otra funcionalidad de este contrato. Desde la categorización, la Subparticipación es una especie de cuenta en participación aplicada a los negocios civiles.

## 2. Crowdfunding

En cuanto a esta nueva función, es menester aclarar, que a diferencia de otras funciones que hemos observado, hasta la fecha no hemos encontrado un ejemplo concreto en la práctica jurídica chilena, sin embargo, lo planteamos como nueva función en consideración a que el contrato de cuentas en participación, creemos, es el instrumento jurídico idóneo en relación a las características de las relaciones jurídicas que nacen del *crowdfunding*.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> CABALLERO (2022), p. 88.

<sup>119</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 264.

<sup>120</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 265.

<sup>121</sup> A pesar de que el *crowdfunding* está regulada en la ley FINTEC, en esta no están reguladas las relaciones jurídicas que se crean entre las partes involucradas, y solo regula los requisitos para operar como plataforma de inversión colectiva y su inscripción en la Comisión para el Mercado Financiero.

Pues bien, el *crowdfunding* se inserta en una sociedad en la que la forma de ejercer el comercio, de organizar la empresa y de afrontar los desafíos comerciales ha cambiado. Asistimos a una revolución digital que en el plano mercantil ha implicado negociaciones electrónicas de los activos financieros,<sup>122</sup> contratos y servicios bancarios electrónicos, inteligencia artificial en manejo de carteras financieras, financiamiento empresarial a través de plataformas digitales, entre otras.

Esta revolución, debido al crecimiento acelerado de la tecnología, ha propiciado un ambiente de intercambio instantáneo de información, que genera operaciones económicas veloces, impactos inmediatos en los mercados, reemplazo de sucursales físicas por virtuales,<sup>123</sup> y en definitiva se ha moldeado una época en la que al igual que las demás áreas de la vida humana, las dinámicas mercantiles se han empapado de tecnología, generando lo que Barona Vilar llama “*algoritmización de la vida, el derecho y la justicia*”.<sup>124</sup>

En este contexto nos encontramos con las FINTEC, que según el *financial stability board*, consisten en la innovación tecnológica habilitada en los servicios financieros.<sup>125</sup> Dentro de esos servicios financieros de innovación tecnológica, encontramos al *crowdfunding*.

Hasta el año 2022, en Chile no existía regulación acerca de las FINTEC, sin perjuicio que los servicios financieros a través de medios tecnológicos ya eran una realidad presente en el país desde hace aproximadamente 10 años, pero que tuvo un notorio impulso a propósito de la pandemia por COVID-19,<sup>126</sup> transcurrida entre los años 2019 a 2021.<sup>127</sup>

Como respuesta al desarrollo de las FINTEC en Chile, el 22 de diciembre del año 2022 se promulgó la denominada Ley FINTEC, N° 21.521 sobre prestación de servicios financieros a través de plataformas tecnológicas, que incluyó al *crowdfunding*.

El *crowdfunding* es un sistema de financiamiento colectivo que permite conectar a inversores y oferentes de proyectos a través de una plataforma digital, generalmente una web,<sup>128</sup> para que los primeros conozcan el proyecto y decidan invertir, de manera tal que los segundos consiguen el capital que requieren para la ejecución del negocio. Existen varias modalidades, pero para efectos de las cuentas en participación, nos fijaremos en el *crowdfunding* de inversión.

Consideramos que el contrato de cuentas en participación es la figura ideal para cristalizar la relación jurídica entre el inversionista y el oferente de un proyecto. Atendido que estos mecanismos se des-

---

<sup>122</sup> ALONSO y CARRIO (2019), p. 149.

<sup>123</sup> GILSANZ (2021), p. 170.

<sup>124</sup> BARONA (2021).

<sup>125</sup> FINANCIAL STABILITY BOARD (2022).

<sup>126</sup> INVEST CHILE (2023).

<sup>127</sup> DIARIO CONSTITUCIONAL (2022).

<sup>128</sup> ABARCA (2018), p. 4.

envuelven en la red de internet, es necesario dotar de contratos electrónicos de cuenta en participación y en el que las partes los suscriban mediante firma electrónica avanzada. Dentro de este marco, existe un caso particular, es decir, el de las cuentas en participación en el *crowdfunding* inmobiliario, que básicamente consiste en que la inmobiliaria oferente de proyectos, a través de una plataforma electrónica de este tipo, ya sea de su propiedad o de un tercero, pone a disposición de inversionistas un proyecto inmobiliario nuevo o de rehabilitación, en base a un retorno futuro.<sup>129</sup> Las características de las cuentas en participación permiten que ellas sean un aliciente para su utilización en el *crowdfunding*,<sup>130</sup> y además, este contrato es la figura de común uso en el *crowdfunding* inmobiliario en España,<sup>131</sup> cuya regulación, como ya lo hemos dicho, en lo sustancial, es igual a la chilena.

Esta modalidad de financiamiento, con la cuenta en participación como instrumento legal, plantea algunas cuestiones de regulación contractual, como por ejemplo, si es posible o factible hacer un contrato de cuentas en participación para todos los partícipes con un sólo gestor, que sería la inmobiliaria, o hacer uno por cada inversionista. A diferencia de lo planteado por Hernández Sainz,<sup>132</sup> nosotros consideramos que es factible que exista un sólo contrato que agrupe a todos los partícipes, puesto que ello es lo coherente con nuestra regulación, atendido que el tenor literal del artículo 507° del CCOM,<sup>133</sup> se refiere a “*dos o más comerciantes*”.

### 3. Financiamiento inmobiliario

Desde hace un tiempo, el sector inmobiliario en Chile ha estado desarrollando un modelo de negocios que le permite obtener recursos de terceros mediante la utilización del contrato de cuentas en participación. Esto lo hemos constatado a partir de una consulta efectuada al SII, contenida en el oficio n°530,<sup>134</sup> y en la que se detalla la forma en la que opera este negocio. En efecto, el contribuyente explica que por cada proyecto inmobiliario se crea una sociedad que luego ofrece participación en los resultados, principalmente a ejecutivos y asesores de la empresa, que la mayoría de las veces son personas naturales, y se formaliza mediante el contrato de cuentas en participación. En este, la sociedad formada asume el rol de gestor y el inversionista el de partícipe inactivo. En el oficio se indica que el retorno contempla, primero, la restitución del capital; y luego, una vez que se vende cada unidad, se pagan las utilidades correspondientes.

Es menester detenernos a analizar la modalidad de inversión que relata el contribuyente, puesto que especifica que el capital se devuelve y luego de eso se pagan las utilidades. Pareciera ser que esta fórmula no es coincidente con las notas distintivas de las cuentas en participación, atendido que de

---

<sup>129</sup> HERNÁNDEZ (2017), p. 133.

<sup>130</sup> GIMENO (2022), pp. 52-53.

<sup>131</sup> HERNÁNDEZ (2017), pp. 128-129.

<sup>132</sup> HERNÁNDEZ (2017), p. 133.

<sup>133</sup> Código de Comercio de Chile, artículo 507°: “La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”.

<sup>134</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2022).

lo narrado en el oficio, la devolución del capital y sobre eso el pago de utilidades, implica en nuestra posición, que el partícipe no soporta los riesgos de la operación, puesto que recupera de manera íntegra la inversión aportada. Uno de los elementos del contrato de cuentas en participación<sup>135</sup> es el acuerdo en el reparto de ganancias y pérdidas, y consideramos a este elemento como esencial de este contrato, tanto así, que de no soportar pérdidas una de las partes, el contrato podría degenerar en otro distinto, en este caso un mutuo.<sup>136</sup> Para el SII esto no fue objeto de cuestionamiento, lo que nos llama la atención puesto que en otros casos, en los que falta algún elemento, como por ejemplo, la calidad de comerciantes de las partes, el SII ha sido tajante en afirmar que en esa situación el contrato no es una cuenta en participación,<sup>137</sup> cuestión, al menos curiosa, puesto que esa exigencia, a juicio de este autor y de la mayoría de la doctrina, no desnaturaliza el contrato. Esto podría explicarse atendido que la óptica con la que mira es la de la tributación, y para ello en caso de desfiguración del contrato sigue siendo aplicable la regulación general de los negocios fiduciarios contenida en el artículo 28º del Código Tributario de Chile, al que ya hemos hecho menciones anteriores.

A diferencia de la función anterior, en esta no existe una plataforma electrónica que sea intermediaria de la inversión, sino más bien hay una negociación directa, de ahí que, según lo relatado por la empresa, los partícipes son cercanos a la compañía. Este rasgo nos abre otra posible nueva funcionalidad de las cuentas en participación, puesto que denota que lo que hace la sociedad es invitar a determinados trabajadores a ser parte del negocio, por lo que la asociación en este sentido se transforma en un vehículo de participación de algunos trabajadores en los resultados de la empresa.<sup>138-139</sup>

Como punto final de esta nueva función, cabe mencionar que existe una modalidad de financiamiento inmobiliaria, en las que el gestor garantiza la inversión del partícipe mediante una hipoteca en favor de este último, así da cuenta la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de Chile, que para efectos de contexto citamos lo indicado en el considerando séptimo:

“SÉPTIMO: Que para un adecuado entendimiento del asunto planteado, cabe tener presente lo siguiente: 1.- En autos comparecen los abogados Ramón Briones Montaldo y Nicolás Sánchez López, en representación judicial de Inversiones Freevals Chile Limitada, deduciendo demanda en procedimiento ejecutivo de desposeimiento en contra de Inversiones San Luis Uno SPA a fin de que se le desposea del bien hipotecado en garantía de un crédito de su representada.

Precisan que por escritura pública de contrato de asociación o cuentas en participación de fecha 14 de

---

<sup>135</sup> En este artículo no se han tratado los elementos del contrato de cuentas en participación, que este autor considera distintos y distinguibles de sus características. Solo a modo referencial, consideramos que hay elementos objetivos y subjetivos, los primeros son: 1.- Forma de Constitución; 2.- Objeto del negocio; 3.- Aportes; 4.- Acuerdo de participación en ganancias y pérdidas; 5.- Vigencia. Los elementos subjetivos son: 1.- El gestor; A) Persona Física y Jurídica; B) Mujer casada; C) Menor de edad e incapaces; D) Calidad profesional especial del gestor; E) Pluralidad de gestores; F) Incompatibilidades; 2.- El partícipe; A) Persona natural y Jurídica; B) Pluralidad de participantes; C) Menor de edad e incapaces; D) Mujer casada en Sociedad Conyugal; E) Incompatibilidades; F) El grupo empresarial como partícipe.

<sup>136</sup> En la misma posición VÁSQUEZ (2019), p. 128.

<sup>137</sup> Véase SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2013).

<sup>138</sup> En el mismo sentido, indicando que sería una nueva función, se pronuncia MARTÍNEZ (2012), p. 266.

<sup>139</sup> Podría ser un vehículo contractual para los stocks options.

febrero de 2013 su representada entregó a Inmobiliaria e Inversiones Galicia SPA, la suma equivalente en pesos de 20.000 UF, obligándose esta última en calidad de gestora de contrato de asociación, en los términos propios de dicha convención.

Agrega que por el incumplimiento de la socia gestora, ésta adeuda a su representada el aporte de capital indicado y que con el fin de garantizar las obligaciones contraídas por esta última, la ejecutada constituyó hipoteca de primer grado en favor de la demandante sobre un inmueble denominado Lote B, resultante de la subdivisión del resto de un bien raíz en Rincón de Abra, comuna de Requinoa, inscrito a Fs. 609, N° 537, del Registro de Propiedad del año 2010 del Conservador de Bienes Raíces de Rengo.

Indican que el deudor personal no dio cumplimiento a las obligaciones pactadas, cobrando aplicación lo dispuesto en la cláusula duodécima del referido contrato, en virtud de la cual Inversiones Freevals Chile Limitada podría hacer exigible a su arbitrio la hipoteca en caso de que el gestor cayere en insolvencia; si las propiedades hipotecadas quedaren sujetas a cualquier gravamen, prohibición, hipoteca o acciones limitativas de su dominio, ajenas a las constituidas a favor de Inversiones Freevals Chile Limitada, sin su consentimiento previo y escrito o se deterioraren por cualquier motivo o no se pagaren oportunamente sus contribuciones de bienes raíces, entre otras<sup>140</sup>.

Como podemos observar se trata de una garantía al aporte del partícipe, por un tercero, como forma de asegurar el cumplimiento de la obligación del gestor.<sup>141</sup>

#### 4. StarUp: Capital de riesgo

El capital de riesgo es una forma de financiar empresas que están en etapa de desarrollo y que no cuentan con un historial que permita examinar sus resultados, ni tampoco la seguridad de recibir retornos del financiamiento. Se trata además de empresas con modelos innovadores de crecimiento. Los inversionistas que invierten en este tipo de empresas esperan una alta rentabilidad, más allá que en otro mercado tradicional, pero asumiendo mayores riesgos. En los últimos años en Chile se ha producido un potenciamiento de fondos de inversión y financiamiento público para este tipo de capital. En este contexto encontramos a las llamadas *startup*, empresas del rubro tecnológico que se caracterizan por ser nuevas, con modelos innovadores y sin historial previo, por lo que el inversionista encuentra en ellas una posibilidad de alta rentabilidad a bajo costo pero sumiendo los riesgos que presenta una empresa en desarrollo. Chile ha potenciado el capital de riesgo, principalmente desde la colaboración público privada. En ese sentido existe un órgano público denominado Corporación de fomento de la producción (en adelante CORFO) que han puesto a disposición de las *startup* capitales públicos y privados para sus etapas de desarrollo, y en particular cuenta con un listado de inversionistas privados acreditados ante la CORFO, con los que los nuevos emprendimientos pueden hacer rondas de negociación. El gran problema jurídico siempre fue que instrumento jurídico utilizar. De ahí que algunos inversionistas ingresan a las sociedades con una cláusula de salida conforme obtenga el retorno pactado de inversión. A esto se ha sumado las escasas alternativas de salida para los inver-

---

<sup>140</sup> Inversiones Freevals con Inversiones San Luis SpA. (2013).

<sup>141</sup> Esta es una temática en la cual en Chile no existe investigación, por lo que queda como reto para futuras publicaciones.

sionistas,<sup>142</sup> que generalmente consisten en venta de acciones a terceros o a los mismos accionistas fundadores, con la complejidad que todo ello implica. Pues bien, es aquí donde las cuentas en participación encuentran un terreno fértil para su utilización.

En opinión nuestra, las cuentas en participación se presentan como un útil instrumento de inversión en las denominadas *StarUp*, puesto que permite la agilización, sin necesidad de hacer modificaciones societarias o emisión de nuevas acciones de la sociedad poseedora del proyecto de emprendimiento tecnológico. Por otro lado, en este mercado es común que el emprendedor tecnológico recurra a inversionistas privados y no institucionalizados como la banca, puesto que se trata de inversión de riesgo, pero de alta rentabilidad, y ello, sumado a la poca trayectoria de la empresa, no califican en los criterios de riesgo adoptados por la banca en Chile.

En este caso, la cuenta en participación se celebraría entre el o los inversionistas y la sociedad dueña del proyecto de inversión tecnología o de la propiedad intelectual, en el que este último asumiría el rol de gestor y el primero sería el partícipe. Las partes pactarían un aporte que consiste en inversión en dinero, a cambio de una ganancia, denominada rentabilidad. En este sentido las partes pueden acordar un porcentaje de ganancias, que será pagado en un plazo convenido con el inversionista. Con este contrato, no tendrían la dificultad de la salida, que muchas veces implica tener que vender acciones a terceros o a los mismos socios fundadores, sino que simplemente se cumpliría el plazo o condición del contrato como causal de extinción del mismo, se rendiría cuenta y se liquidaría la asociación pagando a cada parte su participación en las utilidades.

## 5. Traspaso sociedades familiares

Las empresas familiares de larga data, en algún punto de su existencia se ven enfrentadas a la sucesión del control y gestión de la misma por los herederos de los socios fundadores. A menudo sucede que a las nuevas generaciones, o no les interesa la administración de la sociedad, o simplemente no poseen las cualidades profesionales y personales requeridas para la vigencia y crecimiento del negocio, lo que podría generar su extinción.<sup>143</sup> En este contexto, las cuentas en participación pueden convertirse en un remedio eficaz para organizar la sucesión empresarial sin temor a su extinción.<sup>144</sup> Esto operaría en el sentido de constituir una cuenta en participación entre los herederos, de los cuales algunos serán partícipes y otros gestores, por cierto, los más adecuados y más interesados. Así se harían cargo de la marcha de la empresa familiar aquellos de la nueva generación que realmente tengan las competencias para asegurar la sobrevivencia del negocio familiar.

## 6. Mercado Automotriz

En la revisión de las opiniones del SII, hemos encontrado las pruebas de una de las funciones moder-

---

<sup>142</sup> JIMÉNEZ (2007), p. 38.

<sup>143</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 266.

<sup>144</sup> GIMENO (2022), p. 54; MARTÍNEZ (2012), p. 266.

nas de las cuentas en participación. En efecto, el oficio n° 2920 del 9 de agosto de 2005,<sup>145</sup> da cuenta de una consulta de un contribuyente, en particular una empresa de servicios financieros. De este oficio podemos extraer esta nueva funcionalidad que consiste en la celebración de un contrato de cuentas en participación entre la empresa financiera y empresa de distribución o comercializadora de vehículos motorizados. La asociación tiene por objeto que la comercializadora de vehículos asuma el rol de partícipe, en el siguiente sentido, según el oficio: “Por su parte, el Distribuidor Automotriz, asumirá el rol de partícipe en la asociación y deberá efectuar aportes o destinación de bienes y asumir también ciertas obligaciones de industria. Así, deberá aportar la suma de \$0.000.000 y sus medios físicos, humanos y bases de datos, con el fin de acercar a sus clientes los productos que le permitan financiar la adquisición de vehículos por él comercializados, directamente en sus locales o por los conductos habituales a través de los cuales hace sus promociones.”<sup>146</sup> La empresa financiera sería la gestora y por tanto repartiría las ganancias de los créditos otorgados para la adquisición de los vehículos.

En definitiva, podemos observar que las cuentas en participación, ya no obedecen tanto a su función de ocultar al partícipe, sino de ser una eficaz herramienta en negocios de gran magnitud o complejidad, como los casos ya revisados.

## V. CONCLUSIONES

-El análisis de sus características nos permiten comprender que se trata de un instrumento jurídico que escapa a las clasificaciones tradicionales de los contratos, atendido sus notas distintivas y su uso en el tráfico mercantil.

-Un tópico que cruza toda la investigación es la influencia del servicio de impuestos internos de Chile en el contrato de cuentas en participación. Definiendo sus características y requisitos. A modo recordatorio, podemos traer a colación:

- Carácter consensual: En esta materia, a pesar de lo indicado por el CCOM, el SII exige que el aporte conste en instrumento público.
- Ausencia de patrimonio común: A pesar de la opinión mayoritaria de la doctrina, y de la prevención nuestra en el sentido de que el punto no es la ausencia de patrimonio común, sino que este no se radica en un ente distinto sino en el patrimonio del gestor, el SII exige llevar contabilidad del contrato separada del resto de las actividades del gestor, en definitiva desde la óptica tributaria existe un patrimonio afecto de la cuenta en participación.

-Es indudable que, a pesar de los años, las cuentas en participación siguen siendo un instrumento jurídico de pleno uso, y ello ya lo hemos comprobado con el estudio de los oficios y circulares del Servicio de impuestos internos de Chile y la jurisprudencia nacional que se refieren a este contrato.

---

<sup>145</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2005).

<sup>146</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2005).

-En la investigación hemos encontrado algunas funciones que escapan de las notas características del contrato de cuentas en participación, como el caso de financiamiento inmobiliario en Chile en el que el gestor se obliga a restituir el capital y sobre el pagar utilidades, lo que representa una modalidad funcional atípica que comporta más bien notas características del mutuo más que de un contrato de cuentas en participación, sin embargo se utiliza el contrato en estudio como vehículo jurídico para canalizar esa relación de inversión.

-El contrato de cuentas en participación es un instrumento de financiación más eficiente, que otras figuras. En concreto permite al empresario que busca financiamiento acceder a él sin la obligación de restituir capital y pagar intereses a todo evento, de tal manera que con la cuenta en participación el empresario se provee de los recursos necesarios para su empresa y solo tiene que repartir las ganancias en caso de que existan. En cambio con el mutuo está obligado a restituir el capital independiente de su éxito o fracaso en los negocios. Para el inversionista es una eficiente fórmula para alcanzar alta rentabilidad, sin necesidad de crear una empresa, de gestionarla ni de conocer si quiera el rubro.

-Como desafío para futuras investigaciones queda pendiente revisar con mayor profundidad la posibilidad de que este contrato sea vehículo articulador de la participación de los trabajadores en las utilidades de una empresa. Además queda por explorar otras nuevas funciones que podemos extraer de laudos arbitrales con el objeto de ampliar estos resultados.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ABARCA, Iván (2018): “Desarrollo del Crowdfunding en Chile”, en: *Documentos de trabajo del Banco Central de Chile* (núm. 815).
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2017): “Las cuentas en participación”, en: *Blog almacén del derecho*. Disponible en: <https://almacenederecho.org/las-cuentas-participacion>.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2022): “Commenda y prestamos la gruesa”, en: *Blog almacén del derecho*. Disponible en: <https://almacenederecho.org/commenda-y-prestamo-a-la-gruesa-ventura-o-riesgo-de-mar>.
- ALONSO, Igor. y CARRIO, Adrián (2019): “Aplicaciones de la inteligencia artificial a los mercados financieros”, en: *Revista papeles de economía española* (núm. 162).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (director); ARROYO APARICIO, ALICIA; BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl y DEL BARRIO PÉREZ, Ángela (2018): *Sociedades Mercantiles*, 2ª edición (Navarra, Thomson Reuters).
- BAEZA OVALLE, Gonzalo (2008): *Tratado de derecho comercial*, 4ª edición (LexisNexis, Santiago), t. II.
- BARBA DE VEGA, José (2017): “Cuentas en Participación”, en: Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto (director): *Contratos Mercantiles*, 6ª edición (Navarra, Thomson Reuters), t. I.
- BARONA VILAR, Silvia (2021): *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando (2022): *Manual de derecho mercantil*, 29ª edición (Madrid, Tecnos), vol. I.

- CABALLERO GERMAIN, Guillermo (2022): “La Subparticipación, un caso de sociedad sin personalidad jurídica en el Código Civil”, en: *Revista chilena de Derecho* (vol. 4 núm. 1).
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2011): *Instituciones de Derecho Comercial*, 3ª edición (Santiago, Abeledo Perrot).
- DIARIO CONSTITUCIONAL (2022): “Regulación de Fintech: senadores exploran modelos que apunten a minimizar riesgos”, disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/03/06/regulacion-de-fintech-senadores-exploran-modelos-que-apunten-a-minimizar-riesgos/>.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GUILLÓN BALLESTEROS, Antonio (1998): *Instituciones de derecho civil*, 2ª edición (Madrid, Tecnos), vol. I y II.
- DUMAY PEÑA, Alejandro (2017): “La asociación o cuentas en participación”, en: *Revista de derecho tributario Universidad de Concepción* (vol. 1).
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Cristina (2009): *Derecho mercantil teoría y práctica*, 2ª edición (Zaragoza, Pressas Universitarias de Zaragoza).
- FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos (1962): “Las notas distintivas de las cuentas en participación”, en *Revista de derecho mercantil* (vol. 33 núm. 83).
- FINANCIAL STABILITY BOARD (2022): “FinTech”, disponible en: <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/financial-innovation-and-structural-change/fintech/>.
- GUAL DALMAU, María (1993): *Las cuentas en participación* (Madrid, Civitas).
- GUERRERO VALENZUELA, Roberto y ZEGERS RUIZ-TAGLE, Matías (2014): *Manual sobre derecho de sociedades* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- GILSANZ MUÑOZ, María (2021): “El impacto de la inteligencia artificial en la sociedad y su aplicación en el sector financiero”, en: *Revista diecisiete* (núm. 4).
- GIMENO RIBES, Miguel (2022): “Uso y Desuso de Las Sociedades de Personas”, en: *Anuario de derecho civil* (vol. 75 núm. 1).
- HERNÁNDEZ SAINZ, Esther (2017): “El crowdfunding inmobiliario mediante contratos de cuentas en participación: una fórmula de inversión participativa ¿alegal o prohibida?”, en: *Revista de estudios europeos* (núm. 70).
- INVEST CHILE (2023): “Todo lo que debes saber sobre la industria FINTECH en Chile”, disponible en: <https://blog.investchile.gob.cl/blogs/ley-fintech-chile>.
- IZQUIERDO MONTORO, Elías (1971): *Temas de derecho mercantil* (Madrid, Montecorvo).
- JIMÉNEZ, Luis (2007): *Capital de riesgo y mecanismos financieros de apoyo a la innovación en Brasil y Chile* (Santiago, CEPAL).
- MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza (2012): “Las nuevas funciones de las cuentas en participación”, en: *Cuadernos de derecho y comercio* (núm. 58).
- MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza (2011): *Las cuentas en participación y su vertiente interna* (Granada, Comares).
- MILLÁN GARRIDO, Antonio (2017): “Las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples”, en: Jiménez Sánchez, Guillermo y Díaz Moreno, Alberto (coordinadores): *Lecciones de derecho mercantil*, 20ª edición (Madrid, Tecnos).
- MORAND, Luis (2008): *Sociedades*, 4ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PALMA ROGERS, Gabriel (1936): *Derecho comercial* (Santiago, Imprenta “El Esfuerzo”), t. II.
- PAZ-ARES, José (1999): “Atributos y límites de la personalidad jurídica”, en: Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio et al (directores), *Curso de derecho mercantil I* (Madrid, Civitas).

- PUELMA ACCORSI, Álvaro (2006): *Sociedades* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- RUIZ DE VELASCO, Adolfo (1999): *Manual de Derecho Mercantil* (Madrid, Universidad Pontificia Comillas).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007): *Derecho comercial*, 8ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I, vol. II.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. (2013): *Principios de derecho mercantil*, 18ª edición (Madrid, Thomson Reuters).
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ CALERO, Juan (2015): *Instituciones de Derecho mercantil*, 37ª edición (Navarra, Aranzadi), vol. I.
- SERRA MALLOL, Antonio y CANO RICO, José (1991): *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles* (Madrid, Tecnos).
- Torres Zagal, Oscar (2018): *Derecho de Sociedades*, 6ª edición (Santiago, Thomson Reuters).
- URÍA, Rodrigo (2000): *Derecho mercantil*, 27ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- UBILLA GHANDI, Luis (2003): *De las sociedades y la E.I.R.L.* (Santiago, Legal-Publishing).
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2019): *Sociedades*, 3ª edición (Santiago, Thomson Reuters).
- VICENT CHULIA, Francisco (2022): *Introducción al derecho mercantil*, 24ª edición (Valencia, Tirant lo Blanch).

### **Jurisprudencia citada**

- Compañía Pesquera Camanchaca S.A. con Servicio de Impuestos Internos, Dirección Regional de Concepción (2014): Corte Suprema de Chile, de 18 de enero de 2016, rol 24.719-2014.
- Inversiones Freevals con Inversiones San Luis SpA. (2013): Corte Suprema de Chile, de 9 de marzo de 2016, rol 47.582-2016.
- Cabezas Escobar Dom con Peña Faundez (2008): Corte Suprema de Chile, de 2 de junio de 2010, rol 6.777-2008.
- Opazo Tapia Ivette con Ferrer y Padilla LTDA. (2014): Corte de apelaciones de Santiago, de 19 de diciembre del año 2014, rol 8161-2014.

### **Normativa citada**

- Código Civil de Chile, de 1855.
- Código de Comercio de Chile, de 1829.
- Código de Comercio de Chile, de 1865.
- Código Tributario de Chile, de 1974.
- Decreto de Ley N°824, Ley sobre Impuesto a la Renta, de 31 de diciembre de 1974.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2003): Oficio N°5266, de 22 de febrero de 2003.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2005): Oficio N°2920, 09 de agosto de 2005.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2013): Oficio N°353, 11 de octubre de 2013, Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2019): Oficio N°2780, de 08 de noviembre de 2019.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2020): Oficio N°307, 27 de enero de 2000.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2022): Oficio N°530, de 22 de febrero de 2022.

# Problemática sobre el origen y naturaleza de la compraventa obligacional

## *Problems about the origin and nature of compulsory sales*

**Javier Belda Mercado**

Universidad de Granada, Granada, España.  
Correo electrónico: [jbelda@ugr.es](mailto:jbelda@ugr.es). <https://orcid.org/0000-0002-0541-9252>

Recibido el 18/11/2023

Aceptado el 11/04/2024

Publicado el 17/05/2024

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n44.02>

**RESUMEN:** La configuración de la compraventa como contrato consensual generador de obligaciones constituye un logro de la jurisprudencia romana, que consiguió así superar la concepción originaria de la compraventa real, que se encuentra en el antiguo derecho romano clásico, y que renace en el derecho vulgar como modo de adquirir la propiedad; así pues, aquella surge como negocio autónomo cuando en la práctica mercantil, se presenta la necesidad de realizar operaciones comerciales con aplazamiento del pago del precio y de entrega de la mercancía, y el convenio contractual produce obligaciones desde el momento en que las partes se ponen de acuerdo respecto al objeto de la venta y el precio del mismo.

En este trabajo analizamos las diversas teorías o hipótesis sobre dicho tránsito, desde el régimen de la doble *stipulatio*, o a través del proceso de formación del *ius gentium* y algunas otras hipótesis fundamentales en las fuentes.

**ABSTRACT:** The configuration of the sale as a consensual contract that generates obligations constitutes an achievement of Roman jurisprudence, which thus managed to overcome the original conception of the real sale, which is found in ancient classical Roman Law, and which is reborn in vulgar law as a way of acquiring property; thus, that arises as an autonomous business when in commercial practice, there is a need to carry out commercial operations with postponement of the payment of the price and delivery of the merchandise, and the contractual agreement produces obligations from the moment the parties agree regarding the object of the sale and the price of it.

In this work we analyze the various theories or hypotheses about such transit, from the regimen of the double *stipulatio*, or through the process of formation of the *ius gentium* and some other hypotheses based on the sources.

**PALABRAS CLAVE:** *Iudicium bonae fidei*, consensualidad, *mancipatio*, *fides*, *ius gentium*, *oportere ex fide bona*, *imaginaria venditio*, sistema contractual romano clásico, *tradere habere licere*, *synallagma*, *stipulationes*, *emere*, vender, negocio abstracto.

**KEY WORDS:** *Iudicium bonae fidei*, consensuality, *mancipatio*, *fides*, *ius gentium*, *oportere ex fide bona*, *imaginaria venditio*, classical roman contractual system, *tradere habere licere*, *synallagma*, *stipulationes*, *emere*, sell, abstract business.

## I. INTRODUCCIÓN

La aparición de la compraventa como negocio obligacional,<sup>1</sup> fenómeno con frecuencia debatido por la doctrina romanística,<sup>2</sup> y acerca de la cual encontramos una amplia literatura,<sup>3</sup> constituiría un logro de la jurisprudencia romana, y al mismo tiempo supondría un verdadero avance en el campo de la historia del derecho.

Es así como el problema central de la historia jurídica de la compraventa romana lo constituye la génesis, la determinación del origen de la venta consensual,<sup>4</sup> lo cual representa una originaria invención del genio jurídico romano,<sup>5</sup> que consiguió así superar la concepción originaria de la compraventa real.<sup>6</sup>

En primer lugar, habría que insistir en la idea de que una de las cuestiones de la reconstrucción del sistema romano clásico y de su desarrollo posterior hasta llegar a la época de la codificación vendría representada por la estructura de la compraventa obligacional en relación a mecanismos elaborados por la jurisprudencia para garantizar la realización de los efectos sinalagmáticos del negocio, transmisión de la mercancía y pago del precio.<sup>7</sup>

Por ello, cuando aludimos en general, a la *emptio-venditio* romana, se destaca, en efecto, su naturaleza meramente obligacional,<sup>8</sup> apreciándose una división neta clara, precisa, entre el contrato como fuente de obligaciones, y su ejecución,<sup>9</sup> con lo cual aparecería bastante evidente la separación, típica-

---

<sup>1</sup> En palabras de WIEACKER (1988).

<sup>2</sup> MEYLAN (1953), pp. 129 y ss.; CANCELLI (1963), pp. 270 y ss.; BECHMANN (1965), pp. 417 y ss.; MOMMSEN (1865), pp. 260 y ss.; DE ZULUETA (1945), pp. 3 y ss.; LUZZATTO (1965), pp. 897 y ss.; WATSON (1984), pp. 16 y ss.; ARANGIO RUIZ (1952), pp. 281 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUIJÁN (1994), pp. 549 y ss.; LABRUNA (1968), pp. 24 y ss.; GALLO (1960), pp. 37 y ss.; CANNATA (1997), pp. 73-88; IHERING (1888), pp. 201 y ss.; PRINGSHEIM (1954), pp. 475 y ss.; BIONDI (1939), p. 265.

<sup>3</sup> CANNATA (1997), pp. 413 y ss.

<sup>4</sup> ARANGIO RUIZ (1956), pp. 45 y ss.; MEYLAN (1953), p. 366; VOCI (1962), pp. 365-373; FERNÁNDEZ DE BUIJÁN (1994), p. 553; KASER (1960), pp. 546 y ss.

<sup>5</sup> ARANGIO RUIZ (1952), pp. 16 y ss.; CANNATA (1997), p. 416.

<sup>6</sup> Compraventa real que representaba la primitiva compraventa al contado, y que renacerá en el Derecho vulgar postclásico; FERNÁNDEZ Y PARICIO (1993), p. 350.

<sup>7</sup> VACCA (1997), pp. 127-142.

<sup>8</sup> GARCÍA GARRIDO (1991), pp. 341 y ss.

<sup>9</sup> El acuerdo hace surgir la obligación de transmitir la cosa y la obligación de pagar el precio, pero para que pase la propiedad de la cosa y el precio, es necesario un acto posterior con efectos reales -*mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*-, traslativo de la posesión y de la propiedad; PUGLIESE (1990), p. 558.

mente romana, entre los efectos obligatorios del contrato consensual y el negocio traslativo del dominio, ya que del acuerdo de voluntades nacería una simple relación obligatoria, mientras los efectos traslativos corresponderían a un negocio jurídico distinto. En suma, en la compraventa romana, el acto traslativo, en cuanto que se admite su atenuación y espiritualización, se distinguiría nítidamente del negocio obligatorio, y, por tanto, la compraventa obligacional se consideraría en todo su desarrollo como verdadera fuente de obligaciones. Así, la eficacia puramente obligatoria y la consiguiente distinción entre contrato y acto traslativo respondía, como se sabe, a la exigencia que conllevaba el comercio con los peregrinos, de poder diferir, en caso necesario, el pago del precio o la entrega de la cosa, o ambos a la vez. De este modo, la característica fundamental de la *emptio venditio* radica en el contenido de la obligación del vendedor, la cual no consistía en transmitir y obligarse a transmitir la propiedad misma de la cosa, sino solamente en procurar al comprador el goce pacífico de la cosa: “*ut rem emptori habere licere, non etiam ut eius faciat*”.<sup>10</sup>

En virtud de este negocio consensual obligatorio, no derivaba ningún derecho real para el adquirente ni se transmitía la cosa ni el precio, sino que sólo creaba obligaciones recíprocas entre las partes contratantes, en el cumplimiento de las cuales se producía, de ordinario, dicha transmisión.

Aun cuando la determinación del origen de esta figura jurídica constituye sin duda un tema polémico,<sup>11</sup> sin embargo, la configuración de la compraventa como contrato obligacional no es originaria,<sup>12</sup> sino que pertenece a una fase posterior de su evolución,<sup>13</sup> dado que tal carácter obligacional sólo puede atribuirse al Derecho romano clásico.<sup>14</sup>

En relación a ello, tal convicción nos viene casi impuesta por el desarrollo tan complejo del sistema contractual romano, el cual parte del principio por el cual el nudo consenso –el mero pacto, el simple convenio<sup>15</sup> no era capaz de hacer surgir obligaciones, excepto que fuese acompañado de la correspondiente *actio* que lo protegiese, aparte de esa *causa civilis* –en el caso de la *emptio-venditio*, el venir perfeccionada mediante el *consensus* entre las partes–, que constituía ese requisito imprescindible para elevar esa convención o mero acuerdo de voluntades a la categoría de contrato; aun así, reconocía eficacia jurídica a algunos negocios consensuales taxativamente determinados, entre ellos, la *emptio-venditio*.<sup>16</sup>

Así pues, la noción de contrato consensual, en el cual el vínculo obligatorio nace tan sólo del acuerdo de voluntad de los contratantes,<sup>17</sup> independientemente de cualquier otro requisito formal –como

---

<sup>10</sup> D. 19, 1, 30, 1.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ DE BUIÁN (1994), p. 557.

<sup>12</sup> ARANGIO RUIZ (1952), pp. 336 y ss.

<sup>13</sup> Como nos dice DE ZULUETA (1945), p. 3: “el contrato de compraventa romana como tal es fruto de una extensa y ardua evolución, extendiéndose desde las XII Tablas hasta Justiniano”.

<sup>14</sup> GALLO (1960), p. 37.

<sup>15</sup> MAGDELAIN (1958), pp. 5 y ss.; Véase también PEROZZI (1948), pp. 565 y ss.

<sup>16</sup> Cf. C. 2,3,20: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*.

<sup>17</sup> Gai 3,139; D. 18, 1, 9 (*Ulpianus, lib. XXVII ad Sabinum*); D. 44, 7, 57 (*Pomponius, lib. XXXVI ad Quintum Mucium*).

ocurre en el caso de los contratos verbales, literales- o de cualquier contraprestación de la otra parte -caso de los contratos reales-, parece ser una noción extraída exclusivamente del genio jurídico romano.<sup>18</sup>

De este modo, en el Derecho romano, aquélla sólo genera obligaciones, y sólo constituye un elemento del complejo *iter* transmisivo como *iusta causa* de la tradición, residiendo en ésta el acto traslativo.<sup>19</sup>

Así pues, la compraventa es perfecta y produce sus efectos desde que hay acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque no se hayan entregado ni una ni otro: de la *emptio* surgen obligaciones, pero no suficientes para transmitir la propiedad; de todos modos, la estructura legal de la compraventa ha variado a lo largo de los tiempos, así como la evolución histórica de esta institución.

En este sentido, el punto de partida de tal evolución lo representa la venta legalmente reconocida en origen, consistente en el cambio inmediato de dos prestaciones, cosa contra precio; como puede apreciarse, los acuerdos previamente adoptados por las partes acerca de dicho cambio no tendrán relevancia jurídica, y el único hecho relevante para el derecho era el propio acto de cambio voluntario, el cual no se consideraba como ejecución de un acuerdo anterior, sino como acto constitutivo de la venta: es a este acto al que se denomina inicialmente venta manual, real o al contado.

En esta fase inicial no hay distinción entre venta y modo de adquirir, sino que los intercambios se desarrollan a través de los modos de transmisión, por ello, no cabe hablar en esta época de la venta como negocio de disposición, que transmite inmediatamente la propiedad, sino que más bien la formalidad imperante vino a absorber toda distinción entre venta y acto de disposición, realizándose las operaciones comerciales por medio de cambio formal, que era, en definitiva, en lo que al parecer consistió la primitiva *mancipatio*.

La prueba de este régimen ordinario de venta al contado se reflejaría en las ventas de *res Mancipi*, ya que la *mancipatio*, indispensable desde el origen para la venta de esta categoría de cosas, y considerada como el modo de transmitir el *dominium ex Iure Quiritium*, tendría precisamente la estructura de venta manual o al contado, y el ritual simbolizaría todo el cambio de prestaciones, asumiendo la *mancipatio* la forma de venta ficticia -*imaginaria venditio*.

---

<sup>18</sup> En diversos ordenamientos jurídicos de la Antigüedad, especialmente del Oriente mediterráneo, parece ignorarse el contrato consensual, en el que el vínculo obligatorio nacería de la voluntad manifestada de las partes, y la transmisión de la propiedad por compraventa es dominada constantemente por la noción de venta al contado; esto sucedería en el derecho neobabilónico, donde el nacimiento de obligaciones era concebida como un fenómeno accesorio, o en los derechos egipcios, hebraicos o helenísticos, en los cuales la compraventa aparecería, no como negocio obligatorio, sino bajo el perfil de un contrato real, en el que la transmisión de la propiedad y las obligaciones de las partes nacerían siempre del pago del precio; para el fenómeno de la subrogación real -*Surrogationprinzip*-, PRINGSHEIM (1914), pp. 328 y ss., por el cual, "*res succedit in locum pretii, pretium in locum rei*"; Véase LEVY (1963), pp. 157 y ss.; BOYER (1953), pp. 77 y ss.; PRINGSHEIM (1954), p. 190; HOFFMANN (2018), pp. 71 y ss.; PIRENNE (1934), pp. 293 y ss.; PETSCHOV (1954), pp. 125 y ss.; PETSCHOV (1956), pp. 37 y ss.; ARANGIO RUIZ (1952), p. 55; FADDA (1919), pp. 38 y ss.; ANDRÉS SANTOS (1997), pp. 23 y ss.; LUZZATTO (1956), p. 923; ROMANO (1937), p. 28.

<sup>19</sup> CANCELLI (1963).

Esta *mancipatio* o compraventa real se perfeccionaba con la transmisión inmediata de la cosa, y, por tanto, no creaba vínculo obligatorio entre las partes, salvo su responsabilidad de evicción. La forma de la *mancipatio* es conocida a través de un pasaje de las Instituciones de Gayo, 1,119:

*“Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: adhibitas non minus quatuordecim quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is quis mancipio accipit, rem aeneam tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra: deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.”*<sup>20</sup>

En consecuencia, el comprador debe tomar posesión de la misma –símbolo de la entrega– dado el allanamiento del vendedor, y al mismo tiempo debe pagar simbólicamente el precio: *“Idque aes dat ei a quo mancipio accipit, quasi pretii loco”*.

Al mismo tiempo, este acto de cambio de prestaciones es concebido como constitutivo de la venta imaginaria, como muestra la fórmula pronunciada por el comprador: *“Is homo isque mihi emptus est (esto) hoc aere aeneaque libra”*, por lo que habría que centrarse en la consideración del acto en su sentido originario de venta efectiva.

La venta de *res Mancipi* debía revestir la forma de la *mancipatio*, considerada el modo de transmitir el *dominium ex iure Quiritium*. No hay venta por un lado y *mancipatio* por otro, sino que lo que parece existir exclusivamente en la *mancipatio*, que por ello adopta inicialmente la forma de venta manual, con el fin de transmitir la cosa a cambio de un precio, por lo que, en definitiva, la venta en el derecho antiguo fue la *mancipatio*, la cual implicaría un cambio inmediato de cosa y precio:

*“Quam ob rem qui dabat olim pecuniam non numerabat eam sed appendebat...”*<sup>21</sup>

En esta fase no hay distinción entre venta y modo de adquirir la propiedad, sino que el tráfico comercial se produce de diversas formas, a través de los distintos medios de transmisión; se podría afirmar, que la *mancipatio* era, según su origen primitivo, *“una compraventa al contado, que abarcaría el acuerdo sobre el intercambio que se pretende realizar, así como la atribución inmediata de la mercancía y el precio por cada una de las partes”*.

Por lo que respecta al régimen de venta o transmisión de las *res nec Mancipi*, se podría llegar a la consideración de que la única venta reconocida fue la venta manual o al contado, también denominada *emptio libral*, en atención al *aes*, metal que se pesaba en la balanza, y que simbolizaría el dinero pagado.

---

<sup>20</sup> CANCELLI (1963), p. 112.

<sup>21</sup> Gai, 1, 122.

Esta consistiría, evidentemente, en la *traditio* de la mercancía por el vendedor, y en el pago del precio por el comprador, efectuada sobre la base de un acuerdo que debe funcionar precisamente como causa de la tradición de la mercancía. En suma, el mecanismo de transmisión de la propiedad de una *res nec mancipi* constará de dos elementos: la *traditio* de la cosa y la *iusta causa*; en el caso de *emptio-venditio*, la *causa de la traditio* se concreta en el acuerdo, esto es, en el caso de compraventa.

El comprador debe también aquí, únicamente pagar el precio, y se debe subrayar que –aquí como en el caso de la *res mancipi*–, la causa de la *traditio* de las monedas no radica en el acuerdo de venta: la obligación de pagar el precio es una obligación de *dare*, y la ejecución de una obligación de *dare* tiene siempre lugar *solutionis causa*.

La *traditio* ofrece, de un lado, frente a la *mancipatio*, la ventaja de ser, al mismo tiempo, acto de transmisión de la posesión y modo de transmisión de la propiedad; en consecuencia, no es aquí necesario presumir una obligación autónoma a *possessionem tradere*, junto a una obligación de *tradere* en vista de la transmisión de la propiedad.

Por el contrario, presentaría una desventaja, que consistiría en el hecho que la *traditio* no comportaría, de por sí, ninguna obligación de garantía para el caso de evicción. Por esta razón, los juristas han concebido aquí, a cargo del vendedor, una obligación subsidiaria, por lo cual debe prometer el resarcimiento, o bien que la evicción tenga lugar *stipulatio duplae* y similares.

Además, se debe hacer notar que la venta de *res nec mancipi* ligada al acto de ejecución de la *mancipatio*, viene ya abolida por Justiniano, cuando la *traditio* llega a ser instrumento general para la transmisión de la propiedad.

Así como se puede constatar con claridad el carácter real de la compraventa al contado –*Barkauf*– según la doctrina Pandectística,<sup>22</sup> con eficacia traslativa directa, ya que se efectuaba un cambio inmediato de cosa y precio, el cual producía esencialmente efectos reales–, no puede decirse lo mismo del posterior desarrollo histórico de la estructura jurídica del negocio,<sup>23</sup> ya que se aprecia una lenta y a su vez decisiva evolución histórico-jurídica entre una y otra.<sup>24</sup> Lo que resulta claro es que la eficacia pu-

---

<sup>22</sup> Es aceptado unánimemente por la doctrina, y corroborado por las fuentes, el origen de la compra real, manual o libral –en atención al *aes*, metal informe y signado, que cumpliría el papel de dinero–, entendido esta compra manual –*Naturalkauf*, según los pandectistas–, como intercambio simultáneo de cosa por precio, que en un primer momento se contaría en una balanza, y posteriormente, bastaría que fuese contado, hasta precisamente la aparición o puesta en circulación de la moneda, momento socioeconómico que marca el origen de la *emptio-venditio*; FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1994), pp. 553 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1982), p. 19; FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1978), p. 127; ARANGIO RUIZ (1939), pp. 141-161; ARANGIO RUIZ (1939), pp. 4-145 y ss.; PELAYO DE LA ROSA (1976); BALZARINI (1965), pp. 992 y ss.; ARIAS BONET (1966), pp. 15-25; BESIA (1912), pp. 445 y ss.; DE BELLA (1939), pp. 8923 y ss.; MASCHI (1956), pp. 355 y ss.; SITZIA (1983), pp. 106-116; BECHMANN (1876), p. 6; CAMACHO EVANGELISTA (1977), pp. 7 y ss.; HUVELIN (1929), pp. 3 y ss.; GROSSO (1963), pp. 166 y ss.; MAGDELAIN (1958), pp. 71 y ss.; VOCI (1946), pp. 257 y ss.; para un desarrollo posterior de la permuta en época postclásica, cf. LEVY (1951), p. 137; KASER (1975), p. 277.

<sup>23</sup> LONGO (1944), p. 154.

<sup>24</sup> A la consensualidad es inherente la rigurosa obligatoriedad, de ahí la separación neta entre contrato, fuente de obligaciones, y acto traslativo, separación que se atenúa en época postclásica; VOCI (1962), p. 366.

ramente obligatoria y a su vez, la distinción entre contrato y acto traslativo, respondía a la exigencia de diferir, en caso necesario, el pago del precio o la entrega de la cosa, o ambas a la vez.<sup>25</sup>

“*Pretium succedit in locum, res succedit in locum pretii*”.<sup>26</sup>

La *emptio venditio*, en su función de cambio de cosa por dinero, vendría precedida históricamente por la *mancipatio*, institución *iuris civilis*, que implicaría cambio de la propiedad de una cosa por dinero, y tendría efectos reales, mientras que la *emptio venditio* sería una relación *iuris gentium*, que se concluiría con el simple consenso y tendría efectos puramente obligatorios.<sup>27</sup>

Así pues, se plantea el paso de una compraventa inmediatamente traslativa de la propiedad a una compraventa obligatoria, que no generaba la obligación del vendedor de transmitir inmediatamente el dominio, y ni siquiera requería el cumplimiento de actos idóneos a este resultado.

La compraventa consensual surge como negocio autónomo<sup>28</sup> cuando en la práctica se presenta la posibilidad de realizar operaciones comerciales con aplazamiento en el pago del precio o en la entrega de las mercancías, esto es, de realizar operaciones o transacciones comerciales sin tener la cosa a disposición en el acto, y sin necesidad de que el precio se pagara al instante al vendedor.<sup>29</sup>

De la eficacia puramente obligatoria de la compraventa deriva la diferenciación entre el convenio generador de obligaciones y el acto *-mancipatio, in iure cessio, traditio-* traslativo de la propiedad o la posesión, y la entrega del precio, que constituyen, respectivamente, obligaciones del vendedor y comprador.

Por consiguiente, apreciamos una gran diferencia entre la originaria venta y el concepto clásico de compraventa que nos transmiten las fuentes, incluso en ella se observa una extraordinaria evolución, desde las XII Tablas hasta Justiniano<sup>30</sup> evolución que, obedeciendo a diversos factores, no ha sido plenamente aclarada por la doctrina romanística-, tanto en el concepto como en el procedimiento de realización de la compraventa.

En suma, el problema del origen y naturaleza de la *emptio-venditio* obligacional se encontrarían estrechamente relacionados, ya que ambos constituyen presupuestos indispensables para comprender la estructura de la compraventa en el Derecho romano clásico y su evolución posterior.

---

<sup>25</sup> GALLO (1960), p. 19.

<sup>26</sup> Cf. Gl. *quia potest* ad D. 5, 3, 22, gl. *dicemus* ad D. 4, 2, 18, gl. *vel alia universitate* ad D. 5, 3, 20, 10; también en Bartolus, *Comm.* ad D. 24, 3 ante l. 1, ad D. 4, 2, 18.

<sup>27</sup> Respecto a la *mancipatio*, véase: AMUNATEGUI (2012), pp. 329-352; VARELA GIL (2017), pp. 1-14; FUENTESECA (1974), pp. 73 y ss.; CAMACHO EVANGELISTA (1993), pp. 3 y ss.; BIONDI (1939), p. 363.

<sup>28</sup> Probablemente entre finales del siglo III y comienzos del II a.C.

<sup>29</sup> PRINGSHEIM (1954), pp. 473 y ss.; ARANGIO RUIZ (1952), p. 46.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR (1955), pp. 9 y ss.

## II. HIPÓTESIS O TEORÍAS SOBRE EL ORIGEN DE LA COMPRAVENTA OBLIGACIONAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Así, en este sentido, para explicar la configuración de la compraventa como negocio obligacional, y justificar el método por el que se llegó al reconocimiento de la compraventa consensual, se han formulado diferentes hipótesis o teorías que prueban que en esta materia la doctrina se haya dividida. A ello contribuye la escasez de fuentes fiables, además de las diferentes hipótesis y conjeturas versadas sobre la materia, susceptibles de diferentes interpretaciones.

En ocasiones, se proponen soluciones criticables, por no encontrar apoyo en las fuentes, o bien por no aportar nada acerca de la génesis de la compraventa consensual, aunque en realidad, se trataría de meros argumentos o hipótesis para concretar qué se habría hecho en Roma para otorgar validez al acuerdo sobre la ejecución de un cambio futuro.<sup>31</sup>

### A. Opinión según Pernice y otros

Así, entre ellas destaca la hipótesis sostenida por Pernice<sup>32</sup> o por Monier<sup>33</sup> sobre tal génesis, para los cuales la compraventa, antes de ser reconocida como contrato consensual, habría sido reconocida como negocio del tipo de los *synalagmas* reales innominados (*do ut des*), en el sentido de que la *datio* de la cosa, o bien de una suma de dinero, hacía surgir en la parte que recibía -en base al *do ut des* de los contratos innominados- la obligación de llevar a cabo, en relación con la otra parte, una contraprestación; se llegó a admitir que la prestación efectuada por una parte *venditionis causa* -por ejemplo, la prestación de la cosa por parte del vendedor- hacía surgir sin duda en la otra parte la obligación de cumplir la propia: el negocio se formaba *re*, pero con carácter bilateral.<sup>34</sup>

Además, el *synalagmas do ut des*<sup>35</sup> presupone como requisito esencial que la prestación realizada en primer lugar consista en la transmisión de la propiedad, en un *dare*, exigencia que no encontraría base alguna en la obligación del vendedor en la evolución posterior de la compraventa romana, donde no existe indudablemente huella alguna de que el vendedor estuviera obligado a hacer propietario al comprador: no estaría obligado a un *dare*, sino a un *facere: tradere habere licere*.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Aunque en realidad, según GALLO (1964), p. 318, para la construcción del contrato consensual de compraventa no se tendrían elementos suficientes para decir con exactitud en qué fase, y, por tanto, en qué periodo, se puede encuadrar la formulación del principio en examen.

<sup>32</sup> PERNICE (1892), pp. 474 y ss.; PERNICE (1892), p. 318; PERNICE (1898), p. 222; del mismo parecer, HUVELIN (1929), p. 90; COSTA (1911), p. 387.

<sup>33</sup> MONIER (1947), pp. 134 y ss.

<sup>34</sup> Longo reconoce que el *synalagma do ut des* presupone como requisito esencial que la prestación consista en una transmisión de la propiedad, estructura que habría tenido lugar en el caso de que el primer obligado fuese el vendedor: habría debido transmitir la propiedad de la cosa para obtener el precio correspondiente. En cambio, es indudable, según la estructura de la *emptio-venditio* obligatoria clásica, que el vendedor no está obligado a hacer propietario al comprador; cf. D. 19, 4, 1 pr. (*Paulus, lib. XXXII ad Edictum*); D. 19, 1, 11, 2 (*Ulp., lib. XXXII ad Edictum*); D. 18, 1, 25 (*Ulp., lib. XXXIV ad Edictum*); LONGO (1944), pp. 154 y ss.

<sup>35</sup> BONFANTE (1951), p. 392; ARANGIO RUIZ (1952), pp. 315 y ss.; VOLTERRA (1987), pp. 533-535.

<sup>36</sup> Cf. D. 19, 1, 30, 1 (*Africanus, lib.VIII Quaestionum*); D. 19, 1, 11, 8 (*Ulpianus, lib.XXXII ad Edictum*); D. 19, 1, 50 (*Labeus, lib. IV Iavolenus Epitomatorum*); D. 19, 1, 38, 2 (*Celsus, lib.VIII Digestorum*).

La propia noción romana del contrato real se basaría en la propia entrega de una cosa de manos del acreedor al deudor, y tendría siempre por objeto la restitución de la misma cosa o de otra prácticamente idéntica, del *tantundem*, por lo que no se comprendería que tal estructura se adaptase a la prestación de dos cosas sustancialmente diferentes como la *merx* y el *pretium* en la compraventa, ni en cualquier caso, que una relación en la que, por su estructura misma, una de las partes se obliga, mientras que la otra sería tan sólo acreedora, pueda conducir a una prestación bilateral de carácter sinalagmático, propia de la compraventa romana.

En definitiva, no se comprendería cómo se habría llegado a un régimen en el que la transmisión es el objeto de la obligación del vendedor, mientras que la característica fundamental de la compraventa romana vendría constituida por el hecho de entablar un vínculo obligatorio entre ambas partes.

También desde el punto de vista jurídico sería discutible el enlace entre la estructura de la compraventa romana y las correspondientes acciones procesales concedidas al comprador y al vendedor, con la concepción de un contrato real.<sup>37</sup>

Es así como dicha teoría -como ha quedado demostrado-, incurriría en una serie de incompatibilidades históricas al intentar dar una respuesta al problema planteado, por lo que aquélla sería rechazable en época arcaica, ya que para que las relaciones entre particulares funcionasen a modo de *synallagma* reales, habría que remontarse a época postclásica, con el reconocimiento de los contratos innominados.

## **B. Opinión según Bechmann y otros**

Por otro lado, otros autores se limitan a configurar la evolución hacia la consensualidad de una forma meramente ideológica, sin indicar concretamente un proceso de introducción del segundo sistema.

Así, por ejemplo, para Bechmann,<sup>38</sup> el tránsito de la compraventa real o manual a la consensual se habría producido en el momento en que el precio podría aplazarse, acreditarse, y no entregarse en el acto, práctica que comenzó a ser utilizada muy pronto en Roma, y terminó siendo usual -compraventa a crédito-, resaltando la importancia de la nuda convención, lo cual llevaría al reconocimiento de la eficacia vinculante del mismo; por tanto, junto a la estructura de la *mancipatio* como compraventa al contado, debió de aparecer otra compraventa a crédito.<sup>39</sup>

Esta suposición, de la que no se puede concretar su fecha exacta, viene a decirnos que en un determinado momento -el de la posibilidad de acreditar el precio- se le reconocería valor a la mera convención, sin que pueda distinguirse ni señalarse de manera concreta cuando dejó de ser com-

---

<sup>37</sup> VOLTERRA (1987), p. 498; TORRENT (1994), p. 448.

<sup>38</sup> BECHMANN (1876), pp. 330 y ss.

<sup>39</sup> Se admitiría esta otra venta a crédito, en el que las palabras sacramentales de la *mancipatio*: *emptum esto hoc aere aeneaque libra*, serían sustituidas por la *damnatio* del comprador sobre el pago del precio; BECHMANN (1876); BERTOLINI (1914), pp. 138-139.

praventa al contado para convertirse en compraventa a crédito,<sup>40</sup> por lo que este aplazamiento del pago del precio era posible ya en la *mancipatio*, desglosándose en la misma la entrega de la cosa y el pago del precio: cuando esto ocurría, el que aplazó la entrega de la cosa quedaría obligado a su posterior entrega.<sup>41</sup>

### C. Opinión según Ihering y otros

Existe otra tesis de gran arraigo y particularmente predominante, según la cual, en el paso de la compraventa real a la consensual jugó un papel decisivo la *stipulatio*, y cuya hipótesis, muy extendida, fue seguida, entre otros, por Ihering,<sup>42</sup> Arangio Ruiz,<sup>43</sup> Girard,<sup>44</sup> Bekker,<sup>45</sup> Watson,<sup>46</sup> Schulz<sup>47</sup> y Sargenti.<sup>48</sup> De este modo, antes de que la compraventa consensual fuese reconocida como tal, la única forma de originar obligaciones y de procurar a su vez su cumplimiento, asegurado por las correspondientes acciones, fue mediante la *stipulatio*<sup>49</sup> y, más concretamente, dos *stipulationes*<sup>50</sup> distintas, congruentes a un mismo fin, y teniendo por objeto, respectivamente, la entrega de la cosa y el pago del precio:<sup>51</sup> una, hecha por el vendedor, referente a la prestación de la cosa, que de esta forma se obligaba a entregar la propiedad y transferir la cosa, y otra, por parte del comprador, mediante la cual prometía el pago del precio de la cosa que se pretendía adquirir.<sup>52</sup>

---

<sup>40</sup> PERNICE (1888), p. 222; ARANGIO RUIZ (1952), p. 59.

<sup>41</sup> BERTOLINI (1914), pp. 138 y ss.

<sup>42</sup> IHERING (1898), pp. 581 y ss.; IHERING (1892), p. 232.

<sup>43</sup> La configuración de la compraventa como vínculo obligatorio sólo pudo surgir tardíamente, cuando las necesidades del comercio, las necesidades del tráfico jurídico impiden que el comercio se resuelva en unidad de acto formal: así pues, ya no es posible el simultáneo pago del precio y la entrega de la cosa, obligándose las partes a hacer, no una venta traslativa de propiedad, sino una venta obligatoria, produciéndose así por primera vez una separación entre el negocio obligacional y el negocio de disposición; ARANGIO RUIZ (1952), pp. 45-62.

<sup>44</sup> GIRARD (1884) pp. 395 y ss.

<sup>45</sup> BEKKER (1871), p. 156; BEKKER (1864), p. 442.

<sup>46</sup> WATSON (1984), pp. 16 y ss.

<sup>47</sup> En lugar de celebrar el contrato consensual de compraventa, las partes podían recurrir a dos estipulaciones, prometiendo el vendedor la cosa y el comprador el precio; económicamente, era una *emptio-venditio*, pero jurídicamente no, y no se aplicaba por tanto el derecho propio de este contrato; por el contrario, constituía una doble *stipulatio* y, por tanto, debía regirse por las mismas normas que ésta, en virtud de la cual, no se transmitirían derechos, sino que se constituirían obligaciones.

<sup>48</sup> SARGENTI (1954), pp. 126 y ss.

<sup>49</sup> Su carácter abstracto la hizo sumamente elástica, aparte de considerarla idónea para generar obligaciones de diversa naturaleza, independientemente del tipo de prestación debida; HUVELIN (1929), p. 91; de otro lado, no suponía dificultad el hecho de que la *stipulatio* fuese un negocio *iuris civilis*, y la compraventa *iuris gentium*, por cuanto Gayo, junto a la *sponsio*, enumera una serie de *stipulationes* accesibles a los extranjeros; cf. Gai 3, 93.

<sup>50</sup> VOLTERRA (1987), p. 498, piensa que este sistema era ya utilizado *ab antiquo* en Roma, en donde no se transmitirían derechos, sino que se constituían obligaciones.

<sup>51</sup> Quizás se pueda deducir que el nombre de la *emptio-venditio* pueda derivar del empleo de estas dos estipulaciones; FERNÁNDEZ ESPINAR (1955), pp. 295 y ss. Se empleaban los verbos *emere* y *vendere* para designar las respectivas actividades de las partes, incluso ya en la época de la venta al contado -*mancipatio*- se designaban de una manera diferente el acto de venta -*venum dare*-, y la actividad del comprador -*emere*-. Igual sucede con las respectivas acciones procesales de la *actio empti* y la *actio venditi*, denominando *emptio venditio* al contrato en sí; MONIER (1947), p. 132; CUQ (1902), p. 454.

<sup>52</sup> El empleo de la *verborum obligatio* constituiría un medio para superar la rigidez de la compraventa al contado, e introducir una especie de compraventa obligatoria; PUGLIESE (1990), p. 34; VOLTERRA (1987), p. 506.

Sin duda alguna, las dos obligaciones verbales derivadas de las estipulaciones se hallaban entre sí relacionadas de modo recíproco, de modo que, si el vendedor demandaba al comprador para exigir de éste el pago del precio convenido con la *actio ex stipulatu*, sin haber por su parte entregado, o al menos ofrecido la cosa, el demandado podía oponerse con la *exceptio mercis non traditae*.<sup>53</sup>

Así, el objeto peculiar de la compraventa podía alcanzarse a través de esta doble estipulación cruzada,<sup>54</sup> por lo que, para llegar a la compraventa meramente consensual, se tuvo que recurrir al mecanismo del contrato verbal *-verborum obligatio-*,<sup>55</sup> mediante el cual el comprador se convertía en acreedor de la cosa, haciéndose prometer la entrega de la cosa, y el vendedor en acreedor del precio, esto es, se haría prometer la entrega del mismo.<sup>56</sup>

La naturaleza obligatoria del contrato consensual se entendería realizada por medio de dos *stipulationes*, una convención entre comprador y vendedor,<sup>57</sup> y así, para dotar de eficacia obligatoria al convenio, resultaba preciso formalizarla mediante una promesa estipulatoria prestada por ambos contratantes, creando dos estipulaciones en conexión, lo que parece haber sido el punto de partida para el posterior reconocimiento institucional del acuerdo consensual como fundamento del vínculo obligatorio recíproco.

Estos dos negocios, con el paso del tiempo, habrían perdido su individualidad formal, convirtiéndose en simples manifestaciones de voluntad, surgiendo obligaciones entre el comprador y el vendedor del mero acuerdo de los sujetos sobre la cosa y el precio, es decir, estas dos estipulaciones se sobreentenderían consideradas como cláusulas de estilo, y se llegaría al reconocimiento de la *nuda conventio* en base a la ficción de dichas estipulaciones.<sup>58</sup>

En cualquier caso, el uso de la *stipulatio* para las compraventas a crédito fue el inicio de una transformación en la conformación de ésta, y al admitir que el precio pudiera simplemente prometerse, igualmente se admite que la transmisión de la cosa pudiese ser aplazada a un momento posterior a la conclusión del negocio. Para obtener este resultado, fueron necesarias y suficientes dos *stipulationes* correlativas, las cuales no requerían una transmisión inmediata.

En definitiva, la *verborum obligatio* dejaría paso a la necesidad de que el cambio de una cosa por dinero se realizase sin palabras solemnes, a medida que el desarrollo progresivo de la contratación mercantil entre romanos y peregrinos acabó con el requisito de la entrega instantánea en ciertos contratos.

---

<sup>53</sup> SCHULZ (1960), p. 504.

<sup>54</sup> LUZZATTO (1965), pp. 897 y ss.

<sup>55</sup> GIRARD (1923), p. 570; ARANGIO RUIZ (1954), pp. 44 y ss.

<sup>56</sup> LONGO (1944), p. 157; VOLTERRA (1987), p. 498, advierte de los peligros que entrañaba la doble *stipulatio*: cada uno podría exigir el cumplimiento de la respectiva prestación: por una parte, promesa de transmitir una cosa, y por otra, promesa de pagar una suma de dinero, con independencia del cumplimiento de la primera; SIBER (1915), pp. 196-197.

<sup>57</sup> ARANGIO RUIZ (1954), pp. 45-62.

<sup>58</sup> En suma, estas suposiciones dan a entender que la *emptio-venditio*, como compraventa obligatoria fundada sobre el mero consenso, y sobre la forma verbal, sea fruto de una evolución interna de las figuras del *ius civile*, y en particular, de la compraventa al contado por el trámite de la *sponsio-stipulatio*; PUGLIESE (1990), p. 34.

En cualquier caso, se ha pasado de la *obligatio* contraída verbalmente a la asumida por el sólo acuerdo, siendo factor decisivo en dicha operación de la compraventa al contado a la consensual la existencia de recíprocas estipulaciones sobre la cosa y el precio, que permite desligar el aspecto real en la compraventa de sus factores espirituales.<sup>59</sup>

Por todo ello, el régimen de la doble estipulación: *Haec ita dari fieri spondes? Spondeo*, reproduciría perfectamente la sistemática del contrato consensual, y las obligaciones recíprocamente exigibles surgirían mediante la forma estipulatoria. Dicha práctica de reforzar la compraventa mediante dobles estipulaciones procede de las provincias orientales del Imperio, siendo propia de aquellos territorios que veían la compraventa bajo el perfil de un contrato real, y en los cuales era extraña la noción romana de compraventa consensual.

En nuestra opinión, la principal crítica a esta particular hipótesis se centraría, aparte de la escasez de fuentes disponibles sobre estas dos estipulaciones,<sup>60</sup> en las dificultades prácticas que presentaba la doble *stipulatio*:<sup>61</sup> si las dos estipulaciones se presumen simples -por una parte promesa de transmitir una cosa, por otra, promesa de pagar un precio-, los contratantes se obligarían a cumplir su propia promesa, independientemente de la prestación de la otra parte, dado el carácter abstracto de la *stipulatio*.

Pero ello conllevaría el riesgo de que, concluida una de las estipulaciones, la otra parte rechazase cumplir su propia promesa, en cuyo caso, el primer promitente resultaría siempre obligado; precisamente, se ha intentado superar tal dificultad planteando el recurso a dos estipulaciones, simultánea y recíprocamente condicionadas a la ejecución de la contraprestación.<sup>62</sup>

Otra dificultad añadida a esta teoría radicaría en el carácter formal y abstracto de la *stipulatio*, y de qué manera se habría llegado a través de este tipo de negocio a la compraventa, negocio causal y basado también sobre el consenso.<sup>63</sup>

En realidad, a pesar de estos problemas, en el Derecho romano, no existiendo aún el *contractus* (*la emptio venditio*, en este caso), tan sólo se configura como dos estipulaciones que progresivamente se conectarían entre ellas, pero sin llegar a conformar una relación sinalagmática como nosotros la

---

<sup>59</sup> DE ZULUETA (1945), p. 4; ARANGIO RUIZ (1954), pp. 57 y ss.

<sup>60</sup> TORRENT (1994), p. 448, en su crítica, aduce la inexistencia de huella alguna en este complicado cruce de estipulaciones -por ejemplo, en los formularios de Catón acerca de la compraventa de productos agrarios se daba un cierto formulismo, pero no una *stipulatio*, que era un contrato formal y abstracto: dichas *stipulationes* serían simples cláusulas usadas en la *emptio venditio* y en la *locatio*-; cf. Cato, *De agri cultura*, 146-150; también en CUQ (1902), p. 454.

<sup>61</sup> De ahí que Arangio Ruiz recurra a dos estipulaciones simultáneas y recíprocamente condicionadas a la ejecución de la contraprestación; ARANGIO RUIZ (1954), pp. 61 y ss.; los principales textos esgrimidos para apoyar su fundamento los tenemos en Aulio Gelio, *Noctes Atticae* 4, 4: “Qui uxorem ducturus erat, ab eo ducenda erat stipulabatur eam is matrimonium datum iri. Qui ducturus erat, ibidem spondebat. Is contractus stipulationem sponsionunque dicebatur sponsalis”, y D. 45, 1, 35, 2 (Paulus, lib. XII ad Sabinum): “Si in locando, conducendo, vendendo emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet quod actum est, qui hi contractus non tam verbis, quam consensu confirmantur”; FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1994), p. 553.

<sup>62</sup> ARANGIO RUIZ (1954).

<sup>63</sup> LUZZATTO (1965), p. 918.

concebimos: aunque el fin económico jurídico de quien compra y vende no es aquél de obligarse a cumplir su propia prestación independientemente de la prestación de la otra parte, ya que quien vende no tiende a prometer la cosa sino a fin de recibir el precio, y quien compra no promete dar precio sino a cambio de tener la cosa.<sup>64</sup>

#### D. Opinión según Mommsen y otros

Otra hipótesis sería la apuntada por Mommsen<sup>65</sup> o Cancelli,<sup>66</sup> según la cual en las compraventas realizadas entre particulares o por particulares, u otro tipo de relaciones jurídicas de carácter administrativo concluidas<sup>67</sup> en Roma entre el Estado y los ciudadanos romanos<sup>68</sup> o, como denomina este último autor, ventas *ex lege censoria*,<sup>69</sup> se quería ver también un antecedente de lo que sería después la compraventa clásica romana, llegando al final a acreditar ciertos empleos de la consensualidad.

En suma, estos tratos consensuales -*locatio, emptio-venditio*- representarían una aplicación al campo de las relaciones privadas de esquemas contractuales publicísticos, como podrían ser los contratos no formales de arrendamiento públicos concluidos en la forma de *locatio ex lege censoria quaestoria*.<sup>70</sup> Además, estas ventas públicas,<sup>71</sup> es decir, las realizadas por un magistrado en subasta pública -*venditionis sub hasta*-,<sup>72</sup> se les denominaba *auctio*,<sup>73</sup> o *auctiones*: dichas *auctiones* tendrían por objeto frecuentemente bienes públicos, botín de guerra -*praeda*, o parte del botín que quedaba después de repartirlo entre los soldados, que se vendía a los particulares- y bienes confiscados que se adjudica-

<sup>64</sup> Para Huvelin, el sistema de dos estipulaciones tendría el inconveniente de exigir la presencia de las partes, más si se tiene en cuenta la práctica creciente de las ventas a crédito; HUVELIN (1929), p. 91; GALLO (1964), p. 305.

<sup>65</sup> MOMMSEN (1885), pp. 260-274; CUQ (1902), pp. 226 y ss.; CHAUSSE (1899), pp. 513 y ss.; GALLO (1964), pp. 15 y ss.

<sup>66</sup> CANCELLI (1964), pp. 264 y ss.; también ALBANESE (1964), pp. 270 y ss.

<sup>67</sup> Sobre la derivación de la *emptio venditio* y de la *locatio venditio* del ámbito del Derecho público, Véase DE SANCTIS (1957), p. 114.

<sup>68</sup> Las fuentes nos suministran noticias sobre las *auctiones* públicas y privadas, mientras que encontramos alusiones a las *auctiones* privadas en los textos literarios republicanos; así, en Cato, *De agri cultura* 2, 7: “*Pecus consideret auctionem uti faciat, vendat oleum si pretium habeat, vinum, frumentum quod supersit vendat...*”; Cicero, *Pro Caecina* 5, 16: “*Cum eset haec auctio hereditaria constituta...in his rationibus auctionis et partitionis*”.

<sup>69</sup> CUQ (1902), p. 455, utiliza las *lex venditionis* o *lex locationes*, en definitiva, *lex contractus*, cláusulas utilizadas en los contratos de arrendamiento o de compraventa, relativas tanto a la *qualitate*: D. 19, 1, 34 (*Ulp., lib. XVIII ad Edictum*), D. 19, 1, 22 (*Iulianus, lib. VII Digestorum*), como a la *quantitate*: D. 19, 1, 13, 11 (*Ulp., lib. XXXII ad Edictum*), o a la forma de pago: D. 19, 1, 51, 1 (*Labeo, lib. V Posteriorum a lavoleno epitomatorum*), o la persona autorizada para recibir: D. 45, 1, 56, 2 (*Iulianus, lib. LII Digestorum*). Paralelamente a estas *lex venditionis*, la antigua *mancipatio* podía regirse por una *lex Mancipi* -conforme al principio *lex rei sua dicta*-, por la que el vendedor establecía unas condiciones al realizar la venta; cf. D. 39, 3, 1, 23 (*Ulp., lib. LIII ad Edictum*), expresando tan sólo el estado objetivo de la cosa (*mancipium*=propiedad), como efecto del actual dominio; cf. Cic. *De or.* 1, 39, 178: “*Quom enim M.Marius Gratidianus aedis Oratae vendidisset neque servire quandam earum partem in Mancipi lege dixisset, defendebamus, quicquid fuisset incommodi in Mancipio, id si venditor, id si venditor scisset neque declarasset, praestare debere*”; Cic., *De off.* 3, 16, 67: “*...M. Marius Gratidianus propinquus noster, C.Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Ea serviebant, sed hoc in Mancipio Marius non dixerat*”; Cicero, *De off.* 3, 16, 65: “*Quidquid enim est in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere*”; CANCELLI (1964), p. 38; RANDAZZO (1998), p. 5; p. 74; pp. 81 y 91; pp. 165 y 167; PEZZANA (1959), pp. 187 y ss.

<sup>70</sup> TORRENT (1994), p. 447.

<sup>71</sup> Sobre las ventas públicas, PERNICE (1888), pp. 350-358; GIRARD (1923), pp. 295 y ss.; CUQ (1902), pp. 258 y ss.

<sup>72</sup> Cancelli aduce como argumento a favor del origen publicístico la frecuencia de la venta *sub hasta* en el ámbito del Derecho privado; CANCELLI (1964), p. 28; TALAMANCA (1954), p. 153.

<sup>73</sup> D. 41, 4, 2, 8 (*Paulus, lib. LIV ad Edictum*): “*Tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit...*”

ban al mejor postor, cuya oferta de venta se recogería en una *lex venditionis*, similar a las *leges mancipi -lex rei sua dicta-*,<sup>74</sup> publicadas con carácter previo a la subasta, en la que se fijaban o exponían los requisitos o condiciones de la venta; o bien aquellas realizadas por los censores en la administración del patrimonio público *-locationes operarum-* para reclutar personal subordinado (*escribae, viatores, praecones*, etc.).

Como vemos, se aprecia una analogía con la compraventa privada, donde el vendedor hacía una oferta que el comprador aceptaba, quedando obligados ambos sujetos: es por ello por lo que estas *aucciones* públicas acabarían influyendo en el Derecho privado, realizándose muchas *aucciones* privadas a semejanza de las mismas, en parte por el volumen de negocio que a veces entrañaban, y debido a que implicaban una garantía por parte del *auctor*, ya que se trataba de ventas privadas realizadas a través de intermediarios, y en donde el que compraba adquiriría con todos los caracteres de publicidad que conllevaba la venta pública.<sup>75</sup>

En estas ventas se procedía a un simple acuerdo entre el Estado y los particulares, con el que se establecían las modalidades del negocio,<sup>76</sup> recurriendo a un arbitraje en caso de controversia, arbitraje<sup>77</sup> que en ocasiones recaería en la figura del censor.<sup>78</sup> que por medio de una *lex censoria*<sup>79</sup> fijaba las condiciones de venta (o del arrendamiento en su caso), para regular las eventuales controversias.<sup>80</sup>

En muchos casos, en especial en aquellos abastecimientos militares que los particulares hacían al Estado, éste no podía pagar inmediatamente el importe de las cosas que adquiría y, por tanto, habría aplazado el pago, obligándose a hacerlo efectivo posteriormente, en una fecha determinada; incluso se considera que se habrían seguido formularios diferentes, según los distintos tipos de compraventa, redactados a imitación de las adjudicaciones llevadas a cabo por los censores.<sup>81</sup>

Así, para estos contratos de Derecho público existió sólo una jurisdicción administrativa, en donde el magistrado era juez y parte, y donde se vería la primera aplicación de la *cognitio extra ordinem*. Ello hacía

---

<sup>74</sup> Véase también CANCELLI (1964), p. 37; BETTI (1962), pp. 193 y ss.; ARANGIO RUIZ (1954), pp. 168 y ss.; RANDAZZO (1998), pp. 65 y ss.

<sup>75</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1994), pp. 555 y ss.; TORRENT (1994), p. 448.

<sup>76</sup> Parece ser que el negocio se realizaba de forma solemne a través de una pregunta del particular (*emptum rogare*) y una respuesta del magistrado (*addictio*); cf. Cicero, *De haruspicum responsa* 13; Plinio, *Historia naturalis*, 14, 4, 50; 17, 1, 3; D. 18, 1, 41 pr. (*Iulianus, lib. III ad Urseium Ferozem*).

<sup>77</sup> D. 18, 1, 7 pr. (*Ulpianus, lib. XXVIII ad Sabium*): “...*Sed utrum haec est venditionis condicio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero si arbitrio viri boni?*”, ó D. 19, 1, 38, 1 (*Celsus, lib. VIII Digestorum*): “*Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, Druxus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia*”; en el mismo sentido, Cicero, *De off* 3, 15.

<sup>78</sup> Varron, *Apud Non.* 519: “*Itaque quod hos arbitros instituerunt populi, censores appellaverunt enim valet censere et arbitrari*”. Cicero, *De lingua latina* 6, 71: “*Quod tum et praetorium ius ad legem et censorium ad aequum existimabatur*”.

<sup>79</sup> *Id.*, *Apud Non.*, 517: “*Itaque quod hos arbitros instituerunt populi, censores apeelaverunt; idem enim valet censere et arbitrari*”.

<sup>80</sup> Posteriormente, el desarrollo de las relaciones comerciales entre romanos y peregrinos habría hecho abandonar el arbitraje particular, e inducido a someter sus controversias al *praetor peregrinus*; CANCELLI (1964), p. 453.

<sup>81</sup> El primer y más significativo elemento que induce a encauzar a la práctica administrativa el origen del contrato consensual de compraventa es la *lex privata venditionis*, que es consustancial a ella, y que tendría todos los caracteres de la *lex censoria*; CANCELLI (1964), pp. 28 y ss.; CUQ (1902), p. 453; ARANGIO RUIZ (1954), p. 50.

que los magistrados contrataran con los particulares sin los impedimentos que el formulismo del *ius civile* imponía a la libertad contractual de los privados, y que estas normas se convirtieran posteriormente en el reconocimiento de los contratos consensuales y de los respectivos *iudiciae ex fide bona*.<sup>82</sup>

Habría que objetar a esta teoría la tendencia por parte de la jurisprudencia a adoptar, en el límite de lo posible, la terminología y los esquemas privatísticos a las relaciones publicísticas llevadas a cabo entre el Estado y los particulares, tendencia que se uniría y que encontraría su propia explicación en una característica del Derecho romano clásico: la tendencia del Estado a limitar al máximo la propia esfera de intervención, que haría a su vez poco conveniente una extensión de los esquemas de las relaciones administrativas en la esfera del Derecho privado.<sup>83</sup>

Además, las relaciones administrativas que nos suministran las fuentes se desarrollarían en época bastante avanzada, con lo que chocaría con el hecho de que las fuentes suelen relacionar el origen de los contratos consensuales en el *ius Gentium*,<sup>84</sup> y harían poco sostenible esta teoría.

Por último, los textos que se citan para apoyar esta tesis bastan sólo para garantizar el uso de los términos *emere* y *vendere*. Precisamente, la expresión *emere* ya se empleaba en la *mancipatio*,<sup>85</sup> además de en los contratos obligatorios celebrados en forma de estipulación y, por tanto, no se puede hablar de un predominio de la terminología del Derecho público sobre el Derecho privado.

Independientemente de la libertad que prevalecía en la *cognitio extra ordinem*, con la intervención de un magistrado, no se puede olvidar que las dos partes se encontraban una frente a la otra, en una relación que no puede ser de igualdad, sino de supremacía de una y sumisión de la otra, que parece no corresponder a aquella recíproca exigencia de la *bona fides* que es característica de los contratos consensuales.

La tesis de Mommsen<sup>86</sup> no llega a ofrecernos la creación de un vínculo recíproco entre los particulares por la cosa y el precio, que hubiera precedido al contrato consensual, y tal supuesta imitación no habría tenido lugar más que en época avanzada, así que permanecería latente el problema en la época intermedia entre las XII Tablas y el contrato consensual.<sup>87</sup>

En base a ello, en lo que respecta al modo de penetrar la *obligatio consensus* en el sistema del Derecho romano, la tesis de Mommsen prescinde completamente de la pertenencia de tal obligación al *ius Gentium*.<sup>88</sup>

---

<sup>82</sup> MOMMSEN (1885), pp. 260 y ss.; también PARICIO (2000) pp. 189 y ss.; BIONDI (1918), pp. 59 y ss.; CARCATERRA (1964), pp. 65 y ss.

<sup>83</sup> En contra, principalmente ARANGIO RUIZ (1954), p. 49; SCIALOJA (1907), p. 184.

<sup>84</sup> D. 18, 1, 1, 2 (*Paulus, lib. XXXIII ad Edictum*).

<sup>85</sup> Gai 1, 119: "...Isque mihi emptus...esto hoc aere...".

<sup>86</sup> MOMMSEN (1885).

<sup>87</sup> GALLO (1964), pp. 299 y ss.

<sup>88</sup> ARANGIO RUIZ (1954) pp. 252 y ss.

### E. Opinión De Zulueta y otros

Otros autores, como De Zulueta<sup>89</sup> o Meylan,<sup>90</sup> hacen derivar la compraventa consensual de la antigua *mancipatio*,<sup>91</sup> cuando ésta deja de ser una venta efectiva, con eficacia traslativa directa, desglosándose el elemento referente al acuerdo sobre cosa y precio del rito formal para el traspaso efectivo del dominio.<sup>92</sup>

Según Meylan, en el ceremonial de la *mancipatio* faltaría la pretensión del *mancipio accipiens* de ser propietario *-meum esse aio-*, declaración que se habría añadido más tarde, mientras que habría existido, en cambio, una declaración alusiva a la garantía por evicción *-obligatio auctoritatis-*.

La reconstrucción de la fórmula de la *mancipatio* habría hecho adquirir al comprador la simple posesión de la cosa mueble, la cual se habría transformado en propiedad mediante *usucapio*.

En lo que respecta a los bienes inmuebles, el *mancipio dans* habría debido obligarse con un negocio independientemente de la *satisdatio secundum Mancipium* a transmitir la posesión, y esta *satisdatio* habría constituido el modelo reproducido por la *emptio* generadora de la obligación de *tradere*, mientras que la *mancipatio* habría provisto tan sólo una causa *usucapionis*; por tanto, a través de esta simplificación de la *mancipatio* originaria se habría evolucionado hacia la compraventa consensual.

Esta interpretación tan compleja y peculiar no estaría exenta de críticas, ya que la problemática de la reconstrucción del autor se basaría, en particular, en la eliminación de una parte del formulario de Gayo,<sup>93</sup> y en el añadido de otra parte de la cual no existe huella en el jurista ni en las fuentes clásicas.

Por tanto, no aparecería nada claro, ni siquiera a través de la reconstrucción de Meylan, cómo un acto que se desenvolvería en el ámbito de los derechos reales se haya podido transformar en una relación obligatoria.

Y es que llega un momento -coincidiendo con la expansión del Imperio- en que la sociedad siente una necesidad de crédito, y consecuencia de ello será que la *mancipatio* se desarrolle considerablemente, siendo imprescindible imponer ciertas obligaciones a los vendedores.

Al ser la *mancipatio* aplicable originariamente a los ciudadanos romanos, el problema surgiría cuando los ciudadanos romanos entraron en relaciones comerciales con los *peregrini*, originándose una serie de conflictos, motivados por la falta de normas aplicables, que dieron lugar a la creación de una magistratura especial, el *pretor peregrinus*, que arbitrará una fórmula para cuando una de las partes no

---

<sup>89</sup> DE ZULUETA (1945), pp. 3 y ss.

<sup>90</sup> Según Meylan, la *mancipatio* no haría propietario al adquirente, sino que sólo le proporcionaría la *possessio* de la cosa, que se transformaría en propiedad a través de la *usucapio*; MEYLAN (1930), pp. 176 y ss.; MEYLAN (1953), pp. 215 y ss.

<sup>91</sup> También cf. BERNHÖFT (1875), pp. 9 y ss.; DEGENKOLB (1867), p. 206.

<sup>92</sup> MEYLAN (1949), pp. 133 y ss.; MEYLAN (1948) pp. 1 y ss.

<sup>93</sup> Véase Gai. 119.

poseía la ciudadanía romana, pues en este caso no era posible la *mancipatio*:<sup>94</sup> se verá pues, en esta fórmula arbitrada por el pretor, el antecedente histórico de la compraventa romana.

## F. Opinión Ferrini y otros

Otros autores<sup>95</sup> intentan aportar una base concreta al reconocimiento de la mera convención, y así creen que el acuerdo, antes de ser tutelado jurídicamente, habría funcionado bajo la tutela moral de la *bona fides*.

De acuerdo con ello, centrarían el origen de la compraventa en aquellas convenciones que ya venían practicándose con frecuencia en el terreno ético-social, y que encontrarían su propio reconocimiento en la *fides*, en el respeto a la palabra dada, en suma, considerarían que la *fides* como vínculo moral nacido del acuerdo de voluntades era suficiente para el cumplimiento de las promesas, aun cuando no tuviese fuerza obligatoria. Por todo ello, se enlaza el origen de la compraventa con el concepto de la *fides*,<sup>96</sup> en primer lugar operante sobre el plano social, y, posteriormente, reconocido jurídicamente.<sup>97</sup>

El problema de que una determinada figura actúe sobre el terreno social antes que en el ámbito jurídico es bastante obvio de por sí, pero el dilema sería el establecer por qué vía se ha obtenido un reconocimiento y una sanción jurídica; así, si reconocemos que la compraventa se habría desarrollado por simples acuerdos informales entre las partes, podríamos identificar tales acuerdos con aquellos *nuda pacta*, aquellas convenciones a las que el Derecho romano clásico no reconoce eficacia directa, de ahí que surja el problema de cómo, una vez reconocidos jurídicamente estos contratos consensuales, el Derecho romano clásico haya extendido su tutela a estos últimos, y no se haya llegado al reconocimiento general del acuerdo de voluntad como fuente de obligaciones.<sup>98</sup>

También sería problemático el reconducir la *fides* en el ámbito del *ius civile*, o bien hacerlo -siguiendo a la doctrina más reciente-, considerando a la misma dentro del ámbito del *ius gentium*; de esta manera, atendiendo a la naturaleza civilística de la *fides* romana, permanecería al descubierto el problema de determinar la vía por la que se habría llegado desde tal punto de partida al régimen de la compraventa clásica como contrato consensual *iuris gentium*.

En cambio, si se considera a la *fides* encuadrada desde el inicio en el ámbito del *ius gentium*, estaría

<sup>94</sup> ARANGIO RUIZ (1954), pp. 141-161.

<sup>95</sup> FERRINI (1893), pp. 179 y ss.; FERRINI (1893), p. 679; VOIGT (1856), p. 231; KUNKEL (1939), pp. 1 y ss.; KASER (1939), pp. 62 y ss.; GROSSO (1949), pp. 595 y ss.; GROSSO (1961), pp. 661 y ss.

<sup>96</sup> Sobre la cuestión, Pernice presentaba a la *fides* como elemento de la vida *latu sensu*, tomada en consideración por parte del ordenamiento, con una clara conexión con la *bona fides*, entendida como aspecto dinámico de la *fides* relevante en el plano procesal; Bonfante, por su parte, defiende el aspecto ético de la *fides*, presentándola como un aspecto general e igual, asumible en todo tipo de relación jurídica; PERNICE (1895); BONFANTE (1893), pp. 85-118; cf. IHERING (1877), pp. 187 y ss.; CAMACHO EVANGELISTA (1982), pp. 10-16; CAMACHO EVANGELISTA (1986), pp. 8-13; KASER (1943), pp. 117 y ss.; GROSSO (1959), pp. 661 y ss.; también *fidem habere*: tener confianza, credibilidad, dentro de una relación de buena fe; BENVENISTE (1983), pp. 115 y ss.; LOMBARDI (1961), pp. 47 y ss.; LEMOSSE (1956), pp. 41 y ss.

<sup>97</sup> MAGDELAIN (1958), pp. 122 y ss.

<sup>98</sup> LONGO (1944), pp. 181 y ss.; PARICIO (2000), pp. 189 y ss.

claro que, en este caso, se volvería a la tesis que relacionaría el origen de la compraventa con las relaciones entre romanos y peregrinos, es decir, con el *ius gentium*.

Gayo 3, 154 nos presenta, bajo el perfil de los *iudicia bonae fidei*, dos tipos diferentes de obligaciones: un conjunto de relaciones que se engloban en la esfera del *ius civile*, como la tutela, la fiducia, la *societas re contracta*, y otras relaciones de carácter más reciente, como la compraventa, el arrendamiento y la sociedad consensual, que encontrarían su reconocimiento en el ámbito del *ius Gentium*.<sup>99</sup>

Es evidente que el problema del origen de los más antiguos *iudicia bonae fidei* vendría a separarse de aquél concerniente a los contratos consensuales, al ser explícitamente afirmado en las fuentes que estos últimos serían todos *iuris gentium*, y, por tanto, habría que apartar cualquier intento de reconducirlos de un modo u otro al ambiente civilístico.

E igualmente, puede considerarse superada la idea que veía en la *fides* un elemento de naturaleza ético-social, quedando aún pendiente el problema de cómo ese elemento actuaría sobre el plano jurídico.<sup>100</sup>

Junto a esta tesis, que encuentra su confirmación en las fuentes que justifican que la *emptio-venditio*, como otros contratos consensuales, *consensus peragitur nudo*, se considera que la compraventa habría surgido en el ámbito del *ius gentium*, y habría encontrado su propia regulación a través de la jurisdicción del *praetor peregrinus*,<sup>101</sup> esto es, del proceso de formación de aquella rama del derecho positivo procedería la corriente de ideas que desembocaría en la configuración del contrato consensual.

Por tanto, se admite -de hecho, constituye la tesis más difundida y expuesta por Longo<sup>102</sup> y Scialoja,<sup>103</sup> entre otros- que el elemento consensual tendría su cabida en el campo del *ius Gentium*.<sup>104</sup> acogida a través de la *iurisdictio* del *praetor peregrinus*,<sup>105</sup> por lo que la compraventa consensual -ya en uso entre los *peregrini*, ajenos al formalismo propio del *ius Quiritarium*-<sup>106</sup> se consideraba, por tanto, como uno de los elementos del proceso de formación del *ius Gentium*.<sup>107</sup> De este modo, los negocios *iuris*

---

<sup>99</sup> WIEACKER (1963), pp. 1 y ss.

<sup>100</sup> Véase crítica a esta teoría por parte de GIRARD (1923), p. 536 y BECHMANN (1876), pp. 471 y ss., y los testimonios aducidos en contra de la pureza de las costumbres romanas, reflejados en las comedias de Platón, leyes de Catón o en los propios preceptos de las XII Tablas.

<sup>101</sup> GROSSO (1949), pp. 595 y ss.

<sup>102</sup> LONGO (1944), p. 158.

<sup>103</sup> SCIALOJA (1907), pp. 181 y ss.; SCIALOJA (1907), pp. 161 y ss.; también LUZZATTO (1965), p. 942.

<sup>104</sup> En concreto, los juristas clásicos, tal y como se puede deducir de las fuentes que recogen esta concepción dogmática de la compraventa consensual, la consideraban como una mutación progresiva de la compraventa al contado, y en particular, de la antigua *mancipatio*; CANNATA (1997), p. 416.

<sup>105</sup> Así, como apunta Pugliese, “*gli elementi del contratto ed i suoi effetti obbliganti potevano così effettivamente presentarsi come espressione di un nucleo corrispondente a quella naturalis ratio che si era voluto individuare quale fundamento dottrinale del valor universal dello ius gentium*”; cf. PUGLIESE (1990), p. 557.

<sup>106</sup> LUZZATTO (1965), p. 925.

<sup>107</sup> Como negocio perteneciente al *ius gentium*, fundado sobre una *naturalis ratio* común a todos los pueblos, se aplicaría a las relaciones entre romanos y peregrinos, siendo reconocido jurídicamente; cf. Gai 1, 1: “...*Quod verus naturalis ratio inter omnes*

*gentium* prescindirían de todo requisito formal, propio de los negocios del *ius civile*, reservados a los *cives*, y en ellos se daría relevancia exclusivamente a la manifestación de la voluntad de las partes, siempre que fuese inequívoca y lícita, de donde se deducirían los efectos prácticos que las partes intentan conseguir.

En definitiva, la compraventa consensual, practicada entre ciudadanos romanos y basados en el principio de eficacia obligacional derivada del mero acuerdo de voluntades, fueron acogidos por el *ius civile*,<sup>108</sup> debido al desarrollo del comercio posterior a la expansión del Imperio, a fin de proteger el tráfico de los peregrinos, los cuales no podían recurrir a la tutela del *ius civile*.<sup>109</sup>

De esta manera, la compraventa consensual, en lo que respecta a las relaciones entre ciudadanos y peregrinos,<sup>110</sup> comenzó a ser protegida y reconocida jurídicamente<sup>111</sup> a través de una tutela jurisdiccional pretoria, una protección judicial que se extenderá en un segundo momento a las compraventas consensuales concluidas entre ciudadanos romanos mediante la organización de un *arbitrium venditi*.<sup>112</sup>

*Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitem posse servari Sextus Aelius, Druxus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.*<sup>113</sup>

Junto al hecho de que nos encontremos ante un negocio *iuris gentium*, también se aprecia, como característica del contrato consensual, una separación entre el vínculo obligatorio y la eficacia real del negocio, en el sentido de que los modos aptos para transmitir el dominio estarían fuera del alcance de los extranjeros, otorgando, por tanto, cierta relevancia al elemento consensual.

---

*homines constituit, id apud omnes populos paraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*"; cf. Gai 3, 154, sobre la sociedad: "... *societas...*, id quae nudo consensu contrahitur... *iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit*"; D. 18, 1, 1. 2 (*lib. XXXIII ad Edictum*): "... *Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur...*"; Gai 3, 93, a propósito de la *stipulatio*: "*Sed haec quidem verborum obligatio: Dari spondes? Spondeo, propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent...*"; D. 19, 2, 1 (*Paulus, lib. XXXIV ad Edictum*), sobre el arrendamiento: "*Locatio et conductio, cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio*".

<sup>108</sup> El *ius civile* recoge figuras propias del *ius gentium*, y en especial aquellas incluidas en el edicto del pretor peregrino; D. 2, 14, 7 pr. (*Ulp., lib. IV ad Edictum*): "*Iuris gentium conventionem quaedam actiones pariunt, quaedam exceptions*".

<sup>109</sup> "Precisamente, las dificultades legales de utilización por parte de los extranjeros de los negocios formales del *ius civile*, unido a las necesidades y problemas que se planteaban en el comercio entre peregrinos, hacían necesaria la inclusión de un "*pactum conventum*" en el edicto del pretor peregrino, y el compromiso de éste en la defensa del cumplimiento de lo acordado; la *fides* y el *consensus* aparecerían como elementos esenciales del *pactum*, en contraposición a las formas o ritos caracterizadores del viejo *ius civile*; una aplicación de este *pactum conventum* sería la *emptio*"; -cf. D. 2, 14, 1, 4 (*Ulpianus, lib. IV ad Edictum*)-: "*Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus, vel in stipulationem*"; D. 2, 14, 7, 7 (*Ulpianus, lib. IV ad Edictum*); FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1994), pp. 556 y ss.

<sup>110</sup> APPLETON (1906), pp. 739 y ss.; DE ZULUETA (1945), pp. 36 y ss.; ARANGIO RUIZ (1954), pp. 159 y ss.; MEYLAN (1949), pp. 133 y ss.

<sup>111</sup> La protección del *pactum vendendi* habría sido asumida en sus orígenes por el pretor, para concretarse más tarde en la atribución de *arbitria* judiciales basados en la buena fe, que constituirían el antecedente de las *actiones bona fidei* inherentes a la *emptio venditio*, una vez que ésta se integra de pleno derecho como figura negocial del *ius civile*, caracterizada por las notas de *bona fides* y *consensus* propios del *pactum vendendi emendi*; FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1994), p. 557; CANNATA (1997), p. 426; LONGO (1944), p. 164.

<sup>112</sup> LONGO (1944), p. 157; FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1994), p. 70.

<sup>113</sup> D. 19, 1, 38, 1 (*Celsus, lib. VIII Digestorum*); LONGO (1944), p. 163.

A propósito, encontramos un apoyo textual en las fuentes, y en D. 18, 1, 1, 2, se afirma que todos los contratos consensuales son negocios *iuris gentium*:

*Est autem emptio iuris gentium et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras.*<sup>114</sup>

Aquí, Paulo, considerando a la venta negocio *iuris gentium*, se habría referido a éste en el sentido teórico del derecho que los romanos tenían en común con otros pueblos, se referiría al origen histórico de la venta consensual, esto es, a su derivación del proceso de formación del *ius gentium*, que habría conducido al reconocimiento de la eficacia de la convención para tales negocios.

En suma, la realidad histórica nos muestra la *emptio venditio* como fruto de una separación del *ius civile*, como lo reflejaba su indiscutible pertenencia al *ius Gentium*,<sup>115</sup> el cual viene a acaparar también figuras practicadas desde siempre por los romanos, en cuanto conformes a la naturaleza de las cosas -por ejemplo, *traditio*, *sponsio*-; tal distanciamiento de la *emptio venditio* de los institutos del *ius civile* vendría indicado por el criterio de la *bona fides*<sup>116</sup> establecido por el pretor. A su vez, ésta se consideraría como criterio ético social inspirador en las relaciones entre ciudadanos romanos y *peregrini*, aunque ya van siendo reconocidos por el *ius civile* institutos del *ius gentium* a través de la *iurisdictio* del *praetor peregrinus*: por tanto, la *fides* abarcaría negocios tanto del *ius civile* como del *ius gentium*.

Al hilo de todo ello, conviene tener presente que la *emptio venditio* surge en las relaciones con y entre *peregrini*, y se adaptará y se extenderá posteriormente a las relaciones entre ciudadanos romanos en el momento en que fueran admitidos por el pretor a litigar *per formulam* entre ellos.<sup>117</sup>

En otras palabras, se consideraría válida la tesis del origen *iuris gentium* del contrato consensual, y su reconocimiento inicial por obra del *praetor peregrinus*. Precisamente, la naturaleza *iuris gentium* de la *emptio venditio* permite que la tutela de la posición jurídica de los contratantes se encauce, no ya por las específicas *actiones ex stipulatu*, sino por el genérico *iudicium bonae fidei*, que implicaría un *dare oportere ex fide bona*, donde se configurarían las obligaciones de las partes a través de la aplicación del criterio de la buena fe objetiva.<sup>118</sup>

Este papel de la *bona fides* se afianza una vez superada la fase en la que la función se limitaba a regular las relaciones entre romanos y peregrinos, en la jurisdicción del *praetor peregrinus*.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> D. 18, 1, 1, 2 (*Paulus, lib. XXXIII ad Edictum*); ARANGIO RUIZ (1954), p. 89; ERMAN (1901), p. 161.

<sup>115</sup> De hecho, las primeras aplicaciones de la *emptio-venditio* se darían en el campo del *ius gentium*, en las relaciones entre romanos y peregrinos, o *inter peregrini* que se daban dentro del territorio romano; PUGLIESE (1990), p. 43; LONGO (1944), pp. 163 y ss.; SCIALOJA (1907), pp. 161 y ss.; LUZZATTO (1965), p. 942; KARLOWA (1885), pp. 612 y ss.

<sup>116</sup> BECHMANN (1876), pp. 616 y ss.

<sup>117</sup> KASER (1966), p. 109; PUGLIESE (1990), p. 36, resalta que algunos *bonae fidei iudicia* -que se desarrollaban a través del procedimiento formulario-, surgieron para dirimir controversias entre ciudadanos romanos.

<sup>118</sup> LUZZATTO (1965), p. 926; ARANGIO RUIZ (1954), p. 207.

<sup>119</sup> LUZZATTO (1965).

En relación a ello, la *fides* debe ser considerada bajo el perfil de un principio vinculativo del *ius civile* o del *ius gentium*, como una pauta reguladora de la actividad normativa llevada a cabo por el magistrado en el ejercicio de su propia jurisdicción; así entendida, se superaría la dificultad constituida por el hecho de que dicha figura abarcase negocios tanto del *ius civile* como del *ius gentium*.

En definitiva, toda la evolución posterior, que nos llevaría hasta la configuración de la compraventa como contrato consensual sinalagmático, sería el fruto de una elaboración jurisprudencial encaminada a reconocer efectos jurídicos a la manifestación de voluntad negocial.<sup>120</sup>

### III. CONCLUSIONES

Dejando al margen todas estas teorías, podríamos concluir diciendo que entre la *mancipatio* y el contrato consensual de compraventa se aprecia todavía en época clásica una estrecha relación, y al respecto sería útil resaltar la consideración de la *mancipatio* como *imaginaria venditio*, tal y como se refleja en Gayo 1,113 y 1,119, donde se aprecia una transformación de la compraventa efectiva o al contado en acto solemne y abstracto, de transmisión de la propiedad, en un negocio abstracto de disposición.

En este sentido, la *mancipatio* sufre también un cambio, dejando de consistir en una “venta al contado” para convertirse en un negocio abstracto de disposición, y aun cuando la *mancipatio* era inicialmente una compraventa al contado, un negocio cuya eficacia en la transmisión era inmediata –cambio de cosa por precio, simbolizado en el peso y simultánea entrega del bronce– cuando aparece la moneda acuñada el peso del bronce se convierte en un acto simbólico, en una mera formalidad, sin relación alguna con el pago efectivo del mismo, que podía tener lugar fuera de la solemnidad del acto.

Esto es, llegado un cierto momento se renunció al pago de un precio efectivo, y se consideraba suficiente el precio simbólico que se entregaba al alienante, por lo que resultaba desvinculado del fin de la compraventa, pudiendo servir para la venta al crédito u otros fines, en definitiva, aparecería la *emptio-venditio* como negocio consensual de naturaleza meramente obligacional.

Influyó en todo ello, por ejemplo, el empleo de la *mancipatio -nummo uno-* para finalidades varias, aplicándose su ámbito de aplicación, como podían ser la *emancipatio*, la *coemptio*, la adquisición de la potestad marital sobre la mujer, la *adoptio* y el testamento *per aes et libram*, negocios que no implicaban un pago por su propia naturaleza; en todos estos casos, el *nummus unus* representaría el precio más bajo posible que podía ser efectivamente pagado, siendo al mismo tiempo la *mancipatio* lo menos onerosa posible, donde se demuestra que mientras la antigua *mancipatio* formaba parte de los derechos reales o de obligaciones, la *mancipatio nummo uno* era únicamente un negocio de transmisión.

En estas aplicaciones, el acto de pesar el dinero tiene ya un carácter simbólico, lo que hace que la

---

<sup>120</sup> Véase para esta cuestión, CASTÁN TOBEÑAS (1992), pp. 289 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUIÁN (1994), pp. 549 y ss.; ALBALADEJO (1947), pp. 449 y ss.

*mancipatio* se configure entonces como un negocio solemne y abstracto, es decir, con eficacia de la propiedad derivada de la forma del acto, y con independencia de la causa jurídica del mismo.

En efecto, el precio deja de ser un elemento real de la *mancipatio* y se convierte en simbólica, de modo que el negocio puede servir para transmitir la propiedad de las *res mancipi* por cualquier causa jurídicamente relevante (*causa donationis, causa dotis, causa fiducia*).

Así pues, la compraventa consensual aparece como un acuerdo obligatorio sobre la ejecución futura de la *mancipatio* de una cosa por un determinado precio, pero no en el sentido de un contrato previo.

La originaria venta al contado –*Barkauf-mancipatio*– va a generar dos negocios diferentes: de un lado, el acuerdo de venta, que viene a constituir el contrato obligatorio, y de otro lado, la *mancipatio* formal, privada de un acuerdo causal, que vendrá a ser acto de ejecución de la venta–modo de transmisión de la propiedad–.

Esta compraventa llegada a nosotros era una compraventa al contado –*Barkauf*, según la doctrina pandectística–con eficacia traslativa directa, ya que se efectuaba un cambio inmediato de cosa por precio, el cual producía esencialmente efectos reales.

La forma de la *mancipatio* es conocida por un conocido pasaje de las Instituciones de Gayo 1, 119, donde el negocio es presentado como una *imaginaria venditio*, esto es como una venta ficticia. Por el momento, podemos prescindir de esa designación como *imaginaria venditio*, y considerar el acto en su sentido originario de venta efectiva.

Dicha transformación presupone normalmente que la pesada del broce no representase más que el pago efectivo del precio, pero esta alteración no ha cambiado la forma de la *mancipatio*, sino que en cierta manera la ha simplificado.

Ahora bien, con la aparición de la moneda acuñada, el rito de la pesada por el *libripens* viene a ser una mera formalidad, presentándose la *mancipatio* en todo caso como una *imaginaria venditio*, esto es, deja de ser como hasta ahora una venta efectiva, para convertirse en un negocio abstracto de transmisión de la propiedad.

En definitiva, por lo que se refiere a la forma de la *mancipatio*, habíamos podido constatar que no deja solamente atisbar el simple cambio real de la cosa y dinero, sino que contiene también claramente un acuerdo: una suma de dinero viene ofrecida por una parte en vista de la adquisición de la propiedad de una cosa –*aes tenens; mihi emptus esto hoc aere*– y la otra parte acepta esta oferta no sólo con su silencio frente a la *vindicatio emptiois casua* del otro, sino sobre todo con el hecho –precisamente con el gesto– de cobrar la suma.

Es así que, cuando nace la compraventa consensual, se utilizan las expresiones *emere* y *vendere* para designar la actividad respectiva de las partes –volviéndolas a encontrar también en las fórmulas procesales de la *actio empti* y de la *actio venditi*– denominado al contrato en sí *emptio venditio*.

Los vocablos *emere* y *vendere* están estrechamente conectados con la *mancipatio*. El sentido del verbo *emere* en el formulario de la antigua *mancipatio*, con el significado de recibir, no de comprar, indicaría el carácter de adquisición de la propiedad, designándolo como derivativo.

El significado de *emere* como comprar proviene, evidentemente, de una valoración conjunta de la actividad del *mancipio accipiens*: *isque mihi emptus*, esto es, que él debe, en su conjunto, constituir un *emere*. Situación análoga tendríamos con el *vendere*, ya que el *mancipio dans*, durante el acto, no pronuncia palabra alguna.

En una compraventa al contado, realizada mediante *mancipatio*, una parte *emit* y la otra *vendit*, pero con ello las dos partes no concluyen ninguna *emptio-venditio*, ya que tal denominación viene aplicada al contrato obligatorio.

Entre la *mancipatio* y el contrato consensual de compraventa apreciaríamos por tanto una relación, ya este fin resulta útil considerar la designación de la *mancipatio* como *imaginaria venditio*, que aparece dos veces en las Instituciones gyanas.<sup>121</sup> El modo de expresarse adoptado por Gayo en estos pasajes refleja ciertamente una concepción difusa en cuanto al cambio de la *mancipatio* de venta al contado en acto de transmisión de la propiedad.

De otra parte, fue el reconocimiento institucional de la compraventa consensual lo que comportó, al menos en la propia concepción de los juristas, la desaparición de la venta al contado realizada mediante *mancipatio*. La designación de la *mancipatio* como *imaginaria venditio*<sup>122</sup> se referiría aquí a la *mancipatio* efectuada como acto de ejecución de un contrato de compraventa, que tendrá la apariencia de esta, y precisamente de una venta al contado, pero a lo cual falta el contenido, la propia substancia, la cual se transmitiría al contrato consensual que le sigue, de ahí que la compraventa consensual fuese entendida como un acuerdo obligatorio sobre la ejecución futura de la *mancipatio* de una cosa por un determinado precio.

El contrato de compraventa de *res Mancipi* venía por tanto considerado como un actividad que tenía lugar únicamente en ventaja del comprador, y en consecuencia no podía tener más que efectos obligatorios, como consecuencia de la *mancipatio*, el vendedor estaría obligado a la ejecución de la *mancipatio* de la cosa, y asumirá también la *obligatio auctoritas* por la eventual evicción, procurando además la posesión de la cosa vendida al comprador –*vacuam possessionem tradere*– y ello siempre como consecuencia de la *mancipatio*; en cambio, el comprador debe, en modo informal, pagar el precio.

Así pues, todas las obligaciones de las partes encontraron en el principio de la buena fe el propio fundamento, al ser la venta consensual protegida procesalmente por un *iudicium bonae fidei*. Pero las obligaciones antes enumeradas estaban ya determinadas por el hecho de que el contrato fue concebido mediante una determinación de la *mancipatio*. Posteriores obligaciones del vendedor fueron, en

---

<sup>121</sup> Gai 1, 113, 119.

<sup>122</sup> Gai 1, 119.

cambio, derivadas directamente del principio de buena fe; así, el *purgari dolo malo*<sup>123</sup> y la responsabilidad *per custodiam* en orden a la mercancía no entregada al comprador.

Por tanto, frente a esta *mancipatio iuris civilis*, surgió en el ámbito del *ius gentium* una compraventa consensual, obligacional, consistente en el cambio de cosa y precio, que ya no requería la presencia de la cosa y el precio, ni tenía efectos reales, sino que los efectos del contrato se van a derivar del mero consentimiento, características que definen a la compraventa clásica.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ÁLVAREZ, Mirta (2008): “Acerca de la distinción entre la permuta y la compraventa”, en: *Revista General de Derecho Romano* (núm. 11).
- AMBROSINO, R. (1953): “Le applicazioni innovative della *mancipatio*”, en; Arangio-Ruiz, Vincenzo y Lavaggi, Giuseppe (editores), en: *Studi in memoria di E. Albertario* (Milano, Giuffré), t. II.
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2012): “Problems concernig *Mancipatio*”, en: *The Legal History Review* (vol. 80 núm. 3).
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2013): “El mercado y sus proyecciones en la propiedad en Roma arcaica”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 42 núm. 3).
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2014): “Las relaciones entre el mercado y la propiedad en el Lacio primitivo”, en: *Revista de Estudios Histórico-jurídicos* (vol. 36 núm. 1).
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2015): “Market Economy in the Middle Republic”, en: *Zeitung der Savigny Stiftung, Römische Abteilung* (vol. 132).
- ARANGIO RUIZ, Vincenzo (1954): *La compravendita in Diritto romano* (Napoli, Jovene), t. I.
- ARANGIO RUIZ, Vincenzo (1954): *La compravendita in Diritto romano* (Napoli, Jovene), t. II.
- BECHMANN, August (1876): *Der Kauf. Nach gemeinem Recht. Geschichte des Kaufs in römischem Recht* (Erlangen, Deichert).
- BIONDO, Biondi (1946): *Istituzioni di Diritto romano* (Milano, Giuffré).
- BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel (2021): “Algunas reflexiones en torno al concepto romano y moderno de contrato”, en: *Revista General de Derecho Romano* (núm. 31).
- CAMACHO EVANGELISTA, Fermín (1993): “Derecho y rito. A propósito de Gai 1,119”, *Anuario de Estudios Sociales y jurídicos* (vol. 6).
- CANCELLI, Filippo (1963): *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano* (Milano, Giuffré).
- CANNATA, Carlos (1997): “Compravendita consensuale romana: significato di una struttura”, en: Vacca, Letizia (directora), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* (Torino, Giappichelli).
- CAPROGROSSI COLOGNESI, Luigi (2021): *Storia di Roma tra diritto e potere* (Roma, Strumenti).
- CORNIL, Georges (1939): “Du *mancipium* au *dominium*”, en: Wilhelms, Friedrich (director) *Fest-*

---

<sup>123</sup> D. 19, 4, 1.

- schrift Paul Koschaker: mit Unterstützung der Rechts (Weimar, Zentralantiquariat der Deutschen Demokratischen Republik), t. II.
- DE VISSCHER, Fernand (1936): “*Mancipium et res Mancipi*”, en: SHDI (núm. 2).
- DE ZULUETA, Francis (1945): *The Roman Law of Sale* (Oxford, Oxford University Press).
- DÍAZ SAZO, Verónica (2023): “Una aproximación al traspaso del riesgo en la compraventa desde el Derecho romano hasta la actualidad”, en: *Revista General de Derecho Romano* (núm. 40).
- FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino; PARICIO SERRANO, Javier (1991): *Fundamentos de Derecho patrimonial romano* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces).
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (1994): “La compraventa”, en: *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces).
- FUENTESECA, Pablo (1974): “*Mancipium-Mancipatio-dominium*”, en: Bretone, Mario; Guarino, Antonio (directores) *Mnemeion Solazzi* (Nápoles, Jovene).
- GALLO, Filippo (1960): *Il principio emptione dominium transfertur, nel diritto pregiustiniano* (Milano, Giuffrè).
- GALLO, Filippo (1964): “In tema di origine della compravendita”, en: SHDI (núm. 30).
- GARCIA GARRIDO, Manuel (1991): “Los efectos obligatorios de la compraventa en el Código civil español”, en: Vacca, Letizia (directora), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva stotico-comparatistic. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Luca (17-20 abril 1990)* (Milano, Giuffrè).
- GÓMEZ BUENDÍA, Carmen (2023): “Una aproximación romanística a la obligación del vendedor de transmitir la propiedad: su reflejo en la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y circulación del modelo”, en: *Revista General de Derecho Romano* (núm. 40).
- GROSSO, Giuseppe (1944): *Il problema dei diritti reali nell'impostazione romana* (Torino, Giappichelli).
- GROSSO, Giuseppe (1963): *Il sistema romano dei contratti* (Torino, Giappichelli).
- IHERING, Rudolf von (1898): *Geist des römischen Rechts auf den verschieden Stufen seiner Entwicklung* (Leipzig, Erster Theil), t. I.
- KASER, Max (1960): *Das Römische Privatrecht* (München, C.H. Beck).
- KASER, Max (1962): “Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la dogmática moderna”, en: *Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid*.
- LABRUNA, Luigi (1968): *Plauto, Manilio, Catone. Premesse allo studio dell'emptio consensuale* (Milano, Giuffrè).
- LEVY, Ernst (1951): *West Roman Vulgar. The Law of Property* (Philadelphia, American Philosophical Society).
- LONGO, Carlo (1937): *Corso di Diritto romano. La compravendita* (Milano, Giuffrè).
- MAGDELAIN, André (1958): *La consensualisme dans l'edit du pretor* (Paris, Recueil Sirey).
- MEYLAN, Philippe (1953): “*Gaius Inst 1,119: rem tenes ou aes tenens*”, en: Arangio-Ruiz, Vincenzo y Lavaggi, Giuseppe (editores), *Studi in memoria di E. Albertario* (Milano, Giuffrè), t. II.
- MEYLAN, Philippe (1953): “La genese de la vente consensuale romaine”, en: RHD (núm. 21).
- MOMMSEN, Theodor (1885): “Die romischen Anfänge von Kauf und Miete”, en: ZSS (núm. 6).
- PERNICE, Alfred (1895): *Marcus Antistaeus Labeo. Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit* (München, Halle).

- PRINGSHEIM, Fritz (1914): “Zum Eigentumsübergang beim Kauf “, en: ZSS (núm. 35).
- PRINGSHEIM, Fritz (1954): “L’origine des contrats consensuels”, en: RHD (núm. 32).
- SARGENTI, Manlio (1954): “Problemi della responsabilità contrattuale”, en: SHDI (núm. 20).
- SERRAO, Feliciano (1987): *Diritto privato, economia y società nella storia di Roma* (Napoli, Jovene).
- SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo (2012): “Orígenes del derecho de propiedad en Roma”, en: *Revista General de Derecho Romano* (núm. 18).
- VACCA, Leticia (2013): “*Emptio venditio e iusta causa traditionis* (A proposito di alcuni libri recenti)”, en: *Revista General de Derecho Romano* (núm. 19).
- VALERA, Carlos (2017): “Reflexiones acerca de la decadencia de la *mancipatio*”, en: *Revista General de Derecho Romano* (núm. 28).
- VOCI, Pasquale (1952): *Modi di acquisto della proprietà: corso di diritto romano* (Milano, Giuffrè).
- WATSON, Alan (1984): *The later of Property in the later Roman Republic* (Aalen, Clarendon).
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo (2018): “Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo”, en: *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia* (vol. 34).
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo (2019): “*Contrahere obligationem* en el derecho romano clásico”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 32 núm. 1).
- WIEACKER, Franz (1988): *Römische Rechtsgechichte* (Munchen, C. H. Beck).

# Evolución y tratamiento legal del derecho a descanso de pre y postnatal

## *Evolution and legal treatment of the maternity leave right\**

**Andrea Serrano España**

Universidad Católica Silva Henríquez, Santiago, Chile.

Correo electrónico: aserrano@ucsh.cl. <https://orcid.org/0009-0004-9296-5711>

Recibido el 27/12/2023

Aceptado el 15/05/2024

Publicado el 31/05/2024

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n44.03>

**RESUMEN:** Desde las desigualdades y discriminaciones que enfrentan las mujeres en el mundo laboral remunerado, se aborda el tratamiento legal, administrativo y jurisprudencial al derecho de pre y postnatal en Chile, su adaptación a normas internacionales y un análisis comparado al mismo. Se destacan así las problemáticas y brechas aun existentes, pero desde un texto que pretende refundir los principales aspectos de este derecho maternal.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de prenatal, derecho de postnatal, subsidio maternal, derecho postnatal parental.

**ABSTRACT:** From both inequalities and discrimination that women face in labour world, it deals with legal, administrative, and judicial treatment to maternity leave right in Chile, its adaptation to international rights and a comparative analysis of it. It highlights the problems and gaps that still remain, but from a text which pretend synthesize the key aspects of this maternal right.

**KEY WORDS:** Prenatal right, maternity leave, maternity pay, paternal leave.

\* La presente cuenta con la colaboración de María José Heredia Hernández, estudiante de Derecho de la Universidad Católica Silva Henríquez, quien aportó en la recolección de jurisprudencia y dictámenes para este artículo.

## I. INTRODUCCIÓN

La inserción de las mujeres en el mundo laboral es un fenómeno de larga data pero que supuso desde sus inicios un problema práctico, al enmarcarse en una concepción legal y laboral androcéntrica extendida y plasmada con hierro en la legislación. El discurso de la paridad tanto a nivel salarial como en puestos de trabajos no puede excluir a la maternidad como un hecho con consecuencias jurídicas y legales, que irradian a lo laboral. ¿Cómo se asumirá el costo de la reproducción social y por quién? Estado, empleador, familia y mujeres. El desprendimiento patrimonial o de responsabilidad de uno de estos actores repercutirá en la adjudicación de responsabilidades en el otro o la otra, tensionando por ello el debate.

La división del trabajo y la relegación del trabajo doméstico a la mujer no es una cuestión natural, sino el ejercicio histórico de la dominación que ejerce el hombre sobre la mujer.<sup>1</sup> La diferencia de género no es más que una construcción ideológica de un constructor varón, lo que explica por qué lo público se entrega al hombre y sólo lo privado a la mujer. El hombre monopoliza lo productivo y el reconocimiento social, y lo improductivo –y de paso– carente de reconocimiento, se adjudica a la mujer.<sup>2</sup>

Lo anterior explica por qué la maternidad es vista como disruptiva y tratada como una carga para el empleador, pese a que en nuestro país su pago no es resorte de este último. Las discriminaciones que sufrirán las mujeres no serán en su mayoría explícitas –dado la glorificación de la maternidad en la dimensión doméstica–<sup>3</sup> sino que se presentarán a través de discriminaciones indirectas; que impedirán por ello visibilizar la realidad laboral que enfrentan durante el embarazo y después del parto. Esto, pese a existir una serie de derechos consagrados desde antaño para proteger a las mujeres trabajadoras, pero con las falencias que analizaremos a lo largo de este documento.

El estudio y análisis propuesto en este documento expondrá la evolución histórica del derecho de prenatal y postnatal en Chile desde comienzos del siglo pasado a la actualidad, entendido como uno de los derechos maternos. Posteriormente se analizará el estándar mínimo que declara la Organización Internacional del Trabajo sobre la materia, a través de sus convenios y recomendaciones. Aquello será la antesala para hacer un análisis comparado de la legislación vigente en España, al amparo de las directrices de la Comunidad Europea, y el estado del derecho en América Latina, en cuanto a extensión del permiso. Regresando al foco nacional, se dará cuenta de la interpretación institucional del uso y goce de los derechos de pre y postnatal brindada por la Dirección del Trabajo. Finalmente, se abordará la judicialización del derecho, desde la dimensión del pago del subsidio que origina el beneficio.

En cuanto a la metodología utilizada, la revisión es instrumental desde normativa nacional e internacional, con fuentes doctrinarias y análisis de jurisprudencia de tribunales superiores de justicia de Chile y España.

---

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ, GIOSA y NIEVA (2009).

<sup>2</sup> NÚÑEZ-CORTÉS (2017), p. 32.

<sup>3</sup> DE BEAUVOIR (2018), p. 510. Dirá así que: “Existe una mala fe extravagante en la conciliación del desprecio con que se mira a las mujeres y el respeto con que se rodea a las madres”.

Existen estudios aislados sobre los derechos maternales.<sup>4</sup> Esta revisión propone sintetizar en un solo documento los principales alcances legislativos del derecho de pre y postnatal, mostrando no sólo el estado del arte en Chile, sino también problemáticas posibles y presentes en otras latitudes, y desafíos inmediatos de adaptación de la normativa nacional actual desde la Convención N°183 de la Organización Internacional del Trabajo. No se propone un análisis general, sino situarnos en los detalles incómodos del actual tratamiento de la maternidad en términos laborales, esta vez por medio de permiso laboral de pre y postnatal.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE PRE Y POSTNATAL EN CHILE

El tratado de Versalles fijó normas mundiales de legislación laboral, que el ex presidente de la República, don Arturo Alessandri Palma, buscó plasmar en 1921 a través del envío de un proyecto de Código del Trabajo al Congreso Nacional. Aquel documento prestaba preocupación al trabajo domiciliario y al salario mínimo obligatorio, en especial en relación a mujeres y niños. A las mujeres embarazadas se les prohibía trabajar desde seis semanas antes del parto hasta seis semanas después de éste, donde el empleador debía solventar económicamente el descanso, manteniendo la remuneración de la trabajadora durante este periodo y, asimismo, conservar el empleo. Las empresas o industrias con 20 o más mujeres contratadas, debían proveer de sala cuna a hijos menores de un año, y las madres lactantes podían acudir a amamantar a sus hijos durante su jornada laboral.<sup>5</sup>

Estas medidas, más allá de proteger a las mujeres trabajadoras, buscaban favorecer a los niños y niñas, en tanto el impulso a las normativas que reglan los derechos de pre y postnatal suele ser encontrado en la protección de la infancia, más allá de concesiones a las mujeres.<sup>6</sup> Así, cabe mencionar que ya en 1913 se había celebrado en Chile el Congreso Nacional de Protección a la Infancia, donde médicos y juristas discutieron acerca de las causas de la elevada mortalidad infantil, asociada indisolublemente a las políticas de descansos laborales de pre y postnatal. Aunque ninguna mujer asistió oficialmente al Congreso,<sup>7</sup> se concluyó que, para aumentar la esperanza de vida de los neonatos, era indispensable proteger a la gestante y puérpera. Se consagraba así el binomio madre-hijo a nivel científico, pero enraizado en el derecho laboral.

Con todo, fue sólo mediante la dictación del Decreto N°442, en el año 1925, que finalmente la licencia de maternidad se prolongó desde 40 días antes del parto hasta 20 días después de aquel, recibiendo la madre el 50% del salario. No obstante, este derecho sólo comprendía a la mujer obrera.<sup>8</sup> Se otorgaba

---

<sup>4</sup> Ver PINTO (2023); PIERRY VARGAS (2020); GAMONAL y GUIDI (2015).

<sup>5</sup> LAVRIN (2005), pp. 108-109.

<sup>6</sup> Al referirse a normas de igualdad de remuneraciones en el Código del Trabajo, LIZAMA y LIZAMA (2019), p. 94, indicarán: “La eficacia práctica de este derecho tropieza con problemas culturales y sociales: el cuidado de los hijos se ha reservado a la mujer, al punto que nuestra legislación no protege el trabajo femenino en sí, sino la maternidad”.

<sup>7</sup> KÖRNER (1913), pp. 137-144.

<sup>8</sup> MUÑOZ (2007), pp. 142-143, indicará como leyes vinculadas a la protección a la maternidad la Ley N°3.185, de 1917, sobre sala cunas; Ley N°4.053, de 1924, pre y postnatal de la obrera; Ley N°4.054, de seguro de enfermedades obrera; D.L. 442, de 1925 sobre maternidad obrera y salas cunas; Código de Trabajo de 1931; y, Ley N°20.047, de 2005, sobre permiso parental. Por tanto, desde

además una hora para amamantar al hijo.<sup>9</sup> Luego, el Decreto con Fuerza de Ley N°178, de 13 de mayo de 1931, refundió distintas normas laborales en lo que hoy se conoce como el primer Código del Trabajo de Chile. Con todo, puede sostenerse que “[a]l redefinir la maternidad como una función social, “modernizaron” su papel de acuerdo con una situación política nueva, sin alterar ciertos aspectos del fondo tradicional de la maternidad”.<sup>10</sup>

Las prolíficas leyes no disminuyeron los abusos hacia las mujeres-madres-trabajadoras. Los empleadores, si bien pagaban en su mayoría las seis semanas de pre y postnatal, despedían a las mujeres que reingresaban a trabajar con el objeto de no instalar salas cunas. Se indicará así que en los años treinta proliferaban las condiciones insalubres y nefastas en los lugares de trabajo, y las leyes laborales no se respetaban.<sup>11</sup> Posible es sostener, entonces, que las diferencias entre las condiciones de trabajo de hombres y mujeres –independiente de su gravidez y la supuesta protección legal– radicaban sólo en que unos usan pantalones, y las otras faldas y ganan mucho menos.<sup>12</sup>

Ahora, el respeto y cuidado de la mujer en su calidad de progenitora gestante también significaba abstenciones o consideraciones que transcendían el proteccionismo desmedido y que permitieron –incluso hasta tiempos actuales– perpetuar estereotipos de género y desigualdades estructurales.<sup>13</sup> Esto puede verse graficado en publicaciones de la época. La revista chilena “La Mujer Nueva” daba cuenta de desigualdades laborales graves entre hombres y mujeres, impulsando el sindicalismo femenino. Esta revista era un brazo articulado del Movimiento Pro-Emancipación de las Mujeres de Chile (MEMCh), órgano que en 1940 señaló que la igualdad de trabajo significaba: iguales condiciones y cuidados. Una de sus consignas fue, precisamente, que los trabajos nocturnos<sup>14</sup> no podían estar prohibido para mujeres.<sup>15</sup> Similares postulados reiteraron la revista “Acción Femenina”.

---

1931 a 2005 no existirán avance en la materia. GAMONAL y GUIDI (2015), p. 328, agregarán al anterior listado la Ley N°11.462, de 1953, que incorporó como obligación el pago íntegro de las remuneraciones durante el periodo de pre y postnatal para las mujeres obreras y empleadas, y la reserva de puesto de trabajo hasta el reintegro. El salto omite el año 2005 y se amplía a 2011, con la Ley N°20.545, “Permiso Postnatal Parental”.

<sup>9</sup> Ley N°3.186, de 1917.

<sup>10</sup> LAVRIN (2005), p. 19.

<sup>11</sup> MOVIMIENTO DE EMANCIPACIÓN DE LA MUJER DE CHILE (1937), p. 7; MOVIMIENTO DE EMANCIPACIÓN DE LA MUJER DE CHILE (1938), p. 3; MOVIMIENTO DE EMANCIPACIÓN DE LA MUJER DE CHILE (1940), p. 3.

<sup>12</sup> MORGADO (1935), pp. 50-52.

<sup>13</sup> GAMONAL y GUIDI (2015), p. 327, nos hablarán de una tutela diferenciada en contraposición de una tutela paritaria a favor de la mujer. La primera encontrará principalmente elementos biológicos y socioculturales que fundamentarán que algunas normas brinden mayor protección a las mujeres por sobre los hombres. La tutela paritaria, por su parte, buscará superar las diferencias y exigirá iguales derechos y el goce efectivo de los mismos, tanto para hombres como mujeres. Las normas sobre igualdad de remuneraciones del artículo 162 bis del Código del Trabajo, harán gala de este tipo de tutela. PINTO (2023), p. 64, indicará a su vez que, pese a que las normas de protección a la maternidad estén contenidas en el Código del Trabajo chileno, estas son parte del sistema de seguridad social y no, del derecho del trabajo.

<sup>14</sup> En la actualidad las mujeres embarazadas tienen prohibición expresa de realizar trabajos nocturnos, conforme al artículo 202 del Código del Trabajo. Con todo, “el empleador no tiene derecho alguno a solicitar información que tenga relación con el estado de embarazo de la mujer [...artículo 194 del Código del Trabajo], salvo en casos calificados en atención a la actividad que realiza. Por ejemplo, en aquellos casos en que la mujer desarrolla trabajos pesados o está en contacto con sustancias químicas tóxicas, pero aún en estos casos el empleador deberá adoptar medidas necesarias para no discriminar”. En este sentido, PIERRY VARGAS (2020).

<sup>15</sup> Sólo en 1996 se suprimió del Código del Trabajo el artículo 15, que prohibía el trabajo de mujeres en recintos subterráneos mineros.

No sólo en la práctica el trabajo de mujeres se veía subvalorado o presentaba desventajas considerables respecto a los hombres, sino que existía una campaña ideológica y legislativa impulsada abiertamente por sectores conservadores para mantener tales sesgos laborales. La emancipación de la mujer era una amenaza a la estabilidad de la familia; José Luis López Ureta afirmaría que la “*industrialización*” de la mujer era en parte detonante de la crisis de la familia e, incluso, de delitos masculinos.<sup>16</sup> El hecho de trabajar aparejaba que las mujeres redujeran el número de hijos que tenían, además de suplantar a los hombres de los puestos de trabajo que hasta el momento ellos ocupaban.

El eco se hizo escuchar, y en 1926 el mismo –entonces– presidente Arturo Alessandri presentó un proyecto para limitar la participación femenina en la esfera de la administración pública a un 20%, y así no mermar tantos empleos masculinos. La respuesta de las organizaciones feministas fue enfáticamente reprobatoria, lo que condujo a que los diputados rechazaran el proyecto.<sup>17</sup>

Este discurso público de protección a la familia contrasta, además, con la realidad atrás de la inserción femenina en el mundo laboral. En 1938 se desarrolló una encuesta en la fábrica textil de Yarur Hermanos, donde el 32% de las mujeres trabajadoras declaró entregar el total de sus ingresos a sus maridos. Asimismo, el 71% indicó trabajar porque no existía otro proveedor en su hogar (ya sea por abandono o muerte del hombre) o porque el ingreso masculino era insuficiente. Sólo 46 mujeres de 424 consultadas señaló trabajar para alcanzar independencia económica.<sup>18</sup>

Para el año 1953 se establecieron nuevas modificaciones en la materia. La Ley N°11.462<sup>19</sup> extendió los beneficios circunscritos a las mujeres trabajadoras a todas las empleadas. En 1966 la Ley N°16.434 se encargó de ampliar el descanso maternal postnatal a 6 semanas cuando el cuidado del niño así lo requiriese. El derecho de amamantamiento también se amplió desde uno hasta los dos años de edad, por medio de la Ley N°16.511. En 1973, la Ley N°17.928 aumentó la duración del descanso postnatal ahora, a 12 semanas después del parto.

El pago del derecho quedó entregado al mecanismo impuesto por el Decreto con Fuerza de Ley N°44 de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social que, con algunas modificaciones, sigue vigente hasta la actualidad. De este modo, el pago del subsidio de incapacidad laboral por motivo de maternidad es financiado con recursos del Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía, compuesto íntegramente por recursos fiscales.

En relación con la corresponsabilidad parental, más allá de la maternidad, sólo en 1993 se promulgó una ley que posee algunos elementos de aquel concepto. La Ley N°19.250 permitió así que en caso de enfermedad grave del/a niño/a menor de un año, pueda también el padre gozar del subsidio, pero sólo si es autorizado por la madre trabajadora, quien no deberá ejercerlo en ese caso.

---

<sup>16</sup> LÓPEZ URETA (1933), pp. 30-31.

<sup>17</sup> MOVIMIENTO DE EMANCIPACIÓN DE LA MUJER DE CHILE (1936), pp. 1-4; MOVIMIENTO DE EMANCIPACIÓN DE LA MUJER DE CHILE (1936), p. 1; MOVIMIENTO DE EMANCIPACIÓN DE LA MUJER DE CHILE (1937), p. 6.

<sup>18</sup> MOVIMIENTO DE EMANCIPACIÓN DE LA MUJER DE CHILE (1938), p. 2.

<sup>19</sup> Ley N°11.462, de 1953, artículo 309.

Fue en el año 2007 que, por medio de la Ley N°20.166, se amplió el permiso de alimentación (ya no lactancia o amamantamiento) a todas las mujeres, independiente del número de mujeres contratadas por el empleador.

La Ley N°20.545, de 2011, extendió el período de descanso postnatal en caso calificados: frente a nacimientos verificados con anterioridad a la trigésimo tercera semana de gestación o bien, si el niño o la niña pesó menos de 1.500 gramos al nacer, aumentando el descanso en ambos casos a 18 semanas. Frente a partos múltiples, el período de descanso postnatal se extendió en siete días corridos por cada niño, a partir del segundo, sin que en total se superen las 30 semanas desde el nacimiento.

Actualmente, conforme al artículo 195 del Código del Trabajo, la progenitora gestante y/o madre detenta un periodo de 6 semanas antes del parto y 12 después de éste como permiso maternal, a esto se adiciona un permiso de 12 semanas y continuo, denominado permiso postnatal parental, respecto del cual el padre o progenitor no gestante puede hacer uso a partir de la séptima semana y hasta el término del periodo. Asimismo, este último permiso también puede ser utilizado parcialmente tanto por la progenitora gestante como el/la no gestante, extendiéndose así las 12 semanas a 18 semanas en el primer caso (artículo 197 bis Código del Trabajo).<sup>20</sup>

El pago subsidio asociado al descanso se paga por las “Cajas de Compensación de Asignación Familiar (Ccaf), para aquellas personas que estén afiliadas a ellas y que no lo estén a una Institución de Salud Previsional (ISAPRE); la Subsecretaría de Salud Pública para los afiliados al Fondo Nacional de Salud (Fonasa) y que no lo estén a una Ccaf; o las Isapres a sus afiliados”.<sup>21</sup>

De forma autónoma, el/la progenitor/a no gestante tendrá un permiso laboral de 5 días que podrá utilizar de modo continuo desde el parto o fraccionado durante el primer mes. Este permiso, sin embargo, es de cargo del empleador.

La introducción de estas medidas es importante, pues el Informe de Desarrollo Humano (IDH) realizado en Chile el año 2010 señalaba ya que la mitad de la población, esto es, el 49%, tenía una representación cultural pragmática (26%) o liberal (23%) de las relaciones de género. Esto significaba que la mitad de los chilenos y chilenas señalaban que las mujeres no debían hacerse cargo del cuidado de los niños y de las tareas domésticas, puesto que hombres y mujeres tenían las mismas capacidades para cuidar de los familiares y administrar el presupuesto familiar. No obstante, dentro de este mismo grupo, prácticamente la mitad de los hombres señalaba que no realizaban tareas domésticas en su hogar.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Código del Trabajo, artículo 195 y artículo 197 bis. Con todo, PINTO (2023) divide el descanso de maternidad en 5 subclasificaciones: a) Descanso de maternidad ordinaria; b) Descanso suplementario de pre o postnatal del artículo 196; c) Permiso postnatal parental de 12 semanas del artículo 197 bis; d) Extensión del permiso postnatal parental como consecuencia de la situación de emergencia sanitaria, y d) Subsidio en los casos de descanso de maternidad. En este documento, sin embargo, nos referiremos a las letras a), c) y e) anteriores.

<sup>21</sup> SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2013).

<sup>22</sup> PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2010).

Cabe anotar que desde el año 2019 a 2022, la “Encuesta Nacional Bicentenario UC 2022-Universidad Católica” frente a la consulta: “La mujer debería permanecer con sus hijos(as) en casa mientras son pequeños(as)”, el porcentaje de encuestados que señaló estar de acuerdo al 2018 fue de 58%, mientras que para el año 2022, la cifra disminuyó a 49%. De este modo, una normativa íntegra en materia de corresponsabilidad parental pareciera ser el camino que los derechos maternales debieran proseguir, esta vez, conjuntamente a los progenitores no gestantes.

Con todo, las normativas son insuficientes para evitar que las responsabilidades familiares perjudiquen a quienes las asumen,<sup>23</sup> más aún, cuando no hay posibilidad de compartir o ceder aquellas.<sup>24</sup> Por esto, mirar el enfoque que propone la Organización Internacional del Trabajo es relevante.

### III. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

En cuanto a los instrumentos internacionales, la protección a la maternidad encontró cabida desde el inicio de la Sociedad de las Naciones, donde la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919 –en el contexto de su primera Conferencia Internacional del Trabajo– adoptó el primer Convenio sobre la Protección de la Maternidad (Convenio N°3). Le siguen la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Cedaw),<sup>25</sup> adoptada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y ratificada por Chile en 1989.

El mencionado Convenio N°3 de la OIT, fue sin embargo reemplazado por el N°103, de 1952, y posteriormente por el Convenio sobre protección a la maternidad, N°183, en el año 2000, y la Recomendación N°191, sobre la protección de la maternidad, del mismo año. El Convenio N°103 refuerza los descansos por maternidad, prestaciones médicas y en dinero, derecho a la lactancia, y prohibición de despido durante el descanso de maternidad. Desde ahí se reconoce a la maternidad como una responsabilidad compartida entre el Estado, el empleador y las familias.

Existen, además, otros instrumentos específicos de la misma OIT vinculados a los cuidados paren-

<sup>23</sup> PIERRY VARGAS (2020), pp. 50-65, afirmará que, si bien la postura de protección a la mujer es clásica, se busca “compatibilizar sus responsabilidades laborales con las familiares”, produciéndose en el último tiempo la consagración de derechos a favor de ambos padres, propiciando la “efectiva corresponsabilidad”. Menciona la autora como manifestación de lo anterior: derecho a descanso por enfermedad de un hijo menor de un año, el descanso postnatal parental y el derecho a dar alimento. Sin embargo, omite indicar que en los anteriores derechos se condiciona el goce por parte de los progenitores no gestantes a la voluntad unilateral de la progenitora, quien además debe ceder su derecho, perdiendo su goce en caso de traspasarlo al padre.

<sup>24</sup> Ya en el año 1949 DE BEAUVOIR (2018), p. 511, indicaba que: “En una sociedad convenientemente organizada, en la que el niño fuese tomado en gran parte a su cargo por la colectividad y la madre fuese cuidada y ayudada, la maternidad no sería inconciliable en absoluto con el trabajo femenino”.

<sup>25</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Cedaw), de 1979, preámbulo: “Teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto. Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”.

tales; tales como el Convenio N°102 sobre la Seguridad Social (norma mínima), de 1952;<sup>26</sup> el Convenio N°156 (1981) y la Recomendación N°165, ambos “sobre trabajadores con responsabilidades familiares”. Estos dos últimos pretenden impulsar la igualdad entre hombres y mujeres apelando a la modificación del “papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”. Por tanto, promueve la igualdad efectiva de oportunidades y trato para las trabajadoras y los trabajadores con responsabilidades familiares, y establecen la obligación de los Estados de incluir en sus políticas públicas las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de este derecho. También se destaca la Recomendación N°202, sobre los pisos de protección social, de 2012,<sup>27</sup> y la Recomendación N°204, sobre la transición de la economía informal a la economía formal, de 2015.

Chile ratificó los convenios N°103 y N°156 el año 1994,<sup>28</sup> el Convenio N°183 no ha sido ratificado.

El año 2011 se adoptó también el Convenio N°189 y su respectiva Recomendación “sobre Trabajadores y Trabajadoras Domésticos”, ámbito donde aún las mujeres están sobrerrepresentadas y con fuertes tintes de precarización laboral.

Desde el Convenio N°3 y N°103, el permiso maternal (pre y postnatal) se elevó de 12 a 14 semanas, a través de la actualización del primer instrumento contenida en el Convenio N°183. Superando lo anterior, sin embargo, en la actualidad la Recomendación N°191 impulsa ahora una extensión del descanso de, al menos, 18 semanas.

#### **A. Prestaciones durante el descanso maternal**

En términos de cobertura económica, durante el descanso maternal, en 1919 la OIT establecía en el Convenio N°3 que las prestaciones debían ser suficientes, sin mayores especificaciones. Se transitó luego, por medio del Convenio N°103, a explicitar que aquellas prestaciones debían ahora “garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado”. Nuevamente, sin acercamiento a cuantificación alguna. Ya en el año 2000, por medio del Convenio N°183, se establecerá que las prestaciones deben calcularse tomando en consideración el ingreso previo a la contingencia cubierta y que éste no podrá ser “inferior a los dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer o de las ganancias que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones”. Esta será, por tanto, la premisa que tomaremos como hoja de ruta para navegar en este estudio.

---

<sup>26</sup> Con todo, el Convenio N°102 de la Organización Internacional del Trabajo, que determina las ramas de la Seguridad Social, establece que la Maternidad, por sí sola, es una de las 9 ramas que la compone, diferenciación que sugiere que no debiera tratarse de modo conjunto con enfermedades comunes o inválidas, como ocurre en Chile.

<sup>27</sup> Esta Recomendación “tiene dos objetivos básicos: a) establecer y mantener, según proceda, Pisos de Protección Social como un elemento fundamental de sus sistemas nacionales de seguridad social; y b) poner en práctica Pisos de Protección Social en el marco de estrategias de extensión de la seguridad social que garanticen progresivamente niveles más elevados de seguridad social para el mayor número de personas posible, según las orientaciones de las normas de la OIT relativas a seguridad social, especialmente el Convenio 102”. PONCE BRAVO (2020), p. 351.

<sup>28</sup> Conforme a NORMLEX (información actualizada a junio de 2022).

## B. Beneficiadas y excluidas

Una evolución más comprensiva también encontraremos en el sujeto cubierto por la prestación, desde empresas industriales o comerciales, públicas o privadas a “*todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente*”. La Recomendación N°191, por su parte, indica que, en la medida de lo posible, las prestaciones deben alcanzar un monto equivalente a la totalidad de los ingresos anteriores a la contingencia que se cubre.

Inserta la maternidad dentro de las coberturas que brinda la Seguridad Social, su financiamiento debe obedecer a las mismas premisas básicas que las otras prestaciones del sistema. El principio de solidaridad fundamenta así que el Convenio N°183 incluya a todas las mujeres empleadas, tanto en formas típicas como atípicas. La Recomendación N°202, expresamente, indica que debe englobarse también a las mujeres que forman parte de la económica informal.

La exclusión de determinadas mujeres de los beneficios de Seguridad Social asociados a maternidad, no sólo se relaciona con la ocupación de éstas, sino también, con criterios de exigibilidad de las prestaciones. Esto determina la menor o mayor cobertura de los subsidios, como pueden ser criterios que exigen un tiempo de afiliación o cotización mínimos, previos al embarazo o permiso, que repercuten en que, en definitiva, aun siendo trabajadoras antes, durante y después del parto, no puedan beneficiarse de prestaciones económicas durante el pre o postnatal.<sup>29</sup>

De este modo, existen exigencias que pueden ser cuestionadas desde la órbita de la OIT, y topes monetarios de carácter regresivo en el pago de los subsidios, como se observará más adelante.

## C. Financiamiento de la cobertura por maternidad

En este caso, los países transitan entre otorgar el 100% de cobertura, a prestaciones incluso inferiores a los dos tercios. Chile fija un techo máximo de cobertura, pero si la mujer poseía ingresos que superen esa cantidad, no recibe el diferencial que se produzca. Así, quienes tienen mayores remuneraciones recibirán siempre menos que lo que ganaban prestando servicios.<sup>30</sup>

Quién financia los pagos no es baladí. Para propender a la inclusión y evitar la discriminación en la inserción laboral de las mujeres, se torna necesario que esta carga no recaiga exclusivamente en el empleador.<sup>31</sup> Los sistemas de protección social debieran brindar cobertura directamente desde

---

<sup>29</sup> DÍAZ MÉNDEZ (2020), p. 111: A contar de 2013 mujeres sin contrato laboral que cumplan determinadas exigencias pueden acceder a un subsidio a contar de la sexta semana anterior al parto.

<sup>30</sup> La merma patrimonial que produce en algunas mujeres debe ser analizado desde la óptica de la economía feminista: “La economía feminista se caracteriza por poner en el centro del análisis la sostenibilidad de la vida (...) siendo el objetivo del funcionamiento económico desde esta mirada no la reproducción del capital, sino la reproducción de la vida, en este sentido la economía feminista hace una contribución extensa al estudio de la participación económica de las mujeres, en particular revelando los mecanismos de discriminación en el mercado laboral”. RODRIGUEZ (2005), p. 32.

<sup>31</sup> Esto repercute, además, en que cuando las mujeres ingresan al mercado laboral lo hagan en “condiciones de desventaja y concentradas en el mercado secundario (...) en empleos peor pagados y con malas condiciones de trabajo” TREMBLA (2012), p. 359. Lo anterior, sin perjuicio de que, en la región, incluyendo Chile, es un “mito que el embarazo sea causa de costos para el empleador.

sus fondos públicos,<sup>32</sup> al amparo del Convenio N°183, o por medio de un seguro social obligatorio.

Así, tanto Thayer y Novoa<sup>33</sup> como Muñoz<sup>34</sup> afirmarán que la protección a la maternidad debe ser analizada desde dos enfoques: el Derecho a la Seguridad Social y el Derecho del Trabajo. El primero por cuanto debe asegurarse asistencia médica materno-infantil, prestaciones económicas suplementarias y auxilios. El segundo, al asegurar la estabilidad del empleo, condiciones acordes a sus particularidades y subsecuentes necesidades.

#### IV. TRATAMIENTO COMPARADO DEL DERECHO DE PRENATAL Y POSTNATAL

##### A. España y la Unión Europea

###### 1. Existencia del permiso maternal, extensión y sujetos amparados

Para los tribunales de justicia de la Unión Europea, lo que se protege con el derecho al descanso maternal es, por una parte:

*“[L]a condición biológica de la mujer y por otro la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue el embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”.*<sup>35</sup>

Es la Directiva 92/85/CE<sup>36</sup> de la Unión Europea la que se aboca a esta materia, pero desde una óptica bidimensional: la protección de la mujer embarazada o puerpera no puede influir negativamente en el acceso y permanencia en el mercado laboral de ésta.

El mínimo del descanso maternal que se impone a los países parte es de 14 semanas interrumpidas, ya sea antes o después del parto, donde sólo dos semanas son obligatorias.<sup>37</sup> La mujer embarazada –y aquella en puerperio– mantiene además los derechos derivados de su contrato de trabajo durante el periodo de descanso maternal, con una retribución económica “adecuada”.

---

*Indicándose que el impacto sobre ganancias del empleador, al contratar a mujeres que durante la vigencia del contrato quedan embarazadas, es del 1%”. DÍAZ MÉNDEZ (2020), p. 105, refiriéndose al Informe V, sobre la protección a la maternidad en el trabajo, presentado en la Conferencia Internacional del Trabajo 87ª reunión, 1999.*

<sup>32</sup> Si bien Chile el financiamiento es público, este no responderá los cuestionamientos tantas veces levantados por la economía feminista. Así, se sostiene que “El sistema económico neoliberal, particularmente en su versión chilena –ni tan neo ni tan liberal–, a pesar de acciones aisladas respecto a inclusión de las mujeres y «sus» derechos no ha posibilitado ni asistido a un cuestionamiento real respecto a la orientación de sus políticas públicas, toda vez que continua evaluado indicadores de eficiencia asociados al crecimiento de los ingresos, como si esta maximización bastara para asegurar bienestar y los recursos fuesen ilimitados” BERLIEN (2018), p. 130.

<sup>33</sup> THAYER y NOVOA (1980), p. 459.

<sup>34</sup> MUÑOZ (2007), p. 141.

<sup>35</sup> NÚÑEZ-CORTÉS (2017), p. 22.

<sup>36</sup> Directiva 92/85/CEE, de 1992.

<sup>37</sup> Al efecto, ver la Directiva 92/85/CEE, artículo 8.

El artículo 2° de la directiva reconoce que protege a trabajadoras embarazadas, las que han dado a luz, y las que se encuentren en periodo de lactancia. Los periodos de extensión cambian de un país a otros, en tanto se supeditan a la legislación nacional.

Para aclarar, los sujetos protegidos serán tanto las trabajadoras del sector público como del privado, con contrato de duración determinada o indefinido. Para gozar de la protección se requiere que el empleador esté de algún modo en conocimiento de la situación (de embarazo), generalmente a través de la información que la propia trabajadora proporciona (Informe de la Comisión sobre Aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992).

En los países de la Unión Europea, los permisos de maternidad sufren serias diferencias en extensión, oscilando entre 14 y 52 semanas, con pago entre el 55 y 100% de la remuneración con límite, y el 100% sin límite alguno. Respecto a los permisos parentales, estos se extienden desde los 3 meses hasta los 3 años. Las remuneraciones pagadas, sin embargo, son reducidas: van de 15 días a 2 años. En algunos países no existe permiso de paternidad; donde sí existen, varían de uno a veinte días.<sup>38</sup>

Particularmente, la distribución normal del descanso por maternidad en España contempla un periodo máximo prenatal de las últimas 10 semanas del embarazo, contingente. Luego, un periodo obligatorio de 6 semanas posteriores al parto. Finalmente, un periodo suspensivo dependiente del tiempo que no se haya utilizado, pero sin solución de continuidad respecto al anterior. En caso de muerte del feto, la madre está facultada para gozar de toda la extensión del permiso, pero de modo exclusivo, y siendo facultativo regresar a trabajar desde la sexta semana.<sup>39</sup>

Ahora, en caso de hospitalización del neonato, el periodo de la madre o padre, dependiendo de quien lo hubiere utilizado, se suspende y continúa corriendo sólo cuando el niño o la niña es dado/a de alta médica, pero con un máximo de 13 semanas.<sup>40</sup>

Con todo, el reconocimiento y protección de enfermedades vinculadas con el embarazo, que autoricen una licencia prenatal suplementaria, no tiene cabida en el derecho español. En aquel caso aquellos periodos de ausencia laboral deberán ser cubiertos con licencias por enfermedad común, alejándose de lo preceptuado por los Convenios N°103 y N°183 de la OIT. Lo mismo acontece con una licencia suplementaria por postnatal.<sup>41</sup>

Cabe acá analizar por qué –como en la generalidad de los casos que se expondrán– este derecho se vincula inexorablemente con la mujer y sólo con el hombre frente a la ausencia de la madre o cuando esta última decide ceder parte de su descanso. El análisis de esta problemática ha sido resuelto en la Unión Europea, entendiendo que no se vulnera la igualdad de trato entre hombres y mujeres pro-

---

<sup>38</sup> NÚÑEZ-CORTÉS (2017), p. 52.

<sup>39</sup> NÚÑEZ-CORTÉS (2017), p. 31.

<sup>40</sup> NÚÑEZ-CORTÉS (2017), p. 34.

<sup>41</sup> NÚÑEZ-CORTÉS (2017), p. 34.

tegiendo la condición biológica de la mujer y las especiales relaciones entre ella y su hijo/a durante el embarazo y el parto.<sup>42</sup> Pues lo que se busca es favorecer y propender la conciliación entre la vida profesional laboral y familiar. De modo que no cubre a mujeres no trabajadoras, dependiente o independientemente, y no puede ser privada la mujer de este derecho contra su voluntad, para ejercerse aquel por parte del padre del niño o de la niña.

Es importante destacar que en España es posible la prolongación y ampliación el permiso de maternidad (postnatal) “en caso que el traslado a un trabajo diurno no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”.<sup>43</sup> Así, existiendo una serie de trabajos nocturnos y en lugares alejados, que en la primera infancia dificultan el fortalecimiento y apego filial con los hijos e hijas, se abre la posibilidad de superar los límites legales permitidos y extender el permiso.

Asimismo, en España, desde el 01 de abril de 2019, las prestaciones económicas que brinda la maternidad y la paternidad corresponden a una única prestación “*nacimiento y cuidado de menor*”. Es de carácter contributivo y pueden gozarlo trabajadores y trabajadoras que presten servicios bajo dependencia o por cuenta propia, exigiéndose en ambos casos un mínimo de cotizaciones para acceder a las prestaciones. Como diferencia importante respecto al régimen que se analizará en Chile, quienes tengan menos de 21 años de edad a la fecha del parto no requerirán contar con un mínimo de cotización. Las exigencias aumentarán entre 21 y 26 años, y luego, sobre 26 años, se requerirán 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.<sup>44</sup>

Con miras a avanzar en la búsqueda de la corresponsabilidad parental real, en la resolución del Consejo Europeo y de los Ministros del Trabajo y Asuntos Sociales, de 29 de junio de 2000, se analizó empero la participación equilibrada entre hombres y mujeres en la vida profesional y familiar. Se solicitó evaluar por los países miembros el otorgamiento de un derecho autónomo e individual a los hombres, en términos análogos a los otorgados a las mujeres puérperas. Desde este cometido es que varios países han instaurado el permiso de paternidad como un derecho independiente del progenitor no gestante.

Con todo, cabe anotar que este anhelo está fuertemente ligado con concepciones preconcebidas de estereotipos de roles de género. La ideología del rol condiciona así la utilización de permisos con motivo del nacimiento de un hijo que ejerce de forma efectiva o no un hombre. Quienes sustentan ideologías tradicionales en torno a la paternidad mostrarán reticencias frente a su utilización.<sup>45</sup>

Sin embargo, particularmente en España, desde el 01 de enero de 2017, el hombre disfruta de la sus-

---

<sup>42</sup> “El Tribunal Constitucional español ha rechazado las medidas aparentemente protectoras de las mujeres, pero que consideran a las mismas como un ser inferior o no igual, ya que perpetúan y reproducen en la práctica la posición de inferioridad social de la población femenina”. GAMONAL (2020), p. 73.

<sup>43</sup> NÚÑEZ-CORTÉS (2017), p. 32.

<sup>44</sup> CHICANO (2024), pp. 87-88.

<sup>45</sup> NÚÑEZ-CORTÉS (2017), p. 47.

pensión del contrato de trabajo por 4 semanas interrumpidas de manera autónoma e independiente de la madre, ampliables a 2 días por cada hijo o hija, a partir del segundo.<sup>46</sup>

En todos los casos, tanto la madre como el padre que ejerciten sus derechos no sólo conservarán sus puestos de trabajo y remuneraciones, sino que obtendrán cualquier beneficio que, de haber estado prestando servicios durante el descanso, les hubiere correspondido. Asimismo, de haber utilizado el permiso parcialmente, la eventual indemnización por término de contrato será calculada respecto a la remuneración total (y no parcial).<sup>47</sup>

## 2. Comunicación del estado de embarazo

Muestra una dicotomía evidente la postura del derecho interno Español, que exige comunicación del estado de embarazo al empleador para que el despido pueda ser considerado discriminatorio, y lo que falló el Tribunal Constitucional Español.<sup>48</sup> En cuanto descartó este hecho para la protección, siendo nulo el despido por el mero hecho de coincidir con la situación de embarazo.

Como contrapartida, el Estatuto de Trabajadores de España en su artículo 55.5. (b), propone ofrecer a la mujer una tutela más energética que la tutela discriminatoria, dispensándola de la carga de acreditar los indicios de discriminación y, particularmente, el conocimiento por el empresario del embarazo. En el entendido que la carga de la prueba puede resultar difícil y atentar a la dignidad<sup>49</sup> de la mujer. Acá no se busca una indemnización más cuantiosa, sino que directamente la nulidad del despido que puede afectar a la mujer que requiere protección: embarazada o puerpera.

## 3. Condiciones del reintegro

El artículo 15 de la Directiva 2006/54 consagra que, al reintegro del permiso de maternidad, la mujer recuperará su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos igual de favorables a que si hubiera permanecido prestando servicios. Esto involucra que debe beneficiarse de cualquier mejora ocurrida durante su periodo de ausencia. En temas prácticos, si durante la ausencia se realizó un curso que permite acceder ahora a un cargo más alto, en tanto faculta a rendir y aprobar el examen respectivo, el permiso ha influido negativamente en las condiciones laborales de la trabajadora. Verse impedida de rendir un examen por no haber podido realizar el curso significa una pérdida de oportunidad de beneficiarse, al igual que sus compañeros, de una mejora laboral. Por ello, constituyendo un trato menos favorable conforme a la Directiva.<sup>50</sup> Asimismo, cualquier aumento de remuneración producido

---

<sup>46</sup> NÚÑEZ-CORTÉS (2017), p. 48.

<sup>47</sup> NÚÑEZ-CORTÉS (2017), p. 51.

<sup>48</sup> María Jesús Pérez Ledo con Asociación Provincial del Metal (Aspremetal) de Badajoz (2008).

<sup>49</sup> La dignidad es un concepto que no es pacífico en la doctrina, es recogida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Declaración de Filadelfia, entre otros, entendiéndose ahí como inherente a la persona humana, siendo el fundamento de "la libertad, la justicia y la paz (...) Si el trabajador por el solo hecho de ser un humano tiene dignidad como estatus, en el sentido de Waldron, el derecho laboral se encuentra plenamente justificado para intervenir en su favor, protegiéndolo, dado que la relación de poder entre empleador y trabajador subvierte la idea de dignidad universal como estatus". GAMONAL (2020), p. 31.

<sup>50</sup> Ver Loredana Napoli con Ministero della Giustizia (2014).

durante el periodo también debe ser practicado, so pena de constituir su omisión una discriminación.<sup>51</sup>

Lo anterior es plenamente concordante con lo dispuesto en el artículo 2.1.7. de la Directiva 2002/73/CE, que establece que un trato menos favorable dispensado a una mujer en razón de su embarazo o su permiso de maternidad constituye discriminación, y el art. 4.1.a) de la Directiva 2004/113/CE, que dispone que la discriminación por embarazo o maternidad son supuestos de discriminación directa por razón de sexo.

En sentencia del Tribunal Constitucional Español,<sup>52</sup> se estimó que los permisos y licencias legalmente establecidos con motivo de la gestación y posterior alumbramiento, en tanto conectados con la protección a la salud e integridad del feto y de la madre, no pueden quedar equiparados al resto de los permisos y licencias. El principio de no discriminación por razón del sexo obliga a compensar las desventajas que el embarazo, al incidir de forma exclusiva sobre las mujeres –a diferencia del hombre– pueden provocar en sus derechos económicos y profesionales.<sup>53</sup>

### **B. Extensión de los permisos en algunos países de Europa**

Como se adelantó, las Directrices de la Comunidad Europea sólo imponen mínimos, dando autonomía a cada Estado para que determine y fije la extensión del permiso pre y post natal, por sobre el mínimo obligatorio.

Lo anterior repercute en que cada país cuente con extensiones variadas y que suelen relacionarse con las capacidades económicas de aquellos países, como puede apreciarse del siguiente cuadro.

Cuadro 1: Extensión y pago del permiso maternal en Europa<sup>54</sup>

Pago	Número de semanas pre	País	Número de semanas post	Pago
Variable	12	Suecia	2	Variable
100%	10	España	6	100%
100%	4	Portugal	6	100%
80%	8	Letonia	8	80%
78%	10	Lituania	8	78%
100%	8	Austria	8	100%
100%	6	Alemania	8	100%

---

<sup>51</sup> Gillespie (1996).

<sup>52</sup> CHICO (2016).

<sup>53</sup> DE LA CRUZ MARTÍNEZ (2017).

<sup>54</sup> Cuadro N°1. VERENA (2023).

85%	9	Rumania	9	85%
82%	6	Bélgica	9	82%
100%	8	Liberia	9	100%
100%	8	Malta	10	100%
100%	6	Países Bajos	10	100%
Variable	10	Finlandia	11	Variable
100%	4	Eslovenia	11	100%
100%	8	Luxemburgo	12	100%
Variable	4	Dinamarca	14	Variable
Variable	6	Polinia	14	Variable
100%	9	Chipre	16	Variable
100%	2	Francia	16	100%
100%	4	Estonia	16	100%
80%	4	Italia	16	100%
70%	8	República Checa	20	70%
70%	4	Hungría	20	70%
100%	4	Croacia	26	100%
75%	8	Eslovaquia	26	75%
Variable	2	Irlanda	40	Variable
90%	6	Bulgaria	52	90%

Desde la información anterior, es importante destacar que los países no establecen sólo semanas obligatorias, sino que algunas son opcionales para las madres. Esto se presenta en Bulgaria, lo que explica la extensión inusual del permiso postnatal, que llega a las 52 semanas, donde sólo las primeras 14 semanas son obligatorias.

Asimismo, en Portugal no existe un derecho de prenatal o postnatal sino que únicamente un derecho parental (tanto para hombres como mujeres) que se prolongará hasta 120 días con pago del 100% de la remuneración, y hasta 150 días con pago de 80% de la remuneración. Además, existen 30 días adicionales en caso de que los padres compartan el permiso. El padre podrá utilizar cualquier periodo de esos días, con exclusión del inicial, que está entregado exclusivamente a la madre.

En ese mismo entendido, pero superando a Portugal, en Finlandia ambos padres pueden utilizar 160 días de permiso. Incluso, pueden acordar ceder 63 días a otra persona –no padre ni madre– que cuide al niño o niña.

### C. Extensión del permiso en algunos países de Latinoamérica

Una revisión de la normativa de 10 países de América Latina muestra que, si bien en todos ellos se reconoce el derecho a la licencia de maternidad, solo 7 establecen licencias de al menos 14 semanas. Entre ellos, cuatro reconocen licencias de al menos 18 semanas, de acuerdo a lo dispuesto en la Recomendación N°191. En los 3 países restantes la duración de las licencias es de entre 12 y 13 semanas. Bolivia y Ecuador reconocen licencias de entre 12 y 13 semanas. En Perú la licencia es de 14 semanas, mientras que Colombia reconoce 18 semanas. Venezuela se ha convertido en el único país de la región con la licencia de maternidad de 26 semanas.

Paraguay amplió la licencia considerablemente en el último tiempo, pasando de las 12 a las 18 semanas. Perú –único país de América Latina que ha ratificado el Convenio N°183– aumentó el permiso a 14 semanas luego de la ratificación del Convenio en 2016.

La Recomendación N°191, además, aboga a que el periodo de permiso post natal de la madre debería ser transferible al padre en caso de fallecimiento, hospitalización o enfermedad de la madre. Con todo, sólo Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay y Perú, incorporan este derecho en sus estatutos legales, con algunas limitaciones prácticas.<sup>55</sup>

Cuadro 2: Duración de la Licencia de maternidad en América Latina<sup>56</sup>

18 semanas o más (R191) (4 países)	(26 semanas) Venezuela (18 semanas) Chile, Colombia <sup>57</sup> y Paraguay
14-17 semanas (C183) (3 países)	(17 semanas) Brasil (14 semanas) Perú y Uruguay
12-13 semanas (3 países)	(13 semanas) Argentina <sup>58</sup> y Bolivia <sup>59</sup> (12 semanas) Ecuador

### V. DISCUSIONES LEGISLATIVAS DEL DERECHO DE PRE Y POSTNATAL

El permiso postnatal parental fue introducción en Chile el 17 de octubre de 2011 mediante la ley N°20.545, y modificó el sistema de protección de la maternidad. Desde esa fecha, el descanso postnatal maternal se prolonga en 12 semanas consecutivas adicionales, periodo de tiempo durante el cual

<sup>55</sup> Al efecto, ver Ord. N°4843/95, de 07 de diciembre de 2011, de la Dirección del Trabajo.

<sup>56</sup> Cuadro N°2. OIT (2022).

<sup>57</sup> Ley N°2.114 (Colombia), de 2021, artículo 2. Con todo, el Sistema de Seguridad Social de Colombia establece 4 subsistemas, donde la maternidad y la licencia por maternidad y paternidad se encuentran cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, conjuntamente con prestaciones asistenciales para las enfermedades generales y prestaciones económicas por incapacidad temporal, ver ARISTIZÁBAL (2020), p. 396.

<sup>58</sup> Ley N°21.824 (Argentina), de 1978.

<sup>59</sup> Decreto Ley N°13.214 (Bolivia), de 1975, artículo 31.

la progenitora gestante recibirá el subsidio de descanso de maternidad. Este último derecho puede ser compartido con el padre, si ambos son trabajadores, a elección de la madre a partir de la séptima semana del mismo; las semanas que utilice el padre deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho al subsidio establecido en el artículo, calculándose en base a sus remuneraciones.

Conforme al artículo 197 del Código del Trabajo, el padre en este caso tendrá derecho a fuero por el doble del periodo en caso de utilizar a jornada completa, o un máximo de tres meses, si lo utiliza jornada parcial; contados desde 10 días antes de iniciarse el permiso. Si el padre utiliza este permiso, deberá dar aviso con al menos 10 días de anticipación a su empleador, al empleador de la madre y a la Inspección del Trabajo, respectivamente.

Una de las ideas matrices de este postnatal parental –que podrían ejercer los hombres– era incentivar la corresponsabilidad en el cuidado y crianza de los hijos. No obstante, la crítica es que este permiso parental debió ser obligatorio para que efectivamente los hombres lo utilizaran, entretanto la experiencia internacional muestra que aquellos periodos de licencia elegibles por la madre o el padre son utilizados mayoritariamente por las mujeres; de este modo, a la fecha, puede observarse que, en el año 2023, de enero a octubre, sólo 157 hombres en todo el país, utilizaron este beneficio. Desde el 2011, en promedio sólo un 0.23% de los padres (2.455 hombres) han utilizado el permiso, de un total de 1.084.925 subsidios entregados.<sup>60</sup>

En la anterior línea de acción, con fecha 07 de junio de 2017 se presentó un proyecto de Ley que “*Modifica el Código del Trabajo en materia de extensión del permiso postnatal parental en jornada parcial*” que busca propender a un derecho de opción de la trabajadora que retorna del goce de su postnatal maternal, para que dentro de los 30 días de iniciado el postnatal parental pueda acordar con su empleador la utilización de la media jornada. Con ello, ya no sería indispensable avisar al empleador con 30 días de anticipación al término del permiso postnatal maternal, la modalidad de reintegro en media jornada.

El 31 de mayo de 2022, la Cámara accedió a tramitar este proyecto conjuntamente con otros, mediante Oficio N°17.459. Se refundirían:

1. El que modifica el Código del Trabajo en materia de extensión del permiso postnatal parental en jornada parcial, correspondiente al boletín N°11.262-13.
2. El que modifica el Código del Trabajo, para extender el permiso postnatal del padre, asimilándolo al de la madre, correspondiente al boletín N°11.567-13.
3. El que modifica el Código del Trabajo, para extender la duración del permiso postnatal masculino, correspondiente al boletín N°11.596-13.
4. El que modifica el Código del Trabajo para extender la duración del permiso postnatal del padre, correspondiente al boletín N°11.791-13.
5. El que modifica el Código del Trabajo para establecer un permiso pre y post natal en favor del padre, correspondiente al boletín N°13.271-13.

---

<sup>60</sup> SUSESO (2023).

También se discuten en el Senado proyectos que si bien no buscando extender la duración del permiso, fomentan la corresponsabilidad parental ampliando el derecho de sala cuna a los padres o progenitor no gestante, otorgando fuero a éstos de hasta un año desde el parto, entre otras materias.<sup>61</sup> En tramitación, desde el 20 de mayo de 2015, pero cuyo último movimiento se produjo el 22 de enero de 2020, alcanzando el segundo trámite constitucional.

## **VI. TRATAMIENTO DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO AL DERECHO DE PRE Y POSTNATAL**

La Dirección del Trabajo ha sido medianamente uniforme en el tratamiento dado a los permisos pre y postnatal de las trabajadoras dependientes.

### **A. Procedencia del permiso postnatal parental en caso de muerte del hijo o hija nacida viva**

En Ord. N°4843/095, de 07 de diciembre de 2011, se consultó si era procedente el permiso contemplado en el artículo 197 del Código del Trabajo en caso que el hijo hubiera vivido sólo 2 horas posteriores al parto. Al efecto, se aludió el Dictamen N°4052/083, de 17 de octubre de 2011, que citando el Mensaje de S.E. el Presidente de la República indicó que los 3 objetivos de la ley N°20.545 eran “*garantizar el mejor cuidado de los hijos, permitir que más madres se beneficien con la protección a la maternidad, aumentar la corresponsabilidad de padre y madre en el cuidado de los hijos y facilitar una mayor conciliación entre familia y trabajo para los hombres y mujeres de nuestro país*”. Continuó indicando que la madre trabajadora por quien se consultó, efectivamente había hecho uso de su permiso postnatal maternal, pero no le asistía el derecho al postnatal parental en cuanto esta situación no se condecía con los objetivos antes descritos.

El dictamen ratificó, eso sí, la utilización del beneficio de postnatal maternal en tanto el Dictamen N°2974/85, de 25 de julio de 2003, ya había afirmado que este derecho podía utilizarse frente a la ocurrencia efectiva del parto, “*con prescindencia de la circunstancia de que la madre trabajadora sufra pérdida del hijo recién nacido o que nazca muerto*”. Con todo, estas últimas 2 hipótesis, no permitían extender el permiso para comprender también el permiso postnatal parental.

### **B. Fallecimiento de la madre**

El 12 de junio de 2023, la Dirección del Trabajo se pronunció en Dictamen Ord. N°2942 sobre la procedencia de ejercer el derecho de postnatal por parte del padre respecto al cual su mujer había fallecido con posterioridad al parto. Se informó la imposibilidad de tal hipótesis, pues para subrogar el derecho, la madre debió haber detentado la calidad de trabajadora (sólo así ella habría gozado del derecho). Si la mujer no podía ser acreedora del derecho, por no ser trabajadora, no tiene derecho alguno que traspasar al padre sobreviviente.

---

<sup>61</sup> Ver Boletín N°10067-13, de 2020.

### C. Tuición, cuidados personales o adopción<sup>62</sup>

En otro orden de ideas, el Ord. N°6542, de 14 de diciembre de 2015, se pronunció sobre el permiso postnatal maternal que correspondería a la abuela materna que ha obtenido el cuidado personal del niño, niña o adolescente, a través de una transacción extrajudicial. Al efecto, el organismo indicó que el artículo 200 del Código del Trabajo contempla como exigencia que el cuidado personal o tuición haya significado un procedimiento judicial contencioso, y no la mera ratificación del acuerdo ante el juzgado de familia correspondiente.

Así, los cuidados personales debieron obedecer a una medida de protección o procedimiento de adopción, lo que en el caso no se verificaba.

Destaca el Dictamen aludido que:

*“[L]as medidas susceptibles de aplicarse por el juez competente, en el caso de niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, se encuentra la de disponer su ingreso en un hogar sustituto, evento en el cual, el juez deberá preferir, para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga relación de confianza”.* Así, para gozar del permiso y subsidio de 12 semanas previsto en el artículo 197 bis del Código del Trabajo, se requiere:

*“[Q]ue se haya decretado judicialmente «como medida de protección», mediante el procedimiento ya revisado precedentemente, contemplado en la ley N°19.969, y que responde a una situación de vulneración grave o de amenaza de los derechos del niño, puesta en conocimiento del tribunal de familia competente, a fin de que decrete tal medida”.*

Para gozar de las 12 semanas de permiso postnatal maternal conforme al artículo 200 del Código del Trabajo, resulta forzoso que el menor por quien se reclama tenga menos de 6 meses de edad (Dictamen N°2653/208 de 29 de junio de 2000). Por otra parte, la madre que haya dado a su hijo/a en adopción también podrá utilizar a plenitud el derecho consagrado en el artículo 195 del Código del Trabajo. Mediante Dictamen N°4968/78 de 05 de octubre de 2016 se indicó que:

*“[E]l permiso postnatal parental que el artículo 197 bis otorga a la madre y que el artículo 200 extiende a quien tenga a su cuidado un menor de edad, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección, o en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la ley 19.620,*

<sup>62</sup> En Dictamen N°1646/31 de 2016, la Dirección del Trabajo afirmó que los derechos que pueden ser ejercidos por un tercero que asume los cuidados personales son:

- i) Permiso y subsidio en el caso del menor de un año que requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave. En este particular el artículo 199 inc. 2° del Código del Trabajo.
- ii) Permiso en el caso del menor de 18 años que requiera la atención personal de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte. En lo que interesa, el artículo 199 bis, inc. 2° del Código del Trabajo.
- iii) Permiso postnatal parental. El artículo 200 prescribe en su inc. 1° del Código del Trabajo.
- iv) Derecho a dar alimento al hijo menor de dos años.

tiene una duración de doce o dieciocho semanas, modalidad que depende del régimen en que la trabajadora opte por reincorporarse a sus labores, sin que se contemple a su respecto un aumento en el número de días cuando el nacimiento o la adopción involucra a más de un menor”.

Por su parte, el Dictamen N°1277, de 08 de marzo de 2018, se refirió a la edad del niño, niña o adolescentes por quien se solicita el derecho, estableciendo que la norma no:

“[Indica] límite alguno que permita obstaculizar el ejercicio del derecho, de modo tal que el permiso postnatal parental podrá ser impetrado desde que se haya otorgado judicialmente la tuición o cuidado personal de un menor debiéndose acompañar para ello una declaración jurada de tener bajo su tuición o cuidado personal al causante del beneficio, así como un certificado del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor como medida de protección, o en virtud de lo previsto en los artículos 19 ó 24 de la ley N°19.620”.

Acá, el organismo recalca que el objetivo de este derecho es:

“[F]acilitar el apego necesario en la primera etapa del desarrollo de él o los hijos de las madres trabajadoras y propender al cuidado de estos, lo que en el proceso de adopción se asemeja a la necesidad de generar un vínculo y lograr la mejor adaptación del menor en su nuevo hogar”.

#### **D. Reincorporación en modalidad de media jornada**

En cuanto al goce del permiso postnatal parental en la modalidad media jornada, la Dirección del Trabajo resolvió en Dictamen N°17047/032, de 24 de marzo de 2016, que, si la trabajadora o trabajador se incorpora en esta modalidad, no se altera el derecho al feriado anual, de modo que para utilizar los días de feriado legal estos deberán fraccionarse en bloques de medio día. Por otra parte, sí ya se ejerció la opción respecto a una u otra modalidad de devengo (jornada completa o parcial) no es posible volver a ejercer la opción restante (cambiar de media jornada a jornada completa), en tanto este procedimiento se encuentra específicamente reglamentado y repercute en la mayor o menor cobertura del subsidio.

#### **E. Goce de sala cuna durante el postnatal**

En cuanto al derecho a gozar de sala cuna de cargo del empleador<sup>63</sup> durante el periodo de descanso del postnatal maternal o parental, la Dirección del Trabajo ha estimado que, conforme al artículo 203 del Código del Trabajo, el derecho es extensivo “al o la dependiente que, en virtud de una resolución del tribunal de justicia competente, tiene el cuidado personal del niño o niña menor de dos años, en el evento que la obligación de sala cuna sea exigible al empleador”. La obligación será exigible desde que

---

<sup>63</sup> El derecho de la trabajadora o trabajador a obtener de parte del empleador el pago de la sala cuna en caso de ser madre de un menor de 2 años, o tener los cuidados personales de éste, se puede ejercer cuando en el establecimiento o para el empleador presten servicios 20 o más mujeres, conforme al artículo 203 del Código del Trabajo. El inciso final indica: “(...) El trabajador o trabajadora a quienes, por sentencia judicial, se le haya confiado el cuidado personal del menor de dos años, tendrá los derechos establecidos en este artículo si éstos ya fueran exigibles a su empleador”.

la sentencia que otorga los cuidados personales le sea formalmente comunicada al empleador (Ord. 2871 de 30 de mayo de 2016).

Urge anotar que si bien el derecho de sala cuna está teóricamente condicionado a la prestación efectiva de servicios del dependiente para el empleador, la misma Dirección del Trabajo ha establecido en Dictamen N°1013/21, de 27 de febrero de 2015, respaldado nuevamente en el dictamen recién citado, que pese a la superposición del descanso de maternidad con otras causales que impidan a la madre “cuidar a su hijo menor de dos años”, tales como enfermedad o accidente común, medicina preventiva, descansos pre o postnatal, accidente del trabajo o de trayecto:

*“[S]e debe autorizar la concurrencia de su hijo a sala cuna, puesto que de no hacerlo, no sólo se pondrá en riesgo la salud e integridad física del menor, sino que también la de madre, que no podrá cabal cumplimiento a su reposo médico [...]. Lo mismo deberá ocurrir en caso que la obligación se esté ejecutando mediante la entrega de un bono compensatorio”.*

## VII. DISCUSIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DEL OTORGAMIENTO DEL SUBSIDIO MATERNAL Y/O REDUCCIÓN DE SU MONTO<sup>64</sup>

Se analizarán ahora las principales normas nacionales que fijan la procedencia y monto del permiso y pago de subsidio maternal, para luego centrar el estudio en los recursos de protección del año 2022 y 2023,<sup>65</sup> donde se han rechazado estos y, por tanto, se ha denegado el pago del subsidio y/o el permiso, para luego mencionar aquellos donde sí se ha acogido.

El DFL N°44, “Establece normas comunes para subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado”, año 1978, se preocupa de las prestaciones pecuniarias de trabajadores y trabajadoras durante sus descansos médicos, siempre, hablando de enfermedades o contingencias comunes y no laborales.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> El análisis judicial del comportamiento de los empleadores o entes gubernamentales frente a los derechos de la progenitora gestante durante el permiso pre y postnatal es complicado frente a la escasa o nula jurisprudencia. Las demandas suelen restringirse al fuero maternal de la trabajadora, más allá de las particularidades del goce de esos derechos. Materia de un estudio independiente, pero relacionado con este documento, se dispone por parte de la autora para tratar el fuero y otras manifestaciones de derechos asociados a la maternidad de las trabajadoras. Ahora, deliberadamente, se optó por restringir el análisis y estudio sólo a los permisos maternales de pre y postnatal.

<sup>65</sup> Al respecto ARELLANO (2017) ha tratado la materia, pero desde una óptica diversa y enfocado principalmente en la jurisprudencia administrativa, con una referencia puntual a una sentencia judicial.

<sup>66</sup> Resulta curioso que la homologación del subsidio maternal con las enfermedades comunes sea de reciente data, en tanto el Código del Trabajo de 1977 contemplaba en su artículo 312, conjuntamente con la regulación del descanso maternal, que la mujer obrera y la empleada “tiene derecho a un subsidio equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba, que se pagará por el respectivo instituto de seguro social con cargo al respectivo fondo de medicina preventiva”. ORLANDINI (1977), pp. 28-29.

Con todo, los manuales de derecho del trabajo individual -LIZAMA y LIZAMA (2019); THAYER y NOVOA (1980); GAMONAL (2020); PIERRY (2020)- analizados no se refieren mayormente al monto del subsidio ni pago efectivo de éste. La introducción del tema sí puede encontrarse en GAMONAL y GUIDI (2015), p. 340, pero sin explicitar la rebaja en ingresos que podría sufrir la mujer embarazada o puerpera trabajadora, en contraposición de quien presente una enfermedad común. HUMERES (2007), p. 374, por su parte, desarrolla el tema de las prestaciones maternales como asignación prenatal, asignación de natalidad, asignación por los hijos menores, dentro de las clases de prestaciones familiares. PINTO (2023) dedica un subcapítulo al “Subsidio en los casos de descanso

El artículo 4° de esa normativa dispone:

*“Para tener derecho a los subsidios se requiere un mínimo de seis meses de afiliación y de tres meses de cotización dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica correspondiente”.*

El artículo 8<sup>o67</sup> complementa lo anterior, estableciendo:

*“La base del cálculo para la determinación del monto de los subsidios considerará los datos existentes a la fecha de iniciación de la licencia médica y será una cantidad equivalente al promedio de la remuneración mensual neta, del subsidio, o de ambos, que se hayan devengado en los tres meses calendario más próximos al mes en que se inicia la licencia.*

*En todo caso, el monto diario de los subsidios del inciso primero del artículo 195, del inciso segundo del artículo 196 y del artículo 197 bis, todos del Código del Trabajo, y del artículo 2° de la ley N° 18.867, no podrá exceder del equivalente a las remuneraciones mensuales netas, subsidios o de ambos, devengados por las trabajadoras dependientes en los tres meses anteriores más próximos al séptimo mes calendario que precede al del inicio de la licencia, dividido por noventa, aumentado en el 100% de la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor en el período comprendido por los siete meses anteriores al mes precedente al del inicio de la licencia, e incrementado en un 10%.*

*Los tres meses a que se refiere el inciso anterior deberán estar comprendidos dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al séptimo mes calendario que precede al mes de inicio de la licencia. Si dentro de dicho período sólo se registraren uno o dos meses con remuneraciones y/o subsidios, para determinar el límite del subsidio diario, se dividirá por 30 o 60, respectivamente(...).”*

---

*de maternidad”*, pero desde un enfoque que reproduce lo normativo y no desarrolla, en particular sobre este punto, una crítica. Aunque si lo hará en general, al establecer la carencia y necesidad de un enfoque de género en materia de seguridad social de las mujeres en Chile.

<sup>67</sup> El mensaje Boletín N°947-13, 12 de marzo 1994, que modificó el artículo 8°, imponiendo más restricciones, indicaba: “Al mismo tiempo, el proyecto introduce modificaciones en el mencionado decreto con fuerza de ley para compatibilizar su régimen de beneficios con la naturaleza de la contingencia que se trata de cubrir. La iniciativa, toma debidas precauciones para evitar eventuales elevaciones artificiales en las remuneraciones de los meses anteriores al inicio del reposo prenatal, ya que a diferencia de una enfermedad, en el embarazo se tiene conocimiento previo de la fecha de la licencia. Dicha elevación artificial alteraría la fe pública y perjudicaría a la masa de los beneficiarios, puesto que los beneficios se pagan con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía que se financia con cargo fiscal, y que se destina a beneficiar por igual a todos los que experimentan igual estado de necesidad definido en la ley”. La crítica a la sinceridad desmedida, prejuiciosa y abiertamente discriminatoria de la anterior comunicación presidencial viene desde el ámbito de los derechos fundamentales y, sobre todo, el derecho a no discriminación. “Lo que hace especialmente molesta a la discriminación, desde el punto de vista comunitario, es el trato desfavorable a un individuo, que expresa un desprecio a un colectivo determinado. Es ese desprecio, precisamente, el que agrega la dimensión de fundamentalidad: existe un derecho de máxima relevancia jurídica para impedir que ese desprecio tenga efecto”. UGARTE (2018), pp. 140 y 142. Si bien debe existir una “prohibición de discriminación”, lo que lisa y llanamente no se cumple con la norma al poner más barreras para el pago del subsidio a las mujeres embarazadas y puerperas trabajadoras, se vulnera además la “promoción de la igualdad”. La aplicación de este último postulado debió llevar al legislador precisamente a facilitar y asegurar el ingreso suficiente, necesario o equivalente a las remuneraciones reales de las mujeres previo al uso del descanso maternal, no buscar el cálculo que precisamente, le otorgue la menor suma. La significación política de la norma comentada, en palabras de BARRETO (2021) y la concreción de la realización de la finalidad con la cual se estableció la norma, no sólo es explícita en este caso, sino que excede los presupuestos iniciales, marginando a las potenciales beneficiadas de la obtención del subsidio que le permitirá precisamente, descansar de los servicios laborales durante el descanso maternal. La eficacia de la norma extralaboral, tiene un efecto expansivo, discriminatorio. Además de ser legal, ¿es legítima esta diferenciación? Si entendemos la legitimidad como el “consenso de la base social [...] un consensus, entendido por lo menos como adhesión, como aceptación y como aquiescencia”. PRIETO (2009), p. 91, podremos observar, luego de 30 años, que los cientos de la normativa quedaron deficientemente construidos.

Para determinar el valor del subsidio, se calcula una base diaria, conforme lo dispone el artículo 17 del DFL N°44, que es la trigésima parte del 50% de un sueldo mínimo para efectos no remuneracionales.<sup>68</sup> Como puede apreciarse, se requiere un doble cálculo o restricción: primero, tres meses de cotizaciones anteriores al séptimo mes de inicio del “descanso prenatal”, y tres meses inmediatamente anteriores, al mismo permiso, donde se paga aquel de los cálculos que presente el menor valor.

Es importante anotar que lo exigido por la norma no son cotizaciones, sino “remuneraciones efectivas”. De este modo, si una trabajadora cotizó durante los 3 meses anteriores a los 7 meses de inicio de la licencia médica, pero no recibió remuneración, el cálculo de la primera operación sería \$0 (cero).

Como se indicó precedentemente, estos subsidios no son cubiertos por Fonasa o Isapres, sino que, por el Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía,<sup>69</sup> el que se financia exclusivamente con recursos fiscales, bajo la supervigilancia legal de la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO).

Lo anterior ha llevado a una reducida, pero alarmante, peregrinación de recursos de protección ante las Cortes respectivas por situaciones que se analizarán a continuación.

Se buscó en la Base Jurisprudencial del Poder Judicial aquellos recursos de protección relacionados con materias de cobro de subsidios maternales, acotando la búsqueda a fallos de los años 2022 y 2023. De estos, nos centraremos sólo en trabajadoras dependientes.

Es importante anotar que las trabajadoras tuvieron que recurrir contra la Isapre, el COMPIN o la SUSESO, para reclamar del pago del beneficio y/o el permiso, en un momento de suyo complejo, como el periodo de pre y post natal.

### **A. Sentencias que deniegan el recurso**

Frente a la obtención de un subsidio por monto menor a la última remuneración de las trabajadoras, se ha argumentado la falta de ingresos en el primer periodo de cálculo. Las Cortes de Apelaciones, conociendo de protección, han estimado que, siendo el mandato legal claro, no existe arbitrariedad alguna de parte de los órganos pagadores en reducir el subsidio conforme a los cálculos legales.<sup>70</sup> La Corte de Apelaciones también se ha mostrado contraria a que este tipo de materias se discutan ante ella, indicando que “no es el Órgano Jurisdiccional competente para resolver este asunto, considerando la naturaleza técnica del conflicto en cuestión y que está frente a un derecho indubitado”.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Circular N°3778, de 2023, es la recién publicada sobre el particular.

<sup>69</sup> Cabe señalar que, en el caso de México, por mencionar un punto de comparación, el financiamiento de los “recursos necesarios para cubrir las prestaciones en dinero, en especie y los gastos administrativos del seguro de enfermedades y maternidad se obtendrán de las pautas que están obligados a cubrir los patrones y los trabajadores o demás sujetos y de la contribución que corresponda al Estado, es decir, se integrará en forma tripartita” ver GARCÍA (2003), p. 109.

<sup>70</sup> Ver Chomalí con Superintendencia de Seguridad Social Región Metropolitana (2022); Pérez con Isapre Cruz Blanca S.A. (2023); Mora con Superintendencia de Seguridad Social (2018); Schlüter con Isapre Colmena Golden Cross S.A. (2018).

<sup>71</sup> Lin con Colmena Golden Cross S.A. (2020).

También, luego de la verificación de la existencia de la relación laboral por parte de la COMPIN – quien está facultada para constatar en terreno el registro de huella digital de la trabajadora –, durante los tres meses anteriores al séptimo mes del beneficio de maternidad, se ha denegado el subsidio por considerar que no existía prestación del servicio laboral,<sup>72</sup> Esto amparado, en la facultad prevista en la Circular Nº3646, de 28 de diciembre de 2021, de la SUSESO, que permite ante –dudas fundadas– realizar:

*“[V]isita inspectiva que permita comprobar la existencia de huellas laborales materiales y concretas que den cuenta del desarrollo de las labores, no basta en estos casos la sola exhibición de documentos formales, como lo son el contrato de trabajo, liquidaciones de remuneraciones y planilla de pago de cotizaciones”.*

Como veremos, las conclusiones que pueden extraerse de tales “controles” también han sido criticadas por las Cortes, con argumentos diversos.

Cabe tener presente que en la causa Plaza con COMPIN Antofagasta (2016), se analizó la situación donde anteriormente se había solicitado el desafuero de una trabajadora embarazada respecto de la cual sus licencias médicas de prenatal fueron autorizadas, pero sin derecho a subsidio por “*falta de vínculo laboral demostrable, considerando que la licencia no fue recepcionada por su empleador, de acuerdo a la declaración de tramitación por la Inspección del Trabajo, señalando ‘EMPLEADOR EN TRÁMITE DE DESAFUERO [sic.]’*”, lo que repercutió en que ésta no recibiera pago alguno sino hasta que la propia COMPIN, en el transcurso del desarrollo del recurso de protección, reevaluara de oficio la situación y resolviera autorizar el pago, cuando el hijo ya tenía 3 meses de vida.

En causa Jeria con Isapre Colmena Golden Cross S.A. (2014), habiendo arribado a un acuerdo la trabajadora con el empleador que se negaba a reincorporarla, pese a su estado de embarazo, no se logró cumplir los requisitos previstos en el artículo 8º del DFL Nº44 en tanto la trabajadora pactó un permiso sin goce de sueldo, previo al uso del permiso prenatal, pero con pago de cotizaciones. No existiendo remuneraciones en los tres meses inmediatamente anteriores al inicio de la licencia médica, el cálculo del subsidio fue igual a \$0 (cero), pese a existir relación laboral vigente y pagos previsionales.

Ahora, a partir de los reclamos administrativos ante la COMPIN y SUSESO, en algunas ocasiones se han pagado de oficio los subsidios correspondientes a las trabajadoras, aunque ello ha acontecido sólo durante la tramitación del recurso de protección.<sup>73</sup>

## **B. Sentencias que acogen el recurso**

En cuanto a recursos acogidos, respecto a una trabajadora a quien se puso término al contrato de sa-

---

<sup>72</sup> Ver *Murga con Superintendencia de Seguridad Social* (2019), y considerando tercero en *Fernández con Superintendencia de Seguridad Social y otra* (2018): “esta Superintendencia se ha formado convicción de la existencia de huellas laborales materiales y concretas que dan cuenta del desarrollo de labores efectivas de la interesada para la empresa “Inmobiliaria IM Limitada, [...] en calidad de prevencionista”.

<sup>73</sup> *Poblete con Matthews (Vida Tres S.A.)* (2020).

lud en tanto no se logró comprobar el vínculo laboral pues no existían huellas dactilares de registro de entrada o salida en el lugar de trabajo. El recurso se acogió y se consideró ilegal y arbitrario cancelar el contrato de salud de la recurrente; dado a que las gestiones de la Isapre (Colmena Golden Cross) privaban un derecho, al extraer conclusiones decisorias del hecho de la visita efectuada en 2 ocasiones. En la primera la trabajadora se encontraba de vacaciones y, luego, en la segunda, bajo licencia médica, razón por la cual no fue habida en el lugar de trabajo.<sup>74</sup> Ello, en nada podía permitir establecer que no existía relación laboral y, con ello, denegar el subsidio.

En otro orden de ideas, respecto de la autorización de permiso postnatal, pero por un pago de subsidio menor al que correspondía por considerar la Isapre Consalud que debían calcularse los 3 meses que la recurrente cotizó como trabajadora independiente en un año, y no los meses que lo hizo como dependiente por una suma muy superior a la anterior;<sup>75</sup> la Corte estimó que la Isapre no podía seleccionar qué meses utilizar para el cálculo y cuáles desechar, arbitrariamente.

También se han autorizado licencias o reposos, pero sin derecho a subsidio. Así, en 2016, frente a una elevada remuneración en relación con las horas trabajadas, previo informe de la Inspección del Trabajo respectiva, una Isapre concluyó que no existía relación laboral. La Corte indicó que existía una arbitrariedad, pues determinar la existencia o no de una relación laboral era materia de juicio (de derecho), no pudiendo resolverse administrativamente, en este caso por la COMPIN de Chillán.<sup>76</sup> El mismo argumento se replica, con algunos matices, en la causa de una trabajadora que prestaba servicios desde el extranjero y que, por ello, mal podían corroborarse sus huellas en el domicilio chileno del empleador.<sup>77</sup>

De las sentencias analizadas, vale mencionar que 11 rechazan el recurso, confirmando la denegación del subsidio y/o del permiso maternal, y sólo 5 acogen el reclamo, obligando a los entes pagadores a solventar el subsidio. Ignoramos a la fecha cuántas trabajadoras no han llegado a estas instancias, pero han sido privadas de su descanso pre o postnatal, o del subsidio que éste involucra por motivos análogos a los contenidos en las sentencias. Al respecto, requerido a la Superintendencia de Seguridad Social el número de reclamos por no pago del beneficio o rebaja de este en caso de maternidad, a través de la consulta mediante ley de transparencia, en noviembre de 2023, el órgano señaló que no contaba con esa información.

## VIII. CONCLUSIONES

La maternidad es un hecho biológico con consecuencias sociales y laborales indiscutibles. Es importante la reproducción social, pero ésta debe verificarse sin molestar ni alterar los cimientos actuales

---

<sup>74</sup> *Lara con Isapre Colmena Golden Cross S.A.* (2023).

<sup>75</sup> *Lagos con Isapre Consalud S.A.* (2020).

<sup>76</sup> *Barra con Comisión Médica Preventiva de Chillán Ñuble* (2019).

<sup>77</sup> *Tolosa con SUSESO* (2018).

del modelo masculinizado de empleo clásico. La preocupación por proteger a la mujer y a su hijo/a se encuentra en dicotomía con el ideal productivo asalariado, aunque la normativa nacional e internacional ha procurado –desde comienzos del siglo XIX– superar brechas y barreras, con mediano éxito.

Los estereotipos de género han caracterizado la normativa nacional con relación a la maternidad, con la instauración social de un doble discurso. Se apunta a la inserción de las mujeres en la esfera laboral, pero se precarizan los puestos de trabajo que pueden ocupar, dado lo reducidas de sus jornadas y la latente contingencia de cuidado que pueden presentar. El empleador continúa siendo el responsable de solventar los costos monetarios del cuidado de los/as hijos/as y de las menores jornadas laborales de las mujeres, pero es el Estado, al menos en Chile, el que asume el pago del permiso de pre y postnatal. Esto, sólo respecto a determinado tipo de mujer: trabajadora formal, dependiente o independiente, con exigencias de cotizaciones y afiliación determinadas.

La OIT ha sentado mínimos no obligatorios para los Estados, los que en su mayoría han adecuado sus legislaciones conforme a las realidades presupuestarias de las arcas fiscales. De todos modos, las recomendaciones superan en derecho a las Convenciones, y sólo algunos países de la región respetan los estándares de duración y monto de pago del subsidio de pre y postnatal.

Los mínimos que impone la Comunidad Europea son menores que los de la OIT, y los países transitan entre legislaciones con mayor a menor protección, pero entregando tanto la duración como el monto del subsidio, en gran parte, al elemento volitivo. La mujer podrá utilizar todo o parte de la extensión, y podrá recibir todo o parte del monto que recibía como remuneración previa al uso del beneficio.

En términos prácticos en Chile, la Dirección del Trabajo, en su misión interpretativa de la norma legal, ha reiterado la extensión del derecho de pre y postnatal, sin ampliar su alcance. Más bien, negando en muchos casos el goce a situaciones particulares como en el caso de muerte de la madre no trabajadora, y otorgamiento de cuidados personales por transacción extrajudicial.

Asimismo, los tribunales de justicia, representados por las Cortes de Apelaciones a nivel nacional, han tomado posturas ambivalentes respecto al pago de los subsidios de pre y postnatal. En tanto, algunas trabajadoras han debido judicializar el pago que ha sido negado en su plenitud durante el mismo periodo de goce del derecho. Las Cortes han respaldado las negativas de las Isapres, COMPIN y/o SUSESO, instituciones que se basan en el DFL N°44 de 1978, para sujetar la prestación ante esta contingencia de Seguridad Social, a criterios arbitrarios –como las mismas cortes han señalados en otros fallos–. Si bien la cifra de reclamantes es reducida, debe causar alarma que mujeres trabajadoras queden desprovistas de ingresos durante sus periodos legales de pre y postnatal. Más aún, cuando la SUSESO responde no tener registro del número de mujeres que se encuentran en esta situación de desprotección, más allá de las que han debido accionar de protección.

Quedan desafíos necesarios de adecuación de nuestra normativa interna a estándares de la OIT, los que deben apuntar a la ampliación de la cobertura, monto y extensión del derecho, pero también, la realización legal y práctica de la corresponsabilidad parental.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ARELLANO ORTÍZ, Pablo (2017): *Jurisprudencia sobre protección de la maternidad y de la enfermedad de origen común* (Santiago, Thomson Reuter).
- ARISTIZÁBAL, Juan Carlos (2020): “Capítulo 9. Reflexiones Críticas sobre el Desarrollo Técnico del Sistema General de Riesgos Laborales”, en: Ponce Bravo, Germán (editor), *Seguridad Social: temas esenciales* (Colombia, Universidad de La Sabana).
- BARRETO, Hugo (2021): “El Concepto de Eficacia en el Derecho Laboral”, en: Rojas, Irene (editora), *La Protección ante el Despido Laboral* (Chile, EJS).
- BERLIEN ARAOS, Karen (2018): “Economía Feminista. Filtro violeta para analizar condiciones laborales y trabajo de las mujeres en Chile”, en: Arce, Javiera (editora), *El Estado y las Mujeres* (Chile, RIL Editores).
- CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS (1993): “Proyecto de Ley que Modifica la base de cálculo de los subsidios maternales”, Boletín N°947-13, de 30 de marzo de 1993. Disponible en: [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=947-13](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=947-13) [fecha consulta: 18 de diciembre de 2023].
- CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS (2017): “Proyecto de Ley que Modifica el Código del Trabajo en materia de extensión del permiso postnatal parental en jornada parcial”, Boletín 11262-13, de 07 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11778&prmBOLETIN=11262-13> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2023].
- CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS (2018): “Proyecto de Ley Modifica la ley N°18.918, orgánica constitucional del Congreso Nacional, para permitir el voto a distancia de parlamentarias durante el ejercicio de los permisos asociados a la maternidad y paternidad”, Boletín N°11995-07, de 08 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12514&prmBoletin=11995-07> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2023].
- CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS (2020): “Proyecto de Ley Modifica el Código del Trabajo extendiendo al padre el fuero laboral de la madre trabajadora”, Boletín 10067-13, de 21 de enero de 2020. Disponible en: <http://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=10493&prmBOLETIN=10067-13> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2023].
- CHICANO TEJADA, Ester (2024): *Cálculo de prestaciones de la Seguridad Social* (Málaga, IC Editorial).
- DE BEAUVOIR, Simone (2018): *El segundo sexo* (Santiago, Penguin).
- DE LA CRUZ MARTÍNEZ, María Teresa (2017): “Comentarios jurídicos sobre la sentencia N° 162/2016 (sala primera) de 3 de octubre de 2016”, en: *Revista de derecho UNED* (núm. 20).
- DÍAZ MÉNDEZ, Marcela (2020): *Derecho del trabajo con perspectiva de género* (Santiago, Librotecnia).
- GAMONAL, Sergio (2020): *Fundamentos de derecho laboral*, 5ª edición (Santiago, Der Ediciones).
- GAMONAL, Sergio y GUIDI, Caterina (2015): *Manual del Contrato de Trabajo*, 4ª edición (Santiago, Thomson Reuters).
- GARCÍA MALDONADO, Octavio (2003): *Teoría y práctica de la Seguridad Social* (Guadalajara, Universidad de Guadalajara).
- HUMERES, Héctor (2007): *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 17ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- KÖRNER, Víctor (1913) “Protección a las madres durante el embarazo, el parto y el puerperio: Su influencia sobre la mortalidad infantil”, en: Vial, Manuel (editor), *Primer Congreso Nacional de Protección a la Infancia. Trabajos y Actas* (Santiago, Imprenta Barcelona).
- MOVIMIENTO DE EMANCIPACIÓN DE MUJERES DE CHILE (1936): *La Mujer Nueva* (año 1 núm. 7).
- MOVIMIENTO DE EMANCIPACIÓN DE MUJERES DE CHILE (1936): *La Mujer Nueva* (año 1 núm. 12).
- MOVIMIENTO DE EMANCIPACIÓN DE MUJERES DE CHILE (1937): *La Mujer Nueva* (año 1 núm. 13).
- MOVIMIENTO DE EMANCIPACIÓN DE MUJERES DE CHILE (1937): *La Mujer Nueva* (año 2 núm. 17).
- MOVIMIENTO DE EMANCIPACIÓN DE MUJERES DE CHILE (1938): *La Mujer Nueva* (año 2 núm. 22).
- MOVIMIENTO DE EMANCIPACIÓN DE MUJERES DE CHILE (1940): *La Mujer Nueva* (año 3 núm. 25).
- LAVRIN, Asunción (2005): *Mujeres, feminismo y cambio social en Argentina, Chile y Uruguay 1890-1940* (Santiago, LOM Ediciones).
- LIZAMA, Luis y LIZAMA, Diego (2019): *Manual de Derecho individual del trabajo* (Santiago, DER Ediciones).
- LÓPEZ URETA, José Luis (1933): *El abandono de la familia* (Santiago, Editorial Nascimento).
- MORGADO, Luciano (1935): “Anotaciones de un obrero sobre la mujer proletaria”, en: *Acción Femenina* (núm. 12).
- MUÑOZ NAVARRO, Patricio (2007): *Manual de Derecho Individual del Trabajo* (Santiago, Universidad de Ciencias de la informática).
- NÚÑEZ-CORTÉS, Pilar (2017): *La maternidad: nuevas realidades en el derecho de la unión europea* (Madrid, Dykinson).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2022): *Los cuidados en el trabajo: Invertir en licencias y servicios de cuidados para una mayor igualdad en el mundo del trabajo. Informe regional complementario para América Latina y el Caribe* (Lima, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe y el Servicio de Género, Igualdad, Diversidad e Inclusión).
- ORLANDINI MOLINA, Luis (1977): *Breve Descripción de los regímenes chilenos de Seguridad Social* (Santiago, Departamento de Relaciones del Trabajo y Desarrollo Organizacional, Universidad de Chile).
- PIERRY VARGAS, Lucía (2020): *Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial: Derecho Individual del trabajo* (Santiago, DER Ediciones).
- PINTO SARMIENTO, Yenny (2023): *Mujer, Seguridad Social y los nuevos desafíos del trabajo* (Santiago, Thomson Reuters).
- PONCE BRAVO, Germán (2020) “Capítulo 8. El Sistema General de Riesgos Laborales. Bases para su comprensión”, en: Ponce Bravo, Germán (editor), *Seguridad Social: temas esenciales* (Colombia, Universidad de La Sabana).
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE (2022): *Encuesta Nacional Bicentenario*. Disponible en: <https://encuestabicentenario.uc.cl/wp-content/uploads/2023/06/Sociedad-2022.pdf> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2023].
- PRIETO, Luis (2009): *Apuntes de teoría del derecho* (Madrid, Trotta).
- PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2010): *Desarrollo humano en Chile 2010. Género: los desafíos de la igualdad* (Santiago, PNUD).
- RODRIGUEZ, Corina (2005): “7 y 8 de septiembre: Economía del cuidado y política económica. Una aproximación a sus interrelaciones”, en: *Documento presentado a la 38 Reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe. Mar del Plata, Argentina*.
- RODRÍGUEZ, Corina; GIOSA, Noemí y NIEVA, Dora (2009): “El costo de las políticas ausentes. Las implicancias económicas y sociales de la carencia de acciones de conciliación en América Latina”, en:

- OIT-PNUD *Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social* (Santiago, Oficina Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo).
- SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2013): “Subsidio por Permiso Postnatal Parental a dos años de su creación”. Disponible en: [https://www.suseso.cl/606/articles-18978\\_archivo\\_01.pdf](https://www.suseso.cl/606/articles-18978_archivo_01.pdf) [fecha de consulta: 23 de abril de 2024].
- SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2023): “Régimen de Licencias médicas y Subsidios por incapacidad laboral (SIL)”. Disponible en: <https://www.suseso.cl/608/w3-propertyvalue-59609.html> [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2023].
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio (1980): *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.
- TREMBLAY, Diane (2012): *Performance Organisationnelle et Temps Sociaux*. Quebec (Quebec, Presses de l'Université du Quebec).
- UGARTE, José Luis (2018): *Derechos Fundamentales, tutela y trabajo* (Santiago, Thomson Reuters).
- VERENA KERN, Marie Lecerf (2023): *Infografía Maternity and Paternity Leave in the EU* (Estrasburgo, Parlamento Europeo). Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/698892/EPRS\\_ATA\(2022\)698892\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/698892/EPRS_ATA(2022)698892_EN.pdf) [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2023].

### **Jurisprudencia citada**

- Gillespie (1996): Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de febrero de 1996, 342/93.
- Pérez Ledo, María Jesús con Asociación Provincial del Metal (Aspremetal) de Badajoz (2008): Tribunal Constitucional Español, de 19 de agosto de 2008, Recurso de amparo 6595-2006. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-2008-14036](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2008-14036) [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2023].
- Loredana Napoli y Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (2014): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 06 de marzo de 2014, Asunto C-595/12.
- Jeria con Isapre Colmena Golden Cross S.A. (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, de 16 de junio de 2014, rol 124.516-2013.
- Chico Fernández, Tania María (2016): Tribunal Constitucional Español, de 03 de octubre de 2016, Recurso de amparo 5281-2014. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=-BOE-A-2016-10660](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=-BOE-A-2016-10660) [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2023].
- Mora con Superintendencia de Seguridad Social (2018): Corte de Apelaciones de Arica, de 26 de julio de 2018, rol 489-2018.
- Schlüter con Isapre Colmena Golden Cross S.A. (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de enero de 2019, rol 83591-2018.
- Fernández con Superintendencia de Seguridad Social y otra (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, de 12 de junio de 2018, rol 1266-2018.
- Plaza con COMPIN Antofagasta (2018): Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 16 de noviembre de 2018, rol 2950-2018.
- Tolosa con SUSESO (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, de 08 de octubre de 2019, rol 54.491-2018.

- Barra con Comisión Médica Preventiva de Chillán Ñuble (2019): Corte de Apelaciones de Chillán, de 16 de mayo de 2019, rol 456-2019.
- Murga con Superintendencia de Seguridad Social (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, de 05 de febrero de 2020, rol 170799-2019.
- Lin con Colmena Golden Cross S.A. (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, de 08 de marzo de 2021, rol 80411-2020.
- Poblete con Matthews (Vida Tres S.A.) (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, de 01 de junio de 2020, rol 13021-2020.
- Lagos con Isapre Consalud S.A. (2020): Corte de Apelaciones de Temuco, de 28 de noviembre de 2020, rol 48436-2020.
- Chomalí con Superintendencia de Seguridad Social Región Metropolitana (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, de 03 de mayo de 2023, rol 71522-2022.
- Pérez con Isapre Cruz Blanca S.A. (2023): Corte de Apelaciones de Arica, de 20 de abril de 2023, rol 10480-2021.
- Lara con Isapre Colmena Golden Cross S.A. (2023): Corte de Apelaciones de Santiago, de 20 de octubre de 2023, rol 12514-2023.

#### **Normas citadas**

- Convenio N°3, sobre la Protección de la Maternidad, Organización Internacional del Trabajo, de 29 de octubre de 1919.
- Convenio N°102, sobre la Seguridad Social (norma mínima), Organización Internacional del Trabajo, de 04 de junio de 1952.
- Convenio N°103, sobre la protección de la maternidad, Organización Internacional del Trabajo, de 04 de junio de 1952.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Cedaw), de 18 de diciembre 1979.
- Convenio N°156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, Organización Internacional del Trabajo, de 03 de junio de 1981.
- Recomendación N°165, sobre trabajadores con responsabilidades familiares, Organización Internacional del Trabajo, de 03 de junio de 1981.
- Convenio N°183, sobre la protección de la maternidad, Organización Internacional del Trabajo, de 30 de mayo de 2000.
- Recomendación N°191, sobre protección a la maternidad, Organización Internacional del Trabajo, de 30 de mayo de 2000.
- Convenio N°189, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, Organización Internacional del Trabajo, de 01 de junio de 2011.
- Recomendación N°201, sobre trabajadores y trabajadoras domésticos, Organización Internacional del Trabajo, de 01 de junio de 2011.
- Resolución del Consejo Europeo y de los Ministros del Trabajo y Asuntos Sociales, Consejo de la Unión Europea, de 29 de junio de 2000.
- Ley N°3.186, Establece el servicio de cunas en las fábricas, talleres o establecimientos industriales en que se ocupen 50 o más mujeres mayores de 18 años, 13 de enero de 1917.

- Decreto N°442, De la protección a la Maternidad Obrera, 06 de abril de 1925.
- Ley N°11.462, Modifica disposiciones del Código del trabajo, relacionadas con la protección a la maternidad, 29 de diciembre de 1953.
- Ley N°16434, Introduce las modificaciones que señala al artículo 309 del Código del Trabajo, 26 de febrero de 1966.
- Ley N°16.511, Modifica los artículos 315° y 320° del Código del Trabajo, 25 de julio de 1966.
- Ley N°17.928, Modifica el Código del Trabajo y amplía beneficios a la maternidad, 10 de mayo de 1973.
- Ley N°19.250, Modifica libros I, II y V del Código del Trabajo, artículo 2472 del Código Civil y otros textos legales, 30 de septiembre de 1973.
- Decreto Ley N°13.214, Dispone las reformas al Sistema Boliviano de Seguridad Social, 24 de diciembre de 1975. Bolivia.
- Ley N° 21.824, Sustitúyese el artículo 177 del régimen de contrato de trabajo, según texto ordenado por el Decreto N°390/76, relativo a la licencia por maternidad, 23 de junio de 1978. Argentina.
- Decreto con Fuerza de Ley N°44, Fija normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado, 24 de julio de 1978.
- Código del Trabajo de Chile, de 2002.
- Ley N°20.166, Extiende el derecho de las madres trabajadoras a amamantar a sus hijos aun cuando no exista sala cuna, 12 de febrero de 2007.
- Ley N°20.545, Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental, 17 de octubre de 2011.
- Ley N°2.114, Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241a del código sustantivo del trabajo, y se dictan otras disposiciones, 29 de julio de 2021. Colombia.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (1992): Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), de 19 de octubre de 1992. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:31992L0085> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2023].
- PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2002): Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (Texto pertinente a efectos del EEE), de 23 de septiembre de 2002. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32002L0073> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2023].
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2004): Directiva 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, de 13 de diciembre de 2004. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32004L0113> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2023].
- PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2006): Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), de 5 de julio de 2006.

Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0054>  
[fecha de consulta: 18 de diciembre de 2023].

Estatuto de los Trabajadores (España), de 29 de junio de 2023.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2000): Dictamen N°2653/208, de 29 de junio de 2000.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2003): Dictamen N°2974/85, de 25 de julio de 2003.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2011): Ord. N°4843/095, de 07 de diciembre de 2011.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2011): Dictamen N°4052/083, de 17 de octubre de 2011.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2011): Ord. N°4843/95, de 07 de diciembre de 2011.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2015): Ord. N°6542, de 14 de diciembre de 2015.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2015): Dictamen N°1013/21, de 27 de febrero de 2015.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2016): Ord. N°2871, de 30 de mayo de 2016.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2016): Dictamen N°4968/78, de 05 de octubre de 2016.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2016): Dictamen N°17047/032, de 24 de marzo de 2016.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2018): Dictamen N°1277, de 08 de marzo de 2018.

SUBSECRETARIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2021): Circular N°3646, Imparte instrucciones sobre las causales de rechazo de orden jurídico de la licencia médica, de 28 de diciembre de 2021.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2023): Dictamen Ord. N°2942, de 12 de junio de 2023.

SUBSECRETARIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2023): Circular N°3778, Requisitos de acceso y procedimiento de cálculo de subsidios por incapacidad laboral de origen común y maternal de trabajadores dependientes, 12 de octubre de 2023.

# Perspectivas sobre el efecto vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos\*

## *Perspectives on the binding effect of the Inter-American Court of Human Rights advisory opinions*

**Carlos Clemente Vargas**

Universidad de Chile, Santiago, Chile.

Correo electrónico: carlos.cle13@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0005-3674-4903>

Recibido el 22/04/2024

Aceptado el 25/05/2024

Publicado el 14/06/2024

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n44.04>

**RESUMEN:** El artículo expone las diferentes posiciones doctrinales que se han desarrollado a lo largo de los años sobre la interrogante que plantea si las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos poseen o no un efecto vinculante para los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, clasificándolas en tres posiciones: 1. Aquellas que afirman que las opiniones consultivas poseen efecto vinculante; 2. Las que niegan que opi-

**ABSTRACT:** The article identifies the different doctrinal positions that have been developed over the years on the question of whether or not the advisory opinions of the Inter-American Court of Human Rights have a binding effect on the States Parties to the American Convention on Human Rights, and classifies them into three positions: 1. those that affirm that advisory opinions have a binding effect; 2. those that deny that advisory opinions have a binding effect; 3. those that point out that ad-

\* Esta investigación es parte de la Memoria de Grado para optar al grado de Magister en Derecho Constitucional con mención en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de Talca del autor titulada: "El valor de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile", y se enmarca en la investigación Fondecyt N°1200113 del año 2020 titulada "La Costumbre Internacional, los Principios Generales y la Jurisprudencia Internacional como fuente del derecho internacional de los derechos humanos y su interacción con el sistema de fuentes del derecho chileno", adjudicada al profesor Humberto Nogueira Alcalá.

niones consultivas posean efecto vinculante alguno; 3. Las que señalan que las opiniones consultivas poseen efectos innegables pero indeterminados.

*visory opinions have an undeniable but indeterminate effect.*

**PALABRAS CLAVE:** Corte Interamericana de Derechos Humanos, opiniones consultivas, Convención Americana de Derechos Humanos, efecto vinculante.

**KEY WORDS:** *Inter-American Court of Human Rights, advisory opinions, American Convention on Human Rights, binding effect.*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo identifica y explica cuales han sido las principales posiciones doctrinales acerca de la interrogante que plantea si las opiniones consultivas (en adelante OC u OCs en plural) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) poseen o no un efecto vinculante para los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), haciendo una breve introducción sobre la competencia consultiva de la Corte IDH, clasificando y desarrollando las posiciones doctrinales sobre la temática, señalando lo que se ha expresado en la jurisprudencia interamericana y nacional sobre esta discusión, y finalizando con una breve sección de conclusiones que desarrolla la posición personal del autor.

La clasificación propuesta divide las posiciones doctrinales que se han desarrollado a lo largo de los años en tres grupos: 1. Aquellas que afirman que las opiniones consultivas poseen efecto vinculante para todos los Estados parte de la CADH; 2. Aquellas que niegan que opiniones consultivas posean efecto vinculante alguno y; 3. Aquellas que señalan que las opiniones consultivas poseen efectos innegables pero indeterminados.

En esta investigación se utilizará el método dogmático jurídico, acompañado de la técnica de revisión documental para el análisis bibliográfico, que posibilitará el análisis jurídico conceptual de la competencia consultiva de la Corte IDH. Asimismo, se recurrirá al método de casos, el cual permitirá analizar las opiniones consultivas y las sentencias de carácter contencioso de la Corte IDH, relevantes para los fines de esta investigación.

## II. LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

### A. La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH cuenta con dos tipos de competencia estructuradas en los artículos 64 y 62 de la CADH respectivamente: la competencia consultiva y la competencia contenciosa. En conformidad a dichas disposiciones y de los artículos 1 y 2 del Estatuto de la Corte IDH, se establece que la Corte posee dos atribuciones esenciales: La primera, de naturaleza consultiva, que le otorga la facultad de interpretar las disposiciones de la CADH, así como la de otros tratados concernientes a la protección de los dere-

chos humanos en los Estados americanos; la segunda, de carácter contencioso, le otorga la facultad de resolver las controversias que se le planteen respecto a la interpretación o aplicación de la propia Convención Americana.<sup>1</sup>

A través de la competencia contenciosa se resuelven controversias entre un individuo y el Estado parte o entre dos Estados, como sujetos de derecho internacional y su acto jurisdiccional final corresponde a una sentencia que tiene por finalidad resolver controversias acerca de la violación de los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales atributivos de competencia a la Corte.<sup>2</sup> A través de aquella se determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humanos aplicables al Sistema Interamericano. Asimismo, a través de esta vía se realiza la supervisión de cumplimiento de sus sentencias.<sup>3</sup> En cambio la competencia consultiva se ejerce con el fin de responder una duda o interrogante acerca de un punto de derecho y su acto final corresponde a una opinión consultiva, que tiene por finalidad responder dudas o interrogantes jurídicas acerca de los derechos humanos, su correcta aplicación e interpretación, contenidos en los instrumentos internacionales atributivos de competencia a la Corte, o bien en los tratados internacionales que hayan ratificado los Estados que han reconocido la jurisdicción de aquella.<sup>4</sup> A su vez, una solicitud de opinión consultiva puede versar sobre la solicitud de un Estado acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales de derechos humanos que haya ratificado.

## **B. Regulación de la Competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La competencia consultiva (también denominada función consultiva) de la Corte IDH está contemplada en el artículo 64 de la CADH que prescribe:

*“1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.*

*2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.* Por este medio, responde consultas que les formulan los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma. La OC es una interpretación o explicación de autoridad, en relación con cuestiones

---

<sup>1</sup> FIX-ZAMUDIO (2004), p. 157.

<sup>2</sup> AGUILAR (2020), pp. 191 y 192.

<sup>3</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018), p. 11.

<sup>4</sup> AGUILAR (2020), p. 193.

planteadas sobre algún tema relacionado con derechos humanos.<sup>5</sup> De esta forma, la competencia consultiva de la Corte fortalece la capacidad de la OEA para resolver asuntos que surjan por aplicación de la Convención, ya que permite a sus órganos y Estados miembros consultar a la Corte en lo que les compete.<sup>6</sup>

El artículo 64 de la CADH define la competencia consultiva de la Corte en un ámbito *ratione materiae*, es decir, prescribe el objeto de ejercicio y en un ámbito *ratione personae*, que es el anverso de la legitimación activa para solicitar la consulta.<sup>7</sup>

Las normas que regulan el procedimiento para presentar opiniones consultivas se encuentran presentes en el Título III del Reglamento de la Corte, estableciendo que en la solicitud de OC que realiza un Estado miembro se deben formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener el dictamen de la Corte. Asimismo, la solicitud debe señalar las disposiciones cuya interpretación se requiere, las consideraciones que originan la consulta, el nombre y dirección del Agente o de los Delegados del Estado u organización solicitante, precisando a su vez el Tratado Internacional de Derechos Humanos que se está solicitando interpretar. En caso de que, la OC sea consultada por otro órgano de la OEA distinto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), la petición deberá precisar además la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.<sup>8</sup>

### **C. Sobre el carácter vinculante las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

El efecto vinculante que tienen las OCs ha sido un tema debatido a lo largo de los años desde la creación de la Corte IDH. Esta ha señalado que la OC por su propia naturaleza, no tiene el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención.<sup>9</sup> Aun con esto, la Corte IDH no desconoce sus efectos jurídicos y ha ido mutando su postura en torno a su carácter vinculante. Sin querer ahondar en esta temática y explicándolo de forma sintetizada, la Corte expresó en una etapa inicial (1982-1983) que cubrió el pronunciamiento de las tres primeras OCs que los pronunciamientos consultivos no tienen el mismo efecto vinculante que las sentencias en materia contenciosa. Luego entre 1984 y 2009, enunció una serie de OCs que afirmaban un efecto innegable sobre sus pronunciamientos consultivos encaminado a hacer efectivos los derechos y libertades de la CADH, y desde 2014, en específico desde el pronunciamiento de la OC 21/14, señala que los Estados parte deben realizar el respectivo control de convencionalidad sobre la base de lo que señale la Corte en ejercicio de su competencia consultiva.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> JULIO (2019).

<sup>6</sup> VENTURA (2007), p. 156.

<sup>7</sup> GARRO (2009), p. 195.

<sup>8</sup> Esto en conformidad al Reglamento de la Corte IDH, de 2009, en sus artículos 70 al 75. Véase también MONTERISI (2009), pp. 455 y 456.

<sup>9</sup> OPINIÓN CONSULTIVA OC-1/82, párr. 51.

<sup>10</sup> Sobre esta temática se estudia en profundidad en CLEMENTE (2021), pp. 25-40.

### III. PERSPECTIVAS DOCTRINALES SOBRE EL EFECTO VINCULANTE DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH

La Corte IDH ha ido desarrollando el alcance práctico de sus pronunciamientos en sede consultiva, ampliando de a poco el espectro de normas que puede interpretar y entregándole una mayor utilidad a sus pronunciamientos interpretativos, al punto que los integra al parámetro de convencionalidad. Si bien la jurisprudencia ha tomado un cauce desde la OC 21/14, el cual ha mantenido hasta el pronunciamiento de las últimas OCs, la doctrina aún se encuentra dividida en torno al entendimiento de su carácter vinculante. Incluso los mismos jueces de la Corte IDH han manifestado mediante votos disidentes y concurrentes su postura en torno a este respecto.

En esta sección presentaremos dichas posiciones haciendo alusión general a la posición de diversos autores sobre la materia y los dividiremos en tres grupos: (1) los autores que defienden que las OCs tienen un efecto vinculante y obligatorio para los Estados americanos, (2) aquellos autores que defienden que las OCs no son pronunciamientos vinculantes y constituyen meras interpretaciones carentes de efectos jurídicos y (3) aquellos autores que si bien reconocen una fuerza jurídica innegable en las OCs, no se comprometen con su carácter vinculante al ser un aspecto indeterminado en la CADH.

#### A. Las opiniones consultivas poseen un efecto vinculante para todos los Estados miembro de las CADH

Una de las aristas basales acerca de la discusión del valor vinculante de las OCs radica en determinar si dichos pronunciamientos corresponden a un ejercicio de carácter jurisdiccional de la Corte IDH. Dicha discusión nace de las interpretaciones del art. 2 del Estatuto de la Corte IDH y lo expresado en las tres primeras OCs, en donde se hace referencia a la función consultiva como una tarea que difiere de las funciones jurisdiccionales de la Corte. Al respecto, en los albores de la Corte IDH, autores como el expresidente de la Corte IDH Héctor Gross Espiell reconocían que la competencia consultiva constituye una manifestación de la función jurisdiccional *latu sensu* que cumple la Corte, por lo que al igual que el procedimiento contencioso está precedido por un estudio lo más completo posible del asunto consultado, reúne la mayor cantidad de información posible y permite participar legítimamente a todos los estados como exigencia necesarias de una buena justicia.<sup>11</sup>

En la misma línea, Cisneros señaló años antes que: “La Corte no deja de actuar como tribunal, si nos adscribimos a la teoría del órgano, la conclusión no admite réplica, pues parte de la base que toda la actividad de un tribunal –como el Interamericano– es jurisdiccional, por ser un cuerpo de esencia judicial”.<sup>12</sup>

En este sentido, una de las críticas a la visión de las OCs como meras interpretaciones acerca del sen-

---

<sup>11</sup> GROSS (1988), p. 544.

<sup>12</sup> CISNEROS (1986), p. 53.

tido y alcance de la norma consultada se ve reflejada en el voto disidente del Juez Piza Escalante realizado en la OC 7/86. En dicho voto se señala que la jurisdicción consultiva no se limita a la interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que en el contexto que vive el derecho internacional contemporáneo, la Corte IDH debe pronunciarse en relación a las medidas y los medios por los cuales los Estados deben respetar y garantizar los derechos que interpreta. A su vez expresa sobre la utilidad de las OCs que: “(...) de la misma manera como el artículo 2 de la Convención crea para los Estados Parte la obligación de ‘adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos (los) derechos y libertades’ de la persona humana, la función consultiva hay que entenderla con criterio amplio, encaminado también a hacer efectivos tales derechos y libertades”.<sup>13</sup>

En esta línea argumental, autores como Rodríguez Rescia razonan que los Estados al solicitar OCs, lo hacen con la finalidad que se aclare el contenido de la norma y su aplicación, lo cual conlleva la puesta en marcha de mecanismos complejos del sistema interamericano que producen pronunciamientos que no pueden ser considerados simplemente como una interpretación con carácter de fuerza moral para el solicitante.<sup>14</sup>

Acerca del valor vinculante de las OCs, múltiples autores han defendido que los pronunciamientos consultivos tienen un valor vinculante y obligatorio para los Estados parte de la CADH. Quizás uno de los análisis más extensos que defienden dicha posición la encontramos en la obra de Héctor Faúndez, quien al analizar la función consultiva (con anterioridad a la OC 21/17) critica el tratamiento que las mismas OCs le han dado a la competencia consultiva de la Corte, señalando incluso que la denominación del pronunciamiento consultivo como una opinión es incorrecto, ya que se confunde dicha competencia con las facultades no contenciosas que se contemplan en otros instrumentos internacionales como la Carta de Naciones Unidas y el Estatuto de la CIJ. Faúndez expresa que dicho pronunciamiento se emite por la Corte IDH en su rol de intérprete autorizado de la CADH y su interpretación es vinculante para los Estados parte, por lo que no puede revestir el carácter de una mera opinión, sino que, en aplicación del artículo 64.1 de la CADH, constituyen dictámenes que reúnen características de certeza y finalidad, y en uso de la facultad del artículo 64.2 constituyen una “opinión” con un efecto jurídico notable que los Estados parte no pueden ignorar.<sup>15</sup>

Faúndez resume su posición expresando que:

*“(Si) la función consultiva no puede desvincularse de los propósitos de la Convención, y si dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos, ella no puede cumplir una función meramente asesora, dotada de la autoridad moral o científica del órgano llamado a ejercerla, pero desprovista de toda fuerza jurídica y, por lo tanto, carente de consecuencias prácticas; tal interpretación privaría a la Convención de todo su efecto útil.*

---

<sup>13</sup> OPINIÓN CONSULTIVA OC-7/86, opinión separada del Juez Rodolfo Piza Escalante, párrs. 14 y 18.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ (1997), p. 62.

<sup>15</sup> Véase FAÚNDEZ (2004), pp. 989-992.

(...) Los dictámenes que pueda evacuar la Corte en respuesta a las consultas que se le formulen, si bien son vinculantes para todos los Estados parte en la Convención, no se pueden ejecutar internamente del mismo modo como está previsto en la Convención respecto de las sentencias; pero eso no les resta fuerza jurídica, ni exime a los Estados de observar la Convención en los términos en que ésta ha sido interpretada por la Corte”.<sup>16</sup>

Autores como Salvioli y Nikken han expresado estar de acuerdo con la posición de Faúndez.<sup>17</sup> Específica Nikken que, al ejercer su función consultiva, la Corte IDH actúa como un órgano jurisdiccional y sus decisiones, si bien no están llamadas a ser ejecutadas de inmediato, están dotadas de un efecto práctico virtual que repercute dentro de las legislaciones del ámbito interamericano. El autor aclara que existe una cierta confusión en relación a la diferenciación de las competencias de la corte realizadas en las OCs 1/82 y 3/83, en donde a simple vista pareciera restársele valor vinculante a dichas interpretaciones, ya que se señala directamente que no tienen los mismos efectos que la sentencias contenciosas y que cumplen una función asesora, pero dichos pasajes fueron esbozados en relación a los parámetros de admisibilidad de las OCs de no interferir con casos contenciosos de forma encubierta, ni generar pronunciamientos judiciales contradictorios en la esfera internacional. En ambos casos las expresiones estaban destinadas a afirmar y explicar la amplitud de la competencia consultiva y no debilitarla. Para Nikken la OC no constituye una interpretación cualquiera, son conclusiones obtenidas por la Corte cumpliendo su propósito de creación en relación al artículo 2 de la CADH, las cuales tienen un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes en el caso sentenciado, que representan una interpretación auténtica del Derecho internacional de los derechos humanos y en que como fuente auxiliar del mismo, deben ser tenidas como normas por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.<sup>18</sup>

Otros autores como Alfonso Gómez Robledo, reconocen un valor vinculante en las OCs señalando que: “Además de poseer un gran valor, tanto por el órgano que las dicta, como por la precisión y puntualización que realizan en cuanto al alcance del derecho interamericano, podríamos decir que poseen además *force de droit* en lo general, ya que son susceptibles de conllevar ciertos efectos jurídicos a la par que ciertas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas”.<sup>19</sup> En dicha línea, en cierta etapa de su obra, Sergio García Ramírez señalaba que las OCs revisten un elevado valor moral y jurídico que no es posible desconocer.<sup>20</sup> En declaraciones posteriores al desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad, ha expresado que si un Estado incorpora a su derecho la CADH, la hace obligatoria, haciendo parte de su torrente jurídico las normas de la Convención, está sujeta a ella por voluntad soberana y por lo tanto está reconociendo que ese Tribunal tiene las facultades de interpretar la Convención y fijar el alcance de sus preceptos, en ese sentido, tan obligatoria es la CADH para los Estados,

---

<sup>16</sup> FAÚNDEZ (2004), p. 993.

<sup>17</sup> Véase SALVIOLI (2004), p. 455 y NIKKEN (1999), p. 176.

<sup>18</sup> NIKKEN (1999), pp. 171-176. En la misma línea véase NÚÑEZ (2015), pp. 55 y 56.

<sup>19</sup> GÓMEZ (2000), p. 46.

<sup>20</sup> GARCÍA (2002), p. 91.

como la jurisprudencia que sobre la Convención emite la Corte IDH, explicando a su vez que la jurisprudencia de la Corte cubre tanto sus pronunciamientos en sede contenciosa como las interpretaciones que realiza en sede consultiva.<sup>21</sup> Cabe destacar que el autor señala que lo que vincula a los Estados parte es la interpretación de normas, la fijación del sentido de las disposiciones convencionales y el entendimiento general del precepto para todos los fines aplicativos que éste pueda tener, no así a los extremos específicos del caso en el que se hizo la interpretación: hechos y condenas puntuales, que sólo conciernen al Estado y a la víctima que comparecieron en el juicio, y con respecto a los cuales es indudable la fuerza inter partes de la sentencia emitida por el tribunal.<sup>22</sup>

Otros autores como Ovalle llegan a la conclusión que es claro que las OCs tienen efectos vinculantes para los Estados solicitantes de la consulta, señalando que si no fuera de este modo la existencia de la competencia consultiva carecería de sentido y constituiría un ejercicio innecesario de gimnasia académica. Del mismo modo los pronunciamientos de la Corte en sede consultiva comparten ciertas características que revisten sus sentencias en sede contenciosa, constituyendo fallos definitivos e inapelables que se notifican a todos los Estados miembros de la CADH, revistiendo un efecto *erga omnes* que comparten los pronunciamientos e interpretaciones de la Corte sostenidos en sede consultiva.<sup>23</sup> Por lo que, constituiría un absurdo que un Estado alegue que una opinión consultiva no le vincula porque no participó del debate de ésta cuando fue notificado y emplazado a participar en el proceso y simplemente decidió no hacerlo.

Algunos autores defienden la idea de otorgar plena eficacia a todos los pronunciamientos de la Corte IDH, con independencia del acto procesal del que emanen o del tipo de competencia que haya sido ejercida por la Corte. Por ejemplo, Carbonell y Hitters indican que se debe reconocer la fuerza jurídica que tienen las OCs y con mayor razón los fallos de la Corte Interamericana, por provenir de un organismo típicamente jurisdiccional.<sup>24</sup> A su vez, Sagüés explica que el fundamento del control de convencionalidad se encuentra en el argumento de autoridad de la Corte IDH, como intérprete final y supremo de la CADH, consiste en una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en las interpretaciones dadas a aquella convención por la Corte sin interesar mayormente la vía por la que la Corte ha interpretado, sino el producto interpretativo al que ha arribado.<sup>25</sup>

Así incluso, autores como Hitters y Aguilar le entregan incluso un efecto vinculante *erga omnes* a los razonamientos y argumentos interpretativos en materia de derechos humanos contenidos en las decisiones de casos particulares de la CIDH, ya que forman parte del sistema internacional de derechos humanos al que los estados se han afiliado y en el que asumieron obligaciones de protección.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Véase GARCÍA (2011a).

<sup>22</sup> GARCÍA (2011b), p. 139.

<sup>23</sup> OVALLE (2012), pp. 601 y 602.

<sup>24</sup> CARBONELL (2013), p. 83; HITTERS (2008), p. 140. Véase también SAGÜÉS (1999).

<sup>25</sup> SAGÜÉS (2015), p. 281.

<sup>26</sup> Véase HITTERS (2008), pp. 136-141, en especial p. 140 y AGUILAR (2020), pp. 236-241, en especial p. 241.

Otras investigaciones centran el valor vinculante de las OCs en el rol de intérprete último de la CADH que recae en la Corte IDH. El razonamiento se da en base a que, en el marco de la Convención de Viena, un Estado que ratifica un tratado en ejercicio de su poder soberano, debe ceñirse a lo establecido en él, obligación que conlleva la de adoptar la interpretación autorizada respecto del significado y alcance de sus disposiciones emitida por el órgano competente.<sup>27</sup> A su vez, vinculado por el compromiso de los Estados de incorporar las directrices que fije la Corte como órgano controlador del cumplimiento de la CADH, mediante la adopción de medidas/prácticas legislativas, judiciales y/o administrativas que recojan y pongan en práctica estas pautas.<sup>28</sup> Esto conlleva a decir que, si un Estado reconoce expresamente a la Corte como el intérprete auténtico y final de la CADH, la ejerce cuando desarrolla su competencia tanto en los casos contenciosos como consultivos, en ambos casos es la intérprete auténtica y final de la CADH, como en el plano interno de los estados es la jurisdicción constitucional respectiva, actuar de otra forma constituiría asimismo una clara violación de los principios de buena fe en el cumplimiento de los derechos asegurados por el corpus iuris interamericano y del objeto y fin de la CADH, además de un desacato de las sentencias de la Corte IDH.<sup>29</sup> En palabras de Bazán: “(Las OCs) son resultado de la labor hermenéutica de esta (refiriéndose a la Corte IDH) en tanto intérprete final de tal instrumento internacional, parece razonable concluir que al llevar adelante la fiscalización convencional aquellos habrían de tener necesariamente en cuenta, en lo aplicable, los productos interpretativos vehiculados en dichas opiniones consultivas”.<sup>30</sup>

Se señala que hoy en día el valor jurídico de las OCs es difícil de desconocer, ya que se ha convertido en un precedente sólido como integración de los pronunciamientos consultivos de la Corte al control de convencionalidad. Lo que sigue siendo un terreno difícil de definir para los autores es, como dichas interpretaciones se aplican dentro de la judicatura y en la legislación de los Estados parte, desafíos parecidos a los que ha asumido la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad, que en palabras de Sagüés: “es una figura jurídica zigzagante, a borbotones, con avances y repliegues, y una sedimentación no siempre uniforme, que no ha contado con una presentación didáctica, que advirtiera cuándo se produce un incremento en los fundamentos y en el radio de operatividad del instituto, y cuándo, si la hubiere, una reducción”.<sup>31</sup> Sobre este respecto, Clérico señala que las OCs generan normas adscriptas, que son mandatos que se ganan de un proceso consultivo donde intervienen la deliberación de numerosos argumentos jurídicos, no constituyen una sola voz que se manifiesta a favor o en contra de una interpretación, sino que representan contenidos que generan un impacto dentro de las interpretaciones de las mismas normas discutidas dentro del ejercicio de su competencia contenciosa y en la aplicación de derecho de los Tribunales de las Américas. Para la autora, las OCs se manifiestan de tres formas dentro de las judicaturas nacionales de los Estados parte: Como simples citas a la OC (las cuales tienen un impacto atenuado), como citas jurisprudenciales dentro de la cadena argumentativa que justifican el holding de una sentencia (con un impacto mayor y fundamental

<sup>27</sup> Véase SALAZAR ET AL (2019), p. 127; AGUILAR (2008), p. 225; LLUGDAR (2016), pp. 12 y 13; LANDA (2016), p. 35; SOTO (2012); IBÁÑEZ (2017), pp. 106 y 107.

<sup>28</sup> En esta línea véase ROMERO (2011), p. 53 y BECERRA (2013), p. 65.

<sup>29</sup> NOGUEIRA (2017), p. 19. Véase también FERRER (2017), p. 65.

<sup>30</sup> BAZÁN (2015), p. 28.

<sup>31</sup> SAGÜÉS (2015), p. 280.

para la sustanciación del fallo) o como un parámetro de control de convencionalidad, cotejando la norma interna en contraste a la CADH además del contenido del que se ha enriquecido a través de la OC (con un efecto vinculante para la judicatura).<sup>32</sup>

## **B. Las opiniones consultivas carecen de efecto vinculante alguno**

Quienes niegan el carácter vinculante de las OCs, lo hacen comúnmente sobre la base argumentativa de reflejar sus diferencias con la sentencia que emana de la Corte en sede contenciosa, entendiendo a la OC como un pronunciamiento que no es producto de un litigio, sino de un acto voluntario de un Estado Miembro o de otros órganos de la OEA, de someter a consulta interpretativa de algún tema vinculado a los derechos humanos garantizados por los instrumentos americanos, en tanto la sentencia es producto de una contienda entre un sujeto víctima, conforme a los enunciados del artículo 1.2 de la CADH y el Estado denunciado por violar algún derecho fundamental.<sup>33</sup> Dichas interpretaciones se basan principalmente en el contenido expuesto en las opiniones consultivas 1/82 y 3/83, como lo expone Buerghenthal en trabajos realizados durante los primeros años de funcionamiento de la Corte IDH al expresar que, en los procedimientos no contenciosos, los demás Estados americanos no son partes del proceso y no se encuentran en la obligación legal de cumplir las opiniones de la Corte. El interés de un Estado puede ser afectado de una manera o de otra por una interpretación dada en una OC.<sup>34</sup> Aun con lo expuesto, el autor señala que sería contraproducente para un Estado americano el no hacer caso del contenido de una OC, ya que aunque carezcan de fuerza obligatoria difícilmente serían ignoradas, es más fácil para los Estados cumplir con la interpretación de la Corte y no ser estigmatizados como violadores de los derechos humanos.<sup>35</sup> Es decir, que esta posición reconoce un valor abstracto y no vinculante a las OCs, que permiten crear conciencia sobre la necesidad de un actuar gubernamental acorde con el respeto de los derechos humanos de los individuos como beneficiarios de este sistema de protección, coadyuvando a los Estados a no violar la CADH e involucrarse en casos contenciosos.<sup>36</sup> En esta línea, autores como Zelada, si bien desconocen el carácter vinculante de las OCs, reconocen que aquellas han desarrollado una vocación preventiva o de advertencia frente al riesgo estatal de incurrir en responsabilidad internacional.<sup>37</sup>

En síntesis, para los autores de esta posición las OCs no son obligatorias en sentido estricto y su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte.<sup>38</sup>

Autores como Ventura y Zovatto señalan que mediante el ejercicio de su competencia consultiva la

---

<sup>32</sup> CLÉRICO (2020).

<sup>33</sup> LLUGDAR (2016), p. 12.

<sup>34</sup> BUERGENTHAL (1985), p. 18. En esta línea véase también PACHECO (2003), pp. 72 y 73.

<sup>35</sup> Véase BUERGENTHAL (1982), p. 244.

<sup>36</sup> ARIAS y GALINDO (2013), p. 140. En el sentido de ser una facultad que responde *a priori* cuestiones de carácter abstracto, véase RUIZ (1998), p. 1355.

<sup>37</sup> ZELADA (2020), pp. 40 y 41.

<sup>38</sup> DUNSHEE DE ABRANCHES (1980), p. 123. En la misma línea VARGAS (1992), pp. 331 y 332; PASQUALUCCI (2012), p. 37; BURGORGUE-LARSEN y ÚBEDA DE TORRES (2011), p. 90.

Corte cumple una función asesora y de interpretación, de modo que sus opiniones no tienen el mismo efecto vinculante que sus sentencias en materia contenciosa, las cuales evidentemente son materias distintas que son reguladas por disposiciones distintas, por lo cual, no afecta a los demás Estados americanos, ya que en caso de existir un desacuerdo entre la judicatura o la legislación interna de un Estado parte de la CADH, no existirían argumentos para plantear dicha contradicción, ya que no han sido partícipes de dichos procesos consultivos.<sup>39</sup>

A su vez, otras críticas se basan en el desconocimiento del carácter jurisdiccional de la competencia consultiva. Así, Fix Zamudio criticando a Gross Espiell, afirma que el pronunciamiento de una OC no implica la resolución de una controversia por un órgano público imparcial, sino exclusivamente la emisión de un dictamen u opinión sobre los preceptos cuya interpretación se solicita y se refiere a la competencia contenciosa como equivalente de competencia jurisdiccional.<sup>40</sup>

Críticas posteriores al desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad han sido proferidas por el Juez de la Corte IDH, Eduardo Vio Grossi, quien expresó latamente en la OC 24/17 su interpretación disidente en relación al valor real de las interpretaciones realizadas en sede consultiva y su vínculo con el control de convencionalidad que deben realizar los Estados parte expresadas principalmente en las OCs 21/14 y 24/17. Expresando que, la competencia no contenciosa de la Corte no consiste en ordenar o disponer una medida, sino más bien en convencer acerca de una interpretación, siendo su condición no vinculante su principal diferencia con sus sentencias contenciosas. Vio Grossi explica que las OCs son concebidas en la Convención como pronunciamientos que permiten advertir a los Estados del riesgo que asumen llegado el caso de que se les reclame y se declare su responsabilidad si su proceder no se ajusta a aquellas interpretaciones. Además, señala que las OCs carecen de carácter vinculante, ya que si lo fueran no se diferenciarían de los pronunciamientos en sede contenciosa y porque además en ellas no hay partes, de donde se desprende que sería del todo injusto que una resolución de la Corte fuese obligatoria para los que no han comparecido ante ella ni han sido demandados o interpelados. Por otra parte, en la hipótesis de que se estimara que las opiniones consultivas fuesen obligatorias para todos los Estados, no solo el derecho de defensa se vería muy seriamente afectado, sino que también los Estados que no son parte de la Convención serían, de esa forma, sometidos a la jurisdicción de la Corte, lo que escapa del todo de lo que establece la propia Convención. El valor que dicho juez otorga a las OCs se basa en la autoridad moral e intelectual de la Corte, por lo que interpreta que el control de convencionalidad que los Estados deben realizar en base a sus interpretaciones es de carácter preventivo para los Estados que han reconocido su competencia contenciosa, ya que de no ajustar su conducta a la interpretación que ella hace de la Convención, se arriesgan a que, sometido un caso a su conocimiento y resolución que diga relación con dicho proceder, declare la responsabilidad internacional del respectivo Estado.<sup>41</sup> En trabajos posteriores, dicho Juez desarrolla esta posición en base a un análisis exegético de la CADH y un trabajo comparativo entre las competencias de la Corte, que lo lleva a concluir que: La Convención no dis-

---

<sup>39</sup> VENTURA y ZOVATTO (2007), pp. 165 y 166.

<sup>40</sup> FIX-ZAMUDIO (2004), p. 158.

<sup>41</sup> Véase OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17, Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, párrs. 12 y 13.

pone que las OCs sean obligatorias para los Estados o los órganos de la OEA que la hayan solicitado, según corresponda, o para todos ellos. Tampoco establece quién debe ejecutarla y no se refiere a ella como “fallo” ni hace, consecuentemente, alusión alguna al efecto de cosa juzgada.<sup>42</sup>

Como se ha expuesto, los autores que sostienen esta posición no desconocen que exista valor jurídico alguno en las OCs, sino más bien señalan que su contenido carece de fuerza obligatoria propia y constituye una herramienta de carácter subsidiario del sistema regional de protección de derechos fundamentales. Así, Candia expone que a través del desarrollo que la Corte IDH ha realizado de las causales de inadmisibilidad de solicitudes de OCs, la Corte IDH ha custodiado el carácter subsidiario y la finalidad coadyuvante de la CADH, que en términos del autor, opera en casos concretos de vulneraciones a derechos humanos que no han sido solucionados dentro de la jurisdicción y legislatura nacional y soberana del Estado miembro. Entonces, la OC reviste una naturaleza coadyuvante, que busca apoyar al Estado en el cumplimiento de sus propias responsabilidades dentro del sistema regional de protección de derechos y son los propios Estados los que deciden si recogen o no las interpretaciones de la Corte en base a la calidad del pronunciamiento. Aun con esto, clarifica que la Corte IDH al ir ampliando su ámbito de ejercicio consultivo ha dado un giro jurisprudencial que la ha llevado a inmiscuirse en pronunciamientos genéricos de corte político y ha ido dotando de carácter general y obligatorio el contenido de sus interpretaciones.<sup>43</sup> Dicho riesgo de caer en el ámbito del activismo judicial internacional a través de pronunciamientos consultivos ha llevado a autores como Gabriel Maino a criticar el contenido de las OCs 21/14 y la 24/17, señalando que la Corte se ha auto-atribuido facultades, respondiendo interrogantes que no realizaron los Estados solicitantes y estableciendo la obligatoriedad *erga omnes* de las OCs, lo que da lugar a una remisión *ad infinitum* respecto de los fundamentos de la obligación de obedecer.<sup>44</sup> En este sentido, Machado afirma que las interpretaciones de la Corte IDH más bien constituyen un sistema de precedentes que posibilitarían la vinculación interpretativa como parámetro de unidad, igualdad y coherencia del sistema interamericano, protegiendo de manera más amplia y completa los derechos humanos consagrados en la CADH.<sup>45</sup> Todo lo anterior no obsta a los Estados a incorporar directamente en sus normas constitucionales las interpretaciones que la Corte IDH realice ejerciendo su competencia no contenciosa.<sup>46</sup>

En términos prácticos, los críticos del valor vinculante de las OCs señalan que si se les otorgara un valor obligatorio a dichas interpretaciones se vulneraría el principio de consentimiento *pacta sunt servanda*, ya que la Corte IDH estaría haciendo uso, sin estar previamente autorizada por la CADH, de una ampliación encubierta de su competencia contenciosa, extendiendo un manto jurisdiccional a quienes siquiera son parte de dicho tratado a través de un instrumento que no tendría aplicación, ya que no cuenta con mecanismos de supervisión de cumplimiento, como si cuentan las sentencias

---

<sup>42</sup> VIO GROSSI (2018), p. 206.

<sup>43</sup> CANDIA (2018), pp. 58 y 59.

<sup>44</sup> GABRIEL (2019), p. 356.

<sup>45</sup> MACHADO (2017), p. 356.

<sup>46</sup> En esta línea véase ABRIL (2020), pp. 79 y 80 y BURGOS (2020), p. 77.

de casos contenciosos.<sup>47</sup> Para algunos autores, esta extralimitación estaría fundada en las ansias de parte de la Corte de hacer progresar la agenda de derechos humanos en el continente, que conllevan al sistema interamericano a extralimitarse en sus atribuciones convencionales y exceder su competencia.<sup>48</sup>

### C. Las opiniones consultivas poseen efectos innegables pero indeterminados

Existen múltiples autores que se refieren a esta discusión sin encuadrarse en su totalidad con alguna de las dos posturas anteriormente expuestas. Estas líneas doctrinales se basan en parte en el carácter ambiguo que tiene el desarrollo de la competencia consultiva de la Corte, señalando que si bien, en referencia a la expresión de la OC 15/97, las OCs tienen efectos jurídicos innegables, dichos efectos son indeterminados, quedando esclarecidos solo ciertos aspectos a lo largo del desarrollo de sus interpretaciones. Así, autoras como Garro señalan que el problema radica en dilucidar en qué sentido y para que partes es vinculante el contenido de una OC.<sup>49</sup>

Por su lado, Roa afirma que en base a dicha indeterminación la balanza de esta discusión doctrinal se inclina más hacia el reconocimiento de una fuerza vinculante relativa de las OCs. El autor afirma que:

*“En el escenario de la Corte Interamericana no existe claridad sobre los efectos y alcances de una opinión consultiva. La Convención Americana establece, en el artículo 64, la competencia consultiva de la Corte, pero nada dice sobre la fuerza vinculante de sus decisiones; el Reglamento de la Corte también regula en los artículos 70 a 75 aspectos del procedimiento consultivo y guarda silencio sobre las consecuencias de la emisión de una opinión consultiva”.*<sup>50</sup>

El autor señala que la no definición de los efectos de las OCs es una de las grandes fisuras que posee la Competencia no contenciosa de la Corte, no existiendo claridad en los efectos y alcances de dicha competencia.<sup>51</sup> Cabe destacar que en exposiciones más recientes, Sergio Roa se ha referido a la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH desde la OC 21/17, aludiendo a la inclusión de las interpretaciones en sede consultiva dentro del parámetro de convencionalidad, señalando que la competencia consultiva ha pasado de una etapa de OCs que constituían victorias pírricas, en donde al definir su competencia consultiva la Corte amplió excesivamente su ámbito de competencia consultiva y contribuyó a la indefinición de sus efectos, defendiendo un estándar fundamental de derechos humanos pero sin entregar los materiales para hacer efectiva dicha protección, a una etapa de victorias estratégicas, en donde las OCs han adquirido un verdadero impacto transformador de los sistemas jurídicos americanos, enriqueciendo la doctrina interamericana de derechos humanos con estándares de bases fuertes, pero corriendo riesgos de transformarse en herramientas de instrumen-

---

<sup>47</sup> ZELADA (2020), p. 95.

<sup>48</sup> Véase VITOLO (2020), pp. 213 y 214.

<sup>49</sup> GARRO (2009), pp. 202 y 203.

<sup>50</sup> ROA (2015), p. 121.

<sup>51</sup> Véase ROA (2015), pp. 96-100.

talización política y estratégica que extralimiten a la Corte en sus competencias no contenciosas.<sup>52</sup>

En torno a este riesgo de instrumentalización, Fuchs señala que es necesario desarrollar y perfeccionar los criterios jurídicos de admisibilidad de las solicitudes de OCs, delimitando de forma más enfática la respuesta a las interrogantes que realizan los solicitantes para no extralimitarse dentro de sus competencias y cuidando que la OC no tenga efectos políticos dentro de los Estados americanos, evitando funcionar como una especie de solución encubierta de asuntos que se deben decidir por organismos políticos.<sup>53</sup> Incluso se ha señalado la importancia de considerar el *timing* o espacio temporal cuando se tramita la opinión consultiva, señalándose que en la práctica la emisión de opiniones consultivas han tenido consecuencias extrajurídicas que han afectado indirectamente elecciones presidenciales como el balotaje celebrado en Costa Rica en abril de 2018, tres meses después de la emisión de la OC 24/17.<sup>54</sup>

En la actualidad, estas posiciones reconocen un valor intermedio o relativo en la inclusión de las OCs en el parámetro de convencionalidad, en esta línea Zelada señala que si bien las OCs carecen de fuerza vinculante por sí mismas, el control de convencionalidad en base a sus interpretaciones hace tangibles sus efectos jurídicos innegables, otorgando un fundamento argumentativo más sólido a la Corte a la hora de fundamentar sus sentencias contenciosas y haciéndolas obligatorias a través de un mecanismo externo.

En una línea diferente, Navas señala que en relación a las competencias consultivas de las demás Cortes internacionales de derechos humanos, las OCs tienen efectos cristalizadores y constitutivos, en donde la Corte adopta una resolución sobre una práctica que se reconoce como Derecho, la cual puede originar el futuro surgimiento de una costumbre de los Estados que confirman a través de sus prácticas el valor jurídico de la OC, radicando en sus interpretaciones un fuerte poder coercitivo en los Estados americanos, que buscan no ir en contra de las interpretaciones de la Corte IDH para no vulnerar el sistema de protección interamericano de derechos humanos.<sup>55</sup>

#### **IV. EL VALOR VINCULANTE DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA**

##### **A. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Como explicamos en un acápite anterior, la misma Corte Interamericana se ha expresado sobre esta temática, aclarando, desde el pronunciamiento de la OC 21/17 que:

*“(...) conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como*

---

<sup>52</sup> ROA (2020). Véase también ROA (2015), pp. 95-148.

<sup>53</sup> FUCHS (2020).

<sup>54</sup> Véase ROMERO (2018), p. 165 y ROA (2020).

<sup>55</sup> NAVAS (2018), p. 34.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.

Así, los pasajes de las OCs posteriores a la N°21/17, que hacen referencia al carácter vinculante de los pronunciamientos consultivos de la Corte, realizan citas de lo expresado inicialmente, cimentando esta doctrina como un criterio firme.<sup>56</sup>

Mas con todo, no existen sentencias en sede contenciosa que hayan sostenido dicha cita al referirse al deber de los Estados de realizar el debido control de convencionalidad preventivo o correctivo dentro de sus legislaciones o a través del ejercicio jurisdiccional de sus tribunales de justicia.

## **B. La respuesta en sede jurisprudencial de la Corte Suprema chilena**

La Corte Suprema de Chile realiza en múltiples ocasiones citas a diferentes opiniones consultivas, como argumentos para esclarecer el alcance de derechos fundamentales desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH, como lo serían el entendimiento del “debido proceso”, de la “libertad de expresión” y del “principio pro homine/pro persona” entre otros.<sup>57</sup> A la hora de referirse al carácter vinculante de las OCs han sido dispares, pero en general difieren del criterio cimentado por la Corte IDH, así si bien existen sentencias, como por ejemplo un pronunciamiento sobre el alcance del término “identidad de género”, en donde el máximo tribunal nacional señala que:

“Por tanto, la interpretación que el tribunal regional le da a la Convención, incluso en la Opinión Consultiva recién mentada, tiene carácter de autoritativa para Chile a menos que todos los Estados Partes mediante un protocolo u otro instrumento que (haciendo referencia a la OC 24/17) enmiende la Convención decidan reemplazar esta interpretación autoritativa por su propia interpretación auténtica”.<sup>58</sup>

Con todo, dentro del Rol N°33.316-2019, en donde la Corte se aboca a responder específicamente su posición sobre el carácter vinculante que poseen las OCs en la jurisdicción chilena, esta ha sido clara al expresar su disidencia al carácter obligatorio que ha señalado la Corte IDH al decir que:

“La opinión consultiva N°24/17 no es propiamente una “sentencia” emanada de un órgano que ejerce jurisdicción y, por lo mismo resulta discutible la potestad de ejecución e imperio en relación con su con-

<sup>56</sup> Véase OPINIÓN CONSULTIVA OC-22/16, párrs. 14, 16, 19 y 24; OPINIÓN CONSULTIVA OC-23/17, párrs. 15, 16, 17, 28, 29 y 30; OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17, párrs. 15, 16, 17, 22, 25, 26 y 28; OPINIÓN CONSULTIVA OC-25/18, párrs. 21, 30, 34, 50, 52, 58 y 59; OPINIÓN CONSULTIVA OC-27/21, párr. 36; OPINIÓN CONSULTIVA OC-28/21, párr. 41 y OPINIÓN CONSULTIVA OC-29/22, párr. 30.

<sup>57</sup> Véase este tema a fondo en CLEMENTE (2021), pp. 90-113.

<sup>58</sup> Oscar Gonzalo Barrera Cea (S) (2018), considerandos 7, 8 y 12.

*tenido. De ahí que se trate, más bien, de un llamamiento a los Estados en orden a adecuar su legislación interna a la interpretación que la CIDH hace del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (...)*

*La alegación no puede ser acogida, toda vez que el control de convencionalidad presupone atender a la jurisprudencia e interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

*Sin embargo, resulta discutible asignarle el carácter de jurisprudencia a la Opinión Consultiva N°24/17 por las razones ya latamente expuestas en los motivos que preceden (...)*

*Es necesario subrayar que esta Corte no discute que la CIDH resulta ser el intérprete último de la Convención Americana y, en general, del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Lo que se cuestiona es que una Opinión Consultiva pueda tener los efectos que las recurrentes creen ver, más aún si el Estado ha adoptado las medidas internas necesarias para dar estricto cumplimiento a los artículos 11 N°2, 17, 19 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos”.*<sup>59</sup>

Esto, en conjunto con el análisis que se ha realizado en otras obras a la jurisprudencia del máximo tribunal nacional, nos ha llevado a concluir que la Corte Suprema de Chile no otorga un valor de por sí a las opiniones consultivas de la Corte IDH, no las cita de forma tal que en la fundamentación de su sentencia cumplan un rol preponderante y basal, sino más bien, utiliza dichos pronunciamientos para coadyuvar argumentos basados en múltiples derechos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos o que también han sido pronunciados en múltiples ocasiones en sentencias contenciosas de la misma Corte IDH, alejando a la jurisdicción chilena de posiciones que la adscriban a defender el valor vinculante de dichos instrumentos, entendiéndolos más bien como pronunciamientos que contienen interpretaciones auténticas de la CADH, las cuales parecieran revestir valor por emanar de una alta autoridad moral, jerárquica y científica, delimitando el alcance de ciertos derechos fundamentales con el fin de coadyuvar su entendimiento dentro de las judicaturas de los Estados americanos y a su vez entregar nociones que asistan a dichos Estados a desarrollar políticas que no contravengan el sistema de protección interamericano de derechos humanos para no comprometer su responsabilidad internacional.<sup>60</sup>

## V. CONCLUSIONES

La discusión sobre el carácter vinculante de las OCs es una disputa que, si bien, tiene expresiones claras en la jurisprudencia de la Corte IDH y en la jurisprudencia nacional, a nivel doctrinal sigue abierta con posiciones antitéticas, que varían entre entregarle a los pronunciamientos consultivos un carácter vinculante y obligatorio, hasta las que niegan su obligatoriedad, siendo estos instrumentos coadyuvantes de argumentos que puedan entregar las sentencias de los tribunales nacionales, a la hora de esclarecer el alcance de ciertos derechos, discusión que está estrictamente ligada al enten-

---

<sup>59</sup> Arias con Servicio de Registro Civil e Identificación, Región del Biobío (2020), considerandos 13, 14 y 19.

<sup>60</sup> CLEMENTE (2021), pp. 117-119.

dimiento y a las posiciones doctrinales que sigan los autores sobre el control de convencionalidad y el alcance de la obligatoriedad de normas y sentencias internacionales de derechos humanos. Así, autores que en general niegan o quitan relevancia al control de convencionalidad que deben realizar los Estados parte de la CADH sobre los pronunciamientos de la Corte IDH, al fallar esta sobre el alcance de la CADH en otras jurisdicciones, o en general, aquellas posiciones que pongan en duda del carácter obligatorio de la CADH en su legislación van a tender a restarle valor vinculante a las OCs. En cambio, autores que defienden la aplicación del debido control de convencionalidad de las normas de la CADH y de las sentencias de la Corte IDH, le entregan valor vinculante a las OCs.

Nuestra posición personal es que este asunto está zanjado a nivel interamericano, habiendo esclarecido la Corte IDH el estándar con el que deben ser entendidas las opiniones consultivas y la aplicación que deben entregar los Estados parte de la CADH de su contenido a través del debido control de convencionalidad de sus pronunciamientos, siendo preocupante la posición que ha tomado la Corte Suprema en su jurisprudencia, dado tanto en sede consultiva como en sede contenciosa, desconociendo la Corte Suprema de Chile prístinamente lo señalado por la Corte IDH, pudiendo comprometer al Estado a la hora de evaluarse su aplicación del estándar interamericano, al haber suscrito Chile la CADH, reconociendo a la Corte IDH como el intérprete autorizado y superior de la Convención. También en sede doctrinal, adherimos a la posición que entiende un efecto vinculante en las OCs, radicando dicho efecto en el hecho que son pronunciamientos realizados por un tribunal que ejerce funciones jurisdiccionales, de lato contenido interpretativo, el cual expresa su parecer en torno a situaciones de las que se duda si se sujetan al estándar interamericano o no, existiendo en su tramitación instancias para que los demás Estados parte expresen su posición y no constituyendo un mero “*punto de vista*”. Aun con todo, reconocemos que, al igual de como se discute en sede del control de convencionalidad de las sentencias de la Corte IDH, el efecto práctico que tiene sobre los tribunales de los Estados parte se sujeta en la aplicación que dichos cuerpos jurisdiccionales le den a lo interpretado en OCs, careciendo la legislación que regula el sistema americano de derechos humanos mecanismos de aplicación que puedan hacer efectiva en si misma una opinión consultiva.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina citada**

- ABRIL LARA, Fernando (2020): *Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del principio de supremacía constitucional*, Trabajo de Titulación modalidad proyecto de investigación y desarrollo previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional, Universidad Técnica de Ambato.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2008): “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Estudios Constitucionales* (año 6 núm. 1).
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2020): “El valor de la jurisprudencia internacional de Derechos Humanos”, en: Aguilar Cavallo, Gonzalo *et al*, *El control de convencionalidad: Ius commune y dialogo judicial multinivel latinoamericano* (Santiago, Tirant lo Blanch).
- ARIAS OSPINA, Felipe y GALINDO VILLAREAL, Juliana (2013): “El sistema interamericano de derechos huma-

- nos”, en: Bandeira, George; Uruña, René y Torres, Aída (coordinadores), *Protección multinivel de derechos humanos* (Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior).
- BAZÁN, Víctor (2015): “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y algunos retos y cuestiones actuales y conflictivas relacionados con la jurisdicción contenciosa de la corte interamericana”, en: *Revista Temas Socio-Jurídicos* (vol. 35 núm. 68).
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel (2013): “Control de cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derecho humanos”, en: Corzo, Edgar; Carmona, Jorge y Saavedra, Pablo (coordinadores), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Ciudad de México, Tirant lo Blanch).
- BUERGENTHAL, Thomas (1982): *International Human Rights* (Saint Paul, West Publishing Co.).
- BUERGENTHAL, Thomas (1985): “The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court”, en: *The American Journal of International Law* (vol. 79 núm. 1).
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya (2011): *The Inter-American Court of Human Rights. Case law and commentary* (Oxford, Oxford University Press).
- BURGOS BUSTOS, Francisca (2020): *Control de convencionalidad y el efecto de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo (2018): “Causales de inadmisibilidad de opiniones consultivas: reforzando el carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 45 núm. 1).
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (2013): *Introducción general al control de convencionalidad*. (Ciudad de México, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México).
- CISNEROS SÁNCHEZ, Máximo (1986): “Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estudios y documentos* (San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
- CLEMENTE VARGAS, Carlos (2021): *El valor de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile*, Memoria de prueba para optar al grado de Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Talca.
- CLÉRICO, Laura (2020): “Las opiniones consultivas en el control de convencionalidad en el orden interno. La opinión consultiva como parámetro de control”, en: Coloquio Iberoamericano no. 223, charla efectuada el 2 de octubre de 2020. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=kq-d8gtr\\_v48&ab\\_channel=CEADMx](https://www.youtube.com/watch?v=kq-d8gtr_v48&ab_channel=CEADMx).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018): *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana. Preguntas frecuentes* (San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- DUNSHÉE DE ABRANCHES, Carlos (1980): *La Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Washington D.C., Organización de los Estados Americanos).
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (San José, IIDH).
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2017): “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos (a una década de su creación)”, en: Henríquez, Miriam y Morales, Mariela (coordinadoras), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (Santiago, DER Ediciones).

- FIX-ZAMUDIO, Héctor (2004): “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Revista Latinoamericana de Derecho* (año I núm. 1 enero-junio).
- FUCHS, Marie-Christine (2020): “Las opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus impactos”, en: *Coloquio Iberoamericano* no. 223. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=kqd8gtr\\_v48&ab\\_channel=CEADMx](https://www.youtube.com/watch?v=kqd8gtr_v48&ab_channel=CEADMx).
- GABRIEL MAINO, Carlos (2019): “El carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en: *Universidad y Sociedad* (vol. 11 núm. 1).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2002): *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana* (Ciudad de México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas Porrúa).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2011a): “Las Facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, actualidad”, en: conferencia dictada en Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, charla efectuada el 25 de octubre del 2011. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=gfa2vidXS-Q8&ab\\_channel=IIJUNAM](https://www.youtube.com/watch?v=gfa2vidXS-Q8&ab_channel=IIJUNAM).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2011b): “El control judicial interno de convencionalidad”, en: IUS, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (año V núm. 28).
- GARRO VARGAS, Anamari (2009): “La influencia del tribunal europeo de derechos humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Cuestiones Constitucionales* (núm. 20 enero-junio).
- GÓMEZ ROBLEDO, Alonso (2000): *Derechos humanos en el sistema interamericano* (Ciudad de México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas Porrúa).
- GROSS ESPIELL, Héctor (1988): “El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Estudios sobre derechos humanos* (San José, IIDH).
- HITTERS, Juan Carlos (2008): “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (núm. 10 julio-diciembre).
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María (2017): *Control de convencionalidad* (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- JULIO ESTRADA, Alexei (2019): “Valor jurídico e impacto de las opiniones consultivas”, en: conferencia dictada en el XII Curso Especializado para Funcionarios/os de Estado sobre Utilización del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, charla efectuada en junio de 2019. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=kqEvKAEhB0E&ab\\_channel=IIDHAudiovisuales](https://www.youtube.com/watch?v=kqEvKAEhB0E&ab_channel=IIDHAudiovisuales).
- LANDA ARROYO, Cesar (2016): “Los estándares en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional* (núm. 11 diciembre).
- LLUGDAR, Eduardo (2016): “La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como fuentes y formas de protección de los Derechos Fundamentales”, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>.
- MACHADO MARTINS, Priscila (2017): “El efecto erga omnes de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Nogueira Alcalá, Humberto y Aguilar Cavallo, Gonzalo (coordinadores), *El parámetro de control de la convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Santiago, Editorial Triángulo).
- MONTERISI, Ricardo (2009): *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos* (La Plata, Librería Editora Platense).

- NAVAS ESCRIBANO, Mariano (2018): *Los efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la corte interamericana de derechos humanos. Una mirada crítica a través del análisis de la oc-24/17 y su impacto para el colectivo LGBTI*, trabajo de fin de XIV Máster Universitario en Protección Internacional de Derechos Humanos, Universidad de Alcalá Henares.
- NIKKEN BELLISHAW, Pedro (1999): “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2017): “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos”, en: *Revista Derecho Universidad Católica Dámaso A Larraña* (núm. 15).
- NÚÑEZ DONALD, Constanza (2015): *Control de convencionalidad: Teoría y aplicación en Chile* (Santiago, Tribunal Constitucional de Chile).
- OVALLE FAVELA, José (2012): “Influencia de la jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados latinoamericanos”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (año XLV núm. 134).
- PACHECO GÓMEZ, Máximo (2003): “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Corte Interamericana de Derechos humanos, *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, 2ª edición (San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos), t. I.
- PASQUALUCCI, Jo (2012): *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2ª edición (New York, Cambridge University Press).
- ROA ROA, Jorge (2015): *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita - Universidad Externado de Colombia).
- ROA ROA, Jorge (2020): “Las opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus impactos”, en: Coloquio Iberoamericano no. 223, charla efectuada el 2 de octubre de 2020. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=kqd8gtr\\_v48&ab\\_channel=CEADMx](https://www.youtube.com/watch?v=kqd8gtr_v48&ab_channel=CEADMx).
- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor (1997): *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (San José, IJSA Investigaciones Jurídicas).
- ROMERO PÉREZ, Enrique (2018): “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, en: *Revista de Ciencias Jurídicas* (núm. 148).
- ROMERO PÉREZ, Xiomara (2011): *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- RUIZ MIGUEL, Carlos (1998): “La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?”, en: Gaviria, Cesar (coordinador), *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, (San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos), vol. II.
- SAGÜÉS, Néstor (1999): “Nuevamente sobre el valor, para jueces argentinos de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en: *JA* (II 364).
- SAGÜÉS, Néstor (2015): “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad”, en: *Pensamiento Constitucional* (núm. 20 año 2015).
- SALAZAR, Daniela; COBO, Isabel; CRUZ, Camila; GUEVARA, Mateo y MESÍAS, Paula (2019): “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas e la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”, en: *FORO: Revista de Derecho* (núm. 32 julio-diciembre).

- SALVIOLI, Fabián (2004): “La competencia consultiva de la Corte interamericana de Derechos Humanos: Marco legal y desarrollo jurisprudencial”, en: *Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade* (Brasilia, Editorial Sergio Fabris), t. III.
- SOTO RAMÍREZ, Víctor (2012): “La ratio decidendi y la opinión consultiva en los fallos de Corte IDH como factor vinculante a los Estados parte de la CADH”, disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-ratio-decidendi-y-la-opinion-consultiva-en-los-fallos-de-corte-idh-como-factor-vinculante-a-los-estados-parte-de-la-cadh/>.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo (1992): *Introducción al Derecho Internacional*, 2ª edición (San José, Editorial Jurídica Juricentro).
- VENTURA ROBLES, Manuel (2007): “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos civiles y políticos”, en: *Estudios sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos* (San José, IIDH).
- VENTURA ROBLES, Manuel y ZOVATTO BLANCO, Daniel (2007): “La naturaleza de la función consultiva de la corte interamericana de Derechos Humanos”, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/tablas/Ventura\\_%20IIDH%2007.pdf](https://www.corteidh.or.cr/tablas/Ventura_%20IIDH%2007.pdf).
- VIO GROSSI, Eduardo (2018): “La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos”, en: *Revista Jurídica Digital UANDES* (vol. 2 núm. 2).
- VÍTOLO, Alfredo (2020): “El valor de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de las OC-21/14 y 23/17 (El canto del tero u Otro ladrillo más en la pared de la doctrina del control de convencionalidad)”, en: *Revista Jurídica Austral* (vol. 1 núm. 1).
- ZELADA ACUÑA, Carlos (2020): *¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?* (Lima, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, Promsex).

## Jurisprudencia

- “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana Sobre Derechos Humanos) (1982): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de Setiembre de 1982, Serie A No. 1.
- Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1986): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.
- Informes de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana Sobre Derechos Humanos) (1994): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997, No. 15.
- Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional (2014): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.
- Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador) (2016): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos) (2017): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, No. 24.

La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (2018): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25.

Oscar Gonzalo Barrera Cea (S) (2018): Corte Suprema de Chile, de 29 de mayo de 2018, rol 70.584-2016. Arias con Servicio de Registro Civil e Identificación, Región del Biobío (2020): Corte Suprema de Chile, de 20 de julio de 2020, rol 33.316-2019.

Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) (2021): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27.

La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana) (2021): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28.

Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos) (2022): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29.

# Domicile anglosajón y reenvío: interacción en materia de sucesiones internacionales\*

## Anglosaxon domicile and renvoi: interaction in the scope of international successions

**Javier Maseda Rodríguez**

Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España.  
Correo electrónico: javier.maseda@usc.es. <https://orcid.org/0000-0002-0601-8119>

Recibido el 14/05/2024

Aceptado el 12/06/2024

Publicado el 26/06/2024

<https://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n44.05>

**RESUMEN:** Se ocupa este trabajo de analizar brevemente los conceptos de *domicile of origin*, *domicile of choice* o *domicile of dependency*, propios de los ordenamientos anglosajones, perfilando las líneas básicas de su complejo régimen jurídico a través del examen de la práctica de *common law*. Todo ello, en tanto que elemento determinante del funcionamiento del reenvío a la hora de seleccionar el ordenamiento jurídico finalmente aplicable a la sucesión: desde la óptica del Reglamento (UE) 650/2012 (artículo 34 R. 650) y la propia del Derecho doméstico español (artículos 9.8 y 12.2 Código Civil español), tras reciente práctica del Tribunal Supremo español revitalizando la importancia del *domicile* frente a una práctica anterior más formalista y menos respetuosa con este concepto.

**PALABRAS CLAVE:** Concepto de *domicile*, reenvío, sucesiones internacionales.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to analyse briefly the concepts of *domicile of origin*, *domicile of choice* or *domicile of dependency*, derived from Anglo-Saxon legal systems, relevant in the scope of *renvoi* in matters of international successions: from Regulation (UE) 650/2012 (article 34 R. 650) and from Spanish domestic rules (articles 9.8 and 12.2 Spanish Civil Code), after change of position of Spanish Supreme Court revitalising the concept of *domicile*.

**KEY WORDS:** Concept of *domicile*, *renvoi*, international successions.

\* El presente trabajo se realizó en el marco de la estancia de investigación en el *Institut suisse de droit comparé*, Lausanne, Suiza (julio-agosto 2023). Agradezco al ISDC las facilidades que me proporcionaron durante este tiempo.

## I. INTRODUCCIÓN

España es uno de los Estados de la Unión Europea donde tiene lugar un mayor número de casos de sucesiones de nacionales británicos. No es un dato que deba extrañar en tanto que son muchos los nacionales del Reino Unido que deciden fijar su residencia habitual en España: hablamos de más de 300.000 británicos residentes en España, desde los 82.000 de Andalucía o la Comunidad Valenciana, hasta los 22.000 de Cataluña, los 11.000 de la Comunidad de Madrid o los 3.000 de Galicia. Llegando a España ya casados o sin vínculo conyugal en su país de origen, no es inhabitual que se emparejen con nacionales del país de recepción, muchas veces contrayendo matrimonio (o nuevo matrimonio, de ser el caso), habitualmente con descendencia en uno u otro país y con frecuencia propietarios de bienes muebles e inmuebles en el Estado de su nacionalidad (y/o en terceros Estados), además de propietarios de bienes inmuebles en territorio español, normal y aunque no necesariamente, una segunda residencia.

Desde la óptica del ordenamiento jurídico español, estas sucesiones siempre plantearon específicos problemas notariales, registrales y, asimismo, judiciales. A ellos responde el operador jurídico español a partir de dos modelos que coexisten en la actualidad y que conforman el régimen jurídico de estas sucesiones: el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4/7/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo,<sup>1</sup> para las abiertas el 17/8/2015 o con posterioridad, y el Código Civil español (en adelante CC), en concreto, el artículo 9.8 CC como norma de conflicto doméstica reguladora de las sucesiones internacionales, para las abiertas con anterioridad a esa fecha. Ambos regímenes contemplan la situación, posible, aunque no necesaria, de que una sucesión regida en principio por la ley inglesa o galesa (u otra), pueda rematar bajo la aplicación de una ley española: esta posibilidad depende del funcionamiento del mecanismo del reenvío (artículo 12.2 CC y artículo 34 R. 650/2012) y éste, a su vez, de una típica noción anglosajona como es el *domicile*.

La aplicación del Derecho inglés o del Derecho español no es cuestión menor. Son muchas las peculiaridades de los distintos Derechos integrantes del Reino Unido, también las diferencias entre sus disposiciones materiales, particularmente, las propias del Derecho inglés, y aquellas de los distintos ordenamientos jurídicos que conforman el Derecho español, singularmente, el Derecho común: alcance de la libertad de testar, propia de los sistemas angloamericanos y que favorece al cónyuge superviviente, frente a cualquier eventual derecho legitimario a favor de ciertos ascendientes o descendientes.<sup>2</sup> De ahí que sea habitual la confrontación en aquellos supuestos en los que el causante de nacionalidad británica, habiendo hecho testamento, nombra como heredero universal a su (último) cónyuge, estando otros interesados (normalmente, los hijos del causante) en desacuerdo con el contenido del testamento, de modo que reclaman sus legítimas de conformidad con la ley española

---

<sup>1</sup> Reglamento de la Unión Europea N°650/2012, de 2012.

<sup>2</sup> Desde la doctrina española, sobre las muchas diferencias entre el Derecho sucesorio de los ordenamientos jurídicos del Reino Unido (y de las Islas Británicas en general) y los ordenamientos del Estado plurilegislativo español, LAFUENTE (2021), pp. 29-149; YBARRA (2019), pp. 2-5; YBARRA (2015), pp. 227-229; o SÁNCHEZ (2006), pp. 2022-2024.

(realmente, conforme al Código Civil, obviando el juego de los diferentes Derechos civiles forales que conviven en España conformantes del ordenamiento jurídico español).

Que la aplicación del Derecho inglés o del Derecho español dependa de un reenvío cuyo juego se halla condicionado por la noción anglosajona del *domicile* convierte en necesaria la comprensión de este concepto. Partiendo del estudio del *domicile* en el Derecho inglés como ordenamiento de base,<sup>3</sup> se ocupa este trabajo de realizar una breve aproximación al concepto de *domicile* anglosajón, en concreto, a los conceptos de *domicile of origin*, *domicile of choice* o *domicile of dependency*, propios de este tipo de ordenamientos, perfilando las líneas básicas de su complejo régimen jurídico a través del examen de la práctica de *common law* en la (casi) ausencia de normas positivas que lo regulen (punto IV). Y todo ello, después de poner de manifiesto cómo influye la aproximación que el operador jurídico español tenga respecto del concepto anglosajón de *domicile* a la hora de enfrentarse a la figura del reenvío y sus consecuencias. Por un lado, en aplicación de los artículos 9.8 y 12.2 CC, donde recientemente el Tribunal Supremo español revitaliza la importancia del *domicile* frente a una práctica anterior más formalista y menos respetuosa con el concepto en los países de *common law* (punto II). Y, por otro, en aplicación del régimen del Reglamento (UE) 650/2012, estudiando su artículo 34 R. 650 regulador del reenvío respecto de cierto tipo de supuestos menos típicos que los propios del artículo 9.8 CC, si bien igualmente posibles (punto III). Doble perspectiva ésta que no se cuestiona en tanto que, aun cuando la entrada en vigor del Reglamento (UE) 650/2012 en el año 2015, durante un tiempo importante seguirá siendo operativo el artículo 9.8 CC: recuérdese su aplicación respecto de quienes hayan fallecido antes del 17/8/2015 (artículo 83.1 R. 650).<sup>4</sup> De ahí la (todavía) relevancia actual del problema en términos del artículo 9.8 CC.<sup>5</sup>

Expuesto el contexto, procedemos a continuación a desarrollar los puntos referidos.

## II. REENVÍO Y DOMICILE: RÉGIMEN DOMÉSTICO

### A. Artículos 9.8 y 12.2 CC: respuesta típica

En el Derecho doméstico español, la ley aplicable a las sucesiones internacionales se halla regulada en el artículo 9.8 CC bajo el siguiente tenor: “La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán,

<sup>3</sup> Este trabajo expone las líneas básicas del concepto de *domicile* del Derecho inglés. Aunque otros regímenes de *common law* (americano, australiano o neozelandés) tienen allí su base, no siguen de manera uniforme el modelo inglés, con diferencias muchas veces significativas. Al respecto, DUTTA (2017), p. 556; o McLEAN (1983), p. 2.

<sup>4</sup> Como muestra, STS (60/2019) (2019), inaplicando el R. 650/2012; en el mismo sentido, STS (520/2019) (2019); o SAP Málaga (308/2023) (2023), aplicando el R. 650/2012 porque el testador, nacido en Argelia y canadiense, falleció en Dubai (Emiratos Árabes) el 17/8/2017, aunque otorgase testamento el 24/1/2011.

<sup>5</sup> ÁLVAREZ (2019), párrs. 1 y 6.

en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”. Se preocupa asimismo el legislador español de regular la figura del reenvío, al que dedica un artículo, el 12.2 CC que dispone “(...) la remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española (...)”: de acuerdo con su tenor, con carácter general y tal como se desprende de la redacción del artículo, en el ordenamiento jurídico español no se admite más reenvío que el de retorno. Proyectado a un supuesto de sucesiones internacionales, lo expuesto supone la obligación de consulta por parte del operador jurídico español no sólo de las normas materiales reguladoras de la sucesión del ordenamiento jurídico extranjero reclamado por la norma de conflicto española, en el caso, del artículo 9.8 CC, también de las normas de conflicto de esta ley extranjera reguladoras de la sucesión. Todo ello, en orden a verificar si la aplicación de la norma de conflicto extranjera conduce de nuevo a la aplicación del Derecho español (reenvío de primer grado o de retorno), lo que implicaría su admisión, o bien reclama la aplicación de una ley extranjera (reenvío de segundo grado), en cuyo caso no sería admitido por el operador jurídico español, debiendo asumir entonces la aplicación del Derecho extranjero originalmente reclamado.

Si bien el artículo 12.2 CC tiene una aplicación muy limitada a nivel de práctica jurisprudencial española, es en esta materia de sucesiones internacionales que ahora nos ocupa donde alcanza su mayor predicamento. La utilización en el régimen común del artículo 9.8 CC de la conexión “nacionalidad” a la hora de regular las sucesiones provoca con facilidad el recurso al reenvío del artículo 12.2 CC en tanto que muchos ordenamientos jurídicos extranjeros adoptan la conexión “domicilio” en su reglamentación de Derecho aplicable a las sucesiones: en consecuencia, y bajo el expediente de un reenvío de retorno, resulta habitual la aplicación de la ley española a la hora de regular la sucesión de un causante de nacionalidad extranjera a partir de la ubicación en España de su domicilio. La práctica española introduce, no obstante, ciertos matices a esta respuesta en función de su ajuste a los principios rectores del Derecho español en materia sucesoria. Básicamente, en relación con la legitimidad del reenvío parcial, que se produce respecto de ordenamientos jurídicos extranjeros como los anglosajones que, ajenos al principio de la unidad de la sucesión, someten la sucesión a un régimen conflictual fraccionado en función de la naturaleza del bien: ley del domicilio del causante para los bienes muebles y *lex rei sitae* para los inmuebles. Siguiendo la práctica española, y sin entrar en su crítica, no habría obstáculo para la admisión de reenvío (de retorno) de conducir ambas conexiones a la ley española por ubicarse tanto los bienes inmuebles como el domicilio del causante en España (o de afectar la sucesión sólo a bienes muebles o inmuebles y hallarse estos muebles o inmuebles todos en España), rechazándose, en cambio, de fraccionarse su régimen por situarse el domicilio del causante en España y sus bienes inmuebles en otro Estado (o viceversa), pasando la sucesión a regularse en su conjunto por la ley nacional del causante: no casaría con el principio de unidad y universalidad de la sucesión que fundamenta el artículo 9.8 CC español la sumisión a la ley española para regular la sucesión respecto de los bienes muebles (reenvío de retorno a la ley española por ubicarse el domicilio del causante en España), regulando una ley extranjera la sucesión de aquellos inmuebles no situados en España (aplicación de la ley extranjera de la nacionalidad del causante por ausencia de reenvío de

retorno o por no admisión de un eventual reenvío de segundo grado).<sup>6</sup>

Es éste el comportamiento que sigue la práctica española respecto de los supuestos típicos que ahora nos ocupan relativos a la sucesión de un nacional británico que fallece en España tras pasar aquí sus últimos años de vida con bienes inmuebles situados exclusivamente en España.<sup>7</sup> La respuesta habitual de la jurisprudencia española en aplicación del artículo 9.8. CC español conduce a la aplicación de la ley española como régimen aplicable a la sucesión: remisión a la ley británica a título de ley nacional del causante *ex* artículo 9.8 CC y posterior aplicación de la ley española por reenvío de retorno *ex* artículo 12.2 CC con base en el domicilio del causante en España y la existencia de bienes inmuebles situados exclusivamente en territorio español. Respuesta clásica, pues, que supone la exclusión del reenvío de segundo grado y admisión del reenvío de retorno a la ley española sólo cuando este retorno no suponga un fraccionamiento legal de la sucesión: norma de conflicto inglesa que pivota sobre la conexión domicilio del causante y que conduce a la aplicación de la ley de su último domicilio para la sucesión mobiliaria (ley española porque el causante llevaba muchos años viviendo en España, donde fallece) y la existencia de bienes inmuebles situados exclusivamente en territorio español (norma de conflicto inglesa que pivota sobre la conexión situación del inmueble y que conduce a aplicación de la *lex rei sitae* española para la sucesión inmobiliaria).

Del análisis de esta práctica, repárese en un dato: en todos estos casos se llega a la aplicación de la ley española a través de un reenvío de retorno en tanto que esta práctica no cuestiona la ubicación del domicilio del causante británico en España, bien porque es lo que entiende el Derecho español, bien porque el operador jurídico no se para en la cuestión al identificar la prolongada residencia en España del causante con su último domicilio.<sup>8</sup> Es lo que sucedió en la STS 15/1/2019,<sup>9</sup> asumiendo que un nacional británico, que fallece en 2011 en Algeciras (Cádiz) tras 26 años en España, tiene su residencia en Torreguadiaro (Cádiz) desde 1985 porque “(...) no se ha discutido por las partes que (...) el último domicilio del causante se encontraba en España (...)” (FD 3º). Lo mismo en la STS 23/9/2002,<sup>10</sup> relativa a la sucesión de un causante británico con último domicilio en Nerja (Málaga), donde lleva residiendo los últimos 8 años de su vida. También en la SAP Murcia 20/11/1993,<sup>11</sup> donde no se cuestionó que el causante de nacionalidad británica había tenido “(...) su domicilio en Coventry y últimamente en España (Puerto de Mazarrón - Murcia) (...)” (FD 1º), como no se planteó tampoco en la STS 12/1/2015,<sup>12</sup> asumiendo Jávea (Alicante) como domicilio de un causante británico en tanto que “(...) no resultan-

---

<sup>6</sup> Sobre práctica habitual y críticas, FERNÁNDEZ Y SÁNCHEZ (2022), pp. 607-609; Virgós (2004), pp. 181-210; o BOUZA (1995), pp. 880-894.

<sup>7</sup> ÁLVAREZ (2019), párr. 6.

<sup>8</sup> ÁLVAREZ (2019), párr. 7 y CUEVAS (2018), p. 44. No acreditación del *domicile* de los causantes ingleses en la práctica notarial española, CALVO Y CARRASCOSA (2007), p. 111.

<sup>9</sup> STS (RJ 2019/60) (2019).

<sup>10</sup> STS (RJ 201/8029) (2002).

<sup>11</sup> SAP Murcia (AC/1993/2274) (1993).

<sup>12</sup> STS (490/2014) (2014).

do discutida su residencia habitual en dicha localidad (...)", o en la STS 8/10/2019,<sup>13</sup> respecto de una causante británica, residente en España desde 1978 y fallecida en 2007 en Mijas (Málaga), en la que se parte, sin cuestionarlo, de que "(...) el último domicilio de la causante se encontraba en España, tal y como ya se hiciera constar en el testamento (...)".

## **B. Nueva línea jurisprudencial: aproximación al concepto de *domicile* a partir del Derecho inglés y consecuencias**

Conviviendo con la práctica expuesta, existe otra línea jurisprudencial que, enfrentada a este mismo tipo de supuestos, no sostiene necesariamente la aplicación de la ley española por reenvío de retorno. Buena muestra de ello es la STS 5/12/2018.<sup>14</sup> Tal es así en tanto que parte esta resolución de la aplicación de la norma de conflicto inglesa "(...) del modo más aproximado a como lo haría un Tribunal de dicho Estado (...)" (FD 3º), asumiendo la aplicación "(...) del Derecho extranjero en su integridad (...)" (FD 3º).<sup>15</sup> El cambio no puede ser más significativo: implica valorar el concepto de *domicile* que emplea la norma de conflicto inglesa reguladora de la sucesión mobiliaria "(...) conforme al concepto del mismo que nos da el ordenamiento inglés y no el Código civil español (...)" (FD 3º).<sup>16</sup>

Las consecuencias de esta aproximación son muy llamativas. Por un lado, que causantes de nacionalidad británica con muchos años de residencia en España (susceptibles de ser considerados, por tanto y de acuerdo con la normativa española, como domiciliados en España), no se encuentren domiciliados en territorio español a efectos de la norma de conflicto inglesa, que es la determinante del posible reenvío, por carecer de *domicile* en España.<sup>17</sup> Así sucedió en la referida STS 5/12/2018, que aplicó finalmente la ley inglesa al rechazar el reenvío (parcial, sólo para los inmuebles sitos en España, y, con ello, contrario al principio de unidad legal y universalidad de la sucesión) desde el Derecho inglés a la española porque el causante británico, a pesar de haber residido "(...) de manera permanente (...)" en España (de 1998 hasta su fallecimiento en 2013 en Villalonga-Valencia), e, incluso, estar empadronado en España desde 2001, no tenía su *domicile* en España "(...) a los efectos de la norma de conflicto inglesa (...)", sino en Leeds, Inglaterra [por arraigo al poseer cuentas corrientes en entidades financieras de esta localidad "(...) y porque en su último testamento manifestó que tenía domicilio británico a efectos de su sucesión (...)]."<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> STS (520/2019) (2019).

<sup>14</sup> STS (RJ 4139/2018) (2018), tras SAP Valencia (70/2016) (2016).

<sup>15</sup> STS (RJ 4139/2018) (2018), FD 3º (letra A) de esta sentencia. Respecto de esta terminología y sus implicaciones con la *foreign court theory*, ÁLVAREZ (2019), párr. 9.

<sup>16</sup> STS (RJ 4139/2018) (2018), FD 3º (letra A) de la resolución referida; así ÁLVAREZ (2019), párrs. 6 y 7. En términos parecidos, CARRASCOSA (2014), pp. 291 y 292; VIRGÓS y RODRÍGUEZ (2004), p. 985; VELASCO (2020), párr. III; LABORDE y SANA-CHAILLÉ (2017), p. 122. Como indica CARRASCOSA (2019), párr. 16, retener un "(...) concepto español (...)" de domicilio en la aplicación de la norma de conflicto inglesa resulta incorrecto, "(...) desnaturaliza (...)" la localización propuesta por el legislador inglés. De otra opinión, TOMÁS (2003), párr. III.1; o TOMÁS (1999), p. 1263, nota núm. 4, que parece abogar por la determinación del domicilio a partir del concepto español de domicilio.

<sup>17</sup> ÁLVAREZ (2019), párr. 6; LAFUENTE (2021), p. 152; CARRASCOSA (2014), pp. 292 y 293.

<sup>18</sup> Discutible si a título de *domicile of origin* o de *domicile of choice*; ÁLVAREZ (2019), párr. 8, nota núm. 20.

Por otro, que causantes de nacionalidad británica con muchos años de residencia en España sí se encuentren domiciliados en territorio español a efectos de la norma de conflicto inglesa, no con base en el concepto español de domicilio, sino por considerarse desde la óptica del ordenamiento jurídico inglés que tienen su *domicile* en España.<sup>19</sup> Es lo que sucedió en la SAP Murcia 30/11/2011,<sup>20</sup> respecto de un causante con *domicile of choice* en España en aplicación de la jurisprudencia inglesa (aunque por enfermedad “(...) volvió a Inglaterra a morir (...)”, “(...) todos sus negocios, intereses e inversiones se encontraban en España (...)”: cuentas bancarias en España, manifestación de voluntad de permanencia en España, escolarización de hijo menor en España), admitiéndose así el reenvío de retorno y aplicando finalmente la ley española.

Y, finalmente, que causantes de nacionalidad británica con escaso tiempo de estancia en España (no susceptibles de ser considerados, por tanto y de acuerdo con normativa española, como domiciliados en España), sí se encuentren domiciliados en territorio español a efectos de la norma de conflicto inglesa.<sup>21</sup>

Todo esto es así porque la ley del domicilio aplicada a la sucesión mobiliaria inglesa no se corresponde con el concepto de domicilio del foro (en este caso, con el concepto español de domicilio), sino con el concepto de *domicile* determinado por la ley nacional del causante.<sup>22</sup>

La ruptura con la práctica tradicional es radical: de aplicar la ley española a este tipo de casos (respuesta habitual) se pasa a la aplicación de la ley inglesa (nueva respuesta) y, con ello, a una toma de decisión diferente respecto de quién hereda y qué hereda. O, lo que es lo mismo, determinar cómo enfrentarse al concepto de *domicile* empleado por la norma de conflicto inglesa condiciona la posible activación de la figura del reenvío y, con ello, la selección de uno u otro ordenamiento jurídico regulador de la sucesión próximo a los intereses de una parte y ajeno a los de la otra.<sup>23</sup> Aumenta así la expectativa de debate en torno al *domicile* en los litigios de sucesión internacional dadas las importantes diferencias entre el Derecho inglés y el Derecho español:<sup>24</sup> habitualmente y como habíamos visto, esposo/a del causante por testamento vía ley inglesa *versus* legitimarios del causante vía Derecho común español. Sirva el caso de la SAP Málaga 30/9/2014,<sup>25</sup> donde el beneficiado por la aplicación de la ley española sostenía la existencia de un *domicile of choice* de la causante en Arroyo de la Miel, Málaga (reenvío sí), mientras que los beneficiados en extenso por el testamento entendían, por el contrario, que esta causante no había adquirido un *domicile of choice* en España y que, *ex* ley inglesa, había renacido su *domicile of origin* en Inglaterra (reenvío no). O la SAP Málaga 17/4/2017:<sup>26</sup>

---

<sup>19</sup> YBARRA (2021), p. 47.

<sup>20</sup> SAP Murcia (331/2011) (2011).

<sup>21</sup> LAFUENTE (2021), p. 152; DICEY ET AL (2022), p. 203. *Collier v. Rivaz* (1841); *Bremer v. Freeman* (1857); o *Hamilton v. Dallas* (1975).

<sup>22</sup> ÁLVAREZ (2019), párt. 6; asimismo, VON OVERBECK (1982), p. 153; DEBERNARDI (2017), p. 44; BONOMI y WAUTELET (2015), p. 153.

<sup>23</sup> GARCÍA (2019), pp. 618 y 621.

<sup>24</sup> En general, ÁLVAREZ (2019), párt. 4 y AZNAR (2020), párt. XII.

<sup>25</sup> SAP Málaga (JUR\2015\53010) (2015).

<sup>26</sup> SAP Málaga (239/2017) (2017).

legítima para hijo *ex ley* española vía domicilio del causante en Marbella (reenvío de retorno), frente a esposa del fallecido, beneficiada por testamento vía ley inglesa, por *domicile of choice* del difunto en Reino Unido (no reenvío).<sup>27</sup>

Que el Tribunal Supremo haya revitalizado la importancia del *domicile* frente a la referida práctica anterior, más formalista y menos respetuosa, como vimos, con este concepto del *common law* inglés,<sup>28</sup> exige al operador jurídico español, en orden a la aplicación del artículo 9.8 CC y en atención al juego del reenvío, tener claro el concepto de *domicile* desde la óptica del ordenamiento inglés en orden a poder situar desde un punto de vista legal a un individuo en un territorio o espacio legislativo determinado (un *law district*). O, lo que es lo mismo, al conocimiento de los tres tipos de *domicile* que contempla el Derecho inglés: el *domicile of origin*, el *domicile of choice* y el *domicile of dependency*. En menor medida, del *domicile of dependency*, dada su menor relevancia respecto de los casos de sucesiones, correspondiente con el domicilio de un menor o de una persona dependiente y que se vincula al *domicile* de sus padres o su tutor como personas de las cuales dependen desde un punto de vista legal.<sup>29</sup> Y de manera más habitual, tanto del *domicile of origin* como del *domicile of choice*, determinantes a efectos de identificación del concepto empleado por la norma de conflicto inglesa en los supuestos de sucesiones que ahora nos ocupan. Del *domicile of origin*, como *domicile* que resulta asignado a una persona por medio de la ley en el momento de su nacimiento y que se corresponde, con carácter general, con el *domicile* de su padre en el momento del nacimiento de ese individuo, de modo que no deriva de los actos de esa persona ni de su intencionalidad (dependiente de la ley, por tanto). Y también del *domicile of choice*, que, a diferencia del *domicile of origin*, se adquiere en aquellos casos en los que una persona se traslada a vivir a un país con la intención de permanecer en este país, siempre que se verifiquen los requisitos de *residence* más *intention of permanence* que exige la práctica inglesa, como veremos.

### III. REENVÍO Y DOMICILE: REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES

Si la influencia del *domicile* anglosajón es determinante en el ámbito del artículo 9.8 CC, no lo es menos en aplicación del régimen del R. 650/2012.<sup>30</sup> Aquí, los supuestos serán menos típicos, aunque

---

<sup>27</sup> También, SAP Girona (367/2019) (2019); SAP Alicante (652/2019) (2019), planteando el reenvío del artículo 12.2 CC y su ajuste con el principio de unidad de la sucesión, en función del *domicile of choice* del causante británico en Torrevieja, Alicante (tarjeta de residencia en España, constancia en testamento de Torrevieja como domicilio), o lo mantenía en su país de origen; o, aunque no entró por inadmisión por defectos formales del recurso de casación, STS (2656/2017) (2017), pretendiendo el recurrente que el *domicile* de Víctor Manuel “(...) era el que eligió voluntariamente en España (propietario de un inmueble y una plaza de garaje en España), y como consecuencia de ello la legislación aplicable a la sucesión es la ley española (...)”, lo que anularía, a su juicio, el testamento.

<sup>28</sup> Línea de comportamiento tampoco extraña en la normativa europea. Véase anterior artículo 3 del Reglamento 2201/2003, de 2003, sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental: “(...) en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del *domicile común* (...) 2. A efectos del presente Reglamento, el término *domicile* se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda (...)”. También en la doctrina extranjera. Así, DICEY ET AL (2022), p. 203: en reenvío, el Tribunal inglés debe aplicar el término *domicilio* empleado por la norma de conflicto extranjera de acuerdo con el Derecho extranjero y no según el Derecho inglés.

<sup>29</sup> TRAKMAN (2015), p. 321; DICEY ET AL (2022), p. 231; HILL y NI SHÚILLEABHÁIN (2011), p. 324.

<sup>30</sup> DAVI y ZANOBETTI (2014), pp. 153 y 154; CALVO ET AL (2016), p. 490; o BERGQUIST ET AL (2015), p. 152.

igualmente posibles, en aplicación de un artículo 34 R. 650/2012 que dispone que “(...) (l) *la aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a: la ley de un Estado miembro o la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley (...)*”.

Un primer grupo significativo de casos será aquél de causantes que, aunque tengan su última residencia habitual en un Estado no vinculado por el R. 650/2012 (tanto terceros Estados como Estados europeos no vinculados por este instrumento, como puede ser precisamente el Reino Unido tras el *brex*it), poseían su *domicile* en España (normalmente, un *domicile of choice*).<sup>31</sup> Sería el caso, por ejemplo, y ausente *professio iuris*, de un nacional inglés que fallece con última residencia habitual en Inglaterra y que, de acuerdo con el Derecho inglés, adquirió un *domicile of choice* en España. La ubicación del *domicile* en España conllevaría la aplicación de la ley española por remisión de la norma de conflicto británica en tanto que reenvío de retorno europeo (artículo 34 R. 650/2012).<sup>32</sup>

Además del expuesto, otro grupo significativo de casos, relevantes porque pueden plantear un posible reenvío de segundo grado, sería aquél relativo a causantes con última residencia habitual en un país de *common law* cuyo sistema remite a la ley del *domicile* de otro tercer Estado. Sería esta vez el caso de un nacional americano (australiano, neozelandés...) que fallece con última residencia habitual en Londres y con bienes inmuebles en España, habiendo conservado su *domicile* en los Estados Unidos (Australia, Nueva Zelanda...).<sup>33</sup> Téngase en cuenta que el papel determinante que tiene el *domicile* en el funcionamiento del reenvío aconseja su análisis no sólo en relación con los casos de sucesiones de nacionales británicos que se desenvuelven en España, que es la perspectiva de base de este trabajo, también respecto de otros causantes vinculados a Estados de *common law*. Piénsese que conviven en España alrededor de 52.000 estadounidenses, 46.000 indios, 3.000 australianos o 800 neozelandeses, por ejemplo.

En fin, las consecuencias que una aproximación más fiel al concepto anglosajón del *domicile* tiene respecto del juego del reenvío tanto en relación con el artículo 9.8 CC como con el R. 650/2012 y, con ello, de la ley finalmente aplicable a la sucesión internacional del causante, aconseja una aproximación clara a un concepto complejo y ajeno a la tradición del jurista español y continental. Más, hallándose cada vez más presente como objeto central de debate en los litigios internacionales sobre sucesiones en tanto que elemento determinante de la ley aplicable y de los intereses de los sobrevivientes del causante.

Aportadas previamente sus definiciones básicas, pasamos a continuación a realizar una aproximación más detallada del concepto anglosajón del *domicile*.

---

<sup>31</sup> ÁLVAREZ (2019), párt. 6, nota núm. 9; AZNAR (2020), párt. XII; asimismo, BONOMI y WAUTELET (2015), p. 438; IGLESIAS y PALAO (2015), p. 283; JIMÉNEZ (2015), p. 33, nota núm. 15.

<sup>32</sup> YBARRA (2021), pp. 47 y 48.

<sup>33</sup> ÁLVAREZ (2019), párt. 35.

## IV. CONCEPTO DE DOMICILE: BREVE APROXIMACIÓN

### A. Aspectos generales

#### 1. Sin equivalencia en el Derecho español

Construido a partir de los *cases law* ingleses y en un contexto de práctica ausencia de normas positivas, muy pocas en el Reino Unido y algunas más en otros países de tradición anglosajona, como Australia o Nueva Zelanda,<sup>34</sup> el régimen jurídico de *domicile* anglosajón resulta muy oscuro, complejo y variable. Calificado como concepto arcaico, conceptualmente complejo e inconsistentemente aplicado,<sup>35</sup> no es sencillo para el operador jurídico español y continental (abogado, juez, notario...) lidiar con los conceptos de *domicile of origin*, *domicile of choice* o *domicile of dependency*, propios de este tipo de ordenamientos y ajenos a la tradición continental.<sup>36</sup> Y es que el *domicile* anglosajón no puede traducirse por *domicilio*, en el concepto administrativo o civil del Derecho español (artículo 40 CC) en tanto que no coincide ni con la vecindad administrativa ni con la residencia habitual.<sup>37</sup> Tampoco con el domicilio fiscal o la residencia habitual del R. 650/2012.<sup>38</sup> Y ello, con independencia de que estos *domicilios* o *residencias*, después de ser probados, puedan servir para acreditar alguno de los aspectos que conlleva el *domicile* británico.<sup>39</sup> De modo que la eventual coincidencia del *domicile* de un sujeto con su residencia habitual o permanente no sería más que circunstancial, admitiendo múltiples excepciones.<sup>40</sup> La aproximación más ajustada, de admitir alguna analogía, podría llevar hacia la figura de la vecindad civil.<sup>41</sup>

#### 2. El *domicile* inglés: concepto básico

Desde la óptica del *common law* inglés, y bajo la triple referencia de *domicile of dependency*, *domicile of origin* y *domicile of choice*, el *domicile* conforma aquel vínculo jurídico que, como vimos y partiendo de la noción de *person's permanent home*,<sup>42</sup> permite ubicar desde un punto de vista legal a

---

<sup>34</sup> Australian Domicile Act, de 1982; New Zealand Domicile Act, de 1976 o South African Domicile Act, de 1992. Al respecto, URQUHART (2007), p. 316.

<sup>35</sup> TRAKMAN (2015), p. 321.

<sup>36</sup> Si el concepto del *domicile* anglosajón ya resulta complejo para juristas ingleses, CHESHIRE ET AL (2017), p. 166, más lo es para un jurista continental. Así DAVRADOS (2017), p. 130; BONOMI y WAUTELET (2015), p. 189. Véase BAREL y ARMELLINI (2007), p. 76, *domicile* como un "concepto poético"; MUIR-WATT (1988), pp. 403-408; o en CARRASCOSA (2019), párr. 15. Complejo, a pesar de la mayor familiaridad del operador continental con el concepto de *domicile* por su empleo en normativa europea. P.e., en competencia judicial internacional, referencia al *domicile* anglosajón en el anterior artículo 3 del Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, de 2003, no apareciendo ya, tras el *brexit* británico, en el actual Reglamento de la Unión Europea 1111/2019, de 2019, su sustituto tras 1/8/2022.

<sup>37</sup> SÁNCHEZ (2006), p. 2003; CARRASCOSA (2019), párr. 15; CUEVAS (2018), p. 39; AZNAR (2020), párr. IV.

<sup>38</sup> TRAKMAN (2015), p. 318; CALVO y CARRASCOSA (2007), p. 109.

<sup>39</sup> CUEVAS (2018), p. 39.

<sup>40</sup> SÁNCHEZ (2006), p. 2004 y URQUHART (2007), p. 316.

<sup>41</sup> SÁNCHEZ (2006), p. 2003; VIRGÓS y RODRÍGUEZ (2004), p. 986; AZNAR (2020), párr. IV; CARRASCOSA (2019), párr. 16; CALVO y CARRASCOSA (2007), p. 109; MARTORELL (2008).

<sup>42</sup> DICEY ET AL (2022), p. 196. *Whicker v. Hume* (1858). Véase DICEY ET AL (2022), pp. 196 y 197, que habla del *domicile* como "(...) an idea

un individuo en un territorio o espacio legislativo determinado (un *law district*, no necesariamente coincidente con el territorio de un Estado, lo que es especialmente relevante respecto de la ubicación del *domicile* en un Estado plurilegislativo como España), constituido no sólo (y no necesariamente) a partir de conexiones objetivas de base territorial, también de intencionalidad, así como dependientes de una serie de ficciones legales o formalidades jurídicas que permiten al operador jurídico su identificación.<sup>43</sup>

Bajo estas premisas, y descartada la referencia al *domicile of dependency* por su menor relevancia respecto de los casos de sucesiones, se corresponde el *domicile of origin* de una persona, como veíamos y con carácter general, con el *domicile* del padre en el momento de su nacimiento, mientras que el *domicile of choice* se adquiere en aquellos casos en los que una persona se traslada a vivir a un país con la intención de permanecer en este país, tras la verificación de los requisitos de *residence* más *intention of permanence* que exige la práctica inglesa. El *domicile of origin* se convierte así en un concepto más firme (*tenacious*) en tanto que sólo se pierde a partir de la adquisición intencional de otro *domicile*, mientras que el *domicile of choice* puede perderse simplemente por abandonar el concreto país sin la intención de regresar a este territorio como habitante. Del mismo modo, el *domicile of origin* revive automáticamente una vez que la persona pierde su *domicile of choice* sin adquirir otro, mientras que el *domicile of choice* anterior no se reactiva en caso de pérdida del último *domicile* adquirido a título de *domicile of choice*.

Téngase en cuenta, además, que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico inglés y aun cuando la existencia de un *domicile of origin*, un *domicile of choice* y un *domicile of dependency*, nadie puede tener más que un *domicile*,<sup>44</sup> del mismo modo que nadie puede estar sin su *domicile*,<sup>45</sup> constituyendo un vínculo legal que, a diferencia de la nacionalidad o la residencia habitual, resulta único e inevitable.<sup>46</sup>

## B. El *domicile of origin*

### 1. Las reglas

Los hijos matrimoniales tendrán el *domicile* de su padre en el momento de su nacimiento,<sup>47</sup> mientras que a los no matrimoniales y a los hijos póstumos, esto es, a los hijos matrimoniales nacidos después de la muerte del padre, se les asignará el *domicile* de su madre en el momento del nacimiento,<sup>48</sup> salvo

---

of law (...)”, *Bell v. Kennedy* (1868) cuando, aunque parta de su base como *permanent home*, lo distingue de esta noción.

<sup>43</sup> DICEY ET AL (2022), p. 197; McLEAN (1983), p. 2 y IMRAN (2010), p. 1.

<sup>44</sup> HILL y Ní SHÚILLEABHÁIN (2011), p. 318; TRAKMAN (2017), p. 322. *Mark v. Mark* (2005); *IRC v. Bullock* (1976); o *Lawrence v. Lawrence* (1985).

<sup>45</sup> CHESHIRE ET AL (2017), p. 147 y *Mark v. Mark* (2005).

<sup>46</sup> ROGERSON (2013), p. 13.

<sup>47</sup> *Forbes v. Forbes* (1854); *Udny v. Udny* (1869); *Ray v. Shekhri* (2014).

<sup>48</sup> DICEY ET AL (2022), pp. 205 y 206; CHESHIRE ET AL (2017), p. 165. ROGERSON (2013), p. 14, respecto de los hijos no matrimoniales, asignando asimismo el *domicile* de la madre también a los póstumos, con más dudas en este último caso al no haber precedente inglés. Así, CHESHIRE ET AL (2017), p. 165, nota núm. 203. También, *Udny v. Udny* (1869); *Urquhart v. Butterfield* (1887); o *Re Grove* (1888).

si media matrimonio ulterior, a partir de cuya fecha siguen el domicilio del padre.<sup>49</sup> En el caso de que a sus padres no se les conozca *domicile*, una persona estará domiciliada en el lugar donde hubieren nacido; o, si esta persona es víctima de abandono, en el lugar donde haya sido encontrada, esto es, un niño expósito se considera con *domicile of origin* en el lugar donde fue hallado.<sup>50</sup> Los hijos adoptivos debían seguir el *domicile* de sus padres adoptivos (sección 39 de la *Adoption Act 1976* inglesa).<sup>51</sup> No obstante, en tanto que, desde 1974 y tras la *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*, una mujer casada puede tener un *domicile* propio y distinto del *domicile* del marido, en aquellos casos en los que el niño resulte adoptado por padres con *domiciles* diferentes, presumiblemente el niño adquirirá el *domicile* del padre (o del padre/de la madre adoptivo/a, si la adopción se produce únicamente por una sola persona).<sup>52</sup>

Así pues, el *domicile of origin* de una persona depende del *domicile* del *relevant parent* en el momento de nacimiento del niño, y no, de manera equivocada, del lugar donde haya nacido el menor, ni del lugar donde resida el padre o la madre.<sup>53</sup>

## 2. Las consecuencias

De acuerdo con estas reglas, un causante británico con muchos años de residencia en España puede tener su *domicile* en el Reino Unido a efectos del ordenamiento jurídico inglés.

Veamos dos supuestos.

El primero sería el caso de una persona que tiene su *domicile of origin* en Inglaterra en tanto que su padre tenía *domicile* en Londres (Reino Unido) al tiempo del nacimiento de este hijo. Esta persona se traslada a España, viviendo muchos años en Madrid, donde fallece. No obstante, y en aplicación de la ley inglesa, este causante estaría domiciliado en el Reino Unido (en Inglaterra) a título de *domicile of origin* al no haber adquirido un *domicile of choice* en España por no poder probarse el requisito de *intention of permanence* que exige la ley inglesa para la adquisición de este tipo de *domicile*. Es lo que sucedió en la SAP Málaga 30/9/2014, que vimos antes, respecto de la sucesión de un nacional británico residente y fallecido en España: al no conseguir probar la adquisición del *domicile of choice* de la causante en España, se mantuvo su *domicile of origin* en Inglaterra.

---

<sup>49</sup> CHESHIRE ET AL (2017), p. 165, en este sentido, si bien entiende probable ubicar su *domicile of origin* en la madre de presumir que, al nacer, los padres estuviesen domiciliados en países diferentes. Sobre esto, WOLFF (1950), pp. 118 y 119.

<sup>50</sup> CHESHIRE ET AL (2017), pp. 147 y 165; DICEY ET AL (2022), p. 206. También, ROGERSON (2013), p. 14, remitiéndose a la jurisprudencia australiana por ausencia de práctica inglesa, citando a *Re McKenzie* (1951): un hijo no matrimonial de madre con *domicile* desconocido, asignado como *domicile of origin* el lugar donde nació.

<sup>51</sup> Véase la secc. 9 de la Australian Domicile Acts, de 1982.

<sup>52</sup> ROGERSON (2013), pp. 14 y 15. Véase, asimismo, secc. 6.6 de la New Zealand Domicile Act, de 1976. Sobre menores nacidos de pareja del mismo sexo, nada en las actuales reglas de *common law*; ROGERSON (2013), p. 29; HILL y NÍ SHÚILLEABHÁIN (2011), pp. 321 y 326. Sobre nacidos vía reproducción asistida y otras técnicas, DICEY ET AL (2022), pp. 206-208.

<sup>53</sup> DICEY ET AL (2022), p. 205. IMRAN (2010), p. 3, sobre niño nacido en Pakistán porque el padre vivía allí en aquel momento, conservando su *domicile of origin* en Inglaterra al no tener *intention* de residir en Pakistán permanentemente: el *domicile of origin* de su hijo es Inglaterra.

Y es que, en el Derecho inglés, el *domicile of origin* acompaña a la persona a lo largo de su vida, sin que pueda atribuírsele otro *domicile of origin* tras su nacimiento.<sup>54</sup> La única manera de cambiar un *domicile of origin* por otro es por adquisición de un nuevo *domicile* a título de *domicile of choice*, una vez que el menor alcance la edad de 16 años (secc. 3 de la *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973* inglesa) y siempre que se complementen los requisitos de *residence más intention of permanence* en otro territorio.<sup>55</sup> Por tanto, aunque una persona abandone el país de origen con la indudable intención de no volver, su *domicile of origin* lo acompaña hasta que esta persona realmente haya adquirido en otro país un *domicile of choice*.<sup>56</sup>

El segundo de los supuestos ubica a nuestro (futuro) causante, que lleva muchos años residiendo en España, con el *domicile of choice* en Madrid. Por trabajo, la esposa se traslada a Lisboa, a la que sigue nuestro causante, que tiene la intención de abandonar España e instalarse permanentemente en Portugal. Fallece en el viaje de traslado tras sufrir su coche un accidente. Al igual que en el primero de los supuestos, este causante británico con residencia en España tiene su *domicile* en Inglaterra (Reino Unido) a título de *domicile of origin*.

Esto es así porque el *domicile of origin* se reactiva automáticamente hasta que un nuevo *domicile* haya sido adquirido a título de *domicile of choice*.<sup>57</sup> Por tanto y en un primer momento, nuestro causante estaría domiciliado en España a título de *domicile of choice*. Sin embargo, y siguiendo con el Derecho inglés, de abandonar una persona su actual *domicile of choice* sin intención de regreso, su *domicile of origin* lo acompaña hasta la adquisición de un nuevo *domicile of choice*.<sup>58</sup> No sucedería lo mismo de aplicarse otro ordenamiento jurídico como el americano, el australiano o el neozelandés, que no reactivan el *domicile of origin*, conservándose el anterior *domicile of choice* hasta la adquisición de uno nuevo:<sup>59</sup> tanto la secc. 7 de la *Australian Domicile Acts 1982*, como la secc. 11 de la *New Zealand Domicile Act 1976*, que rechazan la reactivación del *domicile of origin*, hablan de la “(...) *abolition of rule of revival of domicile of origin* (...)”, o del “(...) *domicile of origin not to revive* (...)”.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> DICEY ET AL (2022), p. 205; o APARNA (2007), p. 42; también, McELEVAY (2007), p. 455. En *Henderson v. Henderson* (1967) aparece el *domicile of origin* asociado “(...) *with a person’s native carácter* (...)”. Sobre la excepción de los hijos adoptivos, ROGERSON (2013), p. 14; CHESHIRE ET AL (2017), p. 165, nota núm. 207.

<sup>55</sup> CHESHIRE ET AL (2017), p. 147.

<sup>56</sup> *Bell v. Kennedy* (1868): el señor Bell con *domicile of origin* en Jamaica, aunque llevaba muchos años en Escocia (no pudo acreditarse *intention of permanence*); *Winans v. A-G* (1904): *domicile* relevante el *domicile of origin* a pesar de pasar 37 años en Inglaterra; *Cyganik v. Agulian* (2006): *domicile of origin* en Chipre a pesar de sus 43 años en Inglaterra; o *Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary* (1930): *domicile of origin* en Escocia a pesar de sus 36 años en Inglaterra.

<sup>57</sup> CHESHIRE ET AL (2017), p. 147. *Udny v. Udny* (1869); *Munro v. Munro* (1840); o *Henwood v. Barlow Clowes International Ltd (in liquidation)* (2007), regla de reactivación del *domicile of origin* como “(...) *a default rule* (...)”.

<sup>58</sup> CHESHIRE ET AL (2017), p. 162. *Henwood v. Barlow Clowes International Ltd (in liquidation)* (2007): se reactivó el *domicile of origin* del señor Henwood en el Reino Unido, donde ya no tenía vínculos, tras abandonar su *domicile of choice* en la Isla de Man a favor de otro en las Islas Mauricio que no llegó a adquirir; o *Udny v. Udny* (1869): nacido en Livorno (Italia), se reactivó el *domicile of origin* del señor Udny en Escocia, donde nunca había vivido, tras abandonar su *domicile of choice* en Inglaterra a favor de otro en Francia que no llegó a adquirir.

<sup>59</sup> *Re Jones’s Estate* (1921) (caso americano): el señor Jones, nacido en Gales y con *domicile of origin* en el Reino Unido, adquirió un *domicile of choice* en Iowa, que conservó aun cuando abandonó Estados Unidos con la intención de instalarse en Gales, a donde no llegó por hundimiento de barco que lo trasladaba.

<sup>60</sup> NYGH y DAVIES (2014), párt. 13.11; MORTENSEN ET AL (2019), pp. 265-278; WEBB (1977), pp. 194-202.

De acuerdo con lo expuesto, a efectos del ordenamiento jurídico inglés y a ojos del operador jurídico español, constaría, pues, la domiciliación del causante en el Reino Unido (Inglaterra o Escocia) a pesar de los años de residencia en España. Del mismo modo, a efectos del ordenamiento jurídico inglés y a ojos del operador jurídico español, podría constar la domiciliación del causante en España a pesar de los años de residencia en el Reino Unido (Inglaterra o Escocia). Piénsese en un causante que lleva toda su vida en Londres, donde nació, se crio y trabaja, respecto del cual consta España como *domicile of origin* en tanto que su padre tenía en este país su *domicile* en el momento de su nacimiento y en ausencia de un *domicile of choice* en Inglaterra de este causante por no poder probar la *intention of permanence*.

### 3. Las críticas: posible ausencia de vinculación objetiva con un territorio

De las cuestiones controvertidas que plantea al operador jurídico español la aplicación de la ley inglesa a la identificación del *domicile* del causante en relación con el *domicile of origin*, no vamos a entrar en la tensión que puede provocar con el principio de igualdad de sexos y de igualdad de los hijos ante la ley de los artículos 14 y 39 de la Constitución española una normativa extranjera que atribuye el *domicile of origin* a una persona en función del carácter matrimonial o no del hijo, además de lo que parece ser la prevalencia de la figura del padre.<sup>61</sup>

Nos interesa sólo aquella que tiene que ver con la posible ausencia de vinculación objetiva de una persona con un territorio. Y es que, de asumir la aplicación de la norma de conflicto inglesa relativa a la sucesión mobiliaria de acuerdo con lo determinado en el Derecho inglés, debería el operador jurídico español asumir también la (posible) domiciliación del causante, a título de *domicile of origin*, en un territorio con el que no se halle vinculado objetivamente,<sup>62</sup> incluso, considerar a un sujeto como *domiciled* en un territorio que puede que nunca haya estado o visitado.<sup>63</sup> Piénsese en el caso de una persona nacida en Pakistán, con *domicile of origin* en Inglaterra, por ser Inglaterra el *domicile* del padre en el momento su nacimiento, no habiendo adquirido el padre *domicile of choice* en Pakistán aunque allí siga desde el nacimiento del hijo: esta persona, que abandona Pakistán y viaja por el mundo, al no adquirir un *domicile of choice* en ningún Estado por ausencia de *intention of permanence*, tampoco en España, donde pasó un tiempo importante, seguiría con *domicile* en Inglaterra a pesar de que no había nacido en Inglaterra y nunca había visitado este país. O el caso de aquella persona que nace en Ontario (Canadá) donde su padre, con *domicile* en Inglaterra, está trabajando temporalmente: esta persona tiene su *domicile of origin* en Inglaterra; de abandonar Canadá sin instalarse en ningún otro lugar, su sucesión se regularía para el ordenamiento inglés por la ley inglesa, aunque nunca haya

---

<sup>61</sup> SÁNCHEZ (2006), p. 2011; URQUHART (2007), p. 322; desde la óptica inglesa, ROGERSON (2013), p. 25; o CHESHIRE ET AL (2017), p. 167.

<sup>62</sup> CARTER (1987), p. 716; FENTIMAN (1991), p. 446. DICEY ET AL (2022), pp. 205 y 230: posibilidad de conexiones “(...) *stale and tenous* (...)”. También, CARRASCOSA (2015), p. 23: atendiendo al concepto anglosajón del *domicile*, un “(...) *causante puede tener o haber tenido su domicile en un Estado en el que nunca ha residido y en el que nunca ha estado* (...)”; o BONOMI y WAUTELET (2015), p. 153, respecto de la posible vinculación de una persona con su *domicile of origin* (mientras no adquiera un *domicile of choice*) aunque ya no viva en realidad en este *domicile of origin*, lo que producirá una disociación entre *domicile* y residencia habitual (en el caso en el que estos autores lo plantean, a efectos del R. 650/2012).

<sup>63</sup> HILL y NÍ SHÚILLEABHÁIN (2011), p. 323; DICEY ET AL (2022), p. 230; también, IMRAN (2010), p. 3.

pisado territorio inglés y a pesar de haber pasado toda su vida en Ontario.<sup>64</sup> Es cierto que la regla de la reactivación del *domicile of origin* proporciona seguridad y certeza a la persona que desea renunciar a su *domicile of choice*, o que lo abandona sin adoptar una alternativa domiciliaria.<sup>65</sup> Sin embargo, la posibilidad de que esta respuesta genere un vínculo artificial entre una persona y un *law district* es un hecho: téngase en cuenta que, en aplicación de las reglas inglesas relativas a su asignación, un *domicile of origin* puede ser transmitido a lo largo de varias generaciones sin que ningún miembro de estas generaciones haya residido nunca (o poco tiempo) en el Estado donde se halle este *domicile of origin*.<sup>66</sup>

No en vano, ya desde la óptica de la doctrina inglesa, se critican estas reglas de *common law* relativas al *domicile of origin* por su carácter arcaico, muy alejado de las realidades actuales de movilidad de un individuo.<sup>67</sup>

### C. El *domicile of choice*

#### 1. Las reglas

El *domicile of choice* se corresponde con el *domicile* que adquiere una persona que desea modificar su *domicile of origin* asignado por ley a favor de otro *domicile* en el que fije de manera voluntaria y permanente su *home*, identificándose a partir de la verificación del doble requisito de *residence* (elemento fáctico) más *intention of permanence* (elemento de intención o volitivo: *animus manendi*).<sup>68</sup> Nada impide que un *domicile of choice* sea substituido por otro *domicile of choice* cuantas veces la persona considere, siempre que, en la sucesión de *domiciles*, se verifique la doble exigencia requerida. Del mismo modo, un *domicile of choice* adquirido a partir del cumplimiento de las referidas exigencias puede ser extinguido simplemente por el traslado de la persona de su actual *domicile of choice* con la intención de no regreso y con independencia de que esta persona haya (o no) adquirido un nuevo *domicile of choice*.<sup>69</sup> Recuérdese que, en estos casos de abandono del actual *domicile of choice* y en tanto que no se adquiera un nuevo *domicile* a este título, revive en el Derecho inglés el *domicile of origin* con

<sup>64</sup> IMRAN (2010), p. 3; HILL y NÍ SHÚILLEABHÁIN (2011), p. 323.

<sup>65</sup> CHESHIRE ET AL (2017), p. 164; o TRAKMAN (2015), p. 325. Por su parte, McELEVY (2007), p. 455: atractivo de una conexión duradera frente a la flexibilidad de la residencia habitual; también, ROGERSON (2000), pp. 86-107.

<sup>66</sup> DICEY ET AL (2022), p. 205.

<sup>67</sup> ROGERSON (2013), p. 27; CHESHIRE ET AL (2017), p. 164. HILL y NÍ SHÚILLEABHÁIN (2011), pp. 320 y 322, hablan de “(...) out of touch with today’s realities (...)”.

<sup>68</sup> TRAKMAN (2015), p. 322. ROGERSON (2013), p. 15: *residence or actual presence*; CHESHIRE ET AL (2017), p. 148: *residence* más *intention*; o DICEY ET AL (2022), pp. 210 y 211: *intention of permanent or indefinite residence*, refiriéndose a ésta última como *physical presence*. Caso *Willar v. Willar* (1954): una persona no puede adquirir un *domicile of choice* “(...) by wishful thinking (...)”. *Forbes v. Forbes* (1854).

<sup>69</sup> CHESHIRE ET AL (2017), pp. 162 y 163; HILL y NÍ SHÚILLEABHÁIN (2011), pp. 336 y 337. *Raffenel* (1863); *Rowan v. Rowan* (1988); *IRC v. Duchess of Portland* (1982); *Udny v. Udny* (1869); *Re Lloyd Evans* (1947): a pesar de vivir en el Reino Unido, se mantuvo como *domicile of choice* Bélgica porque se consideró que no había decidido su abandono definitivo; *AB and another v GH* (2016): ciudadano alemán, que vivió en el Reino Unido durante diez años y luego regresó a vivir en Alemania, retuvo *domicile of choice* en el Reino Unido. Véase ROGERSON (2013), pp. 15 y 23: *intention* de no regresar “(...) as an inhabitant (...)”.

independencia de la *intention* (o no) de esa persona de regresar a su *domicile of origin*.<sup>70</sup>

## 2. El elemento *residence*

La determinación de la *residence* es una cuestión de hecho.<sup>71</sup> No equivalente al concepto de residencia habitual empleado en el ordenamiento jurídico español o en el R. 650/2012,<sup>72</sup> y con independencia del lugar donde viva una persona (una propiedad o en establecimientos como un hotel o en casa de un amigo),<sup>73</sup> debe entenderse como la “(...) *presencia física real* (...)” de esa persona en un territorio determinado “(...) *as an inhabitant* (...)” de ese país, esto es, como un morador o residente,<sup>74</sup> no siendo significativa a estos efectos una presencia meramente casual en ese territorio o una presencia sólo justificada en su calidad de viajero.<sup>75</sup> A tal efecto, y aunque el tiempo de estancia en ese país constituye un indicio importante, no constituye un elemento determinante.<sup>76</sup> En consecuencia, y de faltar la *intention of permanence*, un largo período de residencia no implica necesariamente la adquisición de un *domicile of choice*.<sup>77</sup> Tampoco un período corto de estancia equivale siempre a una *non-residence*:<sup>78</sup> siempre que el factor intencionalidad resulte probado, para considerar *residence* pueden bastar unas horas de permanencia, unos pocos días, o incluso la inmediata llegada al país.<sup>79</sup> Y todo esto, independientemente de que, desde la óptica del ordenamiento jurídico donde se asienta la persona, no se considere a esta persona con domicilio en ese país.

---

<sup>70</sup> *Barlow Clowes International Ltd v. Henwood* (2008); o *Tee v. Tee* (1974): nacional inglés nacionalizado americano, con *domicile of origin* en Inglaterra y *domicile of choice* en Nueva York, que abandonó sin conseguir otro *domicile of choice*, reviviendo su *domicile of origin* inglés.

<sup>71</sup> CHESHIRE ET AL (2017), p. 149.

<sup>72</sup> Sobre el concepto de *residencia habitual* en el R. 650/2012, de 2012, BONOMI y WAUTELET (2015), pp. 155-160; también, CARRASCOSA (2015), pp. 15-35.

<sup>73</sup> *Lovene v. IRC* (1928), sobre estancia en hotel; o *Stone v. Stone* (1958), sobre estancias en casa de amistades. Así, DICEY ET AL (2022), p. 211: que una persona pase un tiempo en una casa de su propiedad no implica necesariamente *residence* (puede estar allí como visitante y no como un *inhabitant*).

<sup>74</sup> CHESHIRE ET AL (2017), p. 149. *IRC v. Duchess of Portland* (1982): una contribuyente con *domicile* en Inglaterra que pasó entre 10-12 semanas cada año en Quebec (Canadá) no fue considerada como residente en Quebec porque su presencia allí no podía ser considerada como la propia de un *inhabitant*; o *High Tech International AG v. Deripaska* (2006): un multimillonario ruso, propietario de una veintena de casas alrededor del mundo, que utiliza sus dos casas en Inglaterra como lugares de descanso entre sus jornadas de negocios, no fue considerado como residente en Inglaterra.

<sup>75</sup> DICEY ET AL (2022), p. 210. *Manning v. Manning* (1871).

<sup>76</sup> DICEY ET AL (2022), p. 211; *Bell v. Kennedy* (1868) o *Stone v. Stone* (1958).

<sup>77</sup> McELEVAY (2007), pp. 455 y 456; CHESHIRE ET AL (2017), p. 149. *Jopp v. Wood* (1865): no *domiciled* a pesar de residencia de 25 años en India; *Winans v. Attorney General* (1904): americano sin *domicile of choice* en Brighton (Reino Unido) a pesar de los 37 años allí pasados; *Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary* (1930): a G. Bowie, escocés de Glasgow y con *domicile of origin* escocés, no se le consideró con *domicile of choice* en el Reino Unido a pesar de sus 36 años en Inglaterra; *I. R. C. v. Bullock* (1976); *Carter* (1976-1977), pp. 362-372: el capitán Bullock, súbdito canadiense, nacido en Nueva Escocia, sin *domicile of choice* en Inglaterra a pesar de haber vivido en Inglaterra 44 años.

<sup>78</sup> CHESHIRE ET AL (2017), pp. 149 y 150; en Derecho americano, RICHMAN ET AL (2013), p. 6.

<sup>79</sup> HILL y Ní SHÚILLEABHÁIN (2011), p. 329; ROGERSON (2013), p. 15, y práctica inglesa allí citada. También, DICEY ET AL (2022), p. 211: un inmigrante puede adquirir un *domicile* inmediatamente después de su llegada al país donde pretende instalarse, citando el caso *Bell v. Kennedy* (1868). Por su parte, SCOLES y HAY (1992), pp. 178 y 179: en Derecho americano, sí *residence* de una persona de enviar a su familia y pertenencias a un país determinado para establecer allí su nuevo hogar y aunque esa persona concreta todavía no haya llegado [lo dudan, en aplicación del Derecho inglés, HILL y Ní SHÚILLEABHÁIN (2011), p. 329]. Véase *White v. Tennant* (1888): *domicile* de un hombre en el Estado Y, donde tenía intención de vivir, aunque no pasó allí ni una noche; o *Re G (Parental Orders)* (2014): *domicile of choice* en el Reino Unido con sólo 1 año de estancia.

### 3. La *intention of permanence*: indicios relevantes

El elemento *intention of permanence* se identifica con la intención real de la persona de residir en un determinado territorio de forma permanente o, al menos, de manera indefinida.<sup>80</sup> Lo expuesto implica la imposibilidad de adquisición del *domicile of choice* en aquellos casos en los que una persona tiene la voluntad de residir en un país por un período indefinido, con la intención, sin embargo, de abandonarlo algún día. También cuando tiene la intención de residir en un país por un período fijo en función de una contingencia, condición o hecho: sería el caso de establecer la intención de abandonar el Estado X a la finalización de la etapa laboral, al alcanzar una determinada edad, por heredar un título o por el fallecimiento en primer término de la pareja (no así de someter su regreso a una condición vaga, imprecisa y poco realista, tal como sería, como muestra, ser agraciado con la lotería).<sup>81-82</sup>

La *intention of permanence* debe probarse: el ordenamiento jurídico inglés exige verificar la voluntad de la persona respecto de la adquisición de un *domicile of choice*, ya la manifieste de manera expresa, ya lo haga a partir de un comportamiento que muestre implícitamente la evidencia de esta elección.<sup>83</sup> En tal sentido, son muchos los elementos que la práctica británica maneja a la hora de formarse una idea de la intención de la persona: cualquier circunstancia puede ser relevante para probar la intención, desde meras manifestaciones hasta conductas triviales.<sup>84</sup> En esta línea, la doctrina inglesa aconseja examinar escrupulosamente la vida de una persona para saber sus intenciones: cualquier incidente, circunstancia, hecho..., puede ser clave a la hora de determinar su intención, lo que obliga a investigar (para posteriormente valorar a efectos de *domicile*) sus aspiraciones, prejuicios, caprichos, salud, religión, expectativas financieras, aficiones, amoríos...<sup>85</sup>

<sup>80</sup> HILL y NÍ SHÚILLEABHÁIN (2011), p. 330; CHESHIRE ET AL (2017), p. 151. En *Udny v. Udny* (1869) se habla de “(...) for an unlimited time (...)”; y en otros casos [*Mark v. Mark* (2005); o *Cyganik v. Agulian* (2006)], de “(...) permanently or indefinitely (...)”. La secc. 10 de la *Australian Domicile Acts*, de 1982: “(...) the intention to make his home indefinitely in that country (...)”; y la secc. 9.d de la *New Zealand Domicile Act*, de 1976: “(...) he intends to live indefinitely in that country (...)”.

<sup>81</sup> Sobre el carácter vago, impreciso o en absoluto probable que suceda de las contingencias, véase *Sekhri v. Ray* (2014), que habla de “(...) no more than a pipe dream (...)”.

<sup>82</sup> Véanse las palabras de Scarman, J., en el caso *Re Fuld's Estate* (1968). Sobre ello, DICEY ET AL (2022), pp. 212 y 213, y la jurisprudencia referida allí; CHESHIRE ET AL (2017), p. 151; también, ROGERSON (2013), p. 16. Caso *Lawrence v. Lawrence* (1985): *domicile of choice* en Brasil, a pesar de haber conservado su pasaporte americano ante la eventualidad de una revolución en Brasil que le obligase a abandonar el país [“(...) wholly indefinite, unpredictable and indefinable (...)”]; *I.R.C. v. Bullock* (1976): a pesar de 44 años en Inglaterra, no *domicile of choice* (intención de volver a Nueva Escocia en caso de que su esposa lo precediese en el fallecimiento); *Furse* (1980): sí *domicile of choice* inglés a pesar de voluntad de regreso a los Estados Unidos únicamente cuando ya no le resultara posible llevar su granja, condición vaga e imprecisa; *Holliday v. Musa* (2010): *domicile of choice* en el Reino Unido aunque el fallecido había dicho que volvería a Chipre en su jubilación (improbable porque a los 74 años todavía residía en el Reino Unido); *Cramer v. Cramer* (1987): una mujer no adquirió el *domicile of choice* en Reino Unido porque su permanencia estaba condicionada a que su pareja obtuviese el divorcio para que su relación pudiese continuar.

<sup>83</sup> TRAKMAN (2015), p. 322.

<sup>84</sup> Véase *Drevon v. Drevon* (1864), sobre estos términos “(...) there is no act, no circumstance in a man's life, however trivial it may be in itself (...)”.

<sup>85</sup> CHESHIRE ET AL (2017), pp. 155 y 156; HILL y NÍ SHÚILLEABHÁIN (2011), pp. 333-335. En *Winans v. Attorney General* (1904), el Tribunal inglés examinó las “esperanzas, proyectos y hábitos diarios” del señor Winans; en *Casdagli v. Casdagli* (1919), se refieren los “(...) tastes, habits, conduct, actions, ambitions, health, hopes and projects (...)” de una persona; o en *Cyganik v. Agulian* (2006): evaluar “(...) the whole of the deceased's life, at what he had done, at what life had done to him (...)”.

En cualquier caso, los Tribunales británicos parecen emplear una serie de indicios como más relevantes a tal efecto,<sup>86</sup> siendo cierto también que ninguno de ellos determinante de por sí, obligando así al operador jurídico a proceder a una valoración en conjunto con más elementos de juicio.<sup>87</sup> De entre ellos, sin ánimo de exhaustividad, puede hablarse de la conservación de la nacionalidad del Estado de origen o la adquisición de la nacionalidad del país en cuestión,<sup>88</sup> consciente la práctica inglesa de que el deseo de una persona de ser nacional de un Estado no implica necesariamente querer cortar lazos y vínculos sociales con el país de su *domicile* original.<sup>89</sup> O de la obtención del pasaporte, tampoco determinante en la práctica inglesa, que valora los porqués de esta obtención.<sup>90</sup> También, la compra o construcción de una vivienda,<sup>91</sup> con menor peso de obedecer a la mera adquisición de una segunda residencia puramente vacacional.<sup>92</sup> El lugar de ingresos financieros, o adquisición (o no) de una cuenta bancaria o tarjetas de crédito de un país.<sup>93</sup> La compra de un nicho u orientaciones para ser enterrado en un determinado país;<sup>94</sup> los períodos largos de residencia;<sup>95</sup> o la integración social en el nuevo país,<sup>96</sup> como la pertenencia a comunidades religiosas y clubes,<sup>97</sup> el ejercicio de derechos políticos como el derecho al voto<sup>98</sup> o presentación de candidaturas a alcaldía de la localidad, los periódicos

---

<sup>86</sup> Véase DICEY ET AL (2022), pp. 217-221, que relacionan un número muy importante de indicios determinantes de la *intention* extraídos de la práctica anglosajona, algunos tan curiosos como el lugar donde se guardan los papeles y pertenencias personales de una persona, o el modo conforme al cual deletrea su nombre. O HILL y NÍ SHÚILLEABHÁIN (2011), p. 335, sobre indicios tan llamativos como la localización de las mascotas [*Z and B (Parental Order: Domicile)* (2012)], o a prácticas como exigir una mayor carga de prueba a la hora de probar que un occidental desea adquirir un *domicile* en un país oriental o viceversa [así *Casdagli v. Casdagli* (1919); o *Qureshi v. Qureshi* (1972), respecto de un paquistaní que quería adquirir *domicile* en Inglaterra], si bien duda de que el actual carácter multicultural de la sociedad británica permita seguir dando peso a esta práctica; de ahí que en *F. v. F (Divorce: Jurisdiction)* (2009), a la hora de ver si una mujer musulmana había adquirido *domicile* en Inglaterra, se consideró su integración en la comunidad musulmana de Londres.

<sup>87</sup> ROGERSON (2013), p. 21; o CHESHIRE ET AL (2017), p. 156.

<sup>88</sup> *D'Etchegoyen v. D'Etchegoyen* (1888); *IRC v. Bullock* (1976). Sobre ello, HILL y NÍ SHÚILLEABHÁIN (2011), p. 334.

<sup>89</sup> *Re Fuld's Estate* (1968): sujeto cambió nacionalidad, pero no por ello de *domicile*; *Perdoni v. Curati* (2011): sujeto, que mantuvo su nacionalidad italiana, sí adquirió su *domicile* en Inglaterra; *Wahl v. A-G* (1932); *Tee v. Tee* (1974): nacional inglés nacionalizado americano, que tiene *domicile of origin* en Inglaterra y que pretendía, tras su paso por Alemania, regresar a Inglaterra tras un *domicile of choice* en Nueva York; en *IRC v. Bullock* (1976), por contra, el hecho de que el sujeto no hubiese cambiado de nacionalidad fue considerado relevante a efectos de sostener que no había cambiado de *domicile*.

<sup>90</sup> *Bheekhun v. Williams* (1999), sobre ciudadano mauritano que vino al Reino Unido en 1960 y que eligió mantener su pasaporte británico cuando Mauritania llegó a ser independiente en 1968 porque consideraba el Reino Unido como su hogar: el Tribunal entendió que había adquirido en el Reino Unido su *domicile of choice*. Por el contrario, en *F v. IRC* (2000), un ciudadano iraní exiliado, aunque había obtenido un pasaporte inglés, no adquirió por ello *domicile of choice* en el Reino Unido porque la razón principal de obtenerlo fue para viajar más fácilmente por sus negocios.

<sup>91</sup> Véase in *Re Flynn* (1968); o *Sekhri v. Ray* (2014).

<sup>92</sup> *Qureshi v. Qureshi* (1972). Del mismo modo, una decisión de vivir en un alojamiento alquilado puede negar la adquisición de un *domicile of choice*; así, *Gate Gourmet Luxembourg IV Sarl v. Morby* (2015).

<sup>93</sup> *R v. R (Divorce: Jurisdiction: Domicile)* (2006).

<sup>94</sup> *Stevenson v. Masson* (1873).

<sup>95</sup> *Bheekhun v. Williams* (1999); *Henwood v. Barlow Clowes International Ltd (in liquidation)* (2007).

<sup>96</sup> *Re Furse* (1980); *Spence v. Spence* (1995), el Tribunal inglés consideró que nueve años de residencia en España, acompañada de conexiones familiares y de negocios, no era suficiente para justificar la adquisición del *domicile of choice* en España, habiendo una ausencia genérica de integración o conexión social (no se había registrado como residente en España, no pagaba impuestos aquí, sus negocios tenían ramificaciones en más países que España).

<sup>97</sup> *Re Craignish* (1892).

<sup>98</sup> *IRC v. Bullock* (1976); *Drevon v. Drevon* (1864); *R v. R (Divorce: Jurisdiction: Domicile)* (2006).

o revistas que leen o a los que se suscriben,<sup>99</sup> el conocimiento del idioma del país en cuestión...<sup>100</sup> Asimismo, resulta también relevante la manifestación de la voluntad de la propia persona que pretende el *domicile of choice*, siempre contrastando su coherencia con la conducta real de este individuo.<sup>101</sup> O las manifestaciones de amigos/allegados/conocidos respecto de declaraciones emitidas por esa persona relativas a su deseo de adquirir un *domicile* en un territorio determinado, irrelevantes de existir motivos fraudulentos detrás de estas declaraciones, en concreto, la búsqueda de una ley aplicable más conveniente para sus intereses sucesorios de sostener la existencia de un *domicile of choice* u otro.<sup>102</sup>

Todos los elementos indiciarios expuestos resultan relevantes desde la óptica de los operadores jurídicos españoles a la hora de valorar la adquisición de un *domicile of choice* en España (o en otro Estado) o el mantenimiento del *domicile of origin* en el Reino Unido. No obstante, resultan especialmente sensibles respecto del colectivo británico instalado en España los desplazamientos a territorio español de nacionales británicos que se trasladan a España de forma permanente para disfrutar de mejores condiciones de vida en su vejez (mejor clima, por ejemplo);<sup>103</sup> las dificultades por parte de las colonias de residentes en España a la hora de integrarse en el modo de vida español, muchas veces culturalmente aislados del entorno español; o la adquisición de un bien inmueble en España no necesariamente vacacional.<sup>104</sup>

En cualquier caso, la prueba debe tender a tratar de verificar la intención de permanencia de esa persona en ese territorio, con independencia de los motivos que se hallen detrás de ese cambio (razones fiscales, laborales, afectivas, políticas, de supervivencia...), que son indiferentes.<sup>105</sup> Del mismo modo, los elementos indiciarios expuestos y las presunciones, aunque no condicionan directamente los elementos probatorios que puede utilizar la autoridad española, deberían ser abordados tal y como juegan en el Derecho británico con el fin de no desvirtuar la aplicación de sus normas de conflicto.<sup>106</sup> Eso es lo que parece haberse hecho en los casos antes expuestos de la STS 5/12/2018, donde se apeló al

<sup>99</sup> *Irvin v. Irvin* (2001): persona, nacida en los Estados Unidos y asistente a Universidades inglesas, casado en el Reino Unido con una inglesa y nacionalizado británico; aunque después se fue a Holanda y se divorció (casándose de nuevo con una portuguesa), no aprendió el idioma holandés, sino que leía periódicos británicos, veía la TV británica, votaba en las elecciones británicas como elector en el extranjero..., de modo que no perdió su adquirido *domicile of choice* en Inglaterra.

<sup>100</sup> *Irvin v. Irvin* (2001), en relación con el no aprendizaje del idioma holandés, aunque allí vivía la persona.

<sup>101</sup> DICEY ET AL (2022), pp. 220 y 221; y APARNA (2010), p. 44.

<sup>102</sup> ROGERSON (2013), p. 21. CHESHIRE ET AL (2017), p. 157: conducta sospechosa del cónyuge sobreviviente respecto de querer Escocia como hogar permanente porque la ley escocesa le concede la mitad de las propiedades del causante. Al respecto, *in Re Craignish* (1892); o *Ross v. Ross* (1930): no *domicile* en Nueva York de un nacional escocés, aunque había manifestado a sus socios su intención de permanecer allí en Nueva York, porque sus referencias a Escocia siempre eran en términos de su “home”, afirmando también en una declaración jurada que se encontraba *domiciled* en Escocia.

<sup>103</sup> No adquisición de un *domicile of choice* de trasladarse una persona a otro Estado por razón de enfermedad para recibir un tratamiento temporal o mejores tratamientos paliativos [*In Re James* (1908), o *Winans v. Attorney General* (1904)], frente a aquélla que admite *domicile of choice* de obedecer el traslado no a un tratamiento temporal ni terminal, sino a la búsqueda de un lugar más saludable para vivir [*Hoskins v. Matthews* (1856)].

<sup>104</sup> SÁNCHEZ (2006), pp. 2005 y 2008.

<sup>105</sup> La intención debe distinguirse del motivo; así, ROGERSON (2013), p. 22; o DICEY ET AL (2022), pp. 221 y 222 y práctica allí citada. También, en Derecho americano, RICHMAN ET AL (2013), p. 9.

<sup>106</sup> SÁNCHEZ (2006), p. 2007. Asimismo, la SAP Madrid (193/2017) (2017).

mantenimiento de vinculación con Inglaterra por posesión de cuentas corrientes en entidades financieras de Leeds, o a la voluntad manifiesta del causante de tener su *domicile* en el Reino Unido.<sup>107</sup> De la SAP Murcia 30/11/2011, donde se llegó a la consideración del *domicile of choice* en España derivado del testimonio de amigos y allegados de la causante sobre su voluntad de permanencia en España, la venta de todas sus propiedades en el Reino Unido, el empadronamiento en España, o la existencia de cuentas bancarias en España. También, de la SAP Málaga 17/4/2017, que mantuvo el *domicile* del causante en Inglaterra, y no en Marbella (España), atendiendo a que desempeñaba su actividad profesional allí (auditor y censor de cuentas en la sociedad *Jack Bernard and Partners*), la voluntad de que sus hijos recibieran educación británica y desarrollaran su formación según el sistema educativo inglés, la futura venta de sus bienes en España, obligaciones tributarias en Inglaterra (por contra, no pasaba más de 180 días de residencia en España, donde no tenía número de identificación fiscal, ni tarjeta de residencia, ni estaba empadronado pese a tener cuentas bancarias en España). O en la SAP Málaga 30/9/2014, en la que se valoran como indicios relevantes la constancia de *domicile* en el testamento, las cuentas bancarias en el *Royal Bank of Scotland*, así como valores de ahorro nacional y bonos del Estado del Reino Unido, la situación de sus bienes inmuebles, o la domiciliación bancaria de una pensión en una cuenta de no-residentes...

#### 4. Las críticas: (de nuevo) posible ausencia de vinculación objetiva con un territorio

Es mucha la incertidumbre que genera la aplicación de las complejas reglas identificativas del *domicile of choice* inglés, sobre todo por la frecuencia con la que se recurre a ficciones legales, artificialidades o a formalidades jurídicas en su determinación.<sup>108</sup> Más, por priorizar la práctica británica (y anglosajona) el elemento intencionalidad frente a otros elementos objetivos, siendo esta condición un elemento de más volátil aprehensión y de mayor indefinición que otros elementos objetivos.<sup>109</sup> Si su determinación ya resulta compleja a un operador jurídico inglés, habituado a tratar con su propio ordenamiento jurídico, más lo es desde la óptica de un operador jurídico continental.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> Véase GARCÍA (2019), p. 622, sobre el caso que dio lugar a la STS 5/12/2018, señalando a efectos de *domicile* la importancia de las manifestaciones de D. Mateo en la escritura pública otorgada en Gandía, además de otros factores como la existencia de ciertos vínculos personales y patrimoniales con su país de origen.

<sup>108</sup> DUTTA (2017), p. 555; CHESHIRE ET AL (2017), p. 146. TRAKMAN (2015), p. 317: “(...) *uncertainty and divergence* (...)” en la aplicación de *domicile*. Asimismo, CARRASCOSA (2015), p. 23: *domicile* es “(...) un concepto plagado de oscuridades y sutilezas en el que operan enrevesadas ficciones legales, formalidades jurídicas (...)”; o URQUHART (2007), p. 319, al calificar las reglas determinantes del *domicile of choice* como artificiales y carentes de certidumbre.

<sup>109</sup> SÁNCHEZ (2006), p. 2005; ÁLVAREZ (2019), párt. 7. En la doctrina inglesa, TRAKMAN (2015), pp. 320 y 326, opinando que “(...) *conceptual and functional deficiency in the English law of domicile is the law of domicile itself, notably in the priority it places on intentionality* (...)”; HILL y NÍ SHÚILLEABHÁIN (2011), p. 338, sobre las dificultades de probar “(...) *a person’s state of mind* (...)”; CARTER (1987), p. 717; FENTIMAN (1991), p. 463. Caso *Douglas v. Douglas* (1871): un operador jurídico puede considerar que la *intention* de una persona de residir indefinidamente en un territorio concreto “(...) *existe y que de ello se derivan ciertas consecuencias legales* (...)”, y aunque la persona en cuestión pueda haber tenido la intención de exactamente lo contrario (...).

<sup>110</sup> MUIR-WATT (1988), pp. 403-408; o CARRASCOSA (2015), párt. 15. Véase, APARNA (2007), pp. 52-54, cuando, al hilo del caso *Cyganik v. Agulian* (2006) y de la relatividad del peso de los elementos a valorar, da unas pautas a seguir para que un individuo con un *domicile of origin* extranjero pueda mantener este *domicile* aun cuando viva en otro Estado (mantenimiento de vínculos con este país de origen), así como para un individuo con un *domicile of origin* en el Reino Unido que desea adquirir un *domicile of choice* en el extranjero (eliminación o disminución de sus vínculos con el Reino Unido).

Ejemplo de esta complejidad en la identificación del *domicile of choice*, específicamente, la valoración del elemento *intention*, puede verse en el caso *Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary*.<sup>111</sup> Hace referencia este caso al señor George Bowie, un nacional escocés nacido en Glasgow (Escocia), con *domicile of origin* escocés, y que a los 46 años se fue a Liverpool a vivir con unos familiares, donde permaneció toda su vida (falleció a los 87 años) excepto por dos cortos viajes a los Estados Unidos y a la Isla de Man, no regresando a Glasgow ni siquiera cuando falleció su madre para asistir al funeral. Por otro lado, siempre compraba un periódico escocés, además de autocalificarse como “(...) un hombre escocés (...)”. La *Court* consideró que el señor Bowie tenía su *domicile* en Escocia. La aplicación de la legislación escocesa supuso, en consecuencia, la validez formal de su testamento, lo que no hubiera sucedido de haberse aplicado la legislación inglesa. No obstante, cierto sector doctrinal inglés considera que la respuesta dada en este caso sobre el *domicile* se hallaba condicionada por el resultado final relativo a la validez del testamento, admitiendo la posibilidad de que se hubiese considerado la ubicación en Inglaterra (y no en Escocia) de su *domicile* de enfrentarse a otro tipo de situaciones.<sup>112</sup> Téngase en cuenta, además, que el señor Bowie también manifestó que no quería volver a pisar Glasgow, ni siquiera para su propio funeral, que quería que fuese en Liverpool, lo que hace muy difícil situarse en la mente de una persona, lo que no es sino muestra de la oscuridad del concepto del *domicile*.

La imprecisión a la hora de determinar en cada caso cuál es (o era, o fue) la *intention* de la persona conduce, respecto de la determinación de su *domicile of choice*, a la misma crítica recibida en relación con el *domicile of origin*: la posible ausencia de vinculación objetiva de una persona con un territorio. O, lo que es lo mismo, el vínculo artificial respecto de la realidad actual de una persona a la hora de determinar su domicilio cuando, desde la óptica de este tipo de ordenamientos jurídicos, puede considerarse como no domiciliada en España (o no residente habitual) aun cuando esa persona posea en España (o en cualquier otro país) su residencia única o principal donde vive de forma permanente o continua durante un largo período de tiempo.<sup>113</sup> Sería el caso de un nacional británico que lleva viviendo en España los últimos 25 años de su vida por cuestiones de trabajo en tanto que su contrato le obliga a asentarse en el país donde realice la prestación laboral: a pesar de ello, su *intention* de regresar a Inglaterra una vez que termine su contrato impide considerar a esta persona como con *domicile of choice* en España a pesar de los años aquí viviendo.<sup>114</sup> O, viceversa, cuando, desde la óptica del criterio anglosajón del *domicile*, una persona puede tener o haber tenido su *domicile* en un Estado en el que realmente ha residido por un muy corto espacio de tiempo, lo que no es garantía de integración real en el marco de un concreto territorio y, con ello, dentro de un concreto ordenamiento jurídico. Sería

<sup>111</sup> *Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary* (1930).

<sup>112</sup> HILL y NÍ SHÚILLEABHÁIN (2011), pp. 318 y 319: si la cuestión conflictiva fuese, p.e., la capacidad para contraer matrimonio del señor Bowie, el *domicile* sería Inglaterra; sobre las dificultades de este caso, CHESHIRE, NORTH y FAWCETT (2017), pp. 154 y 155.

<sup>113</sup> TRAKMAN (2015), p. 323: poner el énfasis en la *intention* de una persona para determinar su *domicile of choice* puede contrastar con la realidad de las conexiones físicas sustanciales de esa persona con otro territorio.

<sup>114</sup> . Sirva el caso *Cyganik v. Agulian* (2006): el Tribunal consideró que el señor Nathaniel, nacido en Chipre y en Londres desde 1958 a 2003 (45 años), no había adquirido un *domicile of choice* en Inglaterra no tenía intención de vivir permanente o indefinidamente en Inglaterra (amigos sólo greco-chipriotas, TV de Chipre...), manteniendo su *domicile of origin* en Chipre a pesar de que no había vivido allí más que unos pocos meses en casi 50 años. O *Winans v. Attorney General* (1904): no *domicile of choice* en Reino Unido de un americano a pesar de pasar cerca de 40 años en este país, manteniendo su *domicile of origin* en New Jersey, al no poder probarse su intención de adquirir un *domicile of choice* en el Reino Unido.

ahora el caso de un nacional británico que lleva viviendo en Inglaterra los últimos 25 años de su vida y que se traslada a España con su familia, donde lleva unos meses, unos días o acaba inmediatamente de llegar: su *intention* de permanecer en España permite considerar a esta persona como con *domicile of choice* en España a pesar del corto espacio de tiempo que aquí lleva (idéntica respuesta de llevar en España unos pocos días o, incluso, unas horas).<sup>115</sup>

El régimen actual determinante del *domicile* inglés lleva a unas consecuencias como las descritas que poco se ajustan a la que debería ser la función del *domicile* como el elemento de conexión que vincula a una persona con el sistema legal que más se ajusta a su realidad personal y social.<sup>116</sup> En tal sentido, conexiones basadas en la vinculación más estrecha o criterios como la residencia habitual se han barajado desde cierto sector doctrinal en el Reino Unido como alternativa al *domicile* en tanto que representativas en mayor medida de la integración real de un sujeto con un territorio.<sup>117</sup>

## V. CONCLUSIONES

La noción anglosajona del *domicile* resulta muy extraña a la tradición continental en la que se inserta el ordenamiento jurídico español: la oscuridad y complejidad de su régimen convierten a esta figura en un elemento de difícil aprehensión para el jurista continental. El respeto a la ley extranjera implica asumir las consecuencias de enfrentarse al concepto de *domicile* empleado por la norma de conflicto inglesa reguladora de la sucesión mobiliaria de acuerdo con el Derecho inglés y no en atención al propio del foro. Más, cuando su puesta en práctica puede conducir a la ubicación de una persona a título de *domicile* en un ordenamiento que no responde a la vinculación con un territorio que subyace en conceptos más cercanos a la tradición continental como la residencia habitual. En cualquier caso, y asumiendo esta consecuencia, la complejidad del régimen del *domicile* anglosajón no debería suponer obstáculo respecto de su operatividad en aquellos casos de sucesiones internacionales donde resulte determinante su consideración a efectos de reenvío: no debe olvidarse que está en juego decidir algo tan importante como quién hereda y qué hereda.

---

<sup>115</sup> Véanse notas anteriores relativas a práctica y doctrina inglesa amparando esta respuesta. También, URQUHART (2007), p. 319, que ejemplifica la adquisición de *domicile of choice* cuando una persona, que tiene la *intention* de residir permanentemente en Australia, llega a este país, aunque fallezca al día siguiente de su llegada.

<sup>116</sup> HILL y NÍ SHÚILLEABHÁIN (2011), p. 338.

<sup>117</sup> Así, TRAKMAN (2015), p. 317 y pp. 318, 319 y 338-342, desarrollando un *independent resident test*; o CARTER (1987), p. 725, sobre *vinculación más estrecha* como criterio determinante del *domicile*. Con carácter general, McELEVAY (2007), p. 462. Desde la doctrina continental, véase a CARRASCOSA (2015), pp. 18 y 21: el criterio “*residencia habitual*” se diferencia del criterio anglosajón del *domicile* en que un causante puede tener o haber tenido su *domicile* en un Estado en el que nunca ha residido y en el que nunca ha estado, lo que no es posible en relación con la residencia habitual. La conexión *domicile* no aparece en los recientes instrumentos europeos de D.i.pr. en favor de la residencia habitual. P.e., Reglamento 2016/1003, de 2016, sobre regímenes económico-matrimoniales, sí en COMISIÓN EUROPEA (2011), artículo 126 final, Considerando 22; o R. 650/2012, de 2012, de sucesiones, cuando sí aparecía en su COMISIÓN EUROPEA (2009) artículo 154 final, Considerando 32; sobre ello, FONT I SEGURA (2014), p. 89. Véase HOUSE OF LORDS - EUROPEAN UNION COMMITTEE (2010).

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago (2019): “Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte y reenvío. Dos nuevas entregas del Tribunal Supremo entre el Código civil y el Reglamento 650/2012, de sucesiones”, en: *La Ley (Unión Europea)* (núm. 69).
- APARNA, Nathan (2007): “Cyganik v. Agulian: determining domicile of choice”, en: *GITC Review* (vol. VI núm. 1).
- AZNAR AZCÁRATE, Álvaro (2020): “La sucesión en Inglaterra y Gales”, en: *Diario La Ley* (núm. 9577).
- BAREL, Bruno y ARMELLINI, Stefano (2007): *Diritto internazionale private*, 2ª edición (Milán, Giuffrè).
- BERGQUIST, Ulf; FRIMSTON, Richard; ODESKY, Félix; DAMASCELLI, Domenico; LAGARDE, Paul y REINHARTZ, Barbara (2015): *Commentaire du règlement européen sur les successions* (Paris, Dalloz).
- BONOMI, Andrea y WAUTELET, Patrick (2015): *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012* (Cizur Menor, Aranzadi).
- BOUZA VIDAL, Nuria (1995): “Comentario al art. 12.2 C.c.”, en: Albaladejo, Manuel y Díaz, Silvia (directores), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, 2ª edición (Madrid, Edersa), t. I, vol. 2.
- CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2007): “Sucesión internacional y reenvío”, en: *Estudios de Deusto* (vol. 55/2).
- CALVO CARAVACA, Alfonso; DAVÌ, Angelo y Mansel, Heinz (editores) (2016): *The EU Succession. Regulation. A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press).
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2014): *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico* (Granada, Comares).
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2015): “El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento sucesorio europeo”, en: *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* (núm. 19).
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2019): “Ley nacional del causante, autonomía de la voluntad conflictual y reenvío. Una obra en tres actos. Breves notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 enero 2019”, en: *Cuadernos de Derecho Transnacional* (vol. 11 núm. 2).
- CARTER, P.B. (1987): “Domicil: The Case for Radical Reform in the United Kingdom”, en: *The International and Comparative Law Quarterly* (vol. 36 núm. 4).
- CARTER, P.B. (1980): “Private International Law”, en: *British Yearbook of International Law* (vol. 50 núm. 1).
- CUEVAS DE ALDASORO, Miguel Ángel (2018): “El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España”, en: Acto de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia, discurso pronunciado el día 15 de febrero de 2018 (Murcia). Disponible en: <http://www.ralyjmurcia.es/sites/default/files/N%C3%BAmero%2034.2018.%20Don%20Miguel%20C3%81ngel%20Cuevas%20de%20Aldasoro.pdf>.
- CHESHIRE, Geoffrey; NORTH, Peter y FAWCETT, James (2017): *Private international law*, 15ª edición (Oxford, Oxford University Press).
- DAVI, Angelo y ZANOBETTI, Alessandra (2014): *Il nuovo diritto internazionle privato europeo delle successioni* (Torino, Giappichelli Editore).
- DAVRADOS, Nikolaos (2017): “Nationality, domicile and private international law revisited”, en: Spinellis, Calliope; Theodorakis, Nikolaos; Billis, Emmanouil y Papadimitrakopoulos, George (editores), *Eu-*

- rope in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in Honour of Nestor Courakis (Atenas, Ant. N. Sakkoulas).
- DEBERNARDI, Giovanna (2017): *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux*, Tesis doctoral, Université Côte d'Azur, Università degli studi di Torino.
- DICEY, Albert; MORRIS, John y COLLINS, Lawrence (2022): *The Conflict of Laws*, 16ª edición (Londres, Sweet and Maxwell).
- DUTTA, Anatol (2017): "Domicile, habitual residence and establishment", en: Basedow, Jürgen; Rühl, Giesela; Ferrari, Franco y De Miguel Asensio, Pedro (editores), *Encyclopedia of Private International Law* (Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing).
- FENTIMAN, Richard (1991): "Domicile Revisited", en: *Cambridge Law Journal* (vol. 50 núm. 3).
- FERNÁNDEZ ROZAS, José y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2022): *Derecho internacional privado*, 12ª edición (Madrid, Civitas-Thomson Reuters).
- FONT I SEGURA, Albert (2014): "La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones", en: Calvo Vidal, Isidoro (coordinador), *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea* (Madrid, Consejo General del Notariado).
- GARCÍA GUTIÉRREZ, Laura (2019): "Sucesión de un nacional británico residente en España: el reenvío, de nuevo, como elemento decisivo entre la libertad de testar y los derechos sucesorios de legítima, típicos del Derecho civil común español", en: *Cuadernos de Derecho Transnacional* (vol. 11 núm. 2).
- HILL, Jonathan y NI SHÚILLEABHÁIN, Máire (2011): *Clarkson & Hill's Conflict of Laws*, 5ª edición (Oxford, Oxford University Press).
- IGLESIAS BUHIGUES, José Luis y PALAO MORENO, Guillermo (directores) (2015): *Sucesiones internacionales (comentarios al Reglamento (UE) 650/2012)* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- IMRAN, Afzal (2010): "Domicile: basic principles, common misconceptions and preparing for the future", en: *GITC Review* (vol. IX núm. 3).
- JIMÉNEZ CLAR, Antonio (2015): "Algunas consideraciones sobre el Reglamento Sucesorio Europeo y sobre sus efectos en la sucesión mortis causa de los ciudadanos británicos en España", en: *Bitácora Millennium D.i.pr.* (núm. 1).
- LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl (2021): *Derecho sucesorio inglés, normas de conflicto y sucesión de ciudadanos británicos en España* (Cizur Menor, Thomson Reuters - Aranzadi).
- MARTORELL GARCÍA, Vicente (2008): "Estatuto personal de los británicos y su régimen matrimonial y sucesorio en la práctica notarial española", disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/ARTICULOS/britanicos-matrimoniouysucesion.htm>.
- MCLEAN, Jhon (1983): *Recognition of Family Judgments in the Commonwealth* (Londres, Butterworths).
- MCLEAVY, Peter (2007): "Regression and reform in the law of domicile", en: *International and Comparative Law Quarterly* (vol. 56 núm. 2).
- MORTENSEN, Reid; GARNETT, Richard y KEYES, Mary (2019): *Private International Law in Australia*, 4ª edición (Chatswood, Butterworths-LexisNexis).
- MUIR-WATT, Horatia (1988): "Note sur l'évolution de la conception du domicile au Royaume-Uni", en: *Revue critique de droit international privé* (año 1988).
- NYGH, Paul y DAVIES, Martin (2014): *Conflict of laws in Australia*, 9ª edición (Chatswood, Lexis Nexis-Butterworths).

- RICHMAN, William; REYNOLDS, William y WHYTOCK, Chris (2013): *Understanding Conflict of Laws*, 4ª edición (New Providence, LexisNexis).
- ROGERSON, Pippa (2000): "Habitual Residence: the New Domicile", en: *International and Comparative Law Quarterly* (vol. 49 núm. 1).
- ROGERSON, Pippa (2013): *Collier's Conflict of Laws*, 4ª edición (Cambridge, Cambridge University Press).
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2006): "Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos", en: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (año 82 núm. 697).
- SCOLES, Eugene y HAY, Pater (1992): *Conflict of Laws*, 2ª edición (St. Paul, West Pub. Co.).
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio (1999): "El reenvío ante el Tribunal Supremo: historia y reapertura de la vieja polémica en el Derecho internacional privado español", en: *Actualidad Civil* (vol. 40 núm. 36-48).
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio (2003): "¿Anular por reenvío la voluntad del testador?", en: *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (núm. 4).
- TRAKMAN, Leon (2015): "Domicile of choice in English law: an Achilles heel?", en: *Journal of Private International Law* (vol. 11 núm. 2).
- URQUHART, Robert (2007): "Le concept anglais de domicile", en: Béraudo, Jean; Crône, Richard; Ferrand, Frédérique y Foyer, Jacques (collectif), *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard, Liber amicorum* (Paris, Defrénois).
- VELASCO RETAMOSA, José (2020): "El reenvío de retorno en el supuesto sucesorio (comentario de la STS (Sala de lo Civil) de 5 de diciembre de 2018)", en: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (núm. 112).
- VIRGÓS SORIANO, Miguel (2004): "Derecho sucesorio y reenvío: la respuesta del sistema español", en: *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (vol. XLII).
- VIRGÓS SORIANO, Miguel y RODRÍGUEZ PINEAU, Elena (2004): "Succession Law and Renvoi: the Spanish Solution", en: *Festschrift Erik Jayme* (vol. 1).
- VON OVERBECK, Alfred (1982): "Les questions générales du DIP à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé", en: *Recueil des cours* (vol. 176).
- WEBB, P.R.H. (1977): "The New Zealand Domicile Act 1976", en: *The International and Comparative Law Quarterly* (vol. 26 núm. 1).
- YBARRA BORES, Alfonso (2015): "La sucesión mortis causa de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas", en: *Cuadernos de Derecho Transnacional* (vol. 7 núm. 1).
- YBARRA BORES, Alfonso (2019): "La reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con determinados aspectos de la sucesión de británicos en España", en: *Bitácora Millennium Dipr* (núm. 10).
- YBARRA BORES, Alfonso (2021): *La sucesión mortis causa de los ciudadanos británicos en España* (Valencia, Tirant lo Blanch).

### **Jurisprudencia citada**

- Munro v. Munro (1840): House of Lords, United Kingdom, de 10 de Agosto de 1840, 7 Cl & Fin 842.
- Collier v. Rivaz (1841): Prerogative Court, United Kingdom, de 03 de agosto de 1841, Nº2 Curt. 855.
- Forbes v. Forbes (1854): High Court of Chancery, de 24 de mayo de 1854, NºKay 341.

- Hoskins v. Matthews (1856): Court of Delegates, United Kingdom, de 18 de enero de 1856, Nº8 De GM & G 13.
- Bremer v. Freeman (1857): Privy Council, United Kingdom, de 07 de marzo de 1857, Nº10 Moo. 306.
- Whicker v. Hume (1858): House of Lords, United Kingdom, de 16 de julio de 1858, Nº7 HL Cas 124, 160.
- Raffenel (1863): Queen's Bench, United Kingdom, de 24 de marzo de 1863, 3 Sw & Tr 49).
- Drevon v. Drevon (1864): High Court of Chancery, de 25 de noviembre de 1863, Nº34 LJ Ch 129.
- Jopp v. Wood (1865): Court of Chancery, de 27 de mayo de 1865, Nº4 De GJ & Sm 616.
- Bell v. Kennedy (1868): House of Lords, United Kingdom, de 14 de mayo de 1868, LR 1 Sc & Div 307.
- Udny v. Udny (1869): Court of Sesi3n, Scotland, de 03 de junio de 1869, Nº1 L.R. Sc. & Div. 441.
- Douglas v. Douglas (1871): High Court of Chancery, de 26 de mayo de 1871, NºLR 12 Eq 617.
- Manning v. Manning (1871): High Court of United Kingdom, de 01 de junio de 1878, L.R. 2 P. & D. 223).
- Stevenson v. Masson (1873): High Court of United Kingdom, NºLR 17 Eq 78.
- Urquhart v. Butterfield (1887): High Court of United Kingdom, Nº37 Ch D 357.
- Re Grove (1888): Court of Appeal (Civil Division), United Kingdom, Nº40 Ch. D 216.
- White v. Tennant (1888): Supreme Court of Appeals of West Virginia, de 01 de diciembre de 1888, Nº31 W Va 790, 8 SE 596).
- D'Etchegoyen v. D'Etchegoyen (1888): High Court of United Kindom, Probate, Divorce and Admiralty Division, de 14 de noviembre de 1888, Nº13 PD 132.
- Re Craignish (1892): High Court of United Kingdom, 3 Ch 180.
- Winans v. Attorney General (1904): House of Lords, United Kingdom, de 10 de mayo de 1904, NºAC 287.
- Re James (1908) 98 LT 438.
- Casdagli v. Casdagli (1919): House of Lords, United Kingdom, de 28 de octubre de 1919, AC 145.
- Re Jones's Estate (1921): Supreme Court of Iowa, de octubre de 1921, Nº192 78, 182 NW 227.
- Lovene v. IRC (1928): House of Lords, United Kingdom, de 09 de marzo de 1928, NºAC 217.
- Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary (1930): House of Cards, United Kingdom, de 27 de mayo de 1930, NºAC 588.
- Ross v. Ross (1930): House of Lords, United Kingdom, de 24 de julio de 1929, NºAC 1.
- Wahl v. A-G (1932): Court of Appeal, United Kingdom, Nº147 LT 382.
- Re Lloyd Evans (1947): High Court of United Kingdom, Ch 695.
- Re McKenzie (1951): Supreme Court of New South Wales, de 12 de julio de 1951, Nº51 SR 293.
- Willar v. Willar (1954): Court of Session, Scotland, de 29 de junio de 1954, NºS.C. 144; S.L.T. 267 IH, 2 Div.
- Stone v. Stone (1958): High Court of United Kingdom, Nº1 WLR 1287.
- Henderson v. Henderson (1967): Privy Council, United Kingdom, de 02 de octubre de 1967, P 77.
- Re Flynn (1968): High Court of United Kingdom, Nº103.
- Re Fuld's Estate (1968): Court of Probate, United Kingdom, NºP 675.
- Qureshi v. Qureshi (1972): High Court of United Kingdom, Fam 173.
- Tee v. Tee (1974): High Court of United Kingdom, Nº1 WLR 213.
- Hamilton v. Dallas (1975): High Court of United Kingdom, de 22 de julio de 1975,1 Ch. D. 257).
- IRC v. Bullock (1976): House of Lords, United Kingdom, de 25 de junio de 1976, 1 WLR 1178).
- Furse (1980): High Court of United Kingdom, 07 de julio de 1980, 3 All ER 838.
- Re Furse (1980): High Court of United Kingdom, Nº3 All ER 838.
- IRC v. Duchess of Portland (1982): High Court of United Kingdom, de 26 de noviembre de 1981, Ch 314).
- Lawrence v. Lawrence (1985): High Court of United Kingdom, Fam 106.

- Cramer v. Cramer (1987): High Court of United Kindom, de 05 de diciembre de 1986, N°1 FLR 116.
- Rowan v. Rowan (1988): High Court of Ireland, N°ILRM 65.
- SAP Murcia (AC\1993\2274) (1993): Audiencia Provincial de Murcia, de 20 de noviembre de 1993.
- Spence v. Spence (1995): High Court of Scotland, N°SLT 335.
- Bheekhun v. Williams (1999): Court of Appeal (Civil Division), United Kingdom, de 02 de diciembre de 1998, N°2 FLR 229).
- F v. IRC (2000): Special Commissioners, United Kingdom, STC, SDC 1.
- Irvin v. Irvin (2001): High Court of United Kingdom, N°1 FLR 178.
- STS (RJ 201/8029) (2002): Tribunal Supremo de España, de 23 de septiembre de 2002.
- Mark v. Mark (2005): House of Lords, United Kingdom, de 30 de junio de 2005, N°42, 37; 2006 1 AC 98.
- Cyganik v. Agulian (2006): England and Wales Court of Appeal, de 21 de febrero de 2006, N°Civ 129, 45, 2006 1 FCR 406.
- R v. R (Divorce: Jurisdiction: Domicile) (2006): High Court of United Kingdom, N°1 FLR 389, 24.
- High Tech International AG v. Deripaska (2006): England and Wales High Court, de 14 de diciembre de 2006, N°3276 QB.
- Henwood v. Barlow Clowes International Ltd (in liquidation) (2007): England and Wales High Court, de 29 de junio de 2007, N°1579 Ch.
- F. v. F (Divorce: Jurisdiction) (2009): High Court of United Kingdom, de 29 de mayo de 2009, N°2 FLR 1496.
- Holliday v. Musa (2010): Court of Appeal (Civil Division), United Kingdom, de 30 de marzo de 2010, Civ 337, 67).
- SAP Murcia (331/2011) (2011): Audiencia Provincial de Murcia, de 30 de noviembre de 2011, ECLI:ES:AP-MU:2011:2683.
- Perdoni v. Curati (2011): England and Wales High Court, de 20 de diciembre de 2011, N°3442.
- Z and B (Parental Order: Domicile) (2012): High Court of United Kingdom, N°2 FLR 797.
- STS (490/2014) (2014): Tribunal Supremo de España, de 12 de enero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:422.
- Ray v. Shekhri (2014): Court of Appeal (Civil Division), United Kingdom, de 14 de febrero de 2014, N°Civ 119.
- Re G (Parental Orders) Re G (Parental Orders) (2014): England and Wales High Court, de 01 de abril de 2014, 1561 Fam.
- Sekhri v. Ray (2014): High Court of United Kingdom, de 14 de febrero de 2014, N°1 FLR 612.
- SAP Málaga (JUR\2015\53010) (2015): Audiencia Provincial de Málaga, de 30 de septiembre de 2014.
- Gate Gourmet Luxembourg IV Sarl v. Morby (2015): High Court of United Kingdom, de 07 de mayo de 2015, N°1203 Ch.
- SAP Valencia (70/2016) (2016): Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de febrero de 2016, ECLI:ES:APV:2016:5911.
- AB and another v GH (2016): England and Wales High Court, de 07 de marzo de 2016, N°2063 Fam).
- SAP Málaga (239/2017) (2017): Audiencia Provincial de Málaga, de 17 de abril de 2017, ECLI:ES:AP-MA:2017:1041.
- SAP Madrid (193/2017) (2017): Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de abril de 2017, ECLI:ES:APM:2017:5864.
- STS (4139/2018) (2018): Tribunal Supremo de España, de 05 de diciembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:4139.

SAP Girona (367/2019) (2019): Audiencia Provincial de Girona, de 4 de octubre de 2019, ECLI: ES:AP-GI:2019:1540.

SAP Alicante (652/2019) (2019): Audiencia Provincial de Alicante, de 09 de diciembre de 2019, ECLI:ES:APA:2019:4320.

STS (RJ 2019/60) (2019): Tribunal Supremo de España, de 15 de enero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:56.

STS(2656/2017)(2019):TribunalSupremodeEspaña,de25deseptiembrede2019,ECLI:ES:TS:2019:9310A.

STS (520/2019) (2019): Tribunal Supremo de España, de 08 de octubre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:3014.

SAP Málaga (308/2023) (2023): Audiencia Provincial de Málaga, de 03 de mayo de 2023, ECLI:ES:AP-MA:2023:680.

### **Normas citadas**

Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, de 27 de noviembre de 2003.

Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4/7/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, de 27 de julio de 2012.

Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, de 24 de junio de 2016.

Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, de 25 de junio de 2019.

Código civil español, de 1889.

Domicile and Matrimonial Proceedings Act, de 1973.

Adoption Act, de 1976.

New Zealand Domicile Act, de 1976.

Australian Domicile Acts, de 1982.

South African Domicile Act, de 1992.

# El Impacto de la Inteligencia Artificial en el Derecho del Trabajo: Evolución y Retos Futuros

## *The Impact of Artificial Intelligence on Labor Law: Evolution and Future Challenges*

**José Antonio Santander Gidi**

Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción, Chile.  
Correo electrónico: [jasantander@ucsc.cl](mailto:jasantander@ucsc.cl). [www.orcid.org/00000-0002-6906-1026](http://www.orcid.org/00000-0002-6906-1026)

Recibido el 27/05/2024

Aceptado el 14/06/2024

Publicado el 27/06/2024

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n44.06>

*“Una vez que los seres humanos desarrollen la inteligencia artificial, esta despegará por sí misma y se rediseñará a un ritmo cada vez mayor. Los seres humanos, limitados por la lenta evolución biológica, no podrán competir”*

Stephen Hawking

**RESUMEN:** La tecnología forma parte del derecho del trabajo, precisamente, se justifica su nacimiento en un momento histórico en que comienza la industrialización de los procesos productivos y se ha ido adaptando conforme a los avances tecnológicos, pero la persona del trabajador como elemento de la relación laboral se ha mantenido desde sus orígenes. Sin embargo, llegará el momento en que el trabajo será efectuado por robots con inteligencia artificial, autónomos y capaces de decidir. Llegado ese momento, debemos resolver si estos autómatas serán considerados como trabajadores con derechos y obligaciones.

**ABSTRACT:** Technology is part of labor law, its birth is precisely justified at a historical moment in which the industrialization of production processes began and it has been adapted in accordance with technological advances, but the person of the worker as an element of the labor relationship has been maintained since its origins. However, the time will come when the work will be carried out by robots with artificial intelligence, autonomous and capable of deciding. At that time we must decide whether these automatons will be considered as workers with rights and obligations.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho del trabajo, tecnología, robótica, inteligencia artificial, accidente del trabajo.

**KEY WORDS:** Labor law, technology, robotics, artificial intelligence, work accident.

## I. INTRODUCCIÓN

El trabajo es parte de la esencia del ser humano, es un elemento que ha sido fundamental para el desarrollo de la especie humana, ya que abarca una dimensión que va más allá de ser un medio necesario para generar riqueza o, en su defecto, como medio de subsistencia que le permita vivir,<sup>1</sup> sino que es parte del enriquecimiento y crecimiento espiritual de todos nosotros. El trabajo es esencial como vehículo de autorrealización de los seres humanos.<sup>2</sup>

Para muchos, el trabajo es una forma de trascender a uno mismo, una forma de sentirse necesario y ser un aporte a toda la sociedad, sin perjuicio que, además, es indudable como medio en las interrelaciones humanas.

Lo expuesto anteriormente no hace distinción en la forma como se ejecuta el trabajo, ya que éste puede ser ejecutado en forma individual sin la necesidad de una retribución, o el ejecutado para un tercero para la obtención de un beneficio, en otras palabras, el trabajo como medio de cambio. Es sobre esta última forma de trabajo de la que nos vamos a referir en adelante.

Sin embargo, y como lo señala Chamorro,<sup>3</sup> citando a Marx, si bien el trabajo es una actividad exclusiva del hombre que permite el desarrollo del intelecto y lo diferencia de la bestia, también el trabajador vende su trabajo a cambio de un salario, de modo que el trabajo pasa a ser un medio de cambio.

El trabajo a ser un vínculo entre dos partes con intereses comunes y contrapuestos al mismo tiempo genera indudablemente conflicto lo cual debe ser regulado por el derecho que como ciencia del deber-ser no puede escapar a esta relación que se produce, por un lado, por aquel que ejecuta el trabajo y, por otro lado, la que se beneficia del producto de ese trabajo.

Desde que el *homo sapiens* se estableció como la especie dominante en la tierra y específicamente desde el neolítico,<sup>4</sup> el trabajo comienza ya sea individual o colectivo de carácter colector y/o cazador. En primigenios pueblos originarios debían trasladarse de un lugar a otro en busca de mejores condiciones de alimentación y sobrevivencia, el trabajo era para el beneficio del clan en su totalidad. Sin embargo, esto cambia cuando se logra el primer avance tecnológico, el que fue la tecnificación de la agricultura. Esto permitió que el ser humano se asentara en lugares determinados y pasara de ser

---

<sup>1</sup> CHAMORRO (2013), p. 19.

<sup>2</sup> GAMONAL (2022), p. 184.

<sup>3</sup> CRISTANCHO (2022), p. 7.

<sup>4</sup> LEIVA (2014), p. 1.

nómada a sedentario,<sup>5</sup> lo que da lugar al desarrollo de asentamientos humanos y el origen de civilizaciones. Logrado lo anterior, comienza a desarrollarse un sistema de trabajado para un tercero, esto quiere decir que el trabajo no era ejecutado por uno mismo o para una pequeña comunidad, sino que el trabajo era ejecutado por otras personas.

Con el nacimiento de las civilizaciones, y las respectivas conquistas, muchas de ellas para expansiones territoriales o de materias primas, otras fueron exclusivamente para la obtención de mano de obra al mínimo costo, con el objeto de trabajar en beneficio del conquistador,<sup>6</sup> esto último es lo que conocemos como esclavitud. Paradójicamente, siendo los griegos los padres de la filosofía del derecho, no cuestionaron el trabajo efectuado por esclavos.<sup>7</sup>

Como lo hemos venimos desarrollando, el trabajo estaba derechamente vinculado, ya sea bajo esclavitud o libremente, a la explotación de la agricultura, no existiendo grandes modificaciones en la forma que se desarrollaba, hasta que se produce la invención e implementación de la moneda como instrumentos de cambio de bienes y servicios. Este hito histórico, permitió el intercambio de bienes de una manera mucho más eficiente, ya que lograba evitar el traslado de grandes volúmenes de bienes para su intercambio. Este hecho permitió el desarrollo de trabajos diferentes al agrícola y la concentración en las ciudades de grupos de artesanos que posteriormente constituyeron gremios o cofradías donde se agrupaban trabajadores bajo una actividad común.

Durante toda esta época, el trabajo fue regulado jurídicamente por el derecho civil, ya que no era necesario normas jurídicas diferentes, sin embargo, todo eso cambio.

Como hemos observado, va unido de una manera indisoluble el trabajo y los sistemas de producción, desde el inicio, en un trabajo basado en la esclavitud, para pasar a un sistema de cofradías en las ciudades, y de servidumbre en la producción agrícola. Luego, con la revolución industrial, se transformará en obrero. Sin embargo, hoy se vislumbra un trabajo totalmente diferente basado en servicios y en producciones robotizadas.<sup>8</sup>

## II. DESARROLLO

### A. La tecnología hace nacer al derecho del trabajo

No existe duda que el origen del derecho del trabajo está íntimamente ligado con la primera revolución industrial, y esto se debió a que los cambios estructurales que se estaban produciendo como, por ejemplo, las largas jornadas laborales, ausencia de protección para trabajadores, salarios por debajo

---

<sup>5</sup> HUMERES (2005), p. 18.

<sup>6</sup> AMUNÁTEGUI (2020), p. 99.

<sup>7</sup> JAEGER (1982), p. 1.

<sup>8</sup> RAMELLA (2011), p. 91.

de la línea de la pobreza, entre otras, llevó a los trabajadores a organizarse, comenzando una serie de manifestaciones en aras de lograr mejores condiciones laborales, lo que obligó a dictar leyes tendientes a proteger a la clase trabajadora, ya que la legislación vigente de la época, que era netamente de carácter civil, no se pudo adecuar a los grandes cambios que se estaban produciendo.

Si bien es cierto que las máquinas han estado presente en el trabajo humano desde la caza prehistórica, no fue sino hasta la invención de artilugios propulsados por vapor y su masificación en los procesos productivos en que se produce el primer paradigma en el mundo del trabajo, conocido como la primera revolución industrial, la que tuvo su principal origen en Inglaterra, por ser un país con muy poca materia prima a diferencia de muchos otros países europeos. Por esta razón, este pequeño país debía concentrar su actividad económica en la manufactura de bienes a gran escala lo que implicó que, en las últimas décadas del siglo XVIII y primeras del siglo XIX,<sup>9</sup> implementaran grandes cambios tecnológicos en los procesos productivos lo que significó una transformación del trabajo artesanal a pequeña escala, por un trabajo manufacturado a gran escala, lo que es considerado por algunos como la revolución más importante de la humanidad desde el neolítico.<sup>10</sup> Parte del éxito de la revolución industrial, fue la creación de la máquina de vapor por James Watt en 1769,<sup>11</sup> lo que permitió un impulso nunca imaginado en la producción a grandes volúmenes, comenzando por la industria textil, en especial la algodónera para posteriormente expandirse a la actividad minera, siderúrgica, transporte y agrícola.

Si bien la implementación de las máquinas a vapor fue un cambio gigantesco para la industria ya existían máquinas anteriores que permitían un desarrollo tímido del uso de la tecnología. Así, por ejemplo, se utilizaba la innovadora Spinning Jenny inventada en 1733 por John Kay que permitía obtener simultáneamente varias bobinas de hilo. Más adelante, la Waterframe que permitía sustituir la energía humana por la hidráulica; y finalmente, en 1781, Cartwright implementó las máquinas de vapor a los telares.<sup>12</sup> Sin embargo, estos avances tecnológicos no alcanzaron a considerar que fueran una revolución industrial, ya que esta se considera como tal, cuando existe un aumento considerable de la producción por la implementación de nuevas tecnologías en su proceso que impactan profundamente en lo económico y en lo laboral.<sup>13</sup>

Por otro lado, la incorporación de tecnologías para el desarrollo del trabajo no sólo implicó cambios en la forma en que se estaba desarrollando el trabajo, sino en la forma de generar riqueza y, de este modo, en quienes detentaban el poder. Así, pasa la riqueza de quien detentaba la tierra por la riqueza

---

<sup>9</sup> ARRUGA (2020), p. 62.

<sup>10</sup> CHAMORRO y RAMOS (2013), p. 82.

<sup>11</sup> Watt no inventó la máquina de vapor, en realidad fue invención y mejoramiento de varios inventores. La diferencia fue que Watt fue el impulsor de que la máquina se convirtiera en la fuente de energía favorita de muchas fábricas, minas, máquinas agrícolas y medios de transporte. Watt y su socio Matthew Boulton fabricaron y vendieron casi 500 máquinas de vapor antes de que su patente caducara en 1800. WORLD HISTORY ENCYCLOPEDIA (2023).

<sup>12</sup> CHAMORRO y RAMOS (2013), p. 82.

<sup>13</sup> VILA DE PRADO (2019), p. 90.

de quien ostentaba los procesos productivos.<sup>14</sup> Este nuevo grupo tenía por objetivo lograr la maximización en la generación de bienes manufacturados, lo que también implicaba el máximo de rendimiento de la mano de obra lo que claramente obligó a los trabajadores a movilizarse en mejoras en sus condiciones laborales, a tal punto de poner en peligro la paz social, no quedando otra alternativa que comenzar a dictar leyes tendientes evitar los abusos.<sup>15</sup>

Por esta razón, característica que se mantiene hasta el día de hoy, la razón de ser del derecho del trabajo es la protección de la parte más débil, que siempre será el trabajador, por eso el derecho del trabajo se sustenta en uno de los principios más importante, el principio protector.<sup>16</sup>

## **B. La tecnología obliga actualizar el derecho del trabajo**

Desde el nacimiento del derecho del trabajo en la primera revolución industrial en el siglo XVIII no se verificaron grandes cambios sino hasta mediados de la década del 50 del siglo pasado.

En efecto, el mundo laboral comienza a vivir sus primeras transformaciones estructurales en la forma de cómo se estaba desarrollando el trabajo hasta esa época, siendo las computadoras,<sup>17</sup> uno de los primeros elementos que permiten estos cambios.

La introducción y rápida evolución de las computadoras, permitió el nacimiento de nuevas formas de trabajo, como son las Tecnologías de la Información y la Comunicación o masivamente conocidas por las siglas TICs.

La incorporación de las TICs en el mundo del trabajo ha implicado una serie de cambios en la forma en cómo se ejecuta el trabajo,<sup>18</sup> ya que ha permitido su flexibilidad, en especial en materia de horarios y del lugar físico donde se ejecuta, trasladándose desde las dependencias de la empresa al hogar del trabajador, lo que conocemos como el trabajo en la propia casa.

## **C. El futuro del derecho del trabajo**

### **1. El presente**

Sólo han transcurrido 54 años desde que el hombre se posó en la luna con una computadora de 14 bits, una RAM y un procesador que funcionaba a 0.043 MHz. En la actualidad nuestros celulares tienen en promedio una capacidad 64 bits, 12Gb en RAM y un procesador que funciona a 26000,043 MHz. Se espera que en 50 años más, nuestro *smartphone* tenga integrada inteligencia artificial, rea-

---

<sup>14</sup> CRISTANCHO (2022), p. 10.

<sup>15</sup> RASO (2016), p. 14.

<sup>16</sup> GAMONAL (2022), p. 218.

<sup>17</sup> CORTADA (2018), p. 131.

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ (2018), p. 2.

lidad aumentada, utilización de holograma o el reemplazo de estos por pulseras conectadas a lentes o audífonos.

Actualmente, se está viviendo lo que se ha denominado la cuarta revolución industrial o industria 4.0, la que se caracteriza por la incorporación masiva de tecnología en todas las etapas del proceso productivo, los datos masivos o *big-data*, sistemas autónomos basados de inteligencia artificial, realidad aumentada, robótica avanzada, entre otros.<sup>19</sup>

Esta revolución es diferente a todas las anteriores y no cabe duda de que será la de mayor impacto, esto se debe a que sus efectos, no serán sólo mejorar procesos productivos, sino que modificará la forma como nos desenvolvemos en el diario vivir. La tecnología salió de la fábrica para conquistar nuestros hogares.

La industria 4.0 también está comenzando a provocar cambios en la forma como originalmente contextualizamos en el trabajo. En efecto, la idea del trabajador que sale de su casa todos los días para trasladarse al lugar del trabajo, cumpliendo un horario determinado, y para posteriormente regresar a su hogar, ha empezado a cambiar. Hoy, la tecnología permite que pueda cumplir con mis obligaciones laborales desde cualquier parte del mundo, que exista trabajo colaborativo con personas de diferentes naciones, o que las instrucciones sean impartidas por un algoritmo e incluso que tenga como compañero un robot con decisiones autónomas. Y como toda revolución industrial, el derecho ha reaccionado tardíamente. En efecto, frente a situaciones de crisis laborales que surgen en las respectivas revoluciones industriales, el derecho reacciona cuando el problema ya está instalado, pero no ha sido capaz de preverlo y poder adelantarse a las consecuencias jurídicas que provocará la respectiva revolución industrial.

Hasta el momento, la discusión en la tecnificación del trabajo ha sido por la posibilidad de pérdidas de fuentes laborales, lo que motivó que, en el año 2017, la OIT creó la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo.<sup>20</sup>

## 2. Inteligencia artificial

En este artículo queremos intentar salirnos de ese tema, adelantarnos y proyectar a futuro como serían las relaciones laborales con la existencia de robots con inteligencia artificial. ¿Continuará el derecho del trabajo refiriéndose al trabajador como un ser humano, o se hará extensivo este tratamiento a estos nuevos “*robot compañeros laborales*” ?, y esta pregunta debe ser tomada en serio ya que no puede existir duda en que la evolución de las máquinas y el desarrollo tecnológicos en vías a la inteligencia artificial no se detendrá, y dará saltos cuantitativos que se van produciendo son en cada vez mayores y en menos tiempo.

---

<sup>19</sup> MARTÍNEZ y FIGUERAS (2022), p. 111.

<sup>20</sup> Para mayor información ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2017).

En el cuadro siguiente, desarrollado por Salazar,<sup>21</sup> se puede observar cómo en un período muy reducido de tiempo de apenas 250 años, pasamos del telégrafo a un teléfono que nos permite tener video llamada en cualquier parte del mundo:

Algunos inventos surgidos en las diferentes revoluciones industriales			
1° Revolución industrial (aprox. 1760-1830)	2° Revolución industrial (aprox. 1870-1914)	3° Revolución industrial (aprox. 1960-2010)	4° Revolución industrial (desde el 2010 y previsiones de desarrollos futuros)
Máquina de hilado	Cinta transportadora	Satélite de comunicaciones	Industria 4.0
Máquina de vapor	Central eléctrica	Nave espacial tripulada	Asistente Siri
Telar Hidráulico	Teléfono	Ordenador personal	Asistente Alexa
Desmotadora	Bombilla eléctrica	Fonógrafo	5G
Máquina de coser	Automóvil	Internet	Smart cities
Locomotora a vapor	Primer motor a diésel	Chip microprocesador	Inteligencia artificial autónoma
Telégrafo	Rayos x	Teléfono móvil	Drones evolucionados
Neumático	Cine	Realidad virtual	Blockchain
Máquina de escribir	Ondas electromagnéticas	Cámara de fotos digital	Internet de las cosas
Dinamita	Submarino	GPS	Nanotecnología
Semáforo	Telegrafía sin hilos	Ordenador portátil	Computación cuántica
Pararrayos	Dirigible	World wide web	Biotecnología
Globo aerostático	Radio	Realidad aumentada	Impresión 3d
Turbina de gas	Avión	Watson (IA)	Vehículos autónomos

Lo expuesto anteriormente, viene a demostrar que en 200 años más no habrá duda de que la interacción con máquinas robóticas con avanzados sistemas de inteligencia artificial no sólo existirá en el trabajo, sino que en nuestros hogares. Máquinas que serán nuestros compañeros, dotados de pensamientos y quizás sentimientos, por los cuales generaremos afectos, y cuya interacción derivará que

<sup>21</sup> SALAZAR (2019), p. 51.

para muchos será un amigo incondicional a su lado. Por ejemplo, ya tenemos en la actualidad casos de matrimonio celebrado con un holograma.<sup>22</sup>

La expresión robot se utilizó por primera vez en una obra teatral de 1921 en Praga, en la que se le llamaba R.U.R. (*Robot Universales Rossum*), y la expresión robot deriva de la palabra checa “*robota*”, que significa “*trabajo obligatorio*” o “*esclavo*”. Por su parte, la expresión robótica la entendemos como el diseño, fabricación y utilización de máquinas automáticas programables con el fin de realizar tareas repetitivas.<sup>23</sup>

Sin embargo, todavía falta un salto mayor para que estos robots de la obra de teatro sean lo que este artículo se refiere y que son robots con decisiones autónomas basados en inteligencia artificial.

La inteligencia artificial intenta emular cómo funciona el cerebro humano. ¿Es posible construir máquinas inteligentes?<sup>24</sup> Esa es la primera pregunta que los científicos se están haciendo, pero viene de la mano de una segunda pregunta; ¿Crearemos alguna vez máquinas con emociones? Desde siempre se no has dicho que el ser humano se ha diferenciado de los animales no por su inteligencia, sino por su racionalidad. Sin embargo, este reducto se ve amenazado por el avance de la inteligencia artificial.<sup>25</sup> No obstante, el concepto de inteligente es controversial. Por ejemplo, un niño es inteligente porque sabe matemáticas, cuando en realidad ese conocimiento fue introducido en la escuela. O podríamos concluir que un niño no es inteligente porque sólo sabe las matemáticas que le enseñan en la escuela. Bajos las premisas anteriores se podría concluir que es inteligente aquel que sólo genera conocimiento nuevo. Por esa razón, algunos estiman que la inteligencia artificial sería realmente inteligente cuando pueda crear su propio conocimiento.<sup>26</sup>

Las primeras máquinas de inteligencia artificial sólo podían realizar una actividad específica, que era por la cual fueron programadas, y aun cuando tuviera que resolver un problema más fácil, no lo podían disipar pues no estaban programadas para ello. Así, por ejemplo, *Deeper Blue*, una súper computadora creada por IBM que era capaz de calcular 200 millones de posiciones en un juego de ajedrez por segundo, y que pudo vencer al campeón mundial, Gary Kasparov<sup>27</sup> en mayo de 1997, no era capaz de jugar a las damas pese a ser un juego mucho más sencillo.

Lo descrito anteriormente no ocurre en los humanos, los cuales pueden aprovechar lo conocido para situaciones complejas y resolver situaciones más simples, aún cuando sean totalmente diferentes.<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> Sobre el tema BBC NEWS (2017) y El País (2023).

<sup>23</sup> CHONG (2019), p. 5.

<sup>24</sup> MESEGUER Y LÓPEZ DE MÁNTARAS (2017), p. 7.

<sup>25</sup> ANDRÉS (2004), p. 8.

<sup>26</sup> ANDRÉS (2004), p. 24.

<sup>27</sup> ANDRÉS (2004), p. 9.

<sup>28</sup> MESEGUER Y LÓPEZ DE MÁNTARAS (2017), p. 10.

La inteligencia artificial en general se clasifica en dos tipos, la débil y la fuerte. La primera, o también conocida como inteligencia artificial estrecha, es la que sólo se centra en una actividad determinada, pero la ejecutan mejor que nosotros, siendo el objetivo relegarnos de actividades cotidianas y repetitivas. Por su parte, la inteligencia artificial fuerte, es el paso siguiente que los científicos quieren dar; una máquina que pueda realizar con éxito cualquier tarea intelectual. Es la que para este trabajo la denominaremos IA 2.0.

Por su puesto que la inteligencia artificial fuerte genera temor y preocupación. En el año 1965, el filósofo Hubert Dreyfus publicó un artículo donde señala que alcanzar esta inteligencia artificial, era tan inalcanzable como el de los alquimistas del siglo XVII, ya que nuestra inteligencia en gran medida la obtenemos mediante la interrelación con el mundo exterior a través de nuestros sentidos, lo que las máquinas no tienen.<sup>29</sup> Sin embargo, el pensamiento de Dreyfus cada vez tiene menos fuerza, ya que en la actualidad muchos robots en etapa experimental ya tienen interrelación con el mundo que lo rodea. En los años sesenta, investigadores de la Universidad John Hopkins construyeron un robot móvil que, mediante sonar y fotocélulas, podía moverse a lo largo de pasillos con paredes blancas, buscando enchufes de color oscuro a los cuales se enchufaba para recargar sus baterías.<sup>30</sup>

En 1980 el filósofo John Searle escribía que la inteligencia artificial, a diferencia de los humanos, no tienen intencionalidad y dió el siguiente ejemplo: un ordenador no puede saber que la secuencia de cinco letras J-O-V-E-N que se muestran en su pantalla se refiere a la propiedad de ser joven en el mundo real. Igualmente, no sabe que la secuencia de cuatro letras J-U-A-N se refiere a una persona concreta en el mundo real. Es decir, que una máquina no conoce el significado de los símbolos que manipula.<sup>31</sup> Por esa razón, el paso necesario de la inteligencia artificial es su interacción con el mundo exterior y aprender de ese mundo exterior.

Pero todavía falta más, los actuales robots todavía no “saben” lo que es el “sentido común”,<sup>32</sup> ese conocimiento que tenemos de las cosas, sin saber cómo lo adquirimos, sólo lo sabemos, siendo innecesaria su experimentación. Sin embargo, este problema no es difícil lograrlo, ya que, perfectamente, un robot en el futuro puede lograr obtener un preconocimiento de su entorno gracias a las experiencias anteriores de otros robots que, mediante redes conectadas, como internet, le traspasan este conocimiento.

Por último, debemos mencionar que no faltan voces que claman por que se detenga el avance de la IA, o al menos, se regule las consecuencias que dicha tecnología podría tener. El 31 de marzo del 2023, tras el pedido de más de 1000 profesionales de la tecnología para que se haga una pausa en el desarrollo de la inteligencia artificial, la UNESCO solicitó a sus países miembros la implementación inmediata de un marco ético global sobre esa materia. “El mundo necesita reglas éticas para la inteli-

---

<sup>29</sup> MESEGUER y LÓPEZ DE MÁNTARAS (2017), p. 67.

<sup>30</sup> MESEGUER y LÓPEZ DE MÁNTARAS (2017), p. 55.

<sup>31</sup> MESEGUER y LÓPEZ DE MÁNTARAS (2017), p. 65.

<sup>32</sup> MESEGUER y LÓPEZ DE MÁNTARAS (2017), p. 39.

gencia artificial, es el desafío de nuestro tiempo”, dijo Audrey Azoulay, directora general de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.<sup>33</sup> Estas palabras se hicieron realidad y el 21 de marzo del 2024 la asamblea general de la Naciones Unidas adopta una resolución para regular el campo de la IA<sup>34</sup> y, por su parte, la Unión Europea, el 21 de abril de 2021, promulga la ley de inteligencia artificial.<sup>35</sup>

En marzo de 2018<sup>36</sup> se presentó por el grupo Europeo de Ética de la Ciencia y de las Nuevas Tecnologías, la “Declaración sobre la Inteligencia Artificial, la Robótica y los Sistemas Autónomos”, donde efectuaron una declaración de principios éticos que deben poseer de base cualquier sistema robótico autónomo. En esta declaración, entre otros, se establecieron los siguientes principios: a) Dignidad Humana: que la máquina tenga la capacidad de “entender” su obligación al respeto del ser humano; b) Autonomía: el ser humano siempre deberá tener el control sobre los sistemas “autónomos”; c) Responsabilidad: los sistemas deben garantizar la seguridad de los usuarios, tanto física como mental; y d) Protección de datos: no deben divulgar datos que puedan perjudicar o dañar a las personas.

### 3. El futuro del trabajo

Hay consenso entre la dogmática que siempre, para el derecho del trabajo debe existir una persona natural que es la que realiza el trabajo, por eso en todas nuestras legislaciones se habla del trabajador como una persona sujeta o vinculada jurídicamente bajo ciertas características que en general son de dependencia y subordinación a otra persona. Sin embargo, a diferencia del trabajador, esta última persona, que se conoce con el nombre de empleador puede ser tanto una persona natural o una persona jurídica, pero lo que no existe duda es que el trabajador siempre será, para el derecho del trabajo, una persona natural.<sup>37</sup> De este modo claramente no existe una relación laboral cuando el trabajo es ejecutado por un animal o una máquina.<sup>38</sup>

Si bien es cierto que el derecho trabajo, que ha sufrido modificaciones y adaptaciones en el tiempo, se mantiene, en algunos aspectos, inalterable y uno de ellos se refiere al trabajador como ser humano. Así, una de las principales características del derecho del trabajo es la actividad humana ya sea física o intelectual pero no se concibe el derecho del trabajo en una actividad ejecutada por un ser distinto al ser humano.<sup>39</sup>

Sin embargo, esta clásica característica de la persona del trabajador debe ser remirada, en especial si consideramos que, en el futuro robots autónomos en las tomas de decisiones serán parte común en

---

<sup>33</sup> Mas información en INTER PRESS SERVICE (2023).

<sup>34</sup> Mas información en ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2024).

<sup>35</sup> COMISIÓN EUROPEA (2021).

<sup>36</sup> NÚÑEZ (2019), p. 45.

<sup>37</sup> LIZAMA y LIZAMA (2019), p. 8.

<sup>38</sup> WALKER y ARELLANO (2014), p. 35.

<sup>39</sup> CHAMORRO (2013), p. 21.

el trabajo. Algunos han planteado que dichas máquinas deben ser consideradas personas o no, con tratamiento y derechos equivalentes.<sup>40</sup> Esta reflexión se funda en que estaríamos frente a máquinas pensantes, que tomarían decisiones por sí mismas, ya que, querámoslo o no, estaremos destinados a compartir aun cuando cuestionemos hasta donde llegaría su autonomía.<sup>41</sup>

Por otro lado, también tenemos que hacernos cargo de la figura del empleador, ya que al otorgarse la facilidad que éste pueda ser una persona jurídica podría darse la situación que la potestad de mando sea ejercida por una inteligencia artificial ya que no existiría la misma limitación como es en el caso del trabajador, que sólo puede ser una persona natural. En la actualidad ya se utilizan plataformas digitales, en que las instrucciones sean dadas por algoritmos. Hasta el momento estos algoritmos se emplean para ayudar al empleador en la selección de los candidatos al puesto de trabajo, como por ejemplo *LinkedIn Talent Solutions*<sup>42</sup> o *Pymetrics*.<sup>43</sup>

#### **4. Accidente del trabajo provocado por un robot**

Otro problema que debe ser analizado, no siendo esta la ocasión en la profundidad que se requiere, son los aspectos previsionales que implica la implementación de robots en las fábricas, toda vez que por ellos no se cotiza, no se mueren, no se enferman y no sufren accidentes, entre otras contingencias.

Sin embargo, si me voy a referir a uno en especial, y que son los accidentes del trabajo.

Desde la Primera Revolución Industrial hasta nuestros días, las máquinas no son autónomas, por el contrario, siguen patrones de instrucciones predeterminados, de este modo, si una máquina produce un accidente del trabajo o a largo plazo, una enfermedad profesional, se debe a una mala mantención de esta o un error de fabricación, ya que si está hubiera funcionado correctamente no se hubiera producido el accidente.

Sin embargo, y como lo hemos desarrollado en las páginas anteriores, el camino que sigue en esta Cuarta Revolución Industrial es la autonomía de las máquinas, esto es, que se comporten en forma independiente del operador de la misma. Para lograr esto, se hace necesario que las máquinas interactúen con el entorno. Por ejemplo, hoy existen aspiradoras de hogar que, mediante sensores y memoria, se aprenden la rutina y camino que deben realizar para cumplir con su función, dándose cuenta de los obstáculos que pueden existir en la ruta que deben efectuar, esquivándolos sin problema.

Por otro lado, un sistema autónomo de inteligencia artificial procesa información millonésima de veces más rápido que el ser humano, lo que permite adaptarse mucho más rápido que nosotros al

---

<sup>40</sup> ANDRÉS (2004), p. 11.

<sup>41</sup> NÚÑEZ (2019), p. 12.

<sup>42</sup> Ver más en <https://business.linkedin.com/talent-solutions/recruiter>.

<sup>43</sup> Ver más en <https://www.pymetrics.ai/>.

entorno y resultan más eficaces en la toma de la mejor decisión. Sin embargo, esta supuesta ventaja, también es un peligro.

Las decisiones rápidas y autónomas tienen el defecto que se diluye el control sobre la misma. Esto hace que sea más difícil el control del empleador sobre dicha máquina, ya que tomará decisiones independientes, de modo que ni el diseñador, ni el constructor, y menos el dueño de esa máquina sabrá qué decisión puede adoptar frente a cambios del exterior al cual se ve enfrentado. En todo caso, tanto el diseñador como el constructor y en última instancia el que compró esa máquina, lo hicieron sabiendo que era autónomo.<sup>44</sup> De este modo, nos podemos encontrar ante del desafío de un accidente del trabajo provocado por un robot con la tecnología suficiente de adoptar decisiones autónomas de su programación.

Dicho lo anterior, tenemos el desafío de definir en primer lugar si el empresario es responsable de un accidente del trabajo provocado por un robot con IA 2.0.

Imaginemos el siguiente accidente, un robot con IA 2.0 tiene dentro de sus funciones exprimir naranjas, sin embargo, las naranjas deben ser vertida en el recipiente por un compañero de trabajo humano. El robot, cada vez que “ve” que se acerca la mano de su compañero de trabajo detiene los cuchillos que cortan y exprimen las naranjas, esto con el objeto de evitar un accidente. Sin embargo, un día toma la “*decisión*” de no detener los cuchillos, lo que provoca un accidente en la mano de su compañero. El robot no detiene los cuchillos porque falló, por el contrario, el robot está en perfecto funcionamiento, y conscientemente no detiene la acción y la toma la “*decisión*” de mantener en funcionamiento los cuchillos sabiendo lo que ocurrirá.

El accidente planteado anteriormente puede ser resuelto de dos maneras:

**a) Accidente provocado por robot exprimidor de naranjas con la legislación actual. ¿deberá responder el empleador por este accidente?**

Para este caso, el accidente se produce estando vigente el Código del Trabajo y ley N°16.744, por lo tanto, podremos demandar por su infracción del artículo 184 del Código del trabajo y buscar las indemnizaciones que nos permite el artículo 69 de la ley N°16.744.

La respuesta no es fácil, ya que el accidente no se produce por una falla del robot, por el contrario, el accidente se produce precisamente por el robot que fue diseñado para funcionar de manera autónoma.

Para este accidente, todas las teorías de responsabilidad parecieran no dar respuesta, ya que se basan en un actuar culposo o doloso por parte de empleador que lo obliga a reparar el daño, pero aquí no ocurre ese presupuesto, ya que todas las capacitaciones preventivas se realizaron, todas las mantenimientos del robot se efectuaron, en otras palabras, todo lo que exige el Código del Trabajo y la ley N°

---

<sup>44</sup> NÚÑEZ (2019), p. 13.

16.744, fue cumplido por nuestro empleador diligente.<sup>45</sup>

Frente a este escenario, tenemos dos opciones; o definitivamente concluir que, frente a un accidente de esta naturaleza, el empleador no responde, o buscar la interpretación que lo haga responsable.

La primera opción que tenemos es que el empleador no responde. Si tomamos dicho camino, nos debería forzar a buscar un responsable del daño producido al trabajador que sufrió el accidente en su mano. Si el empleador no responde, entonces podemos concluir que debería hacerlo el fabricante, ya que fue él quien vendió el robot con dichas características. Sin embargo, nos podemos enfrentar al siguiente problema, que el fabricante alegue la existencia de una incompatibilidad entre la *ratio* de las reglas tradicionales sobre la responsabilidad civil<sup>46</sup> y el hecho que el accidente no se debe a una falla de fabricación, operación o mantenimiento, el accidente se produce por una decisión autónoma, independiente a las dadas por el fabricante, es más, el accidente fue por la propia autonomía decisoria, de reflexión y de pensamiento del propio robot. Claramente, y bajo el supuesto dado, el régimen tradicional de responsabilidad civil está pensado para cuando el accidente que produce una máquina es por un defecto en su diseño o fabricación, pero no para cuando tiene su origen en circunstancias inesperadas fuera de control.

La otra alternativa que podríamos establecer es que este robot con IA 2.0, sea considerado un “*compañero de trabajo artificial*” o un “*humano artificial*”. Esto implica un cambio de paradigma de las relaciones laborales, ya que nuestro actual artículo 3 letra b) del Código del Trabajo establece que el trabajador debe ser humano.<sup>47</sup> El argumento para sostener lo anterior, viene del artículo 7 del mismo cuerpo legal, cuando señala que el trabajado debe ser ejecutado personalmente. Indudablemente, mantener dicha característica como un elemento de la esencia, para determinar la existencia de una relación laboral, es cosa de tiempo, ya que en algún momento tendrá que ser ampliada e incorporar a estos “*compañeros de trabajo artificial*”, los cuales, también van a desarrollar sus funciones personalmente, por lo que tal obligación contemplada en el artículo 7, queda superada.

Entonces intentemos resolver el problema otorgándole a este robot la calidad de “*compañero*”. Al respecto, la Superintendencia de Seguridad Social,<sup>48</sup> frente a la situación de una agresión física entre dos compañeros de trabajo, ha concluido que la víctima de una agresión se encuentra protegida por la cobertura de la ley N°16.744 siempre y cuando hubiese resultado lesionada en el ámbito de su quehacer laboral, como sería el caso del ejemplo que construimos.

El caso indicado por la Superintendencia de Seguridad Social nos puede dar luces para solucionar el problema que nos vemos enfrentado. En primer lugar, debemos atribuirle al robot la calidad de “*compañero*”; efectuado lo anterior, debemos concluir que el accidente se produce entre dos compañeros

---

45 BARAONA (2011), p. 148.

46 NÚÑEZ (2019), p. 19.

47 LIZAMA y LIZAMA (2019), p. 8.

48 SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2024).

de trabajo y por tanto calificarlo de accidente del trabajo.

Bajo este contexto, el empleador es responsable del accidente provocado por el robot con IA 2.0.

### **b) Accidente provocado por robot exprimidor de naranjas con legislación futura**

La historia ha demostrado que el derecho reacciona tardíamente a los problemas sociales, pero esta vez, vamos a tomar la iniciativa y trataremos resolver el problema mediante la existencia de una ley acorde a los nuevos tiempos donde compartimos el mundo laboral con robots inteligentes.

Al primer responsable que podríamos indicar sería el fabricante de robot con IA 2.0. Claramente, lo podríamos hacer responsable a él de toda “*decisión*” que adoptó el robot, aun cuando el accidente se produce por hechos que escapan a su control o al diseño original.

¿Como podemos hacer responsable al fabricante de algo que precisamente es la ventaja que tiene su producto?, es como que hoy en día hiciéramos responsable al fabricante de las aspiradoras robot por que aspiran muy bien el piso de nuestra casa.

Sin embargo, podríamos concluir que el fabricante sí cometió un “*error*”, el cual trae aparejado la consecuencia del accidente, y sería que al momento de fabricarlo no respetó las limitantes de las leyes de la robótica vigentes al momento de la construcción del robot.

En efecto, podemos establecer la obligación del fabricante basado en que todo robot con IA 2.0, tenga integrado en su “ADN” de programación, prohibiciones a todo evento, como las señaladas en los años 50 por Asimov,<sup>49</sup> o las indicadas por el grupo Europeo de Ética, la Ciencia y de las Nuevas Tecnologías, como por ejemplo la obligación de evitar cualquier accidente a un humano, sin importar a las decisiones que se ve enfrentado. Recordemos que estamos ante la situación de un robot que aprende de su entorno, modifica su toma de decisiones y tiene todo el conocimiento disponible en su base de datos, por lo que las acciones de ese robot están lejos del programa original. Por lo tanto, el fabricante deberá incorporar las bases de un sistema imposible de ser modificado, o como lo han propuesto algunos autores sería el “*principio de precaución*”,<sup>50</sup> de modo que a pesar de toda la autonomía que pueda te-

---

<sup>49</sup> Las leyes de la robótica de Isaac Asimov son un conjunto de reglas que él estableció en su obra de ciencia ficción para gobernar el comportamiento de los robots. Estas leyes aparecieron por primera vez en el relato “*Runaround*”, publicado en 1942, y posteriormente en muchas de sus otras obras.

Las tres leyes originales son las siguientes:

1. Un robot no puede dañar a un ser humano o, por inacción, permitir que un ser humano sufra daño.

2. Un robot debe obedecer las órdenes dadas por los seres humanos, excepto cuando tales órdenes entren en conflicto con la Primera Ley.

3. Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la Primera o la Segunda Ley.

Más adelante, Asimov añadió una cuarta ley, conocida como la “*Ley Cero*”:

Un robot no puede dañar a la humanidad, o, por inacción, permitir que la humanidad sufra daño.

Estas leyes fueron introducidas en el universo de Asimov como principios fundamentales para el diseño y el comportamiento de los robots, y han sido una influencia importante en la literatura de ciencia ficción y en la ética de la inteligencia artificial. ASIMOV (1942).

<sup>50</sup> NÚÑEZ (2019), p. 71.

ner el robot, deberá respetar ciertas restricciones básicas, ya que, si el robot provoca un accidente del trabajo, violando estas leyes, deberá responder el fabricante, ya que la máquina que construyó falló.

Sin embargo, la solución planteada, esto es de hacer responsable al empleador, puede tener consecuencias económicas. En efecto, estadísticamente hay más compradores de un producto que fabricantes de este. Es totalmente diferente hacer responder a una empresa que fabrica robot, que a la empresa que compra el robot, ya que siempre el número de fábricas será menor que el número de empresas que lo compra, lo que puede traer aparejado que el costo por cubrir el daño provocado por un accidente sea traspasado al precio final, lo que provocará un desincentivo ya sea en la fabricación o en la compra del mismo.

Las consideraciones anteriores, nos obligan a plantear otra solución legislativa, y que se viene planteando hace un tiempo.

La posibilidad de otorgarles a los robots personalidad jurídica, que la llamaremos “*persona no humana*”, con determinados atributos de la persona humana. Si bien esta idea, en un principio resulta no fácil de imaginar, debemos recordar la existencia de nuestras actuales personas jurídicas, que son simplemente una invención legislativa que en su momento se tuvieron que crear para fomentar la actividad económica. Hoy en día nadie cuestiona la existencia de las personas jurídicas como órganos ficticios sujeto de derechos y deberes. En todo caso, existe una gran diferencia, entre una persona jurídica, la cual por cierto no tiene existencia corpórea y no toma decisiones por sí misma, a un robot con IA 2.0, que, si tiene una existencia corpórea y si toma decisiones, e incluso hasta se podría conversar con él.<sup>51</sup>

Si tomamos como solución la posibilidad de otorgarle al robot una personalidad jurídica propia, podríamos también llegar a la conclusión de la existencia de un derecho propio para ellos,<sup>52</sup> y por lo tanto considerar que se podrían defender frente a la acusación de ser responsable del accidente del trabajo, hasta podría decir que lo hizo en legítima defensa o que, en su base de conocimientos, con acceso a toda la información de los sistemas, pudo “conocer” que ese trabajador había dañado a otros robots.

Aun cuando le otorguemos derechos y obligaciones como persona jurídica nos encontramos con la problemática que la reparación del daño se hace mediante la compensación económica y claramente el robot no tiene un patrimonio propio. Sin embargo, esta idea podría cambiar; así como estamos dotando de personalidad jurídica no humana a este robot, perfectamente podría tener un patrimonio propio, como lo tienen actualmente las personas jurídicas. El tema radica en quien tendría que formar este patrimonio y quien lo administraría. Respecto de la primera pregunta, debe ser su empleador quien deberá asumir el costo de construir este patrimonio propio, por lo que deberá sumar un costo más al proceso productivo, el cual siempre será más económico que la contratación de un humano. Y,

---

<sup>51</sup> Por ejemplo, <https://www.shortlyai.com/write>.

<sup>52</sup> CHÁVEZ (2020), p. 73.

en relación con quien administraría este patrimonio, podríamos ser un creado al efecto ya sea público o privado, es más, podría, de este fondo, cotizarse para un fondo estatal común.

### **c) Solución**

De las alternativas planteadas, pareciera que la existencia de la figura de la “*persona no humana*” puede ser una solución satisfactoria al caso planteado.

En primer lugar, se deja fuera al fabricante del robot, siempre y cuando el accidente no sea producido por un error en la fabricación, ya que, si el accidente se produce por este motivo, volvemos a las teorías clásicas de responsabilidad, que harán responsable al constructor de la máquina y eventualmente al propietario de esta por su falta de mantención. Recordemos que error de funcionamiento puede ser el no respetar aquellas restricciones implantadas en su fabricación y que deber ser respetadas por el robot a todo evento.

Pero sí el accidente fue provocado por una decisión de este robot con IA 2.0, siendo una decisión no reprochable desde el punto de vista de su fabricación y mantención, entonces la responsabilidad deberá recaer en el mismo y, como tiene existencia en el derecho a través de la “*persona no humana*”, se le puede hacer responsable del accidente y, por tanto, resarcir económicamente el daño provocado, mediante su patrimonio constituidos por los aportes del empleador.

## **III. CONCLUSIONES**

-La primera revolución industrial marcó el origen del derecho del trabajo como una necesidad para proteger a los trabajadores frente a las nuevas condiciones laborales derivadas de la industrialización. Las largas jornadas, los bajos salarios y la falta de protección llevaron a la creación de leyes laborales específicas.

-Al implementarse las tecnologías de la información y la comunicación (TICs), se introdujeron nuevas formas de trabajo, como el trabajo remoto y flexible, transformando aún más el ámbito laboral. La incorporación de estas tecnologías ha permitido una mayor flexibilidad en términos de horarios y lugares de trabajo, pero también ha planteado nuevos desafíos al derecho del trabajo.

-Actualmente, la cuarta revolución industrial, caracterizada por la integración masiva de tecnologías avanzadas como la IA, el *big data* y la robótica, está redefiniendo no solo los procesos productivos, sino también las relaciones laborales. La IA, en particular, plantea preguntas fundamentales sobre la naturaleza del trabajo y los derechos laborales, incluyendo la posibilidad de otorgar personalidad jurídica a los robots.

-Uno de los mayores desafíos será la regulación de las interacciones entre humanos y robots en el ámbito laboral. La posible extensión de derechos y responsabilidades a robots con inteligencia avanzada requiere un marco legal que contemple estas nuevas realidades. Además, la responsabilidad en

casos de accidentes laborales provocados por robots autónomos plantea la necesidad de revisiones legales significativas.

-Se debe evaluar la posibilidad de otorgar personalidad jurídica a los robots, lo que permitiría responsabilizarlos directamente por sus acciones y decisiones. Esta medida, aunque innovadora, podría representar un cambio de paradigma en la regulación del trabajo y en la forma en que entendemos las relaciones laborales.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2020): “El Digesto y su definición de libertad”, en: *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos* (núm. 42).
- ANDRÉS ARGENTE, Tirso (2002): *Homo Cybersapiens: la inteligencia artificial y la humana* (Navarra, Ediciones Universidad de Navarra).
- ARRUGA SEGURA, María (2020): *La transformación digital en las relaciones laborales y en la organización del trabajo* (Madrid, Wolters Kluwer).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2011): “La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: Dogmática y Jurisprudencia Chilenas”, en: Rodríguez, María y Barrientos, Francisca (editoras), *Responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales* (Santiago, Universidad de Los Andes).
- BBC NEWS (2017): “Me casé con un holograma: es difícil de entender, pero debería ser respetado”, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-48229491>.
- CHAMORRO CANTUDO, Miguel y RAMOS VÁSQUEZ, Isabel (2013): *Introducción jurídica a la historia de la relación del trabajo* (Madrid, Editorial Dykinson).
- CHÁVEZ VALDIVIA, Ana (2020): “No es solo un robot: consideraciones en torno a una nueva personalidad jurídica y el redimensionamiento de las relaciones interpersonales”, en: *Revista Ius et Praxis* (año 26 núm. 2).
- CHONG, Marisol (2019): *Robótica e inteligencia artificial* (Santa Fe, El Cid).
- CORTADA, James (2018): “Change and Continuity at IBM: Key Themes in Histories of IBM”, en: *Cambridge University Press* (vol. 92 núm. 1).
- CRISTANCHO GIRALDO, Laura (2022): “El concepto de trabajo: perspectiva histórica”, en: *Secuencia* (núm. 112).
- EL PAÍS (2023): “Alicia Framis, la artista que se casa con un holograma: esto es solo una avanzadilla de la sociedad del futuro”, disponible en: <https://elpais.com/cultura/2023-12-01/alicia-framis-la-artista-que-se-casa-con-un-holograma-esto-es-solo-una-avanzadilla-de-la-sociedad-del-futuro.html>.
- FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo (2018): “El futuro del Derecho del Trabajo. El impacto tecnológico y la cultura jurídica”, en: *Noticias CIELO* (vol. 9 núm. 2).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2022): “Utopia, Dystopia and Labor Law”, en: *Latin American Legal Studies* (vol. 10 núm. 2).

- HUMERES NOGUER, Héctor (2005): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 17ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. III: Derecho de la Seguridad Social.
- INTER PRESS SERVICE (2023): “La Unesco clama por ética urgente para la inteligencia artificial”, disponible en: <https://ipsnoticias.net/2023/03/la-unesco-clama-por-etica-urgente-para-la-inteligencia-artificial/>.
- JAEGER, Werner (1982): *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, 2ª edición (Madrid, Centros de Estudios Constitucionales).
- LEIVA SAJURIA, Carlos (2014): “La Agricultura y la Ciencia”, en: *Idesea* (vol. 32 núm. 3).
- LIZAMA PORTAL, Diego y LIZAMA CASTRO, Diego (2019): *Manual de Derecho individual del trabajo* (Santiago, DER Ediciones).
- MARTÍNEZ CORBILLON, Lourdes y FIGUERAS TEXIDOR, Raider (2022): “Revisión sobre Industria 4.0 en el contexto cubano”, en: *Retos de la Dirección* (vol. 16 núm. 2).
- MESEGUER GONZÁLEZ, Pedro y LÓPEZ DE MÁNTARAS BADIA, Ramón (2017): *Inteligencia artificial* (Madrid, CSIC).
- NÚÑEZ ZORRILLA, María del Carmen (2019): *Inteligencia artificial y responsabilidad civil: régimen jurídico de los daños causados por robots autónomos con inteligencia artificial* (Madrid, Editorial Reus).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2024): “La Asamblea general adopta una resolución histórica sobre la IA”, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2024/03/1528511>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2017): “Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo”, disponible en: <https://www.ilo.org/es/resource/comision-mundial-sobre-el-futuro-del-trabajo>.
- RAMELLA, Susana (2011): “La concepción antropológica del derecho del trabajo en el constitucionalismo social del siglo XX”, en: *Revista de Historia del Derecho* (núm. 42).
- RASO DELGUE, Juan (2016): “El Derecho del Trabajo como rama del Derecho y sus nuevas fronteras”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (vol. 7 núm. 13).
- SALAZAR GARCÍA, Idoia (2019): *La revolución de los robots: cómo la inteligencia artificial y la robótica afectan a nuestro futuro* (Gijón, Ediciones Trea).
- VILA DE PRADO, Roberto (2019): “Consecuencias económicas y sociales de la cuarta revolución industrial y estrategias pensadas para la adaptación de la actividad económica”, en: *Revista Aportes de la Comunicación* (núm. 26).
- WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO y ARELLANO ORTIZ, Pablo (2014): *Derecho de las relaciones laborales*, 2ª edición actualizada (Santiago, Editorial Librotecnia), t. I: Derecho Individual del Trabajo.
- WORLD HISTORY ENCYCLOPEDIA (2023): “La máquina de vapor de Watt”, disponible en: <https://www.world-history.org/trans/es/1-21774/la-maquina-de-vapor-de-watt/>.

### **Jurisprudencia citada**

SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2024): Oficio ordinario N°31309, de 27 de febrero de 2024.

### **Normas citadas**

Ley N° 16.744, establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de 01 de febrero de 1968.

Código del Trabajo, de 13 de julio de 2002.

# Sobre el cómputo del plazo y naturaleza de la presunción del artículo 18 de la Ley N° 18.287 para apelar en el procedimiento de policía local. Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de marzo de 2023, rol 296-2023

*About the computation of the term and nature of the presumption of article 18 of Law N° 18.287 to appeal in consumers procedure. Court of Appeals of Santiago, march 8 of 2023, case no. 296-2023*

**Eduardo Reveco Soto**

Universidad de Chile, Santiago, Chile.

Correo electrónico: ereveco@derecho.uchile.cl. <https://orcid.org/0009-0003-2320-1497>

Recibido el 31/07/2023

Aceptado el 11/03/2024

Publicado el 28/06/2024

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n44.07>

**RESUMEN:** Este comentario analiza una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago conociendo de un recurso de hecho deducido en contra de una resolución que denegó por extemporáneo un recurso de apelación en virtud del artículo 18 de la Ley N° 18.287. Al practicarse la notificación de la sentencia definitiva por carta certificada, la controversia se cen-

**ABSTRACT:** This commentary analyzes a judgment pronounced by the Court of Appeals of Santiago hearing an appeal of fact filed against a resolution that denied as untimely a resource of appeal under article 18 of Law N° 18.287. When the notification of the final sentence is carried out by registered letter, the controversy centers on unraveling the moment in which the term must be

tra en desentrañar el momento en que se debe computar el plazo y la naturaleza presunción para entender practicada la misma.

*computed and the nature of the presumption to understand that it has been carried out.*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho del consumidor, presunciones, presunciones legales, plazos, acción infraccional, Juzgados de Policía Local.

**KEY WORDS:** Consumer law, presumptions, conclusive presumption, terms, infraccional action, Local Court-houses.

## I. INTRODUCCIÓN

Resulta más común de lo que parece la denegación de recursos de apelación en el marco de procedimientos sustanciados ante juzgados de policía local cuando la notificación de la resolución apelada se practica mediante el envío de carta certificada. La razón es simple: la aplicación del inciso 3° del artículo 18 de la Ley N° 18.287 permite razonablemente estimar que un recurso ha sido deducido de forma extemporánea por haber transcurrido el plazo fijado legalmente.

Esto resulta de particular relevancia en los procedimientos sustanciados ante juzgados de policía local en que el sistema recursivo se encuentra muy limitado. En particular, el recurso de apelación procede sólo en contra de sentencias definitivas o resoluciones que hagan imposible la continuación del juicio, siempre que se deduzca en el término fatal e individual de cinco días, contados desde la notificación de la resolución respectiva<sup>1</sup> (ex artículo 32 de la Ley N° 18.287)<sup>2</sup> y el recurso de casación se encuentra expresamente excluido en estos procedimientos<sup>3</sup> (ex artículo 38 de la Ley N° 18.287).

Por ello, la notificación de una resolución y la interposición del posterior recurso de apelación exige a la parte obrar de forma conservadora y con premura para evitar una eventual declaración de extemporaneidad. La incertidumbre por resolver para aquella parte que decide recurrir es: ¿desde

---

<sup>1</sup> Esto se agrava en los procedimientos iniciados al amparo de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores en que se deducen pretensiones indemnizatorias al existir dos normas en contradicción o antinomia tras la reforma de la Ley N° 21.081 del año 2018: (i) por una parte, el artículo 50 G -contenido en el Párrafo 1° "Normas Generales"- que establece que las causas cuya cuantía, de acuerdo al monto de lo pedido, no exceda 10 UTM se tramitarán como procedimientos de única instancia, por lo que todas las resoluciones que se dicten en él serán inapelables y (ii) por otra, el artículo 50 H -contenido en el Párrafo 2° "Del procedimiento ante los Juzgados de Policía Local"- que dispone que las causas cuya cuantía no exceda de 25 UTM se tramitarán como procedimientos de única instancia, por lo que todas las resoluciones que se dicten en él serán inapelables.

<sup>2</sup> La redacción de este artículo -en particular, la expresión "solo"- ha dado lugar a la interposición de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por estimar que la restricción recursiva no resultaría razonable ni fundada, sino arbitraria y contraria a estándares constitucionales (en particular, de los artículos 5°, 19 N°s 2° y 3° de la Constitución Política de la República, en línea con lo dispuesto en los artículos 8° y 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos). Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido vacilante, rechazando los requerimientos en ocasiones: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Itaú-Corpbanca S.A.* (2023); *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Itaú-Corpbanca S.A.* (2022a); *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Itaú-Corpbanca S.A.* (2022b) y, declarando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal en otros casos, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Alo Vental Ltda.* (2021) y *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Richard Burdiles Mohr* (2020).

<sup>3</sup> En la práctica judicial esto ha derivado en que el recurso de queja sea la vía predilecta para intentar desvirtuar las resoluciones pronunciadas por las Cortes de Apelaciones con el fin de que la Excma. Corte Suprema pueda declarar la existencia de falta o abuso grave por parte de los/as Ministros/as del tribunal de alzada.

cuándo se comienza a computar el plazo para recurrir en contra una resolución que se le notifica por carta certificada? El problema se suscita a raíz del tenor literal del inciso 3° del artículo 18 de la Ley N° 21.287 que establece que “*se entenderá practicada la notificación por carta certificada, al quinto día contado desde la fecha de su recepción por la oficina de Correos respectiva, lo que deberá constar en un Libro que, para tal efecto, deberá llevar el secretario*”.

En la práctica, para materializar la notificación por carta certificada pueden intervenir variadas oficinas de Correos en caso de que el notificado se encuentre en un domicilio cuya comuna no coincida con la del remitente. De verificarse esta situación, lógico es preguntarse cuál sería la “*oficina de Correos respectiva*” a la que alude la ley: (i) a la del remitente (cuando se deposita o ingresa la carta certificada) o (ii) a la del destinatario o notificado (cuando se recepciona la carta certificada en dicha oficina de correos). La distinción no es baladí precisamente por la fecha en que se entiende practicada la notificación que permitirá la interposición del recurso respectivo dentro de plazo legal.

Definido lo anterior, otra pregunta trascendental será determinar la naturaleza de la norma en análisis. Esto es, si constituye (i) una ficción legal, esto es, suponer existente o inexistente un hecho o una cosa que no es así, o trasladar las consecuencias jurídicas de un estado de cosas a otro diferente, como si fuesen iguales;<sup>4</sup> (ii) una presunción de derecho, es decir, presumir un hecho, dándolo por cierto a partir de ciertos antecedentes o circunstancias, sin admitir prueba en contrario;<sup>5</sup> o (iii) una presunción simplemente legal, consistente en presumir un hecho, dándolo por cierto a partir de ciertos antecedentes o circunstancias, pudiéndose “*probar la no existencia del hecho que legalmente se presume*”.<sup>6</sup>

La respuesta a la pregunta anterior permitirá delimitar la posibilidad de impugnación del notificado. Decantarnos por una u otra posibilidad permitirá asumir que, una vez contabilizado el plazo de cinco días para entender practicada la notificación, dicho plazo resulta inalterable e incontrarrestable, sin admitir cuestionamiento (entendiendo que su naturaleza jurídica sería una ficción o presunción de derecho) o si, por el contrario, dicho hecho puede ser desvirtuado en virtud de la prueba que se rinda al efecto por el notificado tendiente a determinar el momento cierto y exacto en que efectivamente tomo conocimiento de la resolución respectiva (entendiendo que su naturaleza jurídica sería una presunción simplemente legal).

La sentencia que se pretendemos analizar y criticar mediante este comentario responde a las interrogantes planteadas, decantándose la Corte de Apelaciones de Santiago por estimar (i) que la oficina de correos respectiva corresponde a la del remitente de la carta certificada y (ii) una vez contabilizados los cinco días hábiles desde el ingreso de la carta certificada en la oficina de correos del remitente, operaría una presunción de derecho que no admitiría prueba alguna en contrario. Fruto de lo ante-

---

<sup>4</sup> DEVIS (2022), p. 691.

<sup>5</sup> La doctrina comparada suele referirse a esta clase de presunción como “*presunciones legales absolutas*” o *iuris et de iure* con el fin de ilustrar que aquellas no permiten la destrucción de la presunción, sin que este permitido aportar prueba para desvirtuar el hecho presunto. En este sentido, ROSENBERG (2002), p. 248.

<sup>6</sup> Código Civil, de 1855, artículo 47 inciso tercero.

rior, se declaró la extemporaneidad de un recurso de apelación deducido por el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante, SERNAC) contra una sentencia definitiva notificada vía carta certificada.

## II. EL CASO

### A. Antecedentes fácticos del caso

Un consumidor dedujo un reclamo en contra de la empresa Easy al sufrir el robo de su automóvil en el estacionamiento habilitado para el uso de sus clientes en una de sus tiendas. La empresa reclamada, al responder a través de la plataforma de SERNAC, rechazó el reclamo aduciendo que no resultaba posible acceder a la petición del consumidor por existir una denuncia policial por los mismos hechos, los cuales se encontraban siendo investigados.

El SERNAC, al tomar conocimiento del reclamo a través de su plataforma, decidió interponer una acción en protección del interés general<sup>7</sup> en contra de la empresa Easy, solicitando sancionar a la proveedora por infracción al: i) artículo 3 letra d) de la LPDC<sup>8</sup> al no contar con estándares mínimos de seguridad ni contar con medidas mínimas para resguardar la seguridad de los consumidores, tales como cámaras y guardias de seguridad; ii) artículo 12 de la LPDC por no efectuar el resguardo efectivo del vehículo del consumidor en el estacionamiento de la demandada; y, iii) artículo 23 de la LPDC por no haber contemplado medios serios y capaces que permitieran resguardar efectivamente la seguridad del vehículo que impidieran su robo.

Tras declararse admisible la acción infraccional, el consumidor, obrando de forma individual y sin patrocinio de abogado, dedujo acción de indemnización de perjuicios en contra de Easy en el mismo juicio, solicitando el pago de \$6.550.000 por concepto de daño emergente, correspondiente al valor del vehículo robado conforme a factura que acompañó a su demanda.

En comparendo de conciliación, contestación y prueba, el consumidor y la empresa arribaron a avenimiento respecto de la acción indemnizatoria, en virtud del cual Easy se obligó a pagar un monto de \$5.550.000 y el consumidor hizo renuncia de todas sus acciones contra la empresa, lo cual fue aprobado por el juez de policía local. El SERNAC, sin embargo, solicitó que se siguiera el curso del procedimiento respecto a la acción infraccional.<sup>9</sup>

Tras rendirse toda la prueba de autos, consistente exclusivamente en prueba documental, el Juzgado de Policía Local de Peñalolén dictó sentencia definitiva en la causa, rechazando la acción infraccional

---

<sup>7</sup> Sin perjuicio de que es discutible que el SERNAC pueda iniciar una acción en protección del interés general en resguardo de la sociedad toda a raíz de un hecho que afecta a un consumidor particular (consumidor que experimentó el robo de su automóvil en dependencias de la proveedora), este análisis de jurisprudencia centrará su análisis crítico en los aspectos procesales de la sentencia pronunciada. Para un análisis crítico de las acciones en protección del interés general en la jurisprudencia, véase DE LA MAZA Y OJEDA (2017).

<sup>8</sup> Ley N°19.496, de 1997.

<sup>9</sup> Sobre la independencia de la acción infraccional respecto de la acción indemnizatoria, véase REVECO (2020) y PINOCHET (2011).

de SERNAC por no alcanzar la convicción de que el vehículo efectivamente fue estacionado y sustraído desde las dependencias del estacionamiento de la demandada, lo que impedía imputar la configuración de alguna infracción a la LPDC.

### **B. Antecedentes procesales del caso**

Cabe advertir que la sentencia definitiva fue dictada el 08 de noviembre de 2022. La notificación a ambas partes se decidió practicar por carta certificada, tal como lo habilita el artículo 18 de la Ley N° 18.287 por tratarse de una sentencia absolutoria. En particular, para notificar al SERNAC, la carta que contenía la copia íntegra de la sentencia fue ingresada el 5 de diciembre del mismo año en la oficina de Correos de Chile sucursal de Peñalolén, la que fue recepcionada el 13 de diciembre de 2022 en la oficina de la sucursal de Santiago, para ser entregada con esa misma fecha en el domicilio fijado en autos por la actora.

El SERNAC dedujo recurso de apelación contra la sentencia definitiva, presentándolo con fecha 19 de diciembre de 2022. El juez de policía local, conforme al mérito del proceso, decidió no dar lugar al recurso deducido por estimarlo extemporáneo en virtud del plazo de 5 días hábiles fatales contemplado en el artículo 32 de la Ley N° 18.827.

En virtud de la inadmisibilidad del recurso de apelación, el SERNAC recurrió ante la Corte de Apelaciones de Santiago interponiendo recurso de hecho en contra de la resolución del Juez de Policía Local de Peñalolén que decidió no dar lugar a su recurso de apelación contra la sentencia definitiva absolutoria.

Tras previo informe del juez *a quo*, la Corte de Apelaciones de Santiago decidió rechazar el recurso de hecho deducido por el SERNAC al advertir que la carta de notificación de la sentencia definitiva fue recepcionada en la oficina de correos el 5 de diciembre de 2022 y que el recurso de apelación fue interpuesto el 20 de diciembre del mismo año. Teniendo presente ambas fechas y recurriendo al tenor del inciso 3° del artículo 18 de la Ley N° 18.287 -esto es, que la notificación por carta certificada se entiende por practicada al quinto día contado desde la fecha de su recepción por la oficina de Correos respectiva-, la Corte concluyó que dicha norma “*contiene una presunción de derecho que no admite prueba en contrario*”, compartiendo así lo razonado por el juez *a quo* que declaró extemporáneo el recurso de apelación.

### **III. DE LA CARTA CERTIFICADA A LA NOTIFICACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA LEY N° 18.287**

Como punto de partida de este análisis, cabe advertir que una notificación,<sup>10</sup> en general, es una actuación judicial o administrativa cuyo objeto es poner en conocimiento de las partes una resolución

---

<sup>10</sup> La doctrina chilena ha conceptualizado a la notificación como aquel acto por el cual se hace saber a los litigantes o a sus procuradores o a los peritos o a los interesados en un juicio lo mandado o resuelto por el juez. Ella comprende toda actividad dirigida a poner algo en conocimiento de alguien. En este sentido, CAMIRUAGA (2004).

judicial o una actuación administrativa para que los interesados hagan valer sus derechos o la defensa de sus intereses en un asunto particular.<sup>11</sup>

El consentimiento del notificado no es un requisito para dotar de validez a una notificación. Ejemplo palpable de ello es la notificación mediante el envío de carta certificada al domicilio del notificado, en que el propio legislador estableció, de manera previa y explícita, una ficción legal con un momento objetivo específico para comprender que una resolución ha sido puesta en conocimiento del notificado.

En el marco de los procedimientos sustanciados ante los juzgados de policía local, la regla general en materia de notificaciones desde el año 1941 –a partir de la dictación de la Ley Nº 6.827– ha sido la carta certificada, la cual se entiende practicada al quinto día contado desde la fecha de su recepción por la oficina de Correos respectiva, lo que se hace constar en un libro que lleva especialmente al efecto el secretario del tribunal.

La excepción a esta regla general la constituyen los casos de: cancelación o suspensión de licencias para conducir; aquellas que imponen multas superiores a cinco unidades tributarias mensuales, y; las que regulan daños y perjuicios superiores a diez unidades tributarias mensuales, hipótesis en las cuales la notificación se debe practicar personalmente o por cédula. Asimismo, en el caso de una sentencia que imponga pena de prisión, esta deberá ser notificada personalmente.

La consagración de la carta certificada como medio de notificación general y supletorio en los procedimientos ante los Juzgados de Policía Local tuvo como fundamento la disminución de los costos económicos y el establecimiento de un sistema más dinámico en materia de notificaciones.

Sin embargo, a raíz de los inconvenientes prácticos derivados de la notificación por carta certificada<sup>12</sup> y de los costos asociados a ella,<sup>13</sup> en el año 2017 se instó por una iniciativa legal parlamentaria tendiente a modificar la carta certificada como regla general por la notificación por medios electrónicos en sede de policía local, al constituir un medio de comunicación más eficaz y certero.

La referida iniciativa derivó en la publicación de la Ley Nº 21.241 de 30 de junio de 2020 que modificó el artículo 18 de la Ley Nº 18.287, permitiendo que cualquiera de las partes pueda solicitar para sí una forma de notificación electrónica, la que el tribunal podrá aceptar si es apropiada para dicho fin y si,

---

<sup>11</sup> Sobre las notificaciones como un elemento esencial del principio de defensa procesal y garantía del debido proceso, véase EVANS (1986), p. 29; CEA (2004), p. 158 y COLOMBO (2006), p. 92.

<sup>12</sup> En el proyecto de ley que da nacimiento a la Ley Nº 21.241 (Boletín Nº 11476-07) se advertían las deficiencias prácticas de las cartas certificadas dado que *“la distribución postal no es todo lo eficiente que podría, de modo tal que, desde la recepción en la oficina de correos hasta su entrega, pasan mucho más de los cinco días que establece el artículo 18 para entender practicada la notificación. Asimismo, en muchos casos las cartas no son entregadas y se devuelven al Tribunal; sin embargo, durante el lapso de tiempo que media entre que ellas son entregadas en la oficina de Correos y devueltas al Tribunal, se han realizado diversos actos procesales válidos que han sido viciados toda vez que no han sido notificados válidamente”*.

<sup>13</sup> Tal como consta en la historia de la Ley Nº 21.241, el Presidente del Instituto Nacional de Jueces de Policía Local advirtió sobre los costos económicos que implicaba la notificación por carta certificada, considerando que el costo unitario por cada una era de \$880. Esto, en términos prácticos, implicaba que, si se cuantificaban los costos de la carta certificada en la Región Metropolitana, respecto a los ingresos por infracciones Tag y vías exclusivas, se arribaba a una cifra de \$9.570.116.160 en costos.

en su opinión, resulta suficientemente eficaz y no causa indefensión. A diferencia de la notificación por carta certificada (que se entiende practicada al quinto día), la notificación vía correo electrónico se entiende practicada a partir del momento mismo del envío.

Sin embargo, el propio artículo 18 dispone que esta forma de notificación es válida para todas las resoluciones judiciales, con excepción de: (i) la notificación de la demanda, querrela o denuncia, que debe practicarse personalmente; (ii) las sentencias que impongan multas superiores a 5 unidades tributarias mensuales, las que cancelen o suspendan licencias para conducir y las que establezcan daños y perjuicios superiores a 10 unidades tributarias mensuales, que deben notificarse personalmente o por cédula; y, (iii) la sentencia que imponga pena de prisión, que debe ser notificada personalmente al condenado.

En definitiva, desde junio del año 2020 a la fecha, los juzgados de policía local han ido paulatinamente instaurando la posibilidad de que las partes soliciten ser notificación por medios electrónicos como medio idóneo para poner en conocimiento las resoluciones libradas en los procedimientos de policía local. Como podremos advertir, su instauración constituye una solución idónea para paliar las deficiencias que se derivan de las notificaciones vía carta certificada.

Cabe hacer presente la particularidad del procedimiento para enfrentar los conflictos de protección al consumidor que ha sido advertido por la doctrina en virtud de *“la lógica infraccional identificada, una estructura normativa muy simple, concentrada, con una sola audiencia para la contestación, conciliación y prueba, y un régimen de valoración probatoria de sana crítica. Lo escueto de sus normas activa constantemente la necesidad de encontrar soluciones a sus vacíos y, con ello, recurrir a su supletoriada”*.<sup>14</sup> Asimismo, se ha considerado que *“no toda la normativa común resulta pertinente y útil de emplear en forma supletoria al procedimiento de tutela individual del consumidor, especialmente lo referido a temas de prueba, formalidades, oficialidad y otros”*.<sup>15</sup>

Sin embargo, es de público conocimiento que cada juzgado de policía local vive una realidad diversa en virtud la desigualdad de recursos con que dispone cada uno de ellos, lo que es consecuencia de su doble dependencia: del Poder Judicial en el plano jurisdiccional y disciplinario; y de la Municipalidad en lo económico.<sup>16</sup> La necesidad de otorgar una infraestructura moderna a los juzgados de policía local se hace imprescindible para implementar una medida tan básica e indispensable como la notificación electrónica para las partes. En la práctica, estos tribunales continúan trabajando con el antiguo expediente de papel, sin soportes digitales que respalden las actuaciones libradas en el proceso. En lo hechos, continúa resultando urgente la necesidad de digitalización y modernización para poder garantizar el acceso a la justicia.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> GARCÍA (2019), p. 203.

<sup>15</sup> CELEDÓN (2023), p. 775.

<sup>16</sup> Sobre el estatuto mixto al cual se encuentran sometidos los juzgados de policía local, véase PONCE DE LEÓN (2018), p. 17.

<sup>17</sup> En este sentido, véase ROA y REVECO (2023).

#### **IV. SOBRE LA EXPRESIÓN “RECEPCIÓN POR LA OFICINA DE CORREOS RESPECTIVA” PARA DETERMINAR LA FECHA EN QUE SE ENTIENDE PRACTICADA LA NOTIFICACIÓN POR CARTA CERTIFICADA Y CONTABILIZAR EL PLAZO PARA RECURRIR**

Una primera problemática para todo notificado por carta certificada es determinar desde cuando le comienza a correr el plazo para deducir un recurso. La entrega en el domicilio del notificado usualmente difiere de la fecha en que la carta es ingresada en la oficina de correos en que funciona el tribunal y también es recurrente que esta sea distinta del día en que es recepcionada en la oficina de correos correspondiente al domicilio del notificado.

El inciso 3° del artículo 18 de la Ley N° 18.287 dispone al efecto que la notificación por carta certificada se entiende practicada “*al quinto día contado desde la fecha de su recepción por la oficina de Correos respectiva*”.

En nuestro ordenamiento jurídico, existen otras normas que consagran una presunción idéntica a la establecida en el artículo 18 de la Ley N° 18.287. Por una parte, el inciso final del artículo 508 del Código del Trabajo, que indica que la Dirección del Trabajo puede practicar notificaciones por carta certificada, la cual “*se entenderá practicada al sexto día hábil contado desde la fecha de su recepción por la oficina de Correos respectiva, de lo que se dejará constancia por escrito*”; y, por otra, el inciso 2° del artículo 46 de la Ley N° 19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos, al expresar que “*las notificaciones por carta certificada se entenderán practicadas a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de Correos que corresponda*”.

Tal como ocurre en la Ley N° 18.287, tanto en el Código del Trabajo como en la Ley N° 19.880 se alude genéricamente a “*la oficina de Correos respectiva*” y a “*la oficina de Correos que corresponda*”, sin dotar de contenido a cuál sería tal oficina correspondiente. Ahora bien, cabe advertir que en los tres preceptos legales el legislador coincidentemente utilizó la expresión “*recepción*”.

El problema suscitado es idéntico en las tres hipótesis legales: un juzgado de policía local, la Dirección del Trabajo o un organismo en el marco de un procedimiento administrativo pueden ingresar una carta certificada en una comuna determinada para practicar una notificación a un sujeto que se encuentra geográficamente en otra comuna. En el lapso que media entre el ingreso de la carta en la oficina de correos de la comuna del remitente hasta su recepción en la oficina de correos del destinatario, e incluso hasta que la carta es recibida efectivamente en el domicilio del notificado, puede haber transcurrido una cantidad de tiempo considerable. Por ello, determinar la fecha en que se entiende practicada la notificación es elemental para que un sujeto pueda ejercer sus derechos dentro de plazo en contra de aquella resolución que le está siendo notificada.

Surge la duda de si la recepción de la carta en la oficina de correos “*respectiva*” -a partir de la cual se debe determinar el quinto día específico en que se entiende practicada la notificación- corresponde a: (i) la del domicilio del remitente (es decir, donde se deposita o ingresa la carta certificada); o (ii) la del domicilio del notificado (es decir, donde se debe materializar la entrega de la carta certificada).

La distinción no es baladí considerando los antecedentes de la sentencia en comento. La oficina de correos de Peñalolén (juzgado de policía local remitente de la carta certificada) difiere geográficamente de la oficina de correos de Santiago (destinatario de la carta certificada), por lo que la diferencia de días para entender practicada la notificación cobra relevancia para que el notificado pueda ejercer los recursos que le franquea la ley dentro de plazo.

En efecto, tal como consta de los antecedentes de la causa, al observar la ruta de seguimiento a la carta certificada enviada por el servicio de Correos de Chile, esta fue depositada el 5 de diciembre de 2022 en la oficina de correos de Peñalolén (domicilio del remitente), pero recién el 13 de diciembre de 2022 fue recepcionada en la oficina de correos de Santiago (domicilio del notificado). En los hechos, adherir a la tesis del domicilio del remitente, implicaría que el SERNAC se entendería notificado el 10 de diciembre de 2022 (quinto día hábil), pudiendo interponer su recurso de apelación hasta el 16 de diciembre de 2022. Por el contrario, adherir a la tesis del domicilio del notificado, implicaría que el SERNAC se entendería notificado el 19 de diciembre de 2022 (quinto día hábil), pudiendo deducir su recurso de apelación hasta el 24 de diciembre de 2022.

Como se puede advertir, desentrañar cuál es la “*oficina de Correos respectiva*” es de cardinal importancia para delimitar si el notificado ejerce sus derechos procesales dentro de plazo legal.

Nuestra Excma. Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la expresión “*oficina de Correos respectiva*” contenida en el artículo 508 del Código del Trabajo con el fin de desentrañar su sentido natural y obvio, estableciendo que el término “*recepción*” según el mismo diccionario se refiere a “*acción y efecto de recibir*”, lo que supone un envío previo, de manera que si el legislador hubiera querido establecer que el plazo se contaba desde que se entregaba la carta por la autoridad administrativa en la oficina de correos, habría usado otras palabras como “*depósito o ingreso*”.<sup>18</sup>

En el marco de este mismo fallo, nuestro máximo tribunal descartó la posibilidad de que considerar a la oficina del domicilio del notificado afectaría la seguridad para determinar la interposición de recursos considerando que “*es el ente administrativo quien emite la resolución y la comunica al afectado, teniendo a su mano todos los mecanismos para los efectos de conocer cuándo la resolución es recibida por la Oficina de Correos del domicilio del requerido, debiéndose tener, además, en consideración, que es éste quien tiene la posibilidad de accionar recursivamente frente a una resolución sancionatoria, de manera que es él quien debe tener un conocimiento cierto de lo que se lo comunica*”.<sup>19</sup>

En sentido idéntico, la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo de un recurso de protección en contra de la declaración de extemporaneidad de un recurso de reconsideración en contra de una multa impuesta por la Dirección del Trabajo, acogió la interpretación en favor del notificado, arguyendo que: “*Resulta evidente que, ante el atraso que pudiese existir en el traslado de las cartas certificadas de un lugar a otro en un extenso territorio, la mejor manera de asegurar el debido proceso*

---

<sup>18</sup> Constructora Convet Ltda. (2013).

<sup>19</sup> Constructora Convet Ltda. (2013).

*es que el plazo se cuente desde que la misiva llegue a la oficina de correos del domicilio del notificado y no desde que se deposite en la oficina correspondiente a la administración, la que puede encontrarse a miles de kilómetros de distancia”.*<sup>20</sup>

Aunque las sentencias anteriores refieran a la notificación expedida por un ente administrativo y no a un órgano jurisdiccional, dicho razonamiento es plenamente replicable pues los juzgados de policía local, en tanto órganos jurisdiccionales que tienen a su disposición los mecanismos idóneos para conocer cuando una resolución es recibida por la oficina de correos del domicilio de las partes, pues al depositar la carta en la oficina de correos se le entrega un número que permite hacer seguimiento sobre el estado de su envío. Precisamente por ello, la ley le mandata al secretario del tribunal a que deje constancia de tal hecho en un libro destinado para tal efecto.

Ahora bien, en lo que respecta al tenor del artículo 18 de la Ley N° 18.287, existe un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 2017 que concluyó que la oficina de correos respectiva a la que alude la ley debe interpretarse en beneficio del notificado en razón de que *“La recta y razonable inteligencia de esa norma conduce a afirmar que esta última oficina a que se refiere el legislador es la del lugar en que se sitúa el domicilio al cual la carta por ley debe ir dirigida y no el Tribunal que la despacha. Únicamente de esta forma se asegura de mejor manera que el notificado se imponga efectivamente de aquello que se le notifica, de modo que pueda ejercer sus derechos en tiempo oportuno”*.<sup>21</sup>

En virtud de lo expuesto, estimamos que acorde con la realidad práctica de los juzgados de policía local y, en particular de las oficinas de correos, las cuales se sitúan a kilómetros de distancia entre unas y otras, es razonable que el plazo se contabilice una vez que la carta se *“recepiona”* en la oficina del notificado y no cuando se *“deposita”* en la oficina del notificante. Una interpretación en contrario llevaría al absurdo de que una carta certificada llegue al domicilio del notificado estando vencido ya todo plazo para interponer los recursos pertinentes contra la resolución notificada, vulnerando así el derecho al debido proceso del notificado y destinatario de toda carta certificada.

No tan solo el tenor literal de la expresión *“recepción”* permite sostener que la oficina del domicilio del notificado es aquella que marca el hito para contabilizar el plazo para la interposición de ulteriores recursos, sino también las mismas disposiciones del artículo 18 de la Ley N° 18.287 al exigir que la carta certificada se adhiera al expediente en caso de ser devuelta por la oficina de correos por no haber podido ser entregada al destinatario. Dicho precepto no tendría eficacia alguna si el mero hecho de ingresar la carta certificada a una oficina de correos permitiría, transcurridos los cinco días, tener por notificado al destinatario de esta.

En línea con los argumentos anteriores, tratándose toda notificación de un acto esencial para resguardar el debido proceso destinado a asegurar las condiciones que permitan materializar la bilateralidad de la audiencia, en todo el proceso de seguimiento a una carta certificada se debe asegurar su

---

<sup>20</sup> Sociedad de Servicios Don Anestis Ltda. con Inspección Provincial de Trabajo de Valparaíso (2019).

<sup>21</sup> Comercial Duschprodukter Chile S.A. con Cuarto Juzgado de Policía Local de Santiago (2017).

entrega al destinatario -de lo contrario, tal como mandata la ley, esta debe ser devuelta al remitente-. Por ende, solo la efectiva recepción en la oficina de correos del notificado es aquella que permitirá desprender que el destinatario se encuentra en condiciones de tomar conocimiento del acto jurídico procesal.

Por lo expuesto, estimamos que la sentencia analizada yerra en considerar que el quinto día hábil para entender practicada la notificación se debe contabilizar desde el ingreso de la carta certificada en la oficina de correos de Peñalolén (remitente) y no cuando fue recepcionada en la oficina de correos de Santiago (destinataria). Siguiendo esta postura, ello nos lleva al absurdo de considerar que SERNAC disponía de solo dos días desde la entrega de la carta certificada para apelar o que incluso, de haber transcurrido más días para entregar la carta certificada, SERNAC derechamente habría recibido una sentencia inapelable con total independencia de los plazos de funcionamiento interno de las oficinas de correos.

#### **V. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESUNCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 18 DE LA LEY Nº 18.287 PARA ENTENDER PRACTICADA LA NOTIFICACIÓN POR CARTA CERTIFICADA**

Adhiriendo a la postura de que el hito basal para contabilizar los cinco días hábiles desde el cual se entiende practicada una notificación por carta certificada se produce una vez que la misma es recepcionada en la oficina de correos del destinatario, una segunda problemática que plantea la disposición legal en análisis es delimitar su naturaleza jurídica para comprender si el supuesto fáctico desprendido (quinto día hábil en que se entiende notificado al destinatario) admite cuestionamiento y prueba en contrario.

Como resulta posible advertir del tenor del artículo 18 de la Ley Nº 18.287, en este precepto el legislador asume como cierta una situación respecto de la cual no existe certeza -esto es, el momento en que el destinatario de una carta certificada toma conocimiento de su resolución y desde el cual se inicia el cómputo del plazo para recurrir contra ella-.

A partir de la expresión “*se entenderá*” del artículo 18 de la Ley Nº 18.287, se unen dos hechos: (i) un hecho cierto: la recepción de la carta certificada en un lugar (“*oficina de Correos respectiva*”) y fecha determinada; y (ii) un hecho desconocido que se da por supuesto: la fecha de la notificación, a partir de la cual se producen sus efectos; y que el legislador decide establecer de manera objetiva, mediante la determinación de una cantidad de días que se cuentan a partir de aquella.

Surge la duda de si el esclarecimiento del hecho desconocido es consecuencia de un proceso de deducción lógico a partir del hecho cierto y acreditable (como sería el caso de las presunciones conforme al artículo 47 del Código Civil) o, más bien, si la delimitación del hecho desconocido responde a una mera decisión legislativa o imperativa por razones de seguridad jurídica (en cuyo caso existiría una ficción).

Como ha señalado la doctrina, al analizar la similitud entre las presunciones de derecho y la ficción

-las cuales no admiten prueba alguna en contrario-, es posible advertir que *“la ficción, a diferencia de las presunciones, solo puede ser obra del legislador y consiste en suponer existente o inexistente un hecho o una cosa que no es así, o en trasladar las consecuencias jurídicas de un estado de cosas a otro diferente, como si fuesen iguales”*.<sup>22</sup> La ficción, en definitiva, impone una realidad jurídica con independencia de si esta se condice o no con la realidad.

En idéntico sentido la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago ha comparado las ficciones con las presunciones, concluyendo que *“ambas son reglas no verdaderas, pero difieren en el contenido, ya que en esta última, la ley asume por cierto algo que, en la realidad, puede ser verdadero y que, por ello, admite prueba en contrario; en cambio, en la ficción tal demostración no tiene cabida, desde que se trata de una situación creada por la ley con el objeto de obtener un determinado resultado práctico, es una verdad jurídica, que, en la realidad puede o no existir, o ser falsa; en el caso, precisar o dar certidumbre en cuanto a la data en que el administrado conoció determinada resolución o acto, para, de ese modo, generarle un derecho, esto es, la posibilidad de reclamar en contra de lo que le fue comunicado”*.<sup>23</sup>

Podría estimarse que el artículo 18 de la Ley Nº 18.287 ha intentado plasmar una situación jurídica inquebrantable e indiscutible con el fin de dotar de certeza jurídica para las partes, de manera que, contabilizado el plazo de los 5 días desde la recepción de la carta certificada en la oficina de Correos, no sería viable ningún cuestionamiento sobre la efectividad de la notificación (es decir, operaría una ficción jurídica). O, contrariamente, podríamos considerar que siempre será posible discutir y acreditar cuando se produjo el momento exacto en que se practicó la notificación al sujeto pasivo (es decir, existiría una presunción simplemente legal).

El artículo 18 de la Ley Nº 18.287, sin embargo, no pretende consagrar una invención o creación de un supuesto jurídico que no admita discusión alguna. Carecería de asidero una posición en dicho sentido considerando que las oficinas de correos se encuentran distribuidas a lo largo de todo el país y en el envío de las misivas para poner en conocimiento una resolución a su destinatario es muy probable que transcurra con creces el plazo de 5 días (para entender practicada la notificación) e incluso los 5 días adicionales (para deducir el respectivo recurso de apelación), lo que afectaría la garantía básica del derecho al debido proceso. Lo que el legislador busca, en definitiva, es que el notificado pueda tomar conocimiento cierto e íntegro de la resolución que se le remite vía carta certificada.

A modo ejemplar, nuestra Excma. Corte Suprema -dando aplicación a la presunción del artículo 46 de La Ley Nº 19.880- ha fallado que la notificación por carta certificada de un acto administrativo constituye una presunción simplemente legal que puede ser vencida en base al principio de realidad. Por ello, no podría entenderse notificado un acto administrativo cuya carta certificada que contenía la resolución fue devuelta por la oficina de correos.<sup>24</sup> Asimismo, se ha fallado que la notificación por carta certificada *“por tratarse de una presunción simplemente legal admite prueba en contrario, de*

---

<sup>22</sup> DEVIS (2002), p. 691.

<sup>23</sup> Soloverde S.A. con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Norte (2022).

<sup>24</sup> Lácteos San Ignacio Ltda. con Superintendencia del Medio Ambiente (2021).

manera tal que, si la carta certificada fue recepcionada por el destinatario después del tercer día, puede acreditar dicha circunstancia”.<sup>25</sup>

Más aún, centrándonos específicamente en la jurisprudencia emanada de las Cortes de Apelaciones conociendo de recursos de hecho ante la declaración de extemporaneidad de recursos de apelación fundada en el transcurso del plazo en que se habría practicado la notificación por carta certificada, se ha concluido consistentemente que el artículo 18 de la Ley Nº 18.287 consagra una presunción simplemente legal que puede ser suficientemente desvirtuada si el notificado logra acreditar de manera efectiva la oportunidad cierta en que tomó conocimiento de la resolución.<sup>26</sup>

Así, analizando la sentencia en comento, yerra la Corte de Apelaciones de Santiago al declarar que “teniendo presente que la norma antes particularizada contiene una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, no queda más que compartir lo razonado por el juez a quo, en el sentido que el recurso fue presentado en forma extemporánea”. Contrario a lo razonado, la norma consagra una presunción simplemente legal, de manera que el SERNAC perfectamente podía demostrar que el hecho desconocido que se da por supuesto (notificación y conocimiento de la resolución apelada) se produjo un momento diverso al que la ley previó, desvirtuando plenamente la presunción.

Como se puede apreciar, atendida la falta de certidumbre respecto de la fecha de entrega de la respectiva carta certificada una vez ingresada en la oficina de Correos del remitente, el legislador de-

<sup>25</sup> Asesoría Ambientales Nacionales con Superintendencia de Electricidad y Combustible (2015).

<sup>26</sup> En este sentido, véase (i) Servicio Nacional del Consumidor con Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago (2023), en cuya sentencia se concluye que “puede colegirse, conforme el documento referido en el párrafo anterior, que la denunciante en autos infraccionales ha logrado desvirtuar aquella presunción prevista en el artículo 18 de la ley que regula el ramo, resultando efectivo que el recurrente tomó conocimiento de la resolución apelada con fecha 3 de enero pasado, por lo que solo cabe concluir que la apelación denegada fue interpuesta dentro de plazo”; (ii) Servicio Nacional del Consumidor con Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago (2022), en la cual se consigna: “Que efectivamente el artículo 18 de la Ley Nº 18.287 contempla una presunción simplemente legal, que al parecer de esta Corte ha sido suficientemente desvirtuada con los documentos acompañados por la parte recurrente de hecho, de modo tal que su recurso de apelación fue deducido dentro de plazo dispuesto por la ley al efecto, desde el momento que la carta certificada que contenía la sentencia definitiva dispuesta notificar fue recibida por el Servicio Nacional del Consumidor el 19 de octubre último, por lo que su arbitrio presentado el día 24 de octubre de 2022, lo ha sido dentro de plazo”; (iii) Servicio Nacional del Consumidor con Primer Juzgado de Policía Local de Vitacura (2022), en la cual se establece: “Que, efectivamente el artículo 18 de la Ley Nº 18.287 contempla una presunción simplemente legal, la que, conforme a los antecedentes adjuntados por la recurrente, se encuentra suficientemente desvirtuada, de modo tal que su recurso de apelación aparece deducido dentro del plazo dispuesto por la ley al efecto, desde el momento que la carta certificada que contenía la sentencia definitiva dictada en estos antecedentes, fue recepcionada materialmente por el recurrente Servicio Nacional del Consumidor recién el 17 de agosto último, por lo que su arbitrio presentado el día 23 del mismo mes y año, lo ha sido dentro de término legal establecido al efecto”; (iv) Servicio Nacional del Consumidor con Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago (2022), que al respecto indica: “Que la norma previamente descrita contiene una regla para los efectos de determinar la fecha en que se entiende notificada una resolución por carta certificada, sin embargo, ello no tiene aplicación, cuando logra demostrarse de manera efectiva la oportunidad cierta en que el afectado con una resolución toma conocimiento de la misma. Así de acuerdo a los antecedentes aportado, consta que conforme al documento de seguimiento de correos de Chile aparece que la carta certificada remitida a la recurrente fue entregada el día 22 de octubre de 2021, y en el mismo sentido se ratifica dicho hecho, por el timbre de recepción del mismo día por el SERNAC”; (v) Servicio Nacional del Consumidor con Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago (2021), que advierte al efecto: “Que, lo dispuesto en el artículo 18 inciso 3 de la ley Nº 18.287, que según el informe determinó la dictación de la resolución a cuyo respecto ha sido interpuesto el presente recurso de hecho, corresponde a una presunción simplemente legal, que ha sido desvirtuada por el recurrente, teniendo presente que ha acompañado antecedentes que dan cuenta de la recepción de la carta certificada con fecha 11 de junio de 2021, por lo que la apelación de fecha 17 de junio de 2021, ha sido interpuesta dentro de plazo”; y (vi) Servicio Nacional del Consumidor con Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago (2018), que establece: “Que estos jueces advierten que el plazo dado por el legislador, contenido en el precepto legal analizado, establece una presunción simplemente legal que admite prueba en contrario. Por consiguiente, para efectos de saber si se dedujo la apelación dentro del plazo que establece la ley hay que analizar la prueba aportada por el recurrente, documentos de los cuales se advierte que efectivamente Correos de Chile le hizo entrega de la carta certificada que contenía la notificación de la sentencia el día 21 de septiembre de 2018”.

ció consagrar en el inciso 3° del artículo 18 de la Ley N° 18.287 una presunción simplemente legal, resultando perfectamente posible desvirtuar dicho indicio legal en la medida que se pueda demostrar y acreditar que la resolución fue entregada en una fecha específica a una persona determinada.

Más aún es el destinatario de la carta certificada quien debe tener conocimiento cierto de la resolución que se le intenta comunicar para recurrir oportunamente en contra de esta. Dicha circunstancia incierta solo puede adquirir fiabilidad cuando llega a manos del notificado pues con anterioridad es exclusivamente el remitente (en este caso, los juzgados de policía local) quienes tienen los mecanismos idóneos para conocer el tránsito que experimenta la carta certificada hasta que es ingresada en la oficina de correos del notificado para ser efectivamente entregada.

En la acreditación de esta circunstancia, el número de seguimiento de la carta certificada ingresada en la oficina de correos con su correspondiente historial de movimientos ha sido dotada por nuestra jurisprudencia del mérito suficiente para derrotar a la presunción simplemente legal.

Nuevamente, la notificación como una manifestación del debido proceso necesariamente refuerza el análisis argumentativo expuesto para considerar al artículo 18 de la Ley N° 18.287 como una presunción simplemente legal. En la medida que el notificado este en condiciones de acreditar cuando efectivamente recibió la resolución que se le practicó por carta certificada, no existe impedimento alguno para fijar dicho hecho como la circunstancia fehaciente a partir de la cual puede ejercer su derecho de defensa.

En la práctica, el artículo 18 de la Ley N° 18.287 constituye una norma de presunción simplemente legal, que puede ser derrotada probando que la carta certificada ha sido entregada en una fecha concreta. En el caso en comento este hecho habría ocurrido el mismo día en que la carta fue receptionada en la oficina de correos correspondiente al domicilio del SERNAC (13 de diciembre de 2022), por lo que no tendría aplicación la presunción de haberse notificado al quinto día por existir prueba concluyente en contrario. Luego, habiéndose deducido el recurso de apelación con fecha 19 de diciembre de 2022 -es decir, transcurridos los 5 días hábiles que fija la ley-, el recurso de apelación irremediamente se dedujo de forma extemporánea.

## **VI. CONCLUSIONES**

La sentencia analizada nos permite analizar críticamente las interrogantes que surgen a raíz de la notificación por carta certificada como medio idóneo para comunicar las resoluciones pronunciadas en los procedimientos sustanciados ante los juzgados de policía local. Si bien la Corte de Apelaciones de Santiago acertadamente declaró la extemporaneidad del recurso de apelación deducido en contra de la sentencia definitiva, sus fundamentos jurídicos ameritan ser revisados críticamente al ser manifiestamente erróneos.

A partir del análisis crítico desarrollado en este trabajo podemos arribar a las siguientes conclusiones:  
-La notificación por carta certificada en sede de policía local constituye la regla general y supletoria.

A partir de la dictación Ley N° 21.241 del año 2020, los juzgados de policía local paulatinamente han comenzado a instaurar la notificación por medios electrónicos, en reemplazo de esta vía de notificación, para poder comunicar de forma más expedita y sencilla las resoluciones judiciales a las partes. Si bien este cambio ha dependido de la realidad particular de cada juzgado de policía local, constituye un avance relevante para instar por la modernización y digitalización del procedimiento que continúa siendo completamente escrito.

-El inciso 3° del artículo 18 de la Ley N° 18.287 establece que la notificación por carta certificada se entenderá practicada al quinto día “contado desde la fecha de su recepción por la oficina de Correos respectiva”. Para determinar cuál es “la oficina de Correos respectiva” se puede adherir a dos interpretaciones distintas en consideración a: (i) cuando la carta se deposita en la oficina de correos del remitente o (ii) cuando la carta se recibe en la oficina de correos del notificado. Estimamos que esta última interpretación es la que se apega al tenor literal “recepción” que utiliza la ley y permite resguardar las garantías básicas del notificado -que carece de los medios idóneos para realizar seguimiento a la carta y conocer íntegramente el contenido de la resolución- y así poder ejercer su derecho al recurso oportunamente.

De forma errónea, en la sentencia analizada la Corte de Apelaciones de Santiago estimó que el plazo de cinco días se debe contabilizar desde el momento en que el juzgado de policía local ingresa la carta certificada en la oficina de Correos de su comuna, con total desinterés respecto de la situación del notificado, cuyo domicilio se encontraba en una comuna distante de la del remitente.

-El inciso 3° del artículo 18 de la Ley N° 18.287 consagra una presunción simplemente legal que puede ser desvirtuada en la medida que el notificado pueda acreditar que recibió la notificación en un momento cierto que difiere de la fecha presumida por la ley. Nuestra jurisprudencia ha admitido que el número de seguimiento de la carta certificada tiene el mérito suficiente para ilustrar el momento en que el notificado recibe la carta certificada, constituyendo un medio de prueba idóneo para derrotar a la presunción.

Equivocadamente, en la sentencia analizada la Corte de Apelaciones de Santiago estimó que el artículo 18 de la Ley N° 18.287 consagraría una presunción de derecho que no admitiría prueba en contrario, de manera que el mero ingreso de la carta certificada configuraría una situación jurídica irrefragable sobre la fecha en que se entiende practicada la notificación. De seguir esta interpretación podemos llegar al absurdo de validar la imposibilidad de apelar en caso de encontrarse vencido el plazo de cinco días una vez que la carta certificada es recibida efectivamente por el notificado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina citada**

- CAMIRUAGA CHURRUCA, José (2004): *De las notificaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).  
CEA EGAÑA, José (2004): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de

- Chile), t. II: Derechos, deberes y garantías.
- CELEDÓN BAEZA, Andrés (2023): “El interés individual del consumidor: concepto y procedimiento aplicable”, en: Isler, Erika y Fernández, Felipe (directores), *GPS Consumo. Guía Profesional* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- COLOMBO CAMPBELL, Juan (2006): “El debido proceso constitucional”, en: *Cuadernos del Tribunal Constitucional* (núm. 32).
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y OJEDA MONTOYA, Hugo (2017): “El interés general de los consumidores y su tutela en las decisiones de los tribunales superiores de justicia”, en: *Revista de Derecho Concepción* (vol. 85 núm. 242).
- DEVIS ECHANDIA, Hernando (2002): *Teoría general de la prueba judicial* (Bogotá, Temis).
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986): *Los derechos constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GARCÍA ODGERS, Ramón (2019): “El procedimiento individual de la Ley de protección de los derechos de los consumidores a partir de las modificaciones de la Ley N°21.081: otra pieza de un rompecabezas que no termina de encajar”, en: Contardo, Juan Ignacio, Fernández, Felipe y Fuentes, Claudio (coordinadores), *Litigación en materia de consumidores. Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* (Santiago, Thomson Reuters).
- PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra (2018): *Procedimientos contenciosos administrativos que conocen los Juzgados de Policía Local cuyas sentencias pueden ser revisadas por las Cortes de Apelaciones* (Santiago, DER Ediciones).
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2011): “¿Es necesaria la condena infraccional como requisito de procedencia a la indemnización de perjuicios regulada en la Ley 19.496 sobre protección del consumidor? Un error histórico”, en: *Estudios de Derecho Civil VII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, Thomson Reuters-Abeledo Perrot).
- REVECO SOTO, Eduardo (2020): “Tres controversias de la Ley n.º 19496 en un solo caso: la aplicabilidad a las micro o pequeñas empresas; la independencia de la acción infraccional de la acción indemnizatoria y el plazo de caducidad de la garantía legal”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 35).
- ROA RAMÍREZ, José y REVECO SOTO, Eduardo (2023): “Día Nacional de los Juzgados de Policía Local: La puerta de entrada a la justicia individual para los consumidores”, Columna de opinión en: *Estado Diario*, 08 de agosto de 2023. Disponible en: <https://estadodiario.com/columnas/dia-nacional-de-los-juzgados-de-policia-local-la-puerta-de-entrada-a-la-justicia-individual-para-los-consumidores/>.
- ROSENBERG, Leo (2002): *La carga de la prueba*, 2ª edición (Traducc. de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, B de f).

### **Normativa citada**

- Ley N° 6.827, organización y atribuciones de los juzgados de policía local, de 28 de febrero de 1941.
- Ley N° 18.287, establece procedimiento ante los juzgados de policía local, de 07 de febrero de 1984.
- Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, de 05 de diciembre de 1986.
- Ley N° 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, de 07 de marzo de 1997.
- Ley N° 21.081, que modifica la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, de 13 de septiembre de 2018.

Ley N° 21.241, que modifica la Ley N° 18.287, que establece procedimiento ante los juzgados de policía local, en materia de notificación de resoluciones, de 30 de junio de 2020.

### **Jurisprudencia citada**

- Constructora Convét Ltda. (2013): Corte Suprema, de 26 de noviembre de 2013, rol 6560-2013.
- Asesoría Ambientales Nacionales con Superintendencia de Electricidad y Combustible (2015): Corte Suprema, de 27 de mayo de 2015, rol 6218-2015.
- Comercial Duschprodukte Chile S.A. con Cuarto Juzgado de Policía Local de Santiago (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, de 01 de marzo de 2017, rol Policía Local-1938-2016.
- Servicio Nacional del Consumidor con Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, de 12 de diciembre de 2018, rol Policía Local-2683-2018.
- Sociedad de Servicios Don Anestis Ltda. con Inspección Provincial de Trabajo de Valparaíso (2019): Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 30 de octubre de 2019, rol Protección-6560-2019.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Richard Burdiles Mohr (2020): Tribunal Constitucional, de 14 de mayo de 2020, rol 7.920-2019-INA.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Alo Vental Ltda. (2021): Tribunal Constitucional, de 17 de marzo de 2022, rol 11.363-2021-INA.
- Lácteos San Ignacio Ltda. con Superintendencia del Medio Ambiente (2021): Corte Suprema, de 4 de agosto de 2021, rol 7023-2021.
- Servicio Nacional del Consumidor con Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, de 29 de septiembre de 2021, rol Policía Local-1806-2021.
- Servicio Nacional del Consumidor con Easy Retail S.A. (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, de 8 de marzo de 2023, rol Policía Local-296-2023.
- Servicio Nacional del Consumidor con Easy Retail S.A. (2022): Juzgado de Policía Local de Peñalolén, de 26 de diciembre de 2022, rol 30.287-2019.
- Servicio Nacional del Consumidor con Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de diciembre de 2022, rol Policía Local-2360-2022.
- Servicio Nacional del Consumidor con Primer Juzgado de Policía Local de Vitacura (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, de 16 de noviembre de 2022, rol Policía Local-1858-2022.
- Servicio Nacional del Consumidor con Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, de 26 de enero de 2022, rol Policía Local-3053-2021.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Itaú-Corpbanca S.A. (2022a): Tribunal Constitucional, de 17 de noviembre de 2022, rol 12.695-2021-INA.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Itaú-Corpbanca S.A. (2022b): Tribunal Constitucional, de 17 de noviembre de 2022, rol 12.705-2021-INA.
- Soloverde S.A. con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Norte (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, de 27 de septiembre de 2022, rol Laboral Cobranza-681-2022.
- Servicio Nacional del Consumidor con Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago (2023): Corte de Apelaciones de Santiago, de 15 de marzo de 2023, rol Policía Local-382-2023.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Itaú-Corpbanca S.A. (2023): Tribunal Constitucional, de 13 de julio de 2023, rol 13.105-2023-INA.

# Comentario de jurisprudencia: efectos de la aprobación del acuerdo de reorganización respecto del acreedor garantizado con cauciones personales que votó en contra de la propuesta de acuerdo. Notas a propósito de dos sentencias recientes\*

*Jurisprudent commentary: effects of the approval of the reorganization agreement regarding the secured creditor with personal cautions who voted against the proposed agreement. Notes regarding two recent judgments*

**Mauricio Ortiz Solorza**

Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción, Chile.  
Correo electrónico: mauricio.ortiz@ucsc.cl. <https://orcid.org/0009-0006-6617-1111>

Recibido el 20/12/2022

Aceptado el 28/03/2024

Publicado el 29/06/2024

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n44.08>

---

\* Comentario cuenta con la colaboración del abogado Nicolás Oliva Leal, ex alumno ayudante en Derecho comercial, Facultad de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción.

**RESUMEN:** El presente trabajo está dedicado a comentar críticamente dos sentencias, relativamente recientes, dictadas por la Primera Sala de la Excm. Corte Suprema, sobre los efectos que produce la aprobación del acuerdo de reorganización respecto del acreedor garantizado con cauciones personales que votó en contra de la propuesta de acuerdo. Lo anterior resulta de especial interés, atendida la omisión del legislador en relación a los efectos que se producen respecto del acreedor garantizado que, manifestando su voto, lo hace en contra de la propuesta de acuerdo de reorganización.

**PALABRAS CLAVE:** Acuerdo de reorganización, derecho concursal, codeudor solidario, garantía personal.

**ABSTRACT:** This work is dedicated to critically commenting on two relatively recent rulings issued by the First Chamber of the Supreme Court, on the effects produced by the approval of the reorganization agreement with respect to the secured creditor with personal sureties who voted against the proposed agreement. The above is of special interest, given the omission of the legislator in relation to the effects that occur with respect to the secured creditor who, expressing his vote, does so against the proposed reorganization agreement.

**KEY WORDS:** Reorganization agreement, bankruptcy law, solidarity co-debtor, personal guarantee.

## I. LAS SENTENCIAS

### A. Generalidades

Las sentencias que se comentan son dos fallos recientes dictados por la Excm. Corte Suprema, de fecha 23 de septiembre de 2020 (Rol N° 9746-2019)<sup>1</sup> y 30 de marzo de 2021 (Rol N° 24137-2019)<sup>2</sup> que tienen relevancia por la interpretación dada a algunos preceptos de la legislación concursal en actual vigencia.<sup>3</sup> En ambos procesos se discutió sobre los efectos que se despliegan en caso de que un acreedor garantizado con una caución personal (fianza y codeudoría solidaria en el primer caso; aval y codeudor solidario en el segundo) concurra a la Junta de Acreedores llamada a conocer y pronunciarse sobre la propuesta de acuerdo, y manifieste su voto en contra del acuerdo de reorganización.

### B. Sentencia de 23 de septiembre de 2020

#### 1. Hechos del pleito

Servicios Financieros Factor Plus S.A. (en adelante, el cesionario o el factor) y Allpa Operaciones

<sup>1</sup> *Servicios Financieros Factor Plus S.A. con Allpa Operaciones Mineras S.A.*, Zúñiga Serrano Manuel, Cifuentes Vargas Julio (2020). Recurso de casación en el fondo (rechazado), pronunciada por la Primera Sala, integrada por los ministros Sr. Guillermo Silva G., Sra. Rosa María Maggi D., Sra. Rosa Egnem S. (redactora) y por los abogados integrantes Sr. Daniel Peñailillo A., y Sr. Rafael Gómez B.

<sup>2</sup> *nmobiliaria e Inversiones Maquehua limitada con Reyes Vera Claudio* (2021). Recurso de casación en el fondo (acogido), pronunciada por la Primera Sala, integrada por los ministros Sra. Rosa Egnem S., Sr. Arturo Prado P. (voto en contra), Sr. Juan Manuel Muñoz P. (redactor) y por los abogados integrantes Sr. Diego Munita L. y Sr. Rafael Gómez B.

<sup>3</sup> Ley N° 20.720, de 2014.

Míneras S.A. (en adelante, el cedente) celebraron un contrato de *factoring*. En dicho contrato, el primero adoptó la posición de factor o cesionario, adquiriendo los créditos cedidos por el segundo; mientras que, este último, asumió el carácter de cedente o factoreado en la operación que supone el contrato de factoraje (*factoring*), cediendo al factor los créditos que tiene en contra de sus deudores.

En dicho contrato se pactó que todas las cesiones serían efectuadas con responsabilidad del cedente, garantizando éste la solvencia presente y futura de los deudores de aquellos derechos cedidos al factor, respondiendo también por la falta de pago de los créditos por cualquier causa. Además, comparecieron a ese contrato, en calidad de fiadores y codeudores solidarios, el representante legal de la cedente y un tercero (en adelante, el tercero garante), caucionando las obligaciones contraídas por los deudores de los derechos cedidos a consecuencia de la operación del factoraje.

Durante la ejecución de aquel contrato, el cedente cedió al factor dos facturas correspondientes a créditos que el primero tenía en contra de Pampa Camarones SpA (en adelante, el deudor cedido), por un monto de 267 millones de pesos aproximadamente.

Este deudor cedido cayó en insolvencia y se sometió a un procedimiento concursal de reorganización, en el que el factor verificó el crédito en virtud de las dos facturas que adquirió de la cedente, con ocasión del contrato de factoraje. En la votación de la propuesta de acuerdo de la reorganización del deudor cedido, el factor o cesionario votó en contra del acuerdo, el cual, sin embargo, fue finalmente aprobado por la mayoría de los acreedores. En virtud del acuerdo de reorganización aprobado, el factor recibió un pago de 72 millones de pesos aproximadamente, quedando el saldo restante sujeto a un plazo.

En forma paralela, el factor inició un juicio ejecutivo en contra de la cedente y de los dos fiadores y codeudores solidarios. Sin embargo, en lo que interesa al comentario, el factor ejecutante retiró la demanda en contra de la cedente por haberse sometido ésta a un procedimiento concursal de reorganización. Además, respecto del representante legal de la cedente –demandado en su calidad de fiador y codeudor solidario– la tramitación del juicio ejecutivo se suspendió, por haberse sometido éste a un procedimiento concursal de liquidación.

En consecuencia, el juicio ejecutivo finalmente se siguió únicamente en contra del tercero garante, en su calidad de fiador y codeudor solidario.

En este juicio ejecutivo –y en lo que interesa a este comentario– el tercero garante se opuso a la ejecución, alegando la excepción de pago y la de concesión de esperas o prórroga del plazo, fundado en el acuerdo de reorganización aprobado que se adoptó respecto del deudor cedido, y, especialmente, en el hecho que, en cumplimiento de dicho acuerdo, el factor había recibido un pago parcial de la deuda y, además, el saldo quedó sujeto al vencimiento de plazos para su cobro.

El tribunal de primera instancia acogió parcialmente la excepción de pago, ordenando proseguir la ejecución por el saldo, rechazando todas las demás excepciones, impugnándola el ejecutado median-

te un recurso de apelación, en base a los mismos argumentos, siendo confirmada dicha sentencia por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

En contra de la sentencia de segunda instancia, el tercero garante interpuso un recurso de casación en el fondo, alegando como primer error de derecho, la infracción del artículo 464 N° 9, 10 y 11 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 2343 y 2344 del Código Civil y con el artículo 95 N° 4 de la Ley N° 20.720; y, como segundo error de derecho, reclamó infringidos el artículo 464 N° 5 del Código adjetivo y el artículo 95 N° 4 de la ley concursal. Por defectos formales, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación, sin embargo, no eludió las cuestiones alegadas por el tercero garante, haciéndose cargo de todas ellas en su sentencia, especialmente en lo relativo a los efectos que corresponde reconocer al acuerdo de reorganización judicial aprobado respecto del deudor cedido, concurso en el cual el factor o cesionario ejecutante verificó un crédito que tiene el mismo origen de aquel en que fundó la ejecución.

## **2. Consideraciones relevantes de la sentencia de 2020**

En la parte que nos interesa, la sentencia de 2020, la Primera Sala del Máximo Tribunal estimó que el Acuerdo de Reorganización le era aplicable al acreedor ejecutante, pese a votar en contra de la propuesta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley N° 20.720. En este sentido, la Corte consideró: *“Que en la especie no fue controvertido que en el procedimiento concursal seguido contra la sociedad Pampa Camarones SpA, la actual ejecutante Factor Plus S.A. votó en contra de la propuesta de acuerdo de reorganización judicial y que, no obstante, se hizo aplicable a todos los acreedores, incluida, entre otros, la propia disidente. Y no podía ser de otra manera, pues el artículo 91 de la Ley N° 20.720 estatuye que “El Acuerdo, debidamente aprobado, obliga al Deudor y a todos los acreedores de cada clase o categoría de éste, hayan o no concurrido a la Junta que lo acuerde, sin distinguir si los acreedores prestaron su asentimiento o se resistieron a la propuesta”.* (Considerando 9°).

Luego, añade que *“no es posible concluir, como sugiere quien recurre, que el acreedor haya renunciado a perseguir al fiador y codeudor solidario para la satisfacción de su acreencia o que esa obligación de garantía deba entenderse modificada en los términos previstos en el mencionado acuerdo de reorganización judicial”.* (Considerando 11°).

## **C. Sentencia de 30 de marzo de 2021**

### **1. Hechos del pleito**

Maquehua Limitada (en adelante, el acreedor) interpuso ante el 3<sup>er</sup> Juzgado Civil de La Serena (Rol C-434-2018) una demanda ejecutiva en contra de Santa Ema Limitada (en adelante, el deudor principal) y de Claudio Reyes, este último en su calidad de aval y codeudor solidario (en adelante, el tercero garante), solicitando el cobro de un pagaré por la suma de ciento ochenta millones de pesos aproximadamente. Ninguno de los demandados se opuso oportunamente a la demanda ejecutiva.

Sin embargo, con posterioridad, el deudor principal comparece al juicio ejecutivo solicitando su

terminación y el alzamiento de los embargos, fundado en la circunstancia de haberse aprobado un Acuerdo de Reorganización en un procedimiento concursal en el cual tenía la calidad de empresa deudora, habiendo el acreedor ejecutante verificado créditos en dicho concurso, votando en contra del acuerdo aprobado.

El acreedor ejecutante, evacuando el traslado conferido al respecto, y en lo que aquí interesa, alegó que los efectos del acuerdo de reorganización no se extienden al avalista y codeudor solidario (al tercero garante).

La sentencia de primera instancia acogió el incidente formulado por el deudor principal, poniendo término a la ejecución, fundando su fallo en el hecho que el acreedor ejecutante participó en el procedimiento concursal de reorganización, votando expresamente en contra del acuerdo en la categoría de valista, sin haber hecho uso del derecho que le franquea el artículo 95 N° 4, letra b) de la Ley N° 20.720, por lo que necesariamente debe atenderse a lo dispuesto en la letra a) del mismo numeral y precepto.

En contra de dicha decisión el acreedor interpuso un recurso de apelación, siendo confirmado el fallo del tribunal A Quo por la Itma. Corte de Apelaciones de la Serena.

Frente a la sentencia de alzada, el acreedor interpuso un recurso de casación en el fondo, alegando como error de derecho una errada interpretación del artículo 95 N° 4 de la Ley N° 20.720 en relación con los artículos 19 inciso 2°, 22 y 24 del Código Civil.

La Primera Sala de la Corte Suprema, por mayoría, acogió el recurso de casación en el fondo, y, en la sentencia de reemplazo, se confirmó la resolución recurrida con declaración, en el sentido que se acoge el incidente únicamente respecto del deudor principal, debiendo seguir adelante el procedimiento ejecutivo respecto del tercero garante, en su condición de avalista y codeudor solidario.

## **2. Consideraciones relevantes de la sentencia de 2021**

En primer lugar, en el fallo de casación, la Corte sostiene que: “(...) el artículo 95 N° 4 de la Ley N° 20.720 no prevé expresamente la hipótesis en que el acreedor concurre a la Junta de Acreedores y vota en contra del Acuerdo de Reorganización (...)” (Considerando 10°).

*“Que, en el caso que nos ocupa es un hecho del proceso que el acreedor votó en contra del Acuerdo de Reorganización, es decir, manifestó su voluntad de rechazo a la propuesta, de lo cual se sigue su disconformidad y desconfianza en la recuperación de su crédito en la reorganización. Así entonces, desde una perspectiva propositiva, lo primero que ha de señalarse es que la decisión de votar contra el Acuerdo no puede asimilarse a votar a favor del mismo, pues ambos postulados son antagónicos. Dicho de otra manera, ambas decisiones posibles –votar en contra o a favor– son incompatibles e irreconciliables entre sí, lo cual lleva a descartar de plano que la manifestación de votar contra el Acuerdo de Reorganización pueda ser asimilable a aquella de votar a favor, y, consecuentemente entonces, no es posible encuadrar*

la conducta del acreedor que vota contra el Acuerdo dentro de la hipótesis de la letra a) del artículo 95 N° 4 de la Ley N° 20.720.” (Considerando 12°).

Además, el máximo tribunal, para reafirmar su posición, acude al elemento histórico de interpretación de las leyes, con remisión a lo expresado por la entonces Superintendente de Quiebras, doña Josefina Montenegro, en su intervención con motivo del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en el Segundo Trámite Constitucional ante la Cámara de Diputados (considerando 14°) y a la solución dada en la derogada Ley de Quiebras en sus artículos 179 y 193 (considerando 15°). El fallo de casación fue acordado con el voto en contra del Ministro Sr. Arturo Prado, al que aludiremos en el comentario.

## II. COMENTARIO

### A. Sobre los procedimientos concursales de reorganización judicial de empresas y de renegociación de personas

Nuestra legislación concursal vigente, dependiendo de la calificación del deudor como empresa deudora o como persona deudora, distingue dos clases de procedimientos concursales: el de reorganización de empresa deudora (que puede ser judicial o extrajudicial), reglamentado en el Capítulo III de la Ley N° 20.720 (artículos 54 a 114); y el de renegociación de la persona deudora regulado en el Título 1 del Capítulo V de la Ley N° 20.720 (artículos 260 a 272).<sup>4</sup> Tratándose de la empresa deudora, la reorganización está destinada a reestructurar sus pasivos y activos, obteniendo la remisión, novación o repactación de las obligaciones mediante la aprobación del acuerdo de reorganización (artículos 1, 60 y 93, y además, numerales 1 y 2 del artículo 2, todos de la Ley N° 20.720); y, tratándose de la persona deudora, el procedimiento pertinente tiene por objeto repactar, novar o remitir los pasivos de una persona mediante la adopción del acuerdo de renegociación (artículos 1, 266 inciso final y 268 inciso final de la Ley N° 20.720). En ambos procedimientos, como señala un autor, “*se propone atacar el problema de la insolvencia empresarial y personal permitiendo el salvataje de las empresas y personas en crisis económico-financiera*”<sup>5</sup> mediante la votación y aprobación del acuerdo de reorganización o de renegociación por parte de los acreedores del deudor, según corresponda.

En lo que interesa a este comentario, en ambas clases de procedimiento, el legislador reglamentó – aunque en forma diferenciada – los efectos que los respectivos acuerdos provocan sobre los créditos de los acreedores, y, muy especialmente, la situación de los créditos garantizados por terceros mediante cauciones personales.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Además, debe mencionarse la existencia de un procedimiento de reorganización (paraconcursal o preconcursal) para las micro y pequeñas empresas, reglamentado en el Artículo Undécimo de la Ley N° 20.416, de 2010. Sobre el particular, puede consultarse RUZ (2017), pp. 179-195 y JEQUIER (2019), pp. 328-360.

<sup>5</sup> RUZ (2017), p. 161.

<sup>6</sup> Las cauciones personales suponen que un acreedor dispone del patrimonio de un tercero, distinto al deudor principal, para garantizar el pago de su acreencia, asegurando aquel tercero el cumplimiento de una obligación ajena. En este sentido, mediante esta clase de cauciones el acreedor busca aumentar el número de patrimonios sobre el cual hacer efectivo su derecho de prenda

Por un lado, el artículo 95 N° 4 de la Ley N° 20.720, establece que, si el acreedor valista (que tiene asegurado su crédito mediante cauciones personales) vota a favor del acuerdo de reorganización, se sujetará a sus términos y modalidades y no podrá cobrar su crédito en términos distintos a los estipulados; en cambio, si manifiesta su intención de no votar o no asiste a la Junta de Acreedores llamada a pronunciarse sobre la propuesta de acuerdo, su crédito no es considerado en el pasivo y podrá cobrar su derecho personal en el patrimonio de los terceros garantes (fiadores, codeudores solidarios, avalistas) en los términos originalmente pactados. Como se advertirá, en el ámbito de la reorganización, nada dijo el legislador sobre la situación del acreedor que vota contra el acuerdo.

Por otro lado, tratándose del acuerdo de renegociación –que debe ser adoptado en la audiencia del mismo nombre– el inciso 4° del artículo 266 de la Ley N° 20.720, reglamentando la situación de los acreedores cuyos créditos están garantizados con cauciones personales, hace una distinción diversa a la planteada a propósito de la reorganización. En este sentido, si el acreedor vota a favor de la propuesta o no asiste a la audiencia, su crédito queda sujeto a los términos y modalidades acordados y no podrá cobrarlo en forma distinta a las estipuladas en el acuerdo de renegociación. En cambio, si el acreedor vota en contra del acuerdo, su crédito no se considerará en el pasivo y podrá demandar su cobro a los terceros garantes en los términos originalmente pactados.

## **B. Observaciones generales a las sentencias comentadas**

Las dos sentencias cuyos considerandos más relevantes fueron transcritos, intentan dar solución a una sensible omisión del artículo 95 N° 4, consistente en el efecto que produce el voto en contra de la propuesta de acuerdo manifestado por un acreedor garantizado con cauciones personales de terceros que aseguraban obligaciones de la empresa deudora.<sup>7</sup>

Sin embargo, la solución a la cual arribó la Primera Sala de la Excma. Corte Suprema, en ambos casos, nos parece que no era la correcta, interpretando erradamente la ley concursal.

Como ya se anticipó, los literales a) y b) del numeral 4° del artículo 95 de la Ley N° 20.720 confieren al acreedor garantizado (con una caución personal) un derecho de opción, que puede resumirse en dos grandes conductas: votar o no votar la propuesta de acuerdo.

El literal a) da la alternativa al acreedor garantizado de votar la propuesta (aunque limitándola aparentemente a votar a favor, guardando silencio la ley sobre el voto en contra). Si el acreedor vota a favor en su clase de valista, quedará dicho acreedor obligado a respetar los términos y modalidades del acuerdo aprobado, no pudiendo cobrar su crédito en términos distintos a los estipulados, y, en

---

general, particularmente para el caso de incumplimiento –o peor aún, de insolvencia– del deudor principal. Son de esta clase, por ejemplo, la fianza, la codeudoría solidaria, la indivisibilidad convencional, el aval y la cláusula penal asumida por un tercero, entre otras.

<sup>7</sup> Por cierto, igual laguna legislativa se denuncia en el numeral anterior del mismo precepto, tratándose de obligaciones de la empresa deudora garantizadas con cauciones reales recaídas sobre bienes (declarados no esenciales) de propiedad de terceros, por lo que, cualquiera que sea la solución que se adopte en un caso, repercutirá en el otro, por tratarse en ambos casos de garantías constituidas por terceros.

consecuencia, queda inhibido de poder perseguir a los terceros garantes.

El literal b) da la opción al acreedor garantizado de abstenerse de votar, ya sea no concurriendo a la Junta de Acreedores, ya sea concurriendo pero manifestando expresamente su intención de no votar. En esta situación, el crédito del acreedor garantizado no se considerará en el pasivo con derecho a voto y queda habilitado para cobrar su crédito directamente sobre el patrimonio de los terceros garantes en los términos originalmente pactados.

Como ya se anunció, el numeral 4º del artículo 95 no se refirió expresamente en qué situación queda el acreedor garantizado que vota en contra de la propuesta, constatándose un vacío o laguna que requiere ser integrada para dar certeza, cuestión que realizó la Corte Suprema, pero llegando –a nuestro entender– a una conclusión errónea.

### **C. Interpretación extensiva de una norma de excepción**

#### **1. El error incurrido en las sentencias comentadas**

En ambas sentencias, se asienta una doctrina que nos parece errada, por incurrir en defectos al interpretar extensivamente una norma excepcional, como lo es, según diremos, el literal b) del numeral 4º del artículo 95 de la Ley Nº 20.720. Recordemos que la interpretación extensiva consiste en comprobar, a través de la interpretación de la ley, que la norma expresa es menos de lo que fue realmente querido por el legislador.<sup>8</sup>

Tratándose de la sentencia de 2021 del voto de mayoría de la Primera Sala de la Corte de Casación, el sentenciador subsume al acreedor garantizado que votó en contra de la propuesta en la misma categoría que se encuentran los acreedores que no votaron (por inasistencia o por manifestar que no votarán), es decir, interpretaron extensivamente el literal b) del numeral 4º del artículo 95 de la Ley Nº 20.720, incluyendo una tercera conducta: votar contra la propuesta. En consecuencia, según la doctrina del máximo tribunal, el acreedor garantizado que vota, pero en contra de la propuesta, no queda obligado por el acuerdo y puede perseguir a los terceros garantes para obtener el pago de su crédito. La misma idea, aunque de forma más implícita, se recogía en la sentencia de 2020, al hacer extensible, al acreedor garantizado que vota en contra de la propuesta de acuerdo, la facultad de perseguir al tercero garante conferida en el literal b) del mencionado precepto.

#### **2. La suerte del acreedor garantizado que vota en contra de la propuesta**

El error denunciado se fundamenta en el hecho de constituir el literal b) del numeral 4º del artículo 95 de la ley concursal, una norma de excepción, en razón de lo siguiente:

En primer lugar, el referido literal b) altera la regla general contenida en el artículo 91 de la misma ley, según el cual, el acuerdo debidamente aprobado obliga a todos los acreedores “*hayan o no concurri-*

---

<sup>8</sup> ALESSANDRI ET AL (2005), pp. 175 y 176.

do” a la Junta que lo acuerde. La excepción consiste en que, en el literal b), el acreedor garantizado que no concurre a la Junta no queda sujeto a los términos y modalidades del acuerdo, pudiendo cobrar su crédito en el patrimonio de los terceros garantes en los términos originalmente pactados. Dicho de otra forma, la norma hace excepción al principio general de la fuerza obligatoria y oponibilidad *erga omnes* del negocio colectivo que supone el acuerdo de reorganización.<sup>9</sup>

En segundo lugar, el muchas veces mencionado literal b) también es excepcional, por cuanto prescribe que el crédito del acreedor garantizado que no vota la propuesta “*no se considerará en el pasivo con derecho a voto correspondiente a su clase o categoría*”, alterando la regla general de los artículos 78 y 79 de la ley concursal, por cuanto, no se considerará en el pasivo con derecho a voto a un acreedor cuyo crédito se encuentra en la nómina de créditos reconocidos o en su ampliación.

En tercer lugar, el literal b) también se opone a lo dispuesto en el literal a) del mismo numeral 4º del artículo 95, norma, esta última, que reitera la regla general contenida en el artículo 91 de la Ley Nº 20.720.

En cuarto lugar, porque, en caso de pagar el tercero garante al acreedor que no votó la propuesta, la acción personal de reembolso o la acción del acreedor por subrogación que el tercero garante ejerza en contra del deudor reorganizado, queda sujeta a los términos y modalidades del acuerdo, limitándose a pedir que el acuerdo se cumpla en su favor (inciso final del artículo 95), pese a que este tercero garante no fue parte del acuerdo y que su crédito en contra del deudor reorganizado se originó con posterioridad a la Resolución de Reorganización (salvo que opte por la subrogación en los derechos del acreedor).

Además, debe insistirse en que, lo normal –y que constituye el derecho regular o general– es que todos los sujetos que participan en un acto o negocio de naturaleza colectiva o colegial, como lo es la adopción del acuerdo por parte de la Junta de Acreedores, queden sometidos a la decisión que se adopte, cualquiera que sea su posición respecto del acuerdo, ya sea expresando su voto a favor o en contra. La regla es que todos los acreedores queden afectos a la decisión de la mayoría calificada exigida por el artículo 79 de la Ley Nº 20.720, y, con mayor razón, si han participado en la adopción del acuerdo.

Atendido todo lo anterior, queda de manifiesto que los particulares efectos previstos por la ley concursal para el caso que el acreedor garantizado no vote la propuesta de acuerdo, constituye una ley o norma de excepción.

Al estar frente a una normativa de derecho estricto, está vedado al intérprete ampliar el sentido de dicha norma, toda vez que se trata de una norma de interpretación restrictiva.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Sobre el efecto obligatorio y relativo-extensivo del acuerdo de reorganización, RUZ (2017), pp. 374-377.

<sup>10</sup> En este sentido, CORRAL (2018), pp. 53 y 159; ALESSANDRI ET AL (2005), pp. 197 y 198; VODANOVIC (2001), pp. 22 y 23, 25, 102 y 103, 117 y 118; DUCCI (2005), pp. 94 y 95.

En consecuencia, no puede aglutinarse al acreedor garantizado que vota en contra de la propuesta junto a los acreedores garantizados que no votaron la propuesta.

En definitiva, tratándose del procedimiento de reorganización judicial, el acreedor garantizado que vota en contra de la propuesta, queda sujeto al acuerdo aprobado, asimilándose, en consecuencia, al acreedor que vota a favor, del literal a) del numeral 4° del artículo 95 de la Ley N° 20.720, toda vez que, el literal a) está acorde a los principios y reglas generales que rigen el concurso de acreedores, quedando constreñido el acreedor a la decisión adoptada en la Junta de Acreedores, no pudiendo cobrar su crédito en condiciones distintas a la convenida por la voluntad colegial.

Así también lo ha entendido la doctrina<sup>11-12</sup> y, además, ha sido el sentido dado por el Ministro Sr. Prado, en el voto disidente de la sentencia de 2021: *“si el acreedor comparece y asiste a la deliberación y manifiesta su voluntad votando el Acuerdo de Reorganización en contra de su aprobación, como sucedió en la especie, se le debe sumar al pasivo con derecho a voto y si el acuerdo se aprueba o se rechaza por mayoría, se le debe computar como acreedor que comparece, delibera y vota (...) Más todavía, el acto de deliberar y votar, ya sea a favor o en contra, afecta y tiene impacto en el quórum que conforma del Acuerdo de Reorganización. En consecuencia, cualquier resultado de este último, les será oponible a aquellos que hayan participado de forma activa en la deliberación de este convenio”*.<sup>13</sup>

### III. BREVE REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO DE RENEGOCIACIÓN

Para cerrar el comentario con una visión panorámica de la ley, haremos una breve referencia al estado de la cuestión comentada, pero al amparo de las reglas contenidas a propósito del procedimiento concursal de renegociación de la persona deudora, que, para complicar más las cosas, da reglas diametralmente opuestas a las dadas en el procedimiento de reorganización de la empresa deudora.

El precepto que reglamenta la suerte de los acreedores garantizados con cauciones personales es el inciso 4° del artículo 266 de la Ley N° 20.720. La norma hace una distinción:

Por un lado, si el acreedor garantizado vota a favor de la propuesta o no asiste a la audiencia, queda sujeto al acuerdo de reorganización aprobado y no podrá cobrar su crédito en condiciones distintas a las contenidas en el acuerdo (literal a).

Por el otro lado, si el acreedor garantizado asiste y vota en contra de la propuesta, su crédito no se

---

<sup>11</sup> En este sentido, CASTAÑEDA (2016), p. 1609; CABALLERO y GOLDENBERG (2021), p. 52, en nota; JEQUIER (2020), p. 217, aunque referido a la situación del numeral 3° del artículo 95.

<sup>12</sup> Otro autor, sostiene que el acreedor debe limitarse a ejecutar alguna de las conductas indicadas por la ley: votar a favor, o no votar. ROMÁN (2020), p. 202. Por último, no se pronuncian en algún sentido, obviando la redacción incompleta del precepto: RUZ (2017), pp. 384 y 385; CONTADOR y PALACIOS (2015), pp. 127 y 128; SANDOVAL (2020), pp. 130 y 131. Una posición crítica de la redacción del precepto, pero no concluyente en cuanto a la inteligencia y/o sentido que debe darse a la norma, puede verse en PUGA (2014), pp. 376-379.

<sup>13</sup> *Inmobiliaria e Inversiones Maquehua limitada con Reyes Vera Claudio* (2021), voto disidente.

considerará en el pasivo con derecho a voto, y podrá perseguir su cobro respecto de los terceros garantes en los términos originalmente pactados.

Como se puede apreciar, las reglas dadas en el procedimiento de renegociación son antagónicas e incompatibles con las formuladas en el procedimiento de reorganización. Así, si el acreedor garantizado no asiste a la audiencia de renegociación, se le asimila al acreedor que vota a favor, quedando sujeto al acuerdo y no pudiendo ejecutar su garantía personal; en cambio, en sede de reorganización, la ausencia o silencio del acreedor garantizado supone no será considerado en el pasivo con derecho a voto y queda liberado para demandar el cobro a los terceros garantes con prescindencia de los términos del acuerdo aprobado.

También difieren en el aspecto medular de este comentario, pues, en el artículo 266 de la Ley N° 20.720 se reglamenta expresamente la situación del acreedor que asiste y vota en contra de la propuesta, dándosele el mismo efecto que, en la reorganización, se le da al acreedor garantizado que no vota la propuesta en los términos del literal b) del numeral 4° del artículo 95 de la ley concursal.

Mencionamos todo esto porque, otra alternativa –que no compartimos– sería integrar por analogía la situación del acreedor garantizado que vota en contra de la propuesta de acuerdo de reorganización, con recurso a la solución dada en la norma del literal b) del inciso 4° del artículo 266 de la ley concursal.

Sin embargo, aquella integración por analogía no es posible –además del hecho de tratarse de normas excepcionales– por la reglamentación no coincidente en ninguna de las conductas posibles del acreedor en ambos procesos, salvo tratándose del voto a favor del acuerdo, que es coincidente en ambas reglas.

Por lo demás, la explicación de las diferencias dadas en el ámbito del proceso de renegociación, se explican por la calidad de consumidor de la persona deudora sujeta al concurso, quien, en la inmensa mayoría de los casos, no tendrá facilidades para tener conversaciones preliminares con sus acreedores con el objeto de promover su participación en la audiencia de renegociación.

De esta forma, el legislador compele al acreedor garantizado de acudir a la audiencia de renegociación para votar el acuerdo; toda vez que, si no concurre, quedará sujeto al acuerdo de renegociación y no podrá ejecutar sus garantías. Asimismo, la reglamentación de los efectos del voto en contra de la propuesta de acuerdo de renegociación se explica en la intención del legislador para que dicho acreedor no frustre la posibilidad de llegar a acuerdo con los demás acreedores.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> JEQUIER (2020), pp. 345 y 346 y RUZ (2017), pp. 556-558. Por su parte, CABALLERO y GOLDENBERG (2021), pp. 53-55, añaden que: “*aunque la normativa no lo indica de modo expreso, esta circunstancia también implica que el acreedor ya no podrá dirigirse directamente en contra del patrimonio del deudor para efectos de lograr el pago de su acreencia y, en consecuencia, sólo conservará sus acciones para dirigirse respecto al tercero garante*”.

#### IV. CONCLUSIONES

El literal b) del numeral 4° del artículo 95 de la Ley N° 20.720 constituye una norma de carácter excepcional, por lo que a su respecto no es posible la interpretación extensiva ni la integración por analogía.

La situación del acreedor garantizado con cauciones personales de terceros que vota en contra de la propuesta de acuerdo de reorganización judicial debe quedar comprendida en el literal a) del numeral 4° del artículo 95 de la Ley N° 20.720, y, por tanto, su crédito es considerado para la determinación del pasivo con derecho a voto y no puede cobrar su crédito en términos distintos a los convenidos en el acuerdo aprobado, ni demandar a los terceros garantes de la obligación del deudor reorganizado.

La misma solución debe darse tratándose de los acreedores garantizados con cauciones reales constituidas sobre bienes de terceros, declarados como bienes no esenciales (numeral 3° del artículo 95 de la Ley N° 20.720).

Tratándose del acreedor garantizado que vota en contra de la propuesta de acuerdo de renegociación de una persona deudora, en cambio, la regla es diversa. Este acreedor no queda sujeto a los términos del acuerdo aprobado y, en consecuencia, puede demandar su cobro directamente a los terceros garantes en los términos originalmente pactados.

Como solución práctica, el acreedor garantizado –en el proceso de reorganización– si desea, con absoluta certeza, mantener y ejecutar la caución en los términos originalmente pactados, deberá abstenerse de votar en la Junta de Acreedores, limitándose a no asistir o, en caso de asistir, manifestar expresamente su intención de no votar. De lo contrario, queda expuesto a una situación de incertidumbre en el caso de votar en contra del acuerdo, atendida la deficiencia legislativa, la escasa jurisprudencia y la postura de cierta doctrina.

#### BIBLIOGRAFÍA

##### Doctrina citada

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (2005): *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, 7ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- CABALLERO GERMAIN, Guillermo y GOLDENBERG SERRANO, Juan (2021): “Los efectos de la extinción de los saldos insolutos en el concurso sobre las garantías otorgados por terceros”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 36).
- CASTAÑEDA CATALÁN, Luis (2016): “Sexta Parte. Insolvencia (Análisis de la Ley N° 20.720 sobre Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas)”, en: Contreras, Osvaldo, *Instituciones de Derecho Comercial*, 4ª edición (Santiago, Thomson Reuters), t. II.
- CONTADOR ROSALES, Nelson y PALACIOS VERGARA, Cristián (2015): *Procedimientos concursales. Ley de Insolvencia y Reemprendimiento. Ley N° 20.720* (Santiago, Thomson Reuters).

- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018): *Curso de Derecho Civil. Parte General* (Santiago, Thomson Reuters).
- DUCCI CLARO, Carlos (2005): *Derecho Civil. Parte General*, 4ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2019): *Curso de derecho comercial* (Santiago, Thomson Reuters), t. III: Derecho concursal, vol. 1.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2020): *Curso de derecho comercial* (Santiago, Thomson Reuters), t. III: Derecho concursal, vol. 2.
- PUGA VIAL, Juan (2014): *Derecho concursal. El acuerdo de reorganización*, 4ª edición actualizada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo (2020): *La reorganización de las empresas en crisis* (Santiago, Thomson Reuters).
- RUZ LÁRTIGA, Gonzalo (2017): *Nuevo derecho concursal chileno. Procedimientos concursales de empresas y personas deudoras* (Santiago, Thomson Reuters), t. I: Reorganización de la empresa deudora y renegociación de la persona deudora.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2020): *Derecho comercial*, 8ª edición actualizada y aumentada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. XI: Derecho concursal. Reorganización y liquidación de empresas y personas.
- VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (2001): *Manual de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.), vol. I.

### **Jurisprudencia citada**

- Servicios Financieros Factor Plus S.A. con Allpa Operaciones Mineras S.A., Zúñiga Serrano Manuel, Cifuentes Vargas Julio (2020): Corte Suprema, de 23 de septiembre de 2020, rol 9.746-2019.
- Inmobiliaria e Inversiones Maquehua limitada con Reyes Vera Claudio (2021): Corte Suprema, de 30 de marzo de 2021, rol 24.137-2019.

### **Normativa citada**

- Código Civil de Chile, de 1855.
- Ley Nº 20.720, que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo, de 09 de enero de 2014.

# CONTENIDO

---

- 3 ¿Está en uso el contrato de cuentas en participación?: Nuevas funciones de las cuentas en participación en Chile**  
*Is the agreement of association or accounts in participation in use? New features of agreements of association or accounts in participation in Chile*  
Mario Fuentes Romero
- 33 Problemática sobre el origen y naturaleza de la compraventa obligacional**  
*Problems about the origin and nature of compulsory sales*  
Javier Belda Mercado
- 59 Evolución y tratamiento legal del derecho a descanso de pre y postnatal**  
*Evolution and legal treatment of the maternity leave right*  
Andrea Serrano España
- 91 Perspectivas sobre el efecto vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**  
*Perspectives on the binding effect of the Inter-American Court of Human Rights advisory opinions*  
Carlos Clemente Vargas
- 113 Domicilio anglosajón y reenvío: interacción en materia de sucesiones internacionales**  
*Anglosaxon domicile and renvoi: interaction in the scope of international successions*  
Javier Maseda Rodríguez
- 141 El Impacto de la Inteligencia Artificial en el Derecho del Trabajo: Evolución y Retos Futuros**  
*The Impact of Artificial Intelligence on Labor Law: Evolution and Future Challenges*  
José Antonio Santander Gidi
- 159 Sobre el cómputo del plazo y naturaleza de la presunción del artículo 18 de la Ley N° 18.287 para apelar en el procedimiento de policía local. Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de marzo de 2023, rol 296-2023**  
*About the computation of the term and nature of the presumption of article 18 of Law N° 18.287 to appeal in consumers procedure. Court of Appeals of Santiago, march 8 of 2023, case no. 296-2023*  
Eduardo Reveco Soto
- 176 Comentario de jurisprudencia: efectos de la aprobación del acuerdo de reorganización respecto del acreedor garantizado con cauciones personales que votó en contra de la propuesta de acuerdo. Notas a propósito de dos sentencias recientes**  
*Jurisprudent commentary: effects of the approval of the reorganization agreement regarding the secured creditor with personal cautions who voted against the proposed agreement. Notes regarding two recent judgments*  
Mauricio Ortiz Solorza