



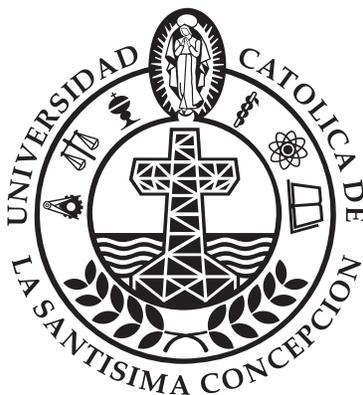
**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN**
FACULTAD DE DERECHO

**REVISTA
DE DERECHO**

Nº 37

2020

Esta publicación se imprimió
en el mes de diciembre de 2020
en los Talleres de Trama Impresores S.A.
Avda. Colón 7845 - Hualpén - Talcahuano - Chile



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN**
FACULTAD DE DERECHO

**REVISTA
DE DERECHO**

Nº 37

2 0 2 0

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. La *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de la Santísima Concepción está abierta para recibir artículos sobre cualquier materia de las Ciencias Jurídicas, tanto de autores nacionales y extranjeros, sin perjuicio de que el Comité Editorial decida dar énfasis a ciertas áreas en algunos de sus volúmenes, o publicar números monográficos.
2. Todo artículo recibido para su publicación será sometido a un juicio inicial de su Director, destinado a verificar que corresponde a las disciplinas científicas sobre las cuales publica la *Revista*, y a emitir una primera opinión sobre su carácter de investigación original y su calidad, pudiendo rechazarlo en caso de no cumplir con estos requisitos, o si su calidad es indiscutiblemente inferior a la necesaria.
3. Todos los trabajos que se publican en la *Revista de Derecho* serán revisados por el Comité Editorial y sometidos a arbitraje o evaluación de dos especialistas, cuyos resultados serán comunicados anónimamente a sus autores. La revisión atenderá, entre otros temas, al contenido, calidad, interés, carácter científico, metodología y fuentes del trabajo en cuestión. De acuerdo al resultado de ese arbitraje, la *Revista* se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos. Ante la eventualidad de darse un informe favorable y otro desfavorable de los árbitros, decidirá el Director. En caso de haber observaciones a un trabajo aceptado, una vez corregidas éstas por su autor, se procederá a su publicación.
4. A fin de dar homogeneidad a esta publicación, se detallan a continuación las normas editoriales a las que deben ceñirse las colaboraciones a la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.
5. Los trabajos deberán enviarse al Director de la *Revista Derecho* (Lincoyán 255, Concepción, Chile), impresos en hoja tamaño carta, en idioma español, inglés o francés, a espacio y medio en dos ejemplares y numerando las páginas. La letra a utilizar en el texto debe ser Times New Roman, tamaño 12, y en las notas, Times New Roman, tamaño 10. Salvo excepciones muy calificadas por el Comité Editorial, la extensión máxima no debe sobrepasar las 30 páginas. Además, deberá acompañarse archivo electrónico en formato Word y, si es posible, ser enviado como archivo adjunto al correo electrónico revistadederecho@ucsc.cl.
6. Los escritos deben comprender un título breve y claro, el nombre completo del autor o autores, y una biografía sucinta de cada autor, que comprenda grados académicos más relevantes, institución a la que pertenece, ocupaciones y cargos actuales. Además, debe incluirse correo postal y correo electrónico.
7. Deben incluirse un Resumen o *Abstract* con un máximo de diez líneas y las correspondientes Palabras Clave o *Key Words*, en español y de ser posible en inglés.
8. Los trabajos enviados deben ser inéditos, lo cual supone el compromiso del autor de no publicarlo más de una vez. Debe tratarse, además, de un estudio o investigación de interés en el mundo jurídico, que esté terminado o cuyo avance permita la comunicación de sus resultados.
9. Las citas, siempre a pie de página, deben numerarse correlativamente y contener en caso de libros, textos y folletos, lo siguiente y en este orden: *a)* apellidos y nombre del autor en MAYÚSCULAS, coma; *b)* nombre de la obra: si es libro, en *cursivas*; si es un artículo de libro o revista, “entre comillas”, especificando el título de la revista o libro con *cursivas*, coma; *c)* sección, punto o párrafo (si lo tuviere), coma; *d)* traductor (si lo tuviere); *e)* editorial, lugar y año, coma; *f)* página o páginas (abreviado p. o pp.), punto. Estas mismas reglas se aplican en caso de que se acompañe la bibliografía al final del trabajo. En caso de repetirse alguna cita, se debe indicar: *a)* nombre del autor, coma; *b)* ob. cit. (o también *op. cit.*), coma; *c)* página o páginas. En caso de que la cita se repita en la nota siguiente, y siempre que se trate de páginas diferentes, sólo indicar: *a)* *ibid.*, coma; *b)* página o páginas, punto. En caso de que sea la misma página o páginas de la cita anterior, sólo indicar *ibidem*, punto. Todo ello de acuerdo al sistema uniforme internacional de citas.
10. Los artículos que no se ajusten a estas normas no serán considerados para su publicación.
11. Aquellos autores cuyos trabajos sean publicados recibirán gratuitamente una copia del ejemplar de la *Revista de Derecho* y las correspondientes separatas de su artículo. Los originales no serán devueltos.

CONTENIDOS / CONTENTS

Los migrantes y la legislación del sistema de seguridad social chileno	11
<i>Migrants and the legislation of the chilean social security system</i>	
JOSÉ ANTONIO SANTANDER GIDI - ROMANE FUENZALIDA CUEVAS	
La formación y evolución histórica de la protección contra la competencia desleal	27
<i>the formation and historical evolution of protection against unfair competition</i>	
LUIS FELIPE TOVAR GARCÍA	
Los Tratados Internacionales frente a las lagunas: autoejecutabilidad e inexcusabilidad resolutive	37
<i>International Treaties against lagoons: self-enforcement and revolutionary inexcusability</i>	
NICOLÁS HUMERES GUAJARDO	
Ensayo: ¿Por qué es necesario establecer un estándar de prueba en el proyecto de reforma al proceso civil?	51
<i>Essay: Why is it important to include in the civil procedure reform bill a standard of proof?</i>	
CLAUDIO FUENTES MAUREIRA	
Transmisibilidad de la acción por daño moral en materia de accidentes de trabajo	67
<i>Transmissibility of the action for emotional distress in works accident</i>	
MARCELA TORRES MORAGA	
La resolución contractual anticipada. Bases para una propuesta de solución en el derecho chileno	87
<i>The anticipated contractual resolution. Foundation for a proposed solution in Chilean Law</i>	
PATRICIA MORA MOSCOSO - RODRIGO FUENTES GUÍÑEZ	

LOS MIGRANTES Y LA LEGISLACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL CHILENO

MIGRANTS AND THE LEGISLATION OF THE CHILEAN SOCIAL SECURITY SYSTEM

JOSÉ ANTONIO SANTANDER GIDI Y ROMANE FUENZALIDA CUEVAS*
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

RESUMEN: El presente trabajo tiene por finalidad hacer un análisis general del Derecho a la Protección Social desde el punto de vista la situación que enfrentan personas migrantes en Chile. Lo anterior tiene como objetivo, por un lado, hacer notar que Chile requiere de manera urgente una política pública migratoria que no solo se haga cargo de normar el ingreso y salida de las personas extranjeras del país, si no también, poner en conocimiento a los mismos de los derechos a los que pueden optar durante su permanencia. Sin perjuicio de ello, se propone su implementación y regulación, como también su aplicación ya sea de forma directa o a través de las herramientas y principios básicos reconocidos en nuestro ordenamiento nacional.

PALABRAS CLAVE: Migrantes; Seguridad Social; Derechos Previsionales.

ABSTRACT: *The purpose of this work is to make a general analysis of the Right to Social Protection from the point of view of the situation faced by migrants in Chile. The purpose of the foregoing is, on the one hand, to note that Chile urgently requires a public immigration policy that not only takes charge of regulating the entry and exit of foreign persons from the country, but also to inform themselves of the rights to which they can opt during their residence. Notwithstanding this, its implementation and regulation is proposed, as well its application either directly or through the tools and basic principles recognized in our national law.*

KEY WORDS: *Migrants; Social Security; Social security right.*

* José Antonio Santander Gidi: Magister en Derecho del Trabajo y Previsión Social, Universidad de Concepción. Magister en Educación Superior, mención Pedagogía Universitaria; Universidad Católica de la Santísima Concepción. Profesor de Seguridad Social. Universidad Católica de la Santísima Concepción, Correo Postal: Lincoyán 255, Concepción, Correo electrónico: jasantander@ucsc.cl

Romané Trisenia Fuenzalida Cuevas: Egresada de Derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción, Correo Postal: Lincoyán 255, Concepción, Correo electrónico: rfuenzalida@derecho.ucsc.cl

INTRODUCCIÓN

La migración es una realidad inherente al ser humano desde la época migratorias de la raza humana, al punto de poder señalarse que la historia de la humanidad ha sido la historia de las grandes migraciones. Es así que, a lo largo del tiempo, los fenómenos migratorios han sido tanto causa como efecto de los grandes hitos de la historia, entre los que podemos contar el surgimiento de los primeros imperios en el Oriente Medio y el Mediterráneo, las invasiones bárbaras, los viajes de descubrimientos, el éxodo rural provocado por la revolución industrial, la gran migración europea postguerra, entre otros¹.

La migración es definida por la Real Academia de la Lengua Española como “la acción y efecto de pasar de un país a otro para establecerse en él” y como “el desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales”².

La migración puede ser caracterizada como un desplazamiento geográfico con una intención de permanencia. Por lo que, conforme a las recomendaciones sobre estadísticas de las migraciones internacionales de la División de Estadísticas de las Naciones Unidas³, la migración puede ser de largo plazo, superior a un año, de forma tal que el país de recepción se transforma en el país de residencia; o de corto plazo, menor a un año, pero superior a seis meses.

Cabe destacar que conforme a los datos del Banco Mundial⁴, la inmigración a nivel global durante el año 2019 alcanzó la cifra de 272 millones, 51 millones más que en 2010. Los migrantes internacionales comprenden un 3,5 % de la población mundial, cifra que continua en tendencia ascendente comparándola con el 2,8 % de 2000 y el 2,35 de 1980, siendo América del Norte (52%) y Europa (51%) los que más personas acogen.

En cuanto a Latinoamérica⁵, ha sido históricamente una productora de migrantes, sobre todo desde México y Centroamérica, ya que al 2019 el número de migrantes en la región es un poco más de 9 millones; lo que equivale un 4,4% del total de la población, por sobre la media mundial de 3,5%. Este número esconde grandes diferencias: mientras que en Costa Rica los inmigrantes representan más de un 8%; en Brasil, Colombia o Perú han alcanzado en torno a un 5% que en cifras anteriores era inesperado si lo comparamos con el año 2017 donde no pasaba del 0,4 %; siendo Chile dentro de estos, uno de los 10 países de la región con mayor proporción de inmigración. En efecto, según los datos del último estudio del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en acompañamiento con el departamento de Extranjería y Migración (DEM) del año 2019, se estimó en 1.251.225 las personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2018, lo que equivale al 7% de la población que habita el territorio nacional. En esta actualización, se observa una mayor presencia de hombres (51,6%) que, de mujeres, lo que indica una leve masculinización respecto de los migrantes internacionales censados en 2017. Respecto de la distribución por edad, cerca del 60% de la población estimada se concentra entre los 20 y 39 años, lo que nos indica que las personas extranjeras residentes en Chile se encuentran en los tramos de edad de población económicamente activa. La comunidad migrante más prevalente es la venezolana (23%), seguida por la peruana (17,9%), la haitiana (14,3%) y la colombiana (11,7%)⁶.

El fenómeno migratorio tiene amplios impactos en el campo económico, al implicar el

¹ HOBBSABAWN, ERIC, *Historia del Siglo XX*. Grupo Editorial Planeta. Buenos Aires. 1994. Pág. 95.

² Real Academia de la Lengua Española. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/migraci%C3%B3n>. (fecha de visita el 9 de abril de 2020)

³ Naciones Unidas, Unidad demográfica de estadísticas. Disponible en: <https://unstats.un.org/unsd/demographic-social/products/dyb/> (Fecha de consulta, 9 de abril de 2020).

⁴ *Ibidem*.

⁵ <https://datosmacro.expansion.com/demografia/migracion/inmigracion> [Fecha de consulta, 9 de abril de 2020]

⁶ Instituto Nacional de Estadísticas / Departamento de Extranjería y Migración (2019). Estimación de Personas Extranjeras Residentes en Chile al 31 de diciembre de 2018. Extraído de: https://www.ine.cl/docs/default-source/demogr%C3%A1ficas-y-vitales/estimaciones-personas-extranjeras/estimacion-poblacion-chilena-en-chile.pdf?sfvrsn=9dde5cd2_5 (Fecha de consulta, 9 de abril de 2019).

movimiento de mano de obra (calificada o no), recursos y servicios; modificar la composición de la población y su distribución; introducir nuevas ideas y costumbres propias de cada país, traídos por los migrantes y exponerlos a los valores e ideas de la sociedad de acogida⁷.

Con el tiempo, ello redundará en la adaptación de ambos grupos, quienes eventualmente pueden fusionarse en una nueva expresión cultural; o bien la absorción de uno de ellos por el otro; o el incremento de la tensión, muchas veces con un final violento. Desde el punto de vista económico, la migración es una fuente de importantes transferencias monetarias entre los países⁸. En el caso de Chile, estos flujos están constituidos fundamentalmente por las remuneraciones de los empleados, el que se destina tanto al envío de dinero fuera del país (remesas), como al gasto asociado a cubrir necesidades básicas, si bien el primer concepto tiende a ser siempre superior en el tiempo.

1. LA LEGISLACIÓN MIGRATORIA CHILENA

El estatuto de los extranjeros en la ley chilena está compuesto por un grupo bastante reducido de normas legales, la mayoría de ellas dictadas entre los años 60 y 80. La principal es el Decreto Ley N° 1094 de 1975, correspondiente a la ley de Extranjería y su respectivo reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 597 de 1984 del Ministerio del Interior. Ambas normas reglan en detalle las acciones y requisitos que se deben cumplir para que un extranjero pueda, válidamente, ingresar al país, y si lo desea trabajar en él. Por esta razón ambas normas serán frecuentemente referidas.

A las normas antes indicadas, debemos sumar el Decreto Supremo N° 5142 de 1960 del Ministerio del Interior, que fija las disposiciones sobre nacionalidad de extranjeros. Posteriormente en el año 2005, se promulga la ley N° 20059, las que regulan materias de nacionalización de extranjeros y nacionalidad de los ciudadanos, respectivamente. Y finalmente, el más moderno grupo de normas corresponde a los refugiados y los delitos contra los migrantes, ley N° 20.430 y su reglamento, el Decreto 837, de 2011, del Ministerio del Interior, los que detallan los requisitos, condiciones, procedimientos y derechos del estatus de refugiado, y por su parte, la ley N° 20.507, tipifica el delito de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas.

1.1 Los migrantes y la legislación laboral

La legislación chilena es bastante igualitaria en materia de derechos. En primer lugar, nuestra Constitución Política, en su artículo 19 N° 16, “asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección, prohibiendo cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal”. Por su parte, el artículo 14 del Código Civil dispone que “la ley es obligatoria para todos”, incluso los extranjeros, mientras que el artículo 57 del mismo cuerpo legal declara que “la ley no admite diferencias entre nacionales y extranjeros en materia de adquisición y goce de derechos civiles”. En la misma línea, el artículo 2 del Código del Trabajo condena como discriminación las distinciones basadas entre otras, en la nacionalidad o ascendencia nacional.

Por regla general no existen diferencias en el tratamiento de los nacionales y los extranjeros en la legislación chilena.

Por lo que ello implicaría que al igual que todo nacional su contratación requiere de la extensión de un contrato de trabajo y por lo tanto su remuneración no puede ser inferior al mínimo

⁷ SALINAS, R. *Italianos en Chile 1880-1930*. Artículo de la Colección de la Biblioteca Nacional de Chile, 1993, Chile, pp. 11-24.

⁸ ILO. Conferencia Internacional del Trabajo. 80ª reunión, *El seguro social y la protección social*. Memoria del director general. (Parte I). Ginebra: OIT, 1993, p. 98.

legal, rigiendo las mismas limitaciones de jornada de trabajo que un trabajador nacional y de feriados anuales que cualquier trabajador chileno.

Aunque se debe dejar en claro, que los derechos nombrados anteriormente sirven de ejemplo para dar a conocer la no existencia de discriminación en materia laboral en Chile, sin embargo, el artículo 19 número 16 de la Constitución Política, ya citado, dispone que la ley puede exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos, por lo que es importante saber cuándo la nacionalidad es relevante, y por esa razón el artículo 10 N° 2 del Código del Trabajo, exige en la individualización del trabajador, su nacionalidad.

Dado lo anterior se abordarán algunas de las situaciones donde la calidad de extranjero resulta de interés:

Porcentaje de trabajadores en la empresa⁹. Es así, como el artículo 19 del Código del Trabajo dispone que el 85 % de los trabajadores de un mismo empleador deben ser de nacionalidad chilena, lo cual permite un 15 % de extranjeros. Esto se aplica a empleadores con más de 25 trabajadores. Sin embargo, la ley¹⁰, asumiendo ciertas realidades sociales y de mercado, establece un mecanismo de cálculo sujeto a reglas especiales: Se deben considerar a todos los trabajadores del mismo empleador dentro del territorio nacional, sin importar si laboran o no en distintas sucursales. Se excluirá al personal técnico especialista¹¹. Se contarán como chilenos a los cónyuges de chilenos, a los hijos de padres de chilenos, a los viudos o a los viudos de cónyuge chileno y a los extranjeros residentes por más de cinco años en el país.

Sector específico de la Industria. El Decreto Ley N° 3.607, de 1981, que regula al sector de los vigilantes privados, a través de sus reglamentos, los Decretos Supremos N° 93, de 1985, del Ministerio de Defensa; y N° 1773, de 1994, del Ministerio del Interior, exigen la nacionalidad chilena para quienes desempeñen en labores de vigilantes privados, nocheros, porteros, rondines u otras similares.

Contrato de Trabajo: el contenido del contrato de trabajo de un extranjero es más estricto que el contrato de trabajo común. Sin perjuicio de detallarlo al hablar de la contratación de extranjeros, se puede adelantar que este debe firmarse ante ministro de fe y contener una serie de cláusulas especiales, que se indicarán más adelante.

1.2 Ingreso de extranjeros a Chile

Conforme a la legislación nacional, el ingreso a Chile debe realizarse a través de pasos habilitados, pudiendo hacerse en calidad de turista, residente, residente oficial o inmigrante. Estas dos últimas categorías se refieren a los agentes diplomáticos y a los procesos de inmigración auspiciados por el Estado.

1.2.1 Turista: Esta calidad la detenta el extranjero que viene a Chile por un tiempo limitado, con fines de recreo, deportivos, de salud, estudio, gestiones de negocios, familiares, religiosos u otros, que no sean la inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas. La autorización de ingreso se estampará en el pasaporte respectivo, en el cual se hará constar la calidad por la cual se ingresa (turista), teniendo una vigencia máxima de 90 días o la vigencia del pasaporte, si esta fuere

⁹ 15 días hábiles, por lo general, 20 para los trabajadores de las regiones de Magallanes, Aysén y de la provincia de Palena.

¹⁰ Código del Trabajo, artículo 20.

¹¹ Antiguamente y de acuerdo a la Ley N° 18.156 del año 1982 y que fue modificada por la Ley N° 18.726, se exigía probar que este tipo de personal no pudiera ser reemplazado por personal nacional. Hoy, ello no es relevante, siendo importante que se trate de personal calificado, es decir, todo aquel trabajador que preste servicios que sean el resultado de la aplicación de un conocimiento o de una técnica que importe un nivel significativo de especialización o estudio.

menor. Dicha vigencia puede ser prorrogada por 90 días más y, en caso de fuerza mayor, se admite una segunda prórroga de igual lapso. Ahora, si está vigente la condición de turista y requieren desarrollar labores remuneradas en Chile, puede solicitar un permiso especial de trabajo. Este permitirá la realización de la actividad por el plazo de 30 días, prorrogable por otro periodo igual hasta el vencimiento del permiso de turista.

1.2.2 Residente: A diferencia del turista, el residente tiene la intención de permanecer en Chile por un tiempo relativamente extenso o realizar actividades remuneradas. Esta categoría se divide en varios grupos dependiendo de la razón que fundamenta la obtención de la respectiva visación:

1.2.2.1 Residencia sujeta a contrato de trabajo: Corresponde a la visación del extranjero que viene a Chile o se radica en el país a fin de cumplir con un contrato de trabajo. Tiene una vigencia de hasta dos años o el tiempo que dure el contrato, si fuese menor, pudiendo ser prorrogada por periodos iguales. Tras dos años continuos con la Visa, puede solicitar permanencia definitiva. Aprovecha al cónyuge, padre e hijos del titular, en la medida que vivan a sus expensas. Por ello, no podrán realizar actividades remuneradas en Chile.

1.2.2.2 Residente estudiante: Se trata de la visa entregada a extranjeros que se matriculan para realizar estudios regulares en establecimientos del Estado o reconocidos por éste. Su duración es de un año, pudiendo renovarse de forma sucesiva. Los residentes estudiantes, como los turistas (salvo caso excepcional), no pueden efectuar labores remuneradas. Sirve, además, para regularizar la situación de residencia de todo niño o niña que se encuentre matriculado/a en un establecimiento educacional reconocido por el Estado. Al momento de la obtención del título de estudio correspondiente, se puede optar por una residencia definitiva, siempre y cuando el estudiante haya vivido al menos dos años en el país.

1.2.2.3 Residente temporario: Es la visa para aquellos que quieren radicarse en Chile, siempre que acrediten vínculos de familia o interés en el país o cuya residencia se estime útil para éste. Al igual que en la visa sujeta a contrato de trabajo, ésta aprovecha al cónyuge, padres e hijos del titular, siempre que sean dependientes de él. A diferencia de ésta, la visa de residente temporario permite realizar cualquier tipo de actividades lícitas. Tiene una vigencia de un año, prorrogable por una sola vez. Después del año puede solicitarse la permanencia definitiva o la renovación; después de dos, debe solicitarse la permanencia definitiva o abandonar el país. Para los efectos del reglamento de extranjería se consideran vínculos familiares suficientes el cónyuge de chileno y los padres e hijos de él, el cónyuge y los hijos del extranjero que resida en el país con alguna visación o con permanencia definitiva, y los padres del extranjero mayor de 18 años que resida en el país en alguna de las condiciones anteriores, los ascendientes de chilenos, los hijos extranjeros de chilenos por nacionalización. Por su parte, se consideran residentes útiles para el país los empresarios, inversionistas, comerciantes, rentistas y en general personas de negocios que viajen al territorio nacional por periodos superiores a 90 días con motivo de sus actividades e intereses en el país. Científicos, investigadores, académicos, conferencistas, profesores, profesionales, técnicos, expertos, cuya admisión sea requerida por personas jurídicas nacionales o patrocinadas por Organismos Internacionales reconocidos por el Gobierno de la República o que viajen por más de 90 días, en conformidad a lo dispuesto en contratos suscritos entre entidades o empresas nacionales y extranjeras, Convenios de Asistencia, Cooperación Técnica, de transferencia de tecnología y recursos humanos calificados. Periodistas o profesionales de medios de comunicación social que viajen a Chile con motivo de sus actividades, los cuales, previo a ejercer sus labores profesionales, deberán acreditarse ante la División Nacional de Comunicación Social del Ministerio Interior Secretaría General de Gobierno. Religiosos pertenecientes a iglesias, órdenes o congregaciones reconocidas en el país, que vengán a desarrollar actividades religiosas, docentes o asistenciales. Personas que pueden venir a someterse a tratamientos médicos en establecimientos especializados. Otros que sean debidamente calificados por los Ministerios del Interior y Relaciones Exteriores.

1.2.2.4 Residente con Asilo Político o Refugiado: Son visas entregadas a extranjeros que, por razones de seguridad personal y de las circunstancias políticas predominantes en su país, tienen necesidad de salir forzosamente de él. Esta visación tiene una duración de dos años, pudiendo renovarse en forma sucesiva en la medida que subsistan las condiciones que generaron su otorgamiento. Permite realizar cualquier tipo de actividad lícita.

1.2.3 Residencia Definitiva: Es un permiso para permanecer en Chile en forma indefinida y realizar cualquier actividad que no sea contraria a las leyes chilenas. Su concesión requiere el cumplimiento de un plazo en el país según el tipo de visa preexistente; si es de aquellas sujetas a contrato de trabajo (2 años), estudiantiles (2 años) y temporales (1 año). En ningún caso se debe haber permanecido más de 180 días fuera del país en el último año de visación. La permanencia del residente fuera de Chile por más de un año pone fin a este permiso.

1.3 Contratación de Extranjeros

La contratación de extranjeros requiere considerar, primero, las restricciones generales a su contratación, ya señaladas anteriormente y que se refería al número máximo de trabajadores. Por otra parte, recordar que debe darse cumplimiento a la legislación laboral ordinaria, por lo cual se deberá escriturar el respectivo contrato de trabajo, de tratarse de un trabajador dependiente, o contrato de prestación de servicios, de tratarse de un independiente.

Finalmente, debe tenerse presente que el extranjero debe contar con una visación vigente que le permita trabajar. Esto es, contar con una visa de residente, temporal, asilado o permanente, o con una visa sujeta a contrato de trabajo.

Los turistas y los residentes estudiantes no pueden realizar actividades remuneradas, pero pueden solicitar autorizaciones especiales para ello, si bien con estrictas limitaciones.

Las visas de residente autorizan a realizar cualquier actividad que no sea contraria a la legislación chilena, siendo más comunes en los trabajos independientes. Por su parte, la visa sujeta a contrato de trabajo sólo puede utilizarse en este tipo de relación laboral. A diferencia de las visas de residente, la visa sujeta a contrato requiere de un contrato de trabajo preexistente, que le sirva de fundamento. No es posible iniciar la prestación de servicios antes de obtener la visa, pero es factible solicitar una autorización provisional¹².

Por lo que para obtener la visación de residente sujeto a contrato es necesario, que el empleador cuente con domicilio legal en Chile y que dicho contrato se encuentre firmado ante notario o, de ser extendido en el extranjero, sea ante agente consular o diplomático, debiendo legalizarse el documento resultante. En el caso de los profesionales y técnicos deberán además acreditar su condición de tales con sus respectivos títulos legalizados.

Además, el ejercicio de la actividad debe ser indispensable para el desarrollo del país, por lo que están no deben ser consideradas peligrosas o atentatorias contra la seguridad nacional, por lo mismo deben dar estricto cumplimiento con las obligaciones laborales y previsionales vigentes.

La necesidad de contar con un contrato de trabajo preexistente para este tipo de visa resulta en un contrato con requisitos y formalidades especiales en comparación a uno ordinario tanto en lo relativo al lugar y fecha de suscripción, como nombre, nacionalidad y domicilio de los contratantes junto con su estado civil, profesión u oficio y lugar de procedencia del contratado, naturaleza del

¹² Ello se realiza en la propia solicitud de visa e implica el pago del 50% del arancel de la misma.

trabajo que desarrollara en Chile, así como la jornada y lugar del mismo con la especificación de la remuneración en moneda nacional o extranjera y la respectiva duración del contrato con la fecha de inicio del mismo.

Además, requiere contener tres cláusulas especiales¹³: Cláusula de responsabilidad tributaria: por la cual el empleador se obliga a responder del pago del impuesto a la renta del trabajador en relación a la remuneración pagada. Recordemos que en Chile genera impuesto a la renta toda actividad realizada en el territorio nacional. Cláusula de inicio de actividades: señalando que la prestación de servicios no se iniciará hasta que se conceda la autorización correspondiente. La noticia de concesión de esta autorización se comunica al empleador directamente. Cláusula de viaje: Donde el empleador se compromete a pagar al trabajador y a los miembros de su familia, al término del contrato, el pasaje de regreso a su país de origen, o al que acuerden las partes. Cabe destacar que, en virtud de la ley común, el empleador puede quedar obligado también a pagar los gastos de mudanza del trabajador.

2. LA SEGURIDAD SOCIAL EN CHILE

Para resolver este capítulo, primero tenemos que en primer lugar resolver qué debemos entender por Seguridad Social.

Para comenzar cabe destacar que es lo que se entiende por seguridad social, sobre todo debido a que en el contexto de las migraciones podemos encontrar variadas concepciones en función de la legislación local de cada país.

En general podemos definirla como “la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad o pérdida de la asistencia de familia¹⁴”.

También se le ha definido como “el conjunto de normas, principios o técnicas que llevan por objeto atender la satisfacción de necesidades individuales derivadas de la producción de determinadas contingencias sociales, valoradas como socialmente protegible¹⁵”.

Por su parte la Seguridad Social, fue definida por la OIT¹⁶ como: “La protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas públicas contra las privatizaciones económicas y sociales, que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos¹⁷”.

Cabe destacar que la seguridad social o previsión social, es reconocida como un derecho humano inalienable, por lo que la misma Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 22 que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad¹⁸. Por su parte el

¹³ Departamento de Extranjería y Migración, Ministerio del Interior y Seguridad Pública <https://www.extranjeria.gob.cl/trabajar-en-chile/visa-sujeta-a-contrato/> [Fecha de consulta, 9 de abril 2020].

¹⁴ Organización Internacional del trabajo. *Hechos Concretos Sobre la seguridad Social*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra Suiza, (2003). p.1.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ HUMBLET, M.; SILVA, R. *Normas para el siglo XXI, Seguridad Social*. Ginebra, Suiza, OIT, 2002.

¹⁷ Tratado publicado en 1991. <http://www.ciedessweb.cl/ciedess/que-es-la-seguridad-social>.

¹⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 25 letra a. Consultado en: <https://www.unidosporlosderechoshumanos.mx/>

artículo 25 prescribe que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia [...] la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos [...]. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...¹⁹.

Por lo anterior, se establece que esta cubre un amplio ámbito de contingencias²⁰, es decir, aquellas situaciones que pueden poner a una persona y/o familia en un estado de necesidad, pues afectan su capacidad de ganancia, ya sea disminuyéndola o anulándola de la cual es Estado debe hacerse cargo. Por consiguiente se consideran dentro de estas prestaciones; las prestaciones económicas y de salud, las cuales se adecuan a la contingencia determinada, siendo estas: sistema de pensiones, vejez, invalidez, sobrevivencia, sistema de salud, atenciones y prestaciones de salud, licencias médicas y subsidios, frente a las contingencias de enfermedad común y embarazo; sistema de seguridad laboral; atención médica, rehabilitación, subsidio de incapacidad laboral, indemnización, seguro de cesantía ante la contingencia de desempleo²¹.

Resuelto lo anterior, se debe clarificar que se entiende por derechos previsionales, ya que no existe una definición exacta, en especial debido a que, ya que el adjetivo previsional no forma parte del diccionario de la Real Academia Española.

De todas formas, el uso de este término en nuestra lengua es frecuente. Se trata de un concepto que se vincula a la previsión; “la disposición actual de recursos para atender una necesidad futura que puede anticiparse”²².

De esta manera se conoce como sistema previsional a la estructura estatales que busca brindar amparo a las personas, que, por diversos motivos, no están en condiciones de ganarse el sustento a través del trabajo. Lo que hace este sistema es aportar recursos mediante jubilaciones o pensiones, ya sea de cargo del Estado o por sistema de ahorro individual. De esta forma, el sujeto recibe la jubilación o la pensión contando con el dinero para satisfacer sus necesidades.

Por lo tanto, el sistema previsional, de este modo, entrega dinero a las personas, que, por cuestiones de edad, ya no pueden trabajar, y por tanto se encuentran jubiladas. También paga una suma periódica a los sujetos que, por una discapacidad no están en condiciones de integrarse al mercado laboral y a los viudos o viudas de una persona que haya trabajado o percibido una jubilación hasta el momento de fallecer.

Es así como en Chile el sistema de seguridad Social este compuesto por 4 pilares fundamentales a saber; Sistema de Pensiones, ante las contingencias de vejez, invalidez y muerte. Sistema de Salud, ante las contingencias de enfermedad y el embarazo. Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, ante la seguridad y salud en el trabajo. Seguro de Cesantía, ante la contingencia de desempleo²³.

course/lesson/articles-19-25/read-article-25.html. (Fecha de consulta, 16 de abril de 2020)

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Para un autor clásico de la seguridad social chilena, Novoa Fuenzalida, los principios mínimos de la seguridad son los de universalidad (subjetiva y objetiva), solidaridad, integralidad, suficiencia, unidad y uniformidad. NOVOA FUENZALIDA, PATRICIO, “Derecho de la Seguridad Social”. Santiago, Chile: *Editorial Jurídica de Chile*, (1977)

²¹ Las principales contingencias amparadas en nuestro país, siguiendo los parámetros del Convenio de la OIT N° 102, sobre la Seguridad Social (Norma Mínima) de 1952 están constituidas por la enfermedad o accidente común o profesional, vejez, invalidez, sobrevivencia, enfermedad común, maternidad, cesantía o desempleo y cargas familiares.

²² <https://segurosypensionesparatodos.fundacionmapfre.org/syp/es/pensiones/origen-evolucion/que-es/>. [Fecha de consulta, 2 de marzo 2020]

²³ Subsecretaría de Previsión Social. <https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/seguridad-social/> (Fecha de consulta, 9 de abril de 2020)

3. NORMATIVA APLICABLE A LA POBLACIÓN MIGRANTE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

El marco normativo que regula el acceso a la Seguridad Social en Chile se encuentre en coherencia con el marco internacional de Derechos Humanos²⁴. El Ministerio de Salud ha comenzado a tomar medidas de protección especial sobre esta población a partir del 2003, referidas específicamente a la atención de salud de mujeres embarazadas

Progresivamente se ha ido avanzando en mejorar el acceso a los servicios de salud de manera equitativa de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales, tal como exhorta la OMS en la 61 Asamblea Mundial de la Salud, Resolución WHA61.17 de 2008²⁵ y recientemente la Organización Panamericana de la Salud en el 55° Consejo Directivo de la Organización, efectuada en Washington el 30 de septiembre del 2016, acordó acciones para mejorar el acceso a medicamentos de alto costo y proteger la salud de los migrantes²⁶.

En esta línea, el Decreto Sumero N° 67 de 2016, amplió el acceso a la salud de las personas migrantes, incluyendo a quienes se encuentran en una situación administrativa migratoria no regular.

En enero del año 2003, mediante Oficio Circular N° 1179 del Departamento de Extranjería y Migraciones, se estableció visa temporaria a mujeres extranjeras embarazadas con situación migratoria no regularizada. Acceden a este trámite quienes presenten, entre otros documentos, el certificado de control de embarazo emitido por el Centro de Salud al que la mujer asiste, con la firma y timbre de una autoridad responsable de ese servicio.

El 11 de junio de 2008, mediante Ord. A 14 N° 3229, se suscribe un convenio Ministerio de Salud y el Ministerio del Interior que permite entregar atención en salud de población inmigrante en riesgo social y situación de permanencia no regular. Este convenio permitió la entrega de un permiso de residencia temporaria a niños, niñas y adolescentes menores de 18 años, independiente de su condición migratoria y la de sus padres, tutores o representantes legales. También, facilitó el acceso a la atención en salud de esta población.

En junio del 2009, mediante Ord. A 14 N° 2551, del Ministerio de Salud, permitió la atención en la red asistencial pública de salud a los inmigrantes con credencial del FONASA, aun cuando estén con residencia en trámite y cédula de identidad caducada.

Posteriormente, en diciembre 2014, se celebra un Convenio Ministerio del Interior y Seguridad Pública y FONASA (Decreto exento N° 6410), que permite a los extranjeros que han solicitado un permiso de residencia en el país por primera vez, una prórroga, un cambio o una nueva visa, además de aquellos extranjeros que se encuentren solicitando un cambio de categoría migratoria de temporal a permanente y cuya resolución se encuentre en proceso de análisis, tendrán derecho a acceder al régimen de prestaciones de FONASA, en la calidad de beneficiarios de acuerdo a los requisitos exigidos a todas las personas que forman parte del sistema en igualdad de condiciones que cualquier otro extranjero que cuente con una visación de residente en Chile que se encuentre vigente, en condición de titular o dependiente.

²⁴ “la política migratoria debe buscar un equilibrio entre los derechos de los migrantes, las aspiraciones de la comunidad de acogida, las necesidades geopolíticas del país de destino, el desarrollo, la dinámica demográfica y la gobernabilidad”. CEPALC. “Migración internacional en América Latina y el Caribe. Nuevas tendencias, nuevos enfoques”. Jorge Martínez Pizarro. Cepal, United Nations, Santiago, (2011). Capítulo VI, *Debates sobre las nuevas tendencias de la migración internacional y los enfoques para comprenderlas*. p 419-430.

²⁵ Disponible en https://www.saludmigracion.org/es/system/files/repositorio/resolucion_61.17_salud_de_las_personas_migrantes.pdf (pág. 23)

²⁶ Disponible en: https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=12562:health-leaders-agree-on-actions-to-improve-access-to-high-cost-medicines-and-protect-the-health-of-migrants&Itemid=135&lang=es

En junio del 2015, mediante la Circular A15/06 del Ministerior de Salud, desliga la atención de salud de la tramitación de permisos de residencia. Los establecimientos integrantes del Sistema Público de Salud brindarán las atenciones y prestaciones de salud que sean necesarias a los extranjeros que estén en el país en calidad de migrantes y no cuenten con otra vía de acceso a salud y que carezcan de documentos o permisos de permanencia, en los siguientes casos:

Mujeres durante el embarazo, el parto y post parto hasta los 12 meses desde éste. Todas las prestaciones de salud que requieran incluidas las del programa de apoyo al desarrollo biopsicosocial (PADBP) y las del programa de apoyo al recién nacido (PARN).

Niños hasta los 18 años de edad, todas las prestaciones de salud que requieran incluidas las del programa de apoyo al desarrollo biopsicosocial (PADBP) y las del programa de apoyo al recién nacido (PARN).

Casos de urgencia médica. Atención a todas las personas, sólo se podrán cobrar en los casos en que el afectado declare que le es posible pagar la prestación recibida.

Prestaciones de salud pública: métodos de regulación de la fertilidad incluida la anticoncepción de emergencia, vacunas, atención de enfermedades transmisibles: TBC, VIH/SIDA, ITS, educación sanitaria.

En el año 2016, durante el mes de marzo se publica el Decreto Supremo N° 67, que agrega una circunstancia más al artículo 2 del Decreto N° 110 del año 2004, donde se fijan las circunstancias y los mecanismos para acreditar la situación de carencia de recursos o indigencia de las y los beneficiarios del sistema público de salud a través de FONASA; la cláusula en cuestión, señala que al “Tratarse de una persona inmigrante que carece de documentos o permisos de residencia, que suscribe un documento declarando su carencia de recursos”, debe ser considerado como beneficiario Tramo A.

Ese mismo año, pero en el mes de junio, se dicta la Circular A15/04 del Ministerior de Salud que viene en aclar los mecanismos para la implementación del Decreto N° 67, estableciendo el procedimiento para la atención de salud de inmigrantes irregulares y carentes de recursos.

Cabe señalar, además, que en octubre 2017 se aprobó bajo Resolución Exenta N° 1308, la Política de Salud de Migrantes Internacionales. El propósito de la Política es contribuir a alcanzar el máximo estado de salud de los migrantes internacionales, con equidad, enmarcado en el enfoque de derechos humanos²⁷.

4. RETOS FUTUROS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN RELACIÓN A LOS MIGRANTES

Como ya se ha evidenciado, la Seguridad Social chilena no contempla grandes diferencias en cuanto al tratamiento de los extranjeros migrantes en relación con los nacionales. Ello no es más que el reflejo de una legislación que tiende a la igualdad entre ambos grupos. No obstante, existen algunos tópicos que requerirán ser abordados en los próximos años.

4.1 Lógica de la ley de migración

Una de las mayores críticas a la legislación chilena en lo que a recepción de extranjeros se refiere es su antigüedad, toda vez que los principales cuerpos legales que regulan la materia son de

²⁷ ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO, “El estatus constitucional de extranjeros”, en: *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N.º 203, año LXVI, enero- junio, (1998), pp. 301-330.

la década del 60, 70 y principios de los 80. Tal crítica es parcialmente justa, pero no en razón de la antigüedad de las normas, sino en cuanto a su orientación. Así, por ejemplo, la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, dictada en 1968, sigue, en lo esencial, manteniendo un alto grado de vigencia.

El real problema de la normativa migratoria es haber sido creada para una realidad nacional y mundial completamente diferente a la actual. Se trataba de un mundo cerrado, donde la circulación de bienes y servicios estaba restringida. La globalización era un fenómeno todavía impensado.

Rastros de tal orientación pueden encontrarse en los diferentes requisitos para obtener visas, y principalmente en la cláusula de viaje de los contratos de trabajo. Era un mundo donde las empresas salían a buscar trabajadores, y en que se esperaba de los mismos que estuvieran toda su vida en la misma empresa.

Por ello, nuestra legislación no se encuentra bien preparada para asimilar las solicitudes de permisos de aquellos extranjeros que ya se encuentran en el territorio nacional, o para dar adecuada respuesta, tanto a trabajadores como a empleadores, a los rápidos cambios de empresa que caracterizan a las relaciones laborales modernas²⁸.

4.2 Evolución de los nexos tradicionales de la Seguridad Social

Desde fines del siglo XIX, con el inicio de los Seguros Sociales en Alemania, y luego a mediados del siglo XX, con la institucionalización de la Seguridad Social moderna, los sujetos de protección han sido preferentemente los trabajadores y sus familias. Hoy, ya transcurrido gran parte de la década del siglo XXI, sabemos que tanto uno como otro concepto están sujetos a fuertes tensiones. Por una parte, la economía ha hecho más y más común las distintas formas de empleo atípicas, temporales y precarias²⁹. El paradigma del empleo por toda la vida se ha transformado en una excepción, siendo mucho más común, por el contrario, los empleos de corta duración, incluso en los casos en que ello no tiene ninguna relación con la precariedad.

El resultado de estos procesos ha sido la proliferación de periodos de desprotección de los trabajadores, lo cual ha resultado en la expansión de la seguridad social hacia otras características a fin de lograr cobertura.

En Chile, ello se ha manifestado en la incorporación de los trabajadores independientes y de afiliados voluntarios, sin importar, en este último caso, si cuentan con fuente de ingresos.

Sin embargo, un segundo punto de tensión, de más difícil solución, ha sido la evolución del concepto de familia. Mientras en la seguridad social clásica se mantenía una orientación hacia el modelo “hombre proveedor”, la sociedad ha trascendido dicho esquema, lo cual, de la mano de la progresiva desnormalización de los vínculos de familia, dificulta determinar las características de la población a la cual se desea proteger.

Ello, a su vez, da pie para el fraude previsional, al reconocerse un grupo humano como

²⁸ TARAN, PATRICK; GERONIMI, EDUARDO, “Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección”, en: *Perspectivas sobre las migraciones laborales*. 3 S, Programa de Migraciones Internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003.

²⁹ “En tiempos de crisis, la disminución de la demanda laboral aumenta la probabilidad de empleo precario e irregular. La competencia (verídica o percibida) por pocos puestos de trabajos incita la xenofobia y las reacciones discriminatorias de los locales contra los trabajadores migrantes y sus familias. Cuando hay pocas certezas, es probable que los trabajadores migrantes se vean forzados a aceptar trabajos en condiciones pobres y/o en la economía informal. Ciertos grupos o individuos pueden exigir más medidas proteccionistas o mostrar agresividad hacia los migrantes. Ejemplos de este tipo de reacciones existen en diversas regiones. Sin embargo, es importante hacer énfasis en que la violencia y la xenofobia no están extendidas”. AWAD, Ibrahim, *The global economic crisis and migrant workers: Impact and response*. International Labour Office, International Migration Programme. Geneva: ILO, 2009. 64 p.

familia, si ello les permite acceder a alguna prestación, y desconocer tal situación, si de ello deriva una obligación.

El establecimiento, en los beneficios sociales de más reciente creación, de procedimiento de cruce de información, apunta a atacar estas prácticas, de igual incidencia tanto en nacionales como extranjeros.

4.3 Coordinación de los diferentes sistemas de Seguridad Social entre los países

Un último aspecto de interés y de gran importancia, tanto para trabajadores extranjeros como para sus empleadores, es la posibilidad de trabajar en diversos países, estar protegidos en todos ellos y poder generar prestaciones de seguridad social sin que dicha movilidad les cause algún perjuicio³⁰. En suma, es la problemática de la Seguridad Social de alcance internacional. En este aspecto Chile es un país aventajado.

Si bien, un trabajador extranjero que se encuentre afiliado a la seguridad social de su país puede excluirse de la aplicación de los sistemas nacionales, lo cierto es que se trata de una norma restrictiva, que no soluciona el problema de los trabajadores que estuvieron afiliados en diferentes países.

Ello se ha resuelto en parte a través de convenios internacionales³¹ que Chile ha firmado con Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, Ecuador, España, Estados Unidos, Finlandia, Holanda, Luxemburgo, Noruega, Perú, Portugal, Québec, República Checa, Suecia, Suiza, y Uruguay, permitiendo el reconocimiento de periodos trabajados en un país por parte del sistema de seguridad social del otro.

Adicionalmente, Chile es parte del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS)³², ambiciosa iniciativa que pretende ligar a la totalidad de los países Iberoamericanos en materia de pensiones, de forma que sea posible considerar los aportes en cualquiera de ellos y con cualquier tipo de sistema, sea este de capitalización individual o de reparto.

Sin embargo, hay que tener presente que estos convenios, solo se aplicarían al migrante que tiene contrato de trabajo formal y en el que el empleador retiene y paga sus cotizaciones; o se desempeña como trabajador independiente y cotiza en el sistema previsional de salud y de pensiones³³.

Sin perjuicio de lo anterior, su principal utilidad para el migrante es la de poder presentar solicitudes en un Estado para obtener prestaciones adquiridas en el otro Estado. Cada país otorgará el beneficio de acuerdo a su legislación, por lo cual, si cumple los requisitos en ambos Estados para pensionarse, puede recibir pensiones paralelas. En muchos casos, los trabajadores migrantes no alcanzan a completar los periodos de seguros mínimos en un solo Estado para acceder a algún beneficio, por lo cual pueden complementarlos con los periodos trabajados en el otro u otros países

³⁰ MORALES, ABELARDO, *Inmigración en Costa Rica: características sociales y laborales, integración y políticas públicas*. En *Serie población y desarrollo. Centro latinoamericano y caribeño de demografía- división de población de la CEPAL*. N.º 85, 2008 [en línea]. Disponible en: [http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/34570/lcl2929-P.pdf].

³¹ JIMENEZ, ADOLFO, "Una experiencia inédita", en: *Miradas al Exterior, Revista de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España*, n.º 18, abril-junio.

³² "El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social constituye un paso importante en miras de la protección de seguridad social de los migrantes. Sin embargo, si lo enfrentamos a la regulación sobre coordinación europea encontramos fuertes diferencias, sobre todo por la inexistente preocupación en Europa por los trabajadores de la economía informal" ARELLANO, Pablo y BRIGANTI, Francesco, *Europa y América Latina: encuentros y desencuentros en la búsqueda de la coordinación de los sistemas de seguridad social*. En Programa de Estudios Europeos UDEC. Relaciones entre Europa y América Latina, 2012. p. 125-155.

³³ MAGUID, ALICIA Y SALINAS, VIVIANA, *Inserción laboral y acceso a mecanismos de seguridad social de los migrantes en Iberoamérica*. En *Serie población y desarrollo* N.º 96, Cepal, Naciones Unidas. EE. UU: CEPAL & ONU, 2010, p. 83.

sujetos a convenio³⁴. Asimilar su calidad de pensionado en un Estado, con la calidad de imponente activo en el país en el que solicita el beneficio (en el caso chileno, dicha disposición sólo es necesaria para ex cajas de previsión). Recibir protección de salud en el país de residencia para pensionados de otro país, en las mismas condiciones que los pensionados del Estado donde reside. Recibir la pensión originada en otro país, en el país de residencia, sin disminuciones en el monto de aquella. Los trabajadores activos pueden mantener la continuidad previsional en el país de origen, cuando sean enviados³⁵ temporalmente a trabajar al otro país sujeto a convenio. Evitar la doble cotización al ser desplazado temporalmente a otro país; sin el convenio, los trabajadores deben cotizar en el territorio donde ejerzan sus labores. Traspaso de fondos: permite la transferencia de fondos entre sistemas de capitalización individual. Actualmente está en aplicación en virtud del convenio Chile Perú. Los traspasos de fondos se efectúan entre los sistemas de capitalización individual, a fin de que los fondos cotizados en un país puedan ser administrados en el país donde la persona resida de forma permanente, con el objeto de financiar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivencia a que tuviera derecho en aquel país³⁶.

Mención aparte merece el tema de las cotizaciones de los trabajadores extranjeros, debido a la Ley Nº 18.156, modificada por la Ley Nº 18.726, establece la exención de la obligación de cotizar para los técnicos extranjeros contratados por una empresa, siempre que se reúnan las condiciones establecidas³⁷. En efecto, la norma citada señala en su artículo 1 que: “Las empresas que celebren contratos de trabajo con personal técnico extranjero y este personal, estarán exentos, para los efectos de esos contratos, del cumplimiento de las leyes de previsión que rijan para los trabajadores, no estando obligados, en consecuencia, a efectuar imposiciones de ninguna naturaleza en organismos de previsión chilenos, siempre que se reúnan las siguientes condiciones:

- a) Que el trabajador se encuentre afiliado a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que le otorgue prestaciones, a lo menos, en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte, y
- b) Que en el contrato de trabajo respectivo el trabajador exprese su voluntad de mantener la afiliación referida.

La exención que establece el inciso anterior no comprenderá los riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales previstos en la ley 16.744”.

Por su parte, la Circular Nº 553 del 28 de octubre de 1988 de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones (hoy Superintendencia de Pensiones), dispone en su numeral 1º, letra a., que: “Estarán exentos de la obligación de efectuar cotizaciones previsionales en una Administradora, los trabajadores extranjeros que detenten la calidad de “técnicos”, y se entenderá por técnico para estos efectos, a los trabajadores que posean conocimientos de una ciencia o arte, que puedan ser acreditados mediante documentos justificativos de estudios especializados o profesionales debidamente legalizados y, en su caso, traducidos oficialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores”.

De este modo, el órgano competente, en ejercicio de sus atribuciones, ha establecido qué se entiende por “técnico” para efectos de la Ley Nº 18.156, cuya preceptiva exige, según se ha ano-

³⁴ ARELLANO, PABLO Y BRIGANTI, FRANCESCO, Europa y América Latina: *encuentros y desencuentros en la búsqueda de la coordinación de los sistemas de seguridad social*. En Programa de Estudios Europeos UDEC. Relaciones entre Europa y América Latina, 2012. p. 125-155.

³⁵ Super Intendencia de Pensiones. *Los migrantes y el sistema de pensiones*. Disponible en <https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/w3-propertyvalue-10260.html> (Fecha de consulta, 16 de abril de 2020)

³⁶ CALVO, ESTEBAN, BERTRANOU, FABIO Y BERTRANOU, EVELINA, “Are Oldage Pension System Reforms Moving Away from Individual Retirement Accounts in Latin America?” *En Journal of Social Policy*. University of Cambridge. Volumen 39, Number 2, (2010) U.K.: Cambridge University Press, 2010. p. 223-234.

³⁷ Superintendencia de Pensiones Pagina consultada <https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/w3-propertyvalue-9932.html> (Fecha de consulta, de abril de 2020)

tado, la calidad de técnico extranjero respecto de los trabajadores que pretendan optar a la exención en comento.

Así las cosas, el concepto de “personal técnico extranjero”³⁸, para la aplicación del artículo 1 de la Ley N° 18.156 aparece dotado de un alcance más estricto que el de “personal técnico especialista” que utiliza el artículo 20 del Código del Trabajo, no pudiendo soslayarse, además, que los objetivos de cada precepto son diversos.

Atendido a que la ley 18.156 es una norma de excepción a la regla general de la obligatoriedad del empleador de efectuar los descuentos previsionales.

CONCLUSIONES

A raíz del estudio realizado anteriormente, cabe recalcar que Chile no solo ha ratificado la mayoría de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, incluyendo la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, sino que promulgó la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación y que incluye en la definición de “discriminación” las exclusiones que se hagan por motivos como la raza, etnia o nacionalidad de una persona.

Lo anterior deja en claro que en Chile no existe diferencia entre chilenos y extranjeros en cuanto al acceso al sistema previsional chileno. Por lo que este busca a través de sus políticas públicas promover la participación de las personas migrantes internacionales en el desarrollo, seguimiento y evaluación de las políticas y programas sanitarios que los involucren, además de garantizar el acceso equitativo a la promoción, la prevención y la atención de salud a las personas migrantes, como la caracterización de la situación de salud y sus tendencias, incluyéndoles en ellas, para así favorecer el enfoque intersectorial en la promoción de la seguridad social, desde el concepto de “Salud en todas las políticas”, con la finalidad de buscar soluciones conjuntas a estas mismas, todo con el fin de que reduzca con ellas la discriminación, xenofobia y estigmatización de las personas migrantes.

Si bien aún falta una adecuada armonización y adecuación del marco normativo existente, no se puede negar que hasta la fecha, Chile ha realizado grandes avances en esta materia, aunque las principales barreras aún existen, y deben ser solucionadas siendo tales; la condición migratoria no regulada, carencia de cedula o documentos de identidad, seguro público o privado de salud, situación laboral irregular; contrato, horarios laborales y cotizaciones, bajo nivel de información sobre el acceso al sistema de seguridad social y funcionamiento del mismo, barreras lingüísticas y culturales: siglas, lenguaje, idioma, explicaciones demasiado técnicas, barreras psicosociales del usuario: valoración de la salud, temor, percepción respecto al trato, redes de apoyo, integración e inserción y barreras psicosociales del funcionario público como la falta de información, prejuicios, discriminación.

³⁸ “Esta ley permite además al Técnico Extranjero, en su artículo 7°, la posibilidad, de recuperar lo cotizado en una administradora de fondos de pensiones chilena, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 1°, realizando la solicitud correspondiente”. SANCHEZ, Cristina. “El Convenio Multilateral Iberoamericano de seguridad Social”. En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. IUSTEL*. Número 26, Julio. (2011) Disponible en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=12&numero=26].

REFERENCIAS

ARELLANO ORTIZ, PABLO, “La cobertura de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales por las normas internacionales del trabajo de la OIT”, en: *Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2, n° 3, Santiago, Chile, 2012, pp. 163-180.

ARELLANO, PABLO Y BRIGANTI, FRANCESCO, Europa y América Latina: *encuentros y desencuentros en la búsqueda de la coordinación de los sistemas de seguridad social*. En Programa de Estudios Europeos UDEC. Relaciones entre Europa y América Latina, 2012, p. 125-155.

AWAD, IBRAHIM, *The global economic crisis and migrant workers: Impact and response*. International Labour Office, International Migration Programme. Geneva: ILO, 2009, p. 64.

CALVO, ESTEBAN, BERTRANOU, FABIO Y BERTRANOU, EVELINA, “Are Oldage Pension System Reforms Moving Away from Individual Retirement Accounts in Latin America?” *En Journal of Social Policy*. University of Cambridge. Volumen 39, Number 2, 2010 U.K.: Cambridge University Press, 2010, p. 223-234.

CEPALC, “Migración internacional en América Latina y el Caribe. Nuevas tendencias, nuevos enfoques”, JORGE MARTÍNEZ PIZARRO, Cepal, United Nations, Capítulo VI, *Debates sobre las nuevas tendencias de la migración internacional y los enfoques para comprenderlas*, Santiago, Chile, 2011, p. 419-430.

CIFUENTES, HUGO Y ARELLANO, PABLO, “Derecho a la Seguridad Social y la protección por pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia en Chile”. *En Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Cincuenta Años de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2011, p. 177-288.

HOBSABAWN, ERIC, *Historia del Siglo XX*. Grupo Editorial Planeta. Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 95.

HUMBLET, MARTINE; SILVA, ROSINDA, *Normas para el siglo XXI, Seguridad Social*. Ginebra, Suiza, OIT, 2002.

ILO, Conferencia Internacional del Trabajo. 80ª reunión, *El seguro social y la protección social*. Memoria del director general. (Parte I). Ginebra: OIT, 1993, p. 98.

JIMENEZ, ADOLFO, “Una experiencia inédita”, en: *Miradas al Exterior, Revista de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España*, n° 18, abril-junio.

MAGUID, ALICIA Y SALINAS, VIVIANA, “Inserción laboral y acceso a mecanismos de seguridad social de los migrantes en Iberoamérica”. *En Serie población y desarrollo* N.º 96, Cepal, Naciones Unidas, CEPAL & ONU, EEUU, 2010, p. 83.

MORALES, ABELARDO, *Inmigración en Costa Rica: características sociales y laborales, integración y políticas públicas*. *En Serie población y desarrollo*. Centro latinoamericano y caribeño de demografía- división de población de la CEPAL. N.º 85, 2008 [en línea]. Disponible en: [<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/34570/lcl2929-P.pdf>].

NOVOA FUENZALIDA, PATRICIO, *Derecho de la Seguridad Social*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1977.

TARAN, PATRICK, GERONIMI, EDUARDO, “Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección”, en: *Perspectivas sobre las migraciones laborales*, 3 S, Programa de Migraciones Internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003.

SALINAS, R., “Italianos en Chile 1880-1930”, Artículo de la Colección de la Biblioteca Nacional de Chile, 1993, pp. 11-24.

SANCHEZ, CRISTINA, “El Convenio Multilateral Iberoamericano de seguridad Social”. En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. IUSTEL*. Número 26, España, Julio 2011, Disponible en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=12&numero=26]

ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO, “El estatus constitucional de extranjeros”, en: *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N.º 203, año LXVI, enero-junio, 1998, pp. 301-330.

LA FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL

THE FORMATION AND HISTORICAL EVOLUTION OF PROTECTION AGAINST UNFAIR COMPETITION

LUIS FELIPE TOVAR GARCÍA*
UNIVERSIDAD SAN MARTÍN DE PORRES

RESUMEN: Para el desarrollo y fortalecimiento de las industrias se dejó vía libre para una competencia económica sin limitación ni regulación alguna. Durante el transcurso de ese periodo “dejar hacer, dejar pasar” tiempo en la que se fortaleció la economía liberal surgió la necesidad de proteger la competencia desleal. Este trabajo realiza un breve recorrido en la formación y evolución de la protección contra la competencia desleal en varios países de Europa, muestra la relación que existe entre la responsabilidad aquiliana y el desarrollo de la disciplina de la competencia desleal.

PALABRAS CLAVE: Historia, competencia desleal.

ABSTRACT: *For the development and strengthening of industries, the way was left open to economic competition without limitation or regulation. During the course of that “let do, let through” period in which the liberal economy strengthened, the need to protect unfair competition emerged. This work makes a brief overview of the formation and evolution of protection against unfair competition in several European countries, shows the relationship that exists between Aquilian responsibility and the development of the discipline of unfair competition.*

KEY WORDS: *History, unfair competition.*

* Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú. Doctor en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca, España. Correo postal: Prolongación Río Santa Manzanera L, Lote 8, El Olivar, Distrito de Los Olivos, Lima, Perú. CP. Lima 39. Correo electrónico lf_tovarg@hotmail.com

ASPECTOS INTRODUCTORIOS

La regulación contra la competencia desleal surge en el siglo XIX de la mano del liberalismo económico, una de las conquistas de la Revolución Industrial es la libertad de industria y de comercio. Esta libertad en etapas anteriores no existía, debido principalmente a la rígida implantación de los gremios. De esta manera, la posibilidad de dedicarse libremente al ejercicio de actividades económicas puso de manifiesto, al cabo de cierto tiempo, que era necesario evitar que participantes en el mercado poco escrupulosos perjudicaran a sus competidores mediante actuaciones incorrectas y desleales.

Pues bien, resulta imprescindible para el presente estudio revisar la formación, evolución del Derecho de la competencia desleal y su posterior desarrollo en los principales países que lo han adoptado. Sin entrar en un análisis exhaustivo del nacimiento de esta rama del derecho de la competencia y de su adopción en algunos países de Europa.

ORIGEN Y DESARROLLO DE LA REGULACIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL EN LOS PRINCIPALES PAÍSES EUROPEOS

El origen de la regulación de la competencia desleal viene del siglo XIX, de la mano de la Revolución industrial, unido del desarrollo del liberalismo económico, pero en rigor, la moderna disciplina de la competencia desleal no nace inmediatamente tras la proclamación de los postulados liberales, sino decenios después¹.

Con la llegada de la Revolución francesa se abolió el antiguo régimen, la eliminación de los privilegios de industria, la supresión de la organización gremial y el nacimiento del Estado liberal, en la que se proclamó la libertad de industria y comercio, es decir, en la libertad de competir².

Esta libertad económica y jurídica, si bien rompe las barreras gremiales y corporativistas, da vía libre a la posibilidad de desarrollar libremente actividades económicas sin control alguno en la que los empresarios actúan en posición de autonomía, la intervención del Estado es una excepción, es decir el Estado tenía un papel pasivo y neutral, permitiendo, de esta manera, la formación de los primeros núcleos industriales y comerciales; dejando vía libre a los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, abusos de posición dominante, etc.

Es en el periodo de las corporaciones³, en donde se tutelaba el prestigio e intereses de los miembros de la corporación, donde la función reguladora y monopolizadora de la actividad económica lo regulaban las propias corporaciones⁴ y la competencia económica se desarrollaba

¹ GHIDINI, GUSTAVO, "La competencia desleal. Desde las Corporaciones al Corporativismo", *Revista de Derecho Mercantil* n° 135-136, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 1975, p. 22.

² Sobre el principio de la libertad de iniciativa económica, ASCARELLI, TULLIO, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, traducción al español de VERDERA, E., y SUÁREZ-LLANOS, L., Bosch, Barcelona, 1970, pp. 33-34.

³ Para un detallado estudio sobre las características fundamentales de la competencia económica en la organización del sistema corporativo o gremial véase entre otros a GHIDINI, GUSTAVO, *op. cit.*, pág. 7 y ss.; PIRENNE, HENRI, *Historia económica y social de la edad media*, Fondo de cultura económica, México, 1986, pp. 131 y ss.; KULISCHER, J.M., *Storia económica del medio evo e dell'epoca moderna*, vol. Primo, editore G. C. Sansoni, Firenze, 1955, pág. 301 y ss.; REHME, Paul, *Historia universal del derecho mercantil*, traducción al español por GOMEZ ORBANEJA, EMILIO, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1941, pp. 66 y ss., FRANCESCHELLI, Remo, *Trattato di diritto industriale*, parte generale, volume primo, Doot. A. Giuffrè, Milano, 1960, pp. 393 y ss., ASCARELLI, *op. cit.* pp. 38 y 39, RAMELLA, AGUSTIN, *Tratado de la propiedad industrial*, t. II Marcas, Nombres, Competencia Desleal y Uniones Industriales, traducción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1913, p. 300.

Entre los mercantilistas españoles que se han ocupado del tema véanse FONT GALÁN, IGNACIO, *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 70 y ss.; BAYLOS CARROZA, HERMENEGILDO, *Tratado de derecho industrial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 327 y ss.; PAZ-ARES, CANDIDO, "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia)", *Revista de Derecho Mercantil*, n° 159 enero-marzo, 1981, pp. 15 y 16.

⁴ Al respecto, MENÉNDEZ, AURELIO, *la competencia desleal*, Civitas, 1ed. Madrid, 1988, pp. 26 y 27.; señala que "(...) en el periodo de las corporaciones, e incluso en la época mercantilista, carece de sentido hablar de una normativa de la competencia desleal, que presupone el previo establecimiento de la libertad general de la competencia. En relación con ese periodo se puede hablar de reglas de competencia,

bajo la perspectiva de una ilimitación de ganancias y de una competencia libre⁵.

Es así como hasta mediados del siglo XIX lo único que se protegía por los actos derivados de la competencia desleal eran los derechos de la propiedad industrial⁶, específicamente la protección del derecho sobre la marca que viene a constituir el camino para la represión de la competencia desleal⁷, por lo que era considerada –tal como señala FONT GALAN– como una última “red de seguridad”⁸ para detener y poder sancionar las prácticas “atípicas” que atentan contra la propiedad industrial. Esta situación, la limitaba a ser una mera disciplina reparadora de daños inferidos sobre los bienes de la propiedad industrial, los derechos de exclusiva del empresario, sobre los bienes inmateriales de la empresa que se configuran como auténticos derechos subjetivos absolutos.

De esta manera los actos de competencia desleal fueron entendidas como una agresión a los “intereses individuales del empresario”⁹, por lo que mediante su regulación se buscaba proteger los intereses de estos, es decir, que se perseguía aquellos actos de sustracción o aprovechamiento de los resultados de un competidor por medio de la denigración, la violación de secretos industriales, la usurpación flagrante de los signos distintivos u otros bienes de la propiedad industrial. Así, señala con razón Menéndez¹⁰ que “(...) la represión de la competencia desleal se circunscribe básicamente a los actos de confusión (usurpación, falsificación, etc.) de los derechos sobre signos distintivos y otras figuras de la propiedad industrial. Adviértase, pues, que la tutela de los signos distintivos encauzada a través de la incipiente disciplina de la competencia desleal no tiene por objeto la protección del sistema de libre competencia”.

Lo que se pretendía en un primer momento, con la ausencia del intervencionismo estatal y el reconocimiento de las ideas económicas liberales, era fortalecer las industrias e impulsar la formación de “fuertes núcleos empresariales”¹¹; ya que de existir una normativa sobre la deslealtad competitiva hubiese funcionado como freno estatal para el despegue económico y hubiese resultado insalvable para una industria naciente que solo podía afianzarse si se le dejaba el campo libre para las imitaciones y modalidades engañosas. Sin estos “excesos” hubiera sido imposible el despegue de la industria, un claro ejemplo, viene a constituir la industria alemana que se caracterizaba por ser una industria de “falsificadores y aventureros”¹².

Una vez consolidada la industria y por lo tanto el régimen económico liberal (a finales del siglo XIX y principios del XX), son los empresarios que se vieron en la necesidad de solicitar al Estado la regulación de la libre competencia con la finalidad de eliminar los constantes abusos que se cometían en el mercado por parte de los participantes que mediante acuerdos restrictivos y de ac-

en el sentido de que toda la actividad económica se hallaba minuciosamente reglamentada por las corporaciones y más tarde por el Estado absoluto”.

⁵ BAYLOS CARROZA, *op. cit.*, p. 202.

⁶ “En principio, la disciplina de la competencia desleal se ha considerado –señala BAYLOS CARROZA– que forma parte del contenido de la propiedad industrial, partiendo de que la deslealtad del competidor ataca a los titulares de derechos subjetivos de carácter exclusivo derivados de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial”. *op. cit.*, pág. 333.

⁷ Al respecto, el autor italiano FRANCESCHELLI, REMO, señala, la traducción es de mi autoría, “(...) durante el siglo XIX, la adopción por los países más importantes de una legislación especial sobre marcas, signos distintivos, nombres comerciales, había abierto el camino a la represión de la competencia desleal, (...) (...) el derecho de marcas es un derecho piloto, por así decirlo, en lo que respecta a la protección contra la competencia desleal, (...). Véase en “studi sulla concorrenza sleale. La storia del problema e delle sue soluzioni”, *Rivista di Diritto Industriale*, 1962, parte prima, pp. 19 y ss.

⁸ *Op. cit.*, pág. 89, cit. 171.

⁹ Al respecto GHIDINI señala que “(...) el régimen jurídico de la competencia desleal era concebido como medio de tutela de los frutos del trabajo (del trabajo del comerciante)”. *Vid.* La competencia desleal. Desde..., *op. cit.*, pág. 9.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 34.

¹¹ El autor italiano GHIDINI, *op. cit.*, pp. 17 y ss.; señala que “no se trataba de una insensibilidad jurídica ante las exigencias del mundo de la economía. Por el contrario, como prueba de que en las relaciones económicas los conceptos de lícito e ilícito están en función de los intereses dominantes puede observarse cómo en los orígenes del capitalismo liberal (...) la ausencia de cualquier tipo de frenos estatales constituía exigencia del sistema, a fin de posibilitar la creación de fuertes núcleos empresariales”, de opinión similar MENÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

¹² Al respecto, véase GHIDINI, GUSTAVO, *slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Cedan – casa Editrice Dott. Antonio milani, Padova, 1978, p. 23.

tos que perjudicaban el funcionamiento correcto de la competencia y la salud moral y negocial del tráfico económico¹³. Ya que es bien conocido que no poner límites a la libertad de competir acarrea, por su propia mecánica, a su destrucción¹⁴.

En ese sentido, la normativa reguladora de la Competencia Desleal, que constituye una “verdadera paradoja del liberalismo”¹⁵, está llamada a cumplir un rol protagónico en el esfuerzo tutelar de la integridad del mercado, poniendo fin de esa manera al principio *laissez faire*¹⁶. Al respecto, GHIDINI¹⁷ señala “(...) no resulta difícil comprobar cómo las líneas fundamentales del régimen de la competencia desleal, que surge con la madurez –y no desde el nacimiento– de la economía liberal (...)”.

De esta manera, se aprecia como la competencia desleal vinculada a la propiedad industrial, se independiza para ser sustituida por una disciplina general, privada y dotada de una fuerte impronta profesional, en la que se protege los intereses privados de los empresarios en las relaciones recíprocas de mercado. Esta etapa se caracteriza de cierto intervencionismo estatal apoyado por parámetros profesionales.

Esta regulación para la protección contra la competencia desleal, no se produjo de un modo uniforme en los distintos países europeos, esto debido al desarrollo industrial de cada uno de ellos, ya que a comienzos del siglo XIX Francia era el país que presentaba la más sólida estructura industrial y comercial con producciones de fama internacional. Todo lo contrario, sucedía con Italia, Alemania y España, entre otros, en la que su desarrollo industrial fue mucho más lento¹⁸.

Así pues, es en **FRANCIA** –país donde se encuentra los primeros gérmenes de una legislación protectora contra la competencia desleal– donde se reprimió la competencia desleal en base a la labor jurisprudencial inspirada en la cláusula general de la responsabilidad, se señala pues que esta nace y se desarrolla de la disciplina general de la responsabilidad civil¹⁹, en el resto de los países continentales (Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo) siguen el mismo camino del código civil francés.

Este desarrollo de la protección contra la competencia desleal que nace a partir de los materiales típicos de la responsabilidad aquiliana, específicamente en torno a la jurisprudencia elaborada

¹³ Una vez consolidado y formado un fuerte núcleo industrial suficientemente capaz de no temer la intervención estatal, son los empresarios quienes presionan para que el Estado intervenga tanto a nivel jurisprudencial como legislativo. Esta intervención se solicita con la finalidad de proteger las posiciones adquiridas en el mercado. En este sentido GHIDINI, “La competencia desleal...”, *cit.*, pp. 17 y 18; también Menéndez, *op. cit.* p. 65.

¹⁴ SENEN DE LA FUENTE, GUILLERMO (coord.), “La Protección de la Libre Competencia, Tratados internacionales anteriores al Tratado de Roma y leyes especiales de los países miembros del Mercado Común”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 95, Seminario de Derecho Mercantil de la Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1965, p. 154, también es destacado por FONT GALÁN, *op. cit.*, p. 90.

¹⁵ GIRÓN TENA, JOSE, *Estudios de Derecho mercantil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 344.

¹⁶ Como apunta GHIDINI, “La competencia desleal...”, *cit.* p. 19, “es en este preciso momento (refiriéndose a las prácticas que lesionan o pueden lesionar los intereses de los empresarios leales y honestos), cuando madura la necesidad de poner fin al principio del *laissez-faire* en la lucha económica y de pasar a una disciplina objetiva de la competencia, de carácter nacional primero, y después de alcance internacional”. La frase *laissez faire* viene literalmente del francés “dejar hacer”, es un principio económico asociado a la escuela del pensamiento clásico, según el cual el Estado debe dejar hacer, refiriéndose a una completa libertad de la economía.

¹⁷ “La competencia desleal...”, *cit.*, p. 11.

¹⁸ Para un estudio más detallado y con gran cantidad de bibliografía sobre el tema véase GHIDINI *op. cit.* p. 18, *cit.* 22.

¹⁹ El reconocimiento doctrinal del mérito y paternidad de la jurisprudencia en la formación originaria de la disciplina de la competencia desleal a partir del modelo aquiliano es unánime. Bastante elocuente es la afirmación de SANTINI quien manifiesta que “(...) del tronco de la responsabilidad aquiliana, jurisprudencia y doctrina han logrado desarrollar una disciplina de la competencia desleal (...)”; prólogo a la monografía de ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL, *La responsabilidad civil del fabricante*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, p. 20, de opinión similar Menéndez, *op. cit.*, p. 36 ss., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO, “La competencia desleal”, *Derecho de los negocios*, n° 20, Madrid, 1992, p. 1; “La formación del derecho de la competencia”, *Actas de derecho Industrial y Derechos de Autor*, T. 2, Montecorvo, Madrid, 1975, p. 67, PAZ-ARES RODRIGUEZ, CANDIDO, “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 159, Aranzadi Thomson Reuters, 1981, p. 26; GIRÓN TENA, JOSE, *Estudios de Derecho Mercantil* “Competencia ilícita y derecho de la empresa. Interpretación de nuestro Derecho Positivo”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, pp. 345 ss.; *Vid.* también FRANCESCHELLI, *op. cit.*, pp. 17 ss., SCHRICKER, GERHARD, “Últimos desarrollos del derecho de la competencia desleal en Europa”, *Revista General de Derecho*, n° 49, Valencia, abril - 1993, p. 3295, FONT GALÁN, *op. cit.*, p. 92, entre otros.

sobre la base de la cláusula general de la responsabilidad extracontractual, es decir a través del art. 1382 del Código Civil Francés, en un inicio, solo se castigaba las infracciones a los derechos a la propiedad industrial, básicamente de derechos de marca ya que la condición previa para una acción por competencia desleal era la violación de un objeto específico de protección²⁰. La jurisprudencia de los tribunales franceses solo protegía –por la ley de marcas– la propiedad industrial, rechazando la posibilidad de dar paso a una ley general de competencia desleal. Elaborar una legislación general traería como resultado –según se manifestaba– la restricción del principio de libre competencia de aquella época.

Es por ello que a inicios del siglo XIX era impensable hablar de una disciplina general de la competencia desleal, ya que por aquella época no se concebía esa idea debido a que se consideraba que afectaba el principio de libre competencia.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, con la industrialización la situación cambia, la competencia desleal cambia de función económica, del derecho violado se pasa a considerar la conducta que causa la lesión, cambiando de esta manera la dirección de la protección. Es así, como pronto se va a desarrollar una doctrina general de la *concurrance déloyale*, todo con el amparo de la cláusula de responsabilidad extracontractual (artículos 1.382 y 1.383 del C.c. francés) que comienza a perfilarse como garantía para el ejercicio del principio de libertad empresarial, acentuándose de esta manera una visión profesional y corporativa de la disciplina²¹.

El modelo jurisprudencial francés fue seguido en **ITALIA**, la doctrina de la competencia desleal se elaboró sobre la base del artículo 1.151 del Código civil de 1865, también equivalente al artículo 1902 del Código civil español, es decir sobre la base de la normativa general del ilícito civil extracontractual.

Los jueces italianos construyen el ilícito concurrencial a partir de la cláusula civil reguladora de la responsabilidad extracontractual, de modo que la represión de la competencia desleal encuentra fundamento –así como lo hizo la jurisprudencia francesa sobre el artículo 1.382– en la norma general en materia de ilícito civil extracontractual (artículo 1.151)²². Sin embargo, algunos matices difieren de la evolución de esta doctrina jurisprudencial, ya que la experiencia italiana da sus primeros pasos con el desdoblamiento de la jurisprudencia en la construcción del ilícito concurrencial bajo el influjo de dos tendencias de marcado sabor individualista; la primera que sigue la tendencia de la jurisprudencia francesa, típicamente protocapitalista que sale en defensa del empresario y sus intereses, y una segunda tendencia formada por esquemas acapitalistas que presta más atención al aspecto personal que a los resultados objetivos de la actividad empresarial; terminando imponiéndose la tendencia francesa²³.

²⁰ La Ley de marcas estaba codificada de ahí que solo se pudiera reprimir los comportamientos concurrenciales expresa y taxativamente prohibidos por la Ley. En este sentido, solo se podía realizar acciones por infracción ante los tribunales civiles o penales cuando se violaban normativas en materia de marcas, ante los tribunales civiles era la acción de competencia desleal.

al respecto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 12 Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 44, señala que la competencia desleal se encuentra vinculadas a las marcas, ya sea por causas jurisprudenciales elaboradas a través de la cláusula general de la responsabilidad extracontractual como es el caso de Francia (art. 1382, 1383) o por medio de leyes especiales como es el caso de Alemania.

²¹ Con estos nuevos parámetros, ya no solo se reprimen los actos lesivos de derechos de propiedad industrial, sino que la tutela se proyecta sobre todos los elementos de la empresa con valor competitivo. Para un análisis más amplio del origen y evolución de la competencia desleal en la jurisprudencia francesa véanse entre otros, KRASSER, RUDOLF, *La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la Communauté économique européenne*, T. IV, Dalloz, Paris, pp. 1 y ss., también pp. 147 y ss., GHIDINI, *op. cit.*, pp. 19 y ss., RAMELLA, AGOSTINO, *Tratado de la propiedad Industrial*, Tomo II, Marcas, nombres, competencia desleal y uniones industriales. Hijos de Reus, Madrid, 1913, pp. 305 y ss., Menéndez, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

²² PAZ-ARES, “Constitución económica y competencia desleal” (reflexiones sobre la experiencia italiana), *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, Ministerio de Justicia, Madrid, 1981, p. 929.

²³ Para un estudio detallado de las dos tendencias jurisprudenciales que surgió en Italia véase GHIDINI, *op. cit.* pp. 25 y ss., también PAZ-ARES, *op. cit.*, pág. 929 y ss.

En Italia, al igual que en Francia, no existió una disciplina general de la competencia desleal, el artículo 1,151 únicamente da lugar a la protección de determinadas conductas típicas. Después de varios intentos, Italia no tendrá una disciplina general de la competencia desleal hasta el decreto del 10 de enero de 1926 (convertido en ley el 29 de diciembre de 1929), fecha en que el legislador italiano da eficacia interna al artículo 10 bis del texto de la Haya del Convenio de la Unión de París²⁴. Pero es con el artículo 2.598 del *Codice Civile* de 1942 donde se cristaliza de modo definitivo la defensa de intereses profesionales²⁵.

Todo lo contrario, sucedió en **ALEMANIA**, país donde la construcción jurisprudencial no fue aceptada²⁶ para la elaboración de una legislación contra la competencia desleal; se recurrió al legislador para promulgar una ley especialmente dirigida a dicha finalidad.

Hay que destacar que la recepción del tema en Alemania tendrá enorme trascendencia. Su tardío desarrollo industrial, hizo que su legislación en la materia se retrasara casi un siglo. Es por ello que el tema de la competencia desleal surge en Alemania con la promulgación de la *Gewerbeordnung für das Deutsche Reich*, de 21 de junio de 1869, en la que se proclamaba por primera vez el principio de libertad de industria y comercio (la *Gewerbefreiheit*). Luego se promulga la *Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen* de 12 de mayo de 1894, esta ley de marcas contenía normas específicas sobre la competencia desleal.

Posteriormente se promulgó la primera ley especial sobre competencia desleal: la *Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*, de 27 de mayo de 1896, esta Ley establecía sanciones penales y la acción inhibitoria para ilícitos específicos, no contenía una cláusula general, solo reprimía a través de acciones de indemnización y cesación ciertos tipos de comportamientos desleales tales como: el anuncio engañoso, los actos de denigración, los actos de confusión y la violación de secretos industriales²⁷.

A pesar del avance que constituyó esta ley para la regulación de la competencia desleal, no fue suficiente para solucionar los problemas que esta presentaba; debido a que, tal como se afirma, carecía de una cláusula general. La utilización de la responsabilidad aquiliana viene con la publicación del *BGB* de 1900 (*el Reichsgericht*) en la que se comienza a utilizar el par. 823 *BGB* (este párrafo establece el sistema de responsabilidad aquiliana típica) como una norma complementaria para proteger a la empresa frente a la competencia desleal, este par. 823 exigía que para que proceda la acción de responsabilidad exista lesión de un derecho subjetivo absoluto motivo por el cual el alto Tribunal desarrolla una singular teoría del derecho de la empresa²⁸.

²⁴ En el art. 10 bis del C.U.P. (fundada en 1883) se insertó una precisión específica de actos de competencia desleal, en la que se sancionaba como desleales los actos contrarios a los usos honestos del comercio. El Convenio de la Haya estructuraba la disciplina de la concurrencia desleal, olvidando la referencia tanto a la culpa y dolo como a la verificación de un daño concreto. Para un estudio detallado sobre el art. 10 bis del C.U.P. y su influencia en la jurisprudencia italiana *vid.* GHIDINI, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

²⁵ El art. 2598 establece una cláusula general, cuyo criterio viene dado por la corrección profesional al declarar en su n° 3 que incurre en competencia desleal quien “se valga directa o indirectamente de cualquier medio no conforme a los principios de corrección profesional e idónea para perjudicar a la empresa”, la norma tiene un criterio marcadamente corporativo ya que tiene como objetivo la defensa de los intereses de la empresa y por ende del empresario, por lo tanto este artículo viene a constituir el exponente máximo de esta tendencia francesa (protocapitalista).

En general, la evolución italiana ha sido estudiada con particular detalle por PAZ-ARES, *op. cit.*, pp. 927 y ss., y las exhaustivas indicaciones bibliográficas que indica el autor; ver también la síntesis de GHIDINI, *op. cit.*, pp. 25 y ss., y pág. 34 y ss., también ASCARELLI, *op. cit.*, pp. 147 y ss., FRANCESCHELLI, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

²⁶ “en Alemania, antes de la UWG de 1896, la jurisprudencia (...) se había mostrado particularmente reacia a reprimir los abusos concurrenenciales (...)” GHIDINI, *op. cit.*, 29.

²⁷ Para un estudio detallado de esta ley *vid.* PAZ-ARES, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

²⁸ Esta concepción tiene su origen antes de la aprobación de la *UWG*, es desarrollado por la jurisprudencia del *Reichsgericht*, en la sentencia de 27 de febrero de 1904 en la que se atribuye al empresario un derecho subjetivo absoluto sobre su empresa y los bienes inmateriales a ella conexos. Esto explica que la empresa resultara tutelada por la cláusula general de responsabilidad civil extracontractual (par. 823 *BGB*). Pero la aplicación práctica del par. 823 *BGB* ha sido poco afortunado, ya que la teoría del derecho de la empresa como justificación legitimadora para la aplicación de la responsabilidad extracontractual a los actos de competencia desleal violadores del bien jurídico tutelado/lesionado por la cláusula general de la deslealtad fue merecedor de una fuerte crítica doctrinal. Sobre las críticas y las consecuencias del poco éxito que tuvo la aplicación del par. 823 *vid.* la información detallada que recoge PAZ-ARES, *El ilícito concurrenencial...*, *cit.*, pág. 69 al 74, además FONT GALÁN, *Constitución económica...*, pp. 92 al 95.

La consolidación de la disciplina de la competencia desleal en Alemania viene finalmente con la promulgación el 7 de junio de 1909 de la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* –UWG– (ley de competencia desleal), esta ley es la primera en Europa que contiene una cláusula general de prohibición de la competencia desleal. La ley contiene prohibiciones específicas además de sanciones civiles y penales; por otro lado, para la sanción de los actos de competencia desleal se prescindía del daño y del dolo. La ley de 1909 con algunas modificaciones sigue vigente en la actualidad en Alemania²⁹.

En **ESPAÑA** la represión de la competencia desleal no fue objeto, en un inicio, de atención por parte del legislador, solo se contemplaba determinados aspectos concretos y aislados, por lo que existió una variada legislación que la regulaba, pero que no configuraban como un verdadero objeto digno de una específica protección.

Esta base legislativa estaba formada por los artículos 131 y 132 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902 que fue la primera Ley que viene a regular la competencia desleal en España. Estas normas contenían un carácter riguroso y exclusivamente penal de tales normas, siendo además una normativa típica ya que solo se reprime aquellas actividades expresamente previstas en la ley por lo que no es requisito necesario el daño, en estos casos el delito se produce cuando se realiza la conducta típica, con independencia de que se haya causado o no un daño patrimonial³⁰.

También, formaba parte de la base legislativa el artículo 10 bis del Convenio de la unión de París³¹, e, internamente mediante el artículo 10 del Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964³² que viene a constituir la primera norma que introduce en el ordenamiento positivo español

²⁹ Para una completa valoración de este proceso doctrinal de modernización en el derecho alemán nos remitimos, de nuevo, a las sugestivas exposiciones de PAZ-ARES, *op. cit.*, pág. 9 y ss., también GHIDINI, *op. cit.*, pág. 29 y ss., y las doctrinas allí citadas.

³⁰ Según MENÉNDEZ esta ley fue concebida como una disciplina de protección contra la lesión de derechos de propiedad industrial, al respecto el artículo 131 dice: “Se entiende por competencia ilícita toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente Ley”. En lo que respecta al artículo 132 manifiesta el autor que constituye una expansión fuera del estrecho marco de la típica propiedad industrial.

En ese sentido el artículo 132 dice “se consideran hechos de competencia ilícita: a) La imitación de las muestras o rótulos de los escaparates, fachadas, adornos o cualquier otro que pueda originar una confusión con otro establecimiento de igual clase contiguo o muy cercano. b) La imitación de los embalajes usados por una casa competidora en forma tal que induzca a confusión. c) Escoger, como razón social, un lema en el que esté incluido el nombre de una localidad conocida por la existencia de un reputado establecimiento con objeto de aprovecharse ilícitamente de su nombradía. d) Propalar a sabiendas falsas aserciones contra un rival con objeto de quitarle su clientela. e) Publicar anuncios, reclamos o artículos de periódicos, que tiendan a desprestigiar la calidad de los productos de un contrincante. f) Anunciarse de un modo general y contrario a la realidad de los hechos, como depositario de un producto nacional o extranjero. g) El empleo, sin la competente autorización, de indicaciones o términos tales como “preparado según la fórmula de...”, o “con arreglo al procedimiento de fábrica de...”, a no ser que la fórmula o el procedimiento pertenezcan al dominio público”.

El sentido del artículo 132 –según manifiesta MENÉNDEZ– es regular ciertos actos fuera de ámbito de los signos distintivos que constituiría la base fundamental de lo que será el “modelo profesional” posterior.

Para un estudio detallado del tema véase MENÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 38 y ss., en la que expone una sólida argumentación y abundante bibliografía sobre el tema. También DÍAZ VELAZCO, MANUEL, “Notas para el estudio de la competencia ilícita”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 6, 1946, pp. 460 y ss., OTAMENDI RODRIGUEZ-BETHENCOURT, JUAN JOSE, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1994, pág. 29 y ss.

³¹ El artículo 10 bis del convenio dice: “1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. 3) En particular deberán prohibirse: 1. Cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 2. Las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 3. Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”. Con el Convenio de la Unión de París para la protección de la Propiedad Industrial España entra al llamado “modelo profesional”. El convenio fue aprobado el 20 de marzo de 1893, posteriormente revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en la Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 02 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967. España ratificó el Convenio de París el 14 de julio de 1970 y fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 1 de febrero de 1974; una vez ratificado el convenio, el ordenamiento español pasa a tener una cláusula general inspirada en criterios corporativos y pasa este a formar parte del ordenamiento interno, sin necesidad de una ley nacional que lo incorpore. Su posterior aplicación al tráfico interno resultó de difícil aplicación. Para un análisis detallado sobre el tema y su aplicabilidad en el tráfico interno español, véase GOMEZ SEGADE, JOSE, *El secreto Industrial*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 398 y ss.; MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 85 y ss.

³² Artículo 10 del ya derogado Estatuto de Publicidad decía: “Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes y servicios, la que tienda a producir descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”.

una auténtica cláusula general prohibitiva³³, luego también están, el ya derogado, título IX de la Ley de Marcas de 1988³⁴ enteramente destinado a la competencia desleal; tenemos la Ley General de Publicidad (en adelante, LGP) de 11 de noviembre de 1988³⁵ modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre³⁶.

Finalmente se aprobó una legislación especial de represión de competencia desleal, nos referimos a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal³⁷, modificada por la nueva Ley de Competencia desleal y Publicidad nº 29/2009, de 30 de diciembre que entró en vigor el 1 de enero de 2009.

También tenemos un gran número de disposiciones –gran parte de ellas de carácter administrativo– de carácter estatal como autonómica, reguladoras de las actividades de promoción de venta. Nos estamos refiriendo a la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista De 15 de enero de 1996* así como también el amplio conjunto de Leyes autonómicas en materia de competencia promulgadas por las diversas comunidades³⁸.

Podemos apreciar que, hasta antes de la LCD, las normas que han nutrido la Competencia Desleal se encontraban dispersas en leyes de distinta edad y procedencia, que contemplaban en muchos casos aspectos parciales o realidades desfasadas de lo que verdaderamente constituye la Competencia Desleal. Además, el grave problema de gran parte de estas normas es que carecían de una cláusula general prohibitiva respecto de la competencia desleal³⁹, a diferencia de lo que sucedía

³³ FERNÁNDEZ-NOVOA, CARLOS, “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias”, *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 107, 1968, p. 27. Para una aproximación más detallada del tema véase también en MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 91 y ss., DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Dictámenes jurídicos*, ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 244.

³⁴ El título IX de la ley de marcas regula con carácter general la competencia desleal, en su artículo 87 establecía una cláusula general de la disciplina: *Artículo 87*: “Se considera desleal todo acto de competencia que sea contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”.

Artículo 88: “Sin perjuicio de lo que se establezca en la legislación general sobre la materia, se considera, en particular, desleal: a) Todo acto capaz de crear confusión por cualquier medio que sea respecto del establecimiento, los productos o la actividad económica de un competidor. b) Las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor. c) Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo en el ejercicio del comercio pudieran inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos. d) La utilización directa o indirecta de una indicación falsa o engañosa sobre la procedencia de un producto o servicio o sobre la identidad de un productor, fabricante o comerciante. e) La utilización directa o indirecta de una denominación de origen falsa o engañosa, o la imitación de una denominación de origen, aun cuando se indique el verdadero origen del producto, o si la denominación se emplea en traducción o va acompañada de expresiones tales como “genero”, “tipo”, “manera”, “imitación o similares”.

Finalmente, el artículo 89 regulaba los aspectos procesales de la competencia desleal: “Frente a un acto de competencia desleal, se podrán interponer las acciones previstas en el capítulo II del título IV de la presente Ley”.

³⁵ Esta ley vino a sustituir al antiguo Estatuto de Publicidad de 1964; la LGP viene a regular las deslealtades concurrenciales puestas en prácticas a través de la publicidad comercial, es decir, tipifica una serie de supuestos como publicidad desleal, la denominación “desleal” aparece en los artículos 3.c y 6 de la Ley General de Publicidad.

³⁶ Esta Ley modifica el régimen legal del artículo 1 y el título II de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Véase Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) nº 135 de 31 de diciembre de 2009, sec. I, pág. 112053 y ss.

³⁷ La Ley 3/1991 de 10 de enero sobre Competencia Desleal viene a constituir una pieza legislativa de suma importancia dentro del ordenamiento jurídico español ya que fue la primera ley que vino a establecer una regulación completa, cierta y efectiva que permite oponerse a las actuaciones que implican una competencia desleal en la cada vez más enérgica y sofisticada lucha concurrencial. Sobre la Ley de competencia desleal, pueden verse a OTAMENDI, *Comentarios a la ley de competencia desleal...*, cit., pág. 133 y ss.; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, ANTONIO, “La ley española contra la competencia desleal”, en BAYLOS CARROZA, Hermenegildo, BAYLOS MORALES, María, (Coordinadora) *Tratado de Derecho Industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica y disciplina de la competencia desleal*, tercera edición actualizada, Thomson - Civitas, Madrid, 2009, pp. 418 y ss..

³⁸ La Ley de Ordenación del Comercio Minorista ha sido modificada por la Ley de competencia desleal y publicidad nº 29/2009 con la finalidad de adecuar la regulación sobre las ventas promocionales a las disposiciones de la directiva, manteniendo la regulación sustantiva dictada en materia de ordenación de la actividad comercial y haciendo una remisión expresa a la Ley de Competencia Desleal para el tratamiento de su incidencia en los legítimos intereses económicos de los consumidores

Para un estudio detallado de LOCM véase entre otros a MIRANDA SERRANO, LUIS, “Actividades de promoción de ventas y defensa de los consumidores”, en BOTANA GARCÍA, Gema, *et. al.* (comité coord.) *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 111 y ss., MESSAGUER FUENTES, JOSE, “Conceptos básicos”, en ALONSO ESPINOZA, Francisco José, *et. al.* (comité coordinador) *Régimen jurídico general del comercio minorista: comentarios a la ley 7/1996 de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y a la ley orgánica 2/1996 de 15 de enero, complementaria de la de ordenación del comercio minorista*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 24 y ss.; BERCOVITZ, Alberto, “Notas sobre los aspectos jurídicos de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”, en ALCOVER GARAU, Guillermo, *et. al.* (comité coordinador) *Estudios del Derecho Mercantil homenaje al profesor Justino F. Duque*, Universidad, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Caja Duero, Vol. II, Valladolid, 1998, pp. 941 y ss.

³⁹ En ese sentido, véase la monografía de MENÉNDEZ, *op. cit.*, en la que el autor pone de relieve las dificultades que existen para reconducir dicha cláusula general en algunos de los preceptos existentes en aquel entonces.

en la gran mayoría de los ordenamientos comparados, y en los diversos convenios internacionales ratificados por España⁴⁰.

Por último, en el **PERU** la primera norma legal sobre la represión de la competencia desleal fue la Ley N° 13270, Ley de Promoción de Industrias, promulgada el 30 de noviembre de 1959. En dicha norma legal se introdujo la primera definición de competencia desleal (art. 99), también menciona los actos que se consideran como competencia desleal (art. 100). En la redacción de ambos artículos se aprecia la influencia de la Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial suscrita el 20 de febrero en la ciudad de Washington (EE. UU.).

Posteriormente, se promulgó el Decreto Ley N° 18350, Ley General de Industrias, promulgada el 27 de julio de 1970. Esta Ley General de Industrial derogó la Ley N° 13270, lo que ocasionó que durante 5 meses existiese un vacío legal al no regularse la Represión de la Competencia Desleal. Esto se subsanó el 25 de enero de 1971 con la dación del Decreto Supremo N° 001-71-IC/DS, Reglamento de la Ley General de Industrias. El contenido de este reglamento en lo referente a competencia desleal fue idéntico a la que se había concebido en la Ley de Promoción de Industrias, Ley N° 13270.

Luego viene el Decreto Ley 26122 del 29 de diciembre de 1992, que constituye la primera Ley de Represión de la Competencia Desleal en la legislación peruana, y finalmente el 26 de junio de 2008 mediante Decreto Legislativo 1044, se aprueba Ley de Represión de Competencia Desleal, actualmente vigente.

CONCLUSIONES

- 1.- Los inicios de la regulación de la competencia desleal nace con la llegada de la revolución industrial en donde se proclamó la libertad de industria y comercio. Pero la moderna disciplina de la competencia desleal nace con el desarrollo y consolidación de la industria.
- 2.- La protección contra la competencia desleal surge históricamente como una expansión de la protección a las distintas modalidades de la propiedad industrial, especialmente del derecho sobre las marcas que fue considerada el “derecho piloto” en lo que respecta a la protección de la competencia desleal, y no como protección del sistema de libre competencia.
- 3.- No es sino hasta finales del siglo XIX, con el afianzamiento de las industrias y la madurez de la economía liberal, cuando los propios empresarios solicitan que se ponga fin a la doctrina económica “*laissez faire*”, dando surgimiento a las líneas fundamentales de la represión de la competencia desleal.
- 4.- Es en Francia donde se encuentran los orígenes de la represión de la competencia desleal, jugó un rol importante la labor jurisprudencial sobre la base del ilícito civil extracontractual. De esta manera, la cláusula general de la responsabilidad civil vino a desarrollar el ilícito concurrencial.

⁴⁰ Así, por ejemplo, podemos ver sendas regulaciones de la competencia desleal en los artículos 1382 y 1383 del CC francés de 1904, y en su *ordonnance* al respecto de 1 de diciembre de 1986; en los artículos 2598 a 2601 del CC italiano de 1942; así como también en Bélgica; en su Ley de prácticas de comercio, de 14 de julio de 1971; en Suiza, en su Ley federal sobre competencia desleal de 30 de septiembre de 1943, actualizada por otra de 19 de diciembre de 1986, entre otros muchos ordenamientos. En lo referente a los convenios internacionales, el ejemplo más destacado es el art. 10 bis del Convenio de la Unión de París (CUP) de 20 de marzo de 1893, cuya última revisión tuvo lugar en Estocolmo el 14 de julio de 1967, y que fue ratificado por España el 13 de diciembre de 1971.

- 5.- A diferencia de Francia e Italia, en Alemania se recurrió al legislador para la elaboración de la Ley de represión de competencia desleal. Fue en Alemania en donde se elaboró una Ley con la primera cláusula general.
- 6.- En España, antes de la Ley de Competencia Desleal, su represión se encontraba dispersa en diferentes legislaciones, que además de desfasadas carecían de una cláusula general prohibitiva.

LOS TRATADOS INTERNACIONALES FRENTE A LAS LAGUNAS: AUTOEJECUTABILIDAD E INEXCUSABILIDAD RESOLUTIVA

INTERNATIONAL TREATIES AGAINST LAGOONS: SELF-ENFORCEMENT AND RESOLUTIONARY INEXCUSABILITY

NICOLÁS HUMERES GUAJARDO*

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

RESUMEN: La presente investigación busca analizar elementos subyacentes en el tratamiento jurisprudencial de los Tratados Internacionales como fuentes formales del derecho y su aplicabilidad en la solución de lagunas del sistema jurídico chileno. En función a tal objetivo, se esboza un concepto de lagunas; se revisan los fundamentos que sustentaron inicialmente la incorporación del Derecho internacional al Derecho interno, y se analizan postulados doctrinarios y jurisprudenciales vinculados a la autoejecutabilidad de este tipo de normas. Finalmente se formulan algunas reflexiones en respuesta a algunas críticas metodológicas formuladas desde un sector de la doctrina del Derecho internacional público a la aplicación jurisdiccional de este tipo de normas.

ABSTRACT: *This research seeks to analyze underlying elements in the jurisprudential treatment of International Treaties as formal sources of law and their applicability in solving gaps in the Chilean legal system. Based on this objective, a concept of gaps is outlined; The fundamentals that initially supported the incorporation of international law into domestic law are reviewed, and doctrinal and jurisprudential postulates linked to the self-enforcement of this type of norms are analyzed. Finally, some reflections are made in response to some methodological criticisms made from a sector of the doctrine of public international law to the jurisdictional application of this type of norms.*

PALABRAS CLAVE: Tratados internacionales, lagunas, autoejecutabilidad, inexcusabilidad.

KEY WORDS: *International treaties, loopholes, self-enforcement, inexcusability.*

* Abogado. Licenciado en Derecho por la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actualmente se desempeña como juez titular del Juzgado de Letras y Garantía de Curanilahue. Correo electrónico nicolashumeres@gmail.com. <https://independent.academia.edu/Nicol%C3%A1sHumeres>. Correo Postal: Av. Almirante Latorre 77, Curanilahue.

El presente manuscrito es parte de un trabajo de mayor extensión presentado por el autor, en calidad de alumno del Septuagésimo Tercer Programa de Formación de la Academia Judicial. Por lo anterior, cabe precisar que las opiniones, enfoques y perspectivas aquí desarrolladas, son responsabilidad del autor, y en ningún caso representan lineamientos o interpretaciones emanadas desde la Academia Judicial.

INTRODUCCIÓN

El concepto de sistema de fuentes guarda relación con “el carácter marcadamente formal que representan las categorías jurídicas frente a los fenómenos sociales, políticos y económicos que se desenvuelven en las comunidades humanas y que determinan la forma de comprender y concebir el fenómeno jurídico”¹. En la aplicación práctica de este sistema, surge la necesidad de analizar el alcance de los preceptos contenidos en los tratados internacionales como fuente formal del derecho susceptible de ser aplicada en un caso concreto.

Es por ello que “reconocer en el juez la facultad de controlar la regularidad y alcance de las normas jurídicas no es adicionar algo nuevo a su tradicional función, sino sencillamente especificar ésta en un *focus* particular de atención”². En esta oportunidad, el *focus* se centra en la aplicación jurisdiccional de los tratados internacionales, específicamente frente a las lagunas del sistema jurídico.

En relación a este objetivo se analiza el concepto de lagunas; la incorporación de las normas no nacionales en la jurisprudencia con énfasis en la autoejecutabilidad de las mismas. Finalmente se formulan algunas reflexiones en respuesta a algunas críticas metodológicas formuladas por un sector de la doctrina del Derecho internacional público a la aplicación judicial de este tipo de normas.

Debemos advertir que en esta oportunidad no se entra en el análisis del control de convencionalidad (en sus distintas versiones). Estimamos que los tópicos relevantes de esta doctrina deben ser analizados a la luz de la solución de antinomias, pues es en ese contexto que surgen las mayores tensiones para los sistemas jurídicos carentes de competencia para ejercer un control difuso de normas. Estos objetivos se desarrollarán en un trabajo complementario actualmente en revisión.

Ahora bien, para finalizar este acápite cabe expresar que la hipótesis de esta investigación consiste en que la aplicación directa del Derecho internacional por parte de los tribunales chilenos surge a propósito de la necesidad de colmar lagunas presentes en el ordenamiento jurídico, con ocasión de la resolución de casos concretos. Por ello, estimamos que el deber de inexcusabilidad es un factor relevante en este fenómeno aplicativo y además explica la construcción de enfoques que podrían estimarse alejados de perspectivas más intrínseca al Derecho internacional mismo.

I.- La doctrina de la incorporación del Derecho internacional en la jurisprudencia

Una primera cuestión propicia para la aplicación directa de los Tratados internacionales, es el fenómeno jurídico conocido como su incorporación.

A principios del siglo XX encontramos pronunciamientos que reconocen la vocación de los principios de Derecho internacional para “suplir el silencio de las leyes ante situaciones no previstas por ellas”³.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia chilena, en una primera etapa, estimó que las reglas internacionales no se entienden automáticamente incorporadas al derecho interno y, por lo tanto, no podrían ser aplicadas por los tribunales nacionales mientras no se efectúe su recepción o

¹ CORDERO QUINZACARA, EDUARDO, “Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno”, *Ius et Praxis*, Talca, 2009, N° 15, p. 14.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Legislación Delegada Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. Civitas, Madrid, 1998, p. 37.

³ BENADAVA CATTAN, SANTIAGO, “Las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos”, en: León, A. (coord.), *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 28.

incorporación. Tres serían entonces los requisitos a cumplir: aprobación legislativa, promulgación y publicación del tratado y del respectivo decreto promulgatorio^{4, 5}.

Luego, será admitida la incorporación automática de los tratados, reconociendo ciertos límites: i) que se trate de normas de Derecho internacional común (no únicamente convencional); ii) la aceptación de la regla o principio de manera generalizada por la doctrina y otros Estados; iii) la aplicación de las normas procesales internas; y iv) la preferencia de una norma que cuente con aprobación de organismos constitucionales⁶.

Pues bien, la incorporación de estas normas al sistema jurídico, en cierta medida, es fruto de un proceso de construcción jurídica. En efecto, “Ni el texto original de la Constitución de 1980, ni la Carta Fundamental de 1833, ni la de 1925, abordaron la regulación de los tratados internacionales al interior del ordenamiento jurídico chileno, limitándose regular las respectivas atribuciones presidenciales y la intervención del Congreso en la aprobación, previa a la ratificación, de los mismos”⁷, esto incide en que la jurisprudencia sea la fuente que “con mayor o menor coherencia, ha elaborado soluciones a estos problemas”⁸.

II.- Concepto de lagunas

Guastini señala que estamos frente a una laguna cuando “un comportamiento no esté deónticamente calificado en modo alguno por una norma jurídica perteneciente al sistema”, o bien, “siempre que para un determinado supuesto de hecho no esté prevista alguna consecuencia jurídica por una norma perteneciente al sistema. En definitiva, el sistema presenta una laguna siempre que en un caso concreto no pueda ser resuelto en algún modo sobre la base de normas preexistentes en el sistema”⁹.

Es el interprete quien decide si una laguna existe o no existe, es decir la existencia de una laguna queda determinada por una interpretación ya realizada¹⁰.

Una de las principales categorizaciones de las lagunas, comprende la identificación de los conceptos de lagunas normativas y axiológicas. En la primera de estas categorías, un supuesto de hecho no está regulado en manera alguna por las normas explícitas existentes en el sistema. Este tipo de lagunas no son defectos objetivos del sistema jurídico, ya que las lagunas se crean o se evitan mediante la interpretación¹¹.

Por su parte, se denomina laguna axiológica a la falta de una norma que –según las preferencias éticas, políticas o subjetivas del intérprete– debería existir¹². Afirmar la existencia de este

⁴ Ibid, p. 35.

⁵ En una primera etapa, la jurisprudencia enfatizó en la necesidad de que los tratados adquiriesen vigencia en conformidad al cumplimiento de procedimientos formales de promulgación. Por ejemplo, la sentencia Juan Gardaix con Fisco, en la que se afirma “...para que los tratados tengan fuerza obligatoria deben ser sometidos a la aprobación del Congreso y promulgados en la misma forma que las leyes”. En el caso Ortega Rodríguez, en que se invocaba la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que a la sazón se encontraba promulgado, pero no publicado. V. ALDUNATE LIZANA, EDUARDO, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Ius et Praxis*, 2010, N° 16, pp. 187-188. Véase también LLANOS MANSILLA, HUGO, *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público: las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 42.

⁶ BENADAVA, ob. cit., pp. 20-24.

⁷ ALDUNATE, ob. cit., p. 186.

⁸ BENADAVA, ob. cit., p. 35.

⁹ GUASTINI, RICCARDO, “Antinomias y lagunas”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Ciudad de México, 1999, N° 29, pp. 445-446.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ En ese sentido GUASTINI, Riccardo. “Interpretación y Construcción Jurídica”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Ciudad de México, 2015, N° 43, p. 32.

¹² GUASTINI, RICCARDO. *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 346.

tipo de lagunas “no es un juicio de hecho sino un juicio valorativo: no es una descripción del derecho tal y como es sino una crítica del derecho existente y/o una prescripción de cómo debería ser” (sic)¹³.

Para efectos de este trabajo, nos centraremos en el proceso de construcción y solución de lagunas de tipo normativo¹⁴. Este tipo de lagunas requiere “integrar o completar el sistema jurídico, produciendo una norma nueva”¹⁵.

Creemos que, en sistemas jurídicos influenciados fuertemente por el positivismo jurídico, la creación discrecional de una norma para el caso concreto por parte del juez parece ser una cuestión excepcional, a pesar del deber de inexcusabilidad resolutoria que asiste a los jurisdicentes. Por ello, la fuerza normativa de los tratados internacionales –fuente formal continente de normas jurídicas dotadas de elementos de generalidad, abstracción y permanencia– parecen ser un buen insumo para que el juez pueda aplicar directamente el precepto normativo o el principio contenido en la norma respectiva.

II.1 La aplicación del Derecho internacional frente a las lagunas en la jurisprudencia reciente

Un buen ejemplo de este proceso interpretativo se aprecia en un fallo reciente de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que acogió un recurso de amparo destinado a sustituir el cumplimiento efectivo de una condena por reclusión domiciliaria total en favor de una interna que presentaba un embarazo de alto riesgo en tiempos de COVID¹⁶.

La laguna fue construida por el razonamiento del juez de garantía en su rol de control de ejecución. De hecho, el mismo recurso destacó que el juez expresó en audiencia lamentar no poder acceder a lo pedido, en razón de no existir en nuestro sistema norma alguna que lo facultara para ello.

La Corte, invoca la convención de la CEDAW y Belem Do Para para efectos de colmar la laguna normativa acudiendo a un enfoque de género para abordar el caso respectivo “(...) asumiendo la necesidad de proteger la vida de la reclusa y del producto de la gestación, unidad que constituirá, además, una familia al momento del nacimiento de los gemelos, resulta meridianamente claro que existe ordenamiento jurídico que permite y obliga a esta Corte a adoptar medidas urgentes con la finalidad de cumplir con las convenciones internacionales a las que el Estado adscribió, en su oportunidad (...)”.

En un sentido similar (pero no idéntico), encontramos un pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Concepción que acogió un recurso de amparo que perseguía sustituir el cumplimiento efectivo del saldo de condena impuesta a un sentenciado que padecía cáncer y por ende, se encontraba dentro de los grupos de riesgo asociados a la pandemia.

Al igual que en el caso anterior, la laguna fue identificada por la juez de garantía competente para conocer de la ejecución de la pena, al parecer, con plena observancia de los criterios empleados en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, pues en su informe refirió que el amparado no se ajusta a las circunstancias previstas en la Ley 21.228 y por las Reglas de Bangkok.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ El proceso de solución de lagunas de tipo axiológico, puede ser un aspecto susceptible de provocar mayor tensión en el sistema jurídico, dado que la determinación jurisdiccional de una norma para el caso concreto, frente a o que se estima una “deficiente regulación legal”, podría vincularse con el concepto de activismo judicial y requiere de un análisis más acabado (que excedería el objeto de este trabajo).

¹⁵ GUASTINI, RICCARDO, *ob. Cit.* (1999), p. 446.

¹⁶ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de abril de 2020, Rol N° 256-2020.

La Corte de Apelaciones, sin acudir a elementos propios de la teoría de género, estimó la conveniencia en orden a suspender el cumplimiento efectivo del saldo de pena privativa de libertad impuesta por el tiempo que dure la pandemia. Para arribar a esta conclusión la Corte fundó su decisión en principios y normas contenidas en tratados internacionales suscritos por el Estado de Chile y que por encontrarse vigentes “tienen primacía por sobre las normas del derecho interno, según lo preceptuado en el artículo 5° de la Carta Fundamental”¹⁷.

III.- La autoejecutabilidad de los tratados internacionales

Un aspecto muy relevante en la aplicación judicial de los tratados es el carácter auto ejecutable de sus disposiciones. Se trata de un tema no pacífico para la doctrina, se han propuesto diversas teorías en función de una mayor o menor concurrencia de elementos objetivos o subjetivos subyacentes en la disposición respectiva.

En una primera etapa se sostuvo que “para que las cláusulas de un tratado internacional puedan ser aplicadas por los tribunales internos es necesario que dichas cláusulas sean *self-executing*, es decir, que tengan precisión normativa suficiente para ser aplicadas directamente en los casos en que dichos tribunales conozcan. En cambio, si las cláusulas carecen de esta precisión normativa, si no son suficientemente completas y detalladas, ellas requieren para ser aplicadas internamente, que se dicten medidas legislativas o reglamentarias que las desarrollen”¹⁸. Esta tesis se siguió por el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N°309, sobre el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁹.

Por su parte Nogueira sostiene que la condición determinante es la intención de las partes, de maneja que “estamos en presencia de normas autoejecutables por sí mismas en un tratado, cuando la intención de las partes ha sido garantizar un derecho exigible a las personas que soliciten a los organismos del estado la aplicación de esa norma a su favor”²⁰.

Como puede apreciarse, existen diferencias sustanciales entre estas dos posturas; por una parte, se atiende a la precisión normativa suficiente y por otra a la intención de los estados parte del tratado. Para nosotros la primera de estas tesis analiza de forma preponderante elementos objetivos en la estructura de la norma, mientras que la segunda pone énfasis en aspectos subjetivos desde una doble perspectiva: (1) la intención de los estados, y (2) el reconocimiento de derechos subjetivo en favor de los ciudadanos.

No obstante, se ha sostenido que estas dos visiones no son necesariamente opuestas; en efecto, Lillo Goffreri propone una interpretación “eclectica” entre la tesis de Benadava y Nogueira, en que ambos elementos actúan de forma complementaria. En su opinión, siguiendo la tesis de Nogueira, la autoejecutabilidad se relaciona con “aquellos instrumentos internacionales que tienen por finalidad proteger garantías fundamentales (generalmente relacionadas con las garantías constitucionales del orden interno), estableciendo derechos en favor de las personas que tienen un interés legítimo en la aplicación del precepto, cuya protección es exigible al juez en sus resoluciones judi-

¹⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de junio de 2020, Rol N° 169-2020.

¹⁸ LAMBETH VICENT, GEORGE, “Consideraciones para un tratamiento dogmático de las categorías de autoejecutabilidad y no-autoejecutabilidad de las normas de los tratados internacionales”, *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, N° 7, Santiago, N° 7, p. 43.

¹⁹ Sobre el punto pueden consultarse los trabajos de: (1) FUENZALIDA B SERGIO, “Desarrollo de la jurisprudencia en Chile sobre la consulta indígena: los casos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema” en *Revue québécoise de droit international*, 2015, marzo, pp. 149-177. [Disponible en: <https://www.sqdi.org/fr/desarrollo-de-la-jurisprudencia-en-chile-sobre-la-consulta-indigena-los-casos-del-tribunal-constitucional-y-la-corte-suprema/>]; (2) LAMBETH VICENT, GEORGE, “Consideraciones para un tratamiento dogmático de las categorías de autoejecutabilidad y no-autoejecutabilidad de las normas de los tratados internacionales”, *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, N° 7, Santiago, 2015, pp. 43-60.

²⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile”, *Ius et Praxis*, N° 6, Talca, 2000, p. 37.

ciales (...). Si se complementa esta perspectiva con la idea de “precisión normativa” de Benadava, “resulta un concepto en nada contradictorio, pues sumáramos a lo ya expuesto la necesidad de que no exista disposición expresa que condicione su cumplimiento al desarrollo de normativa interna”. En conclusión del autor citado, “esa idea parece unificar las motivaciones que yacen detrás de la aplicación directa –o falta de ella–”²¹.

Por su parte, Lambeth, refiere que la jurisprudencia, aun cuando no utiliza de manera explícita estas categorías, parece mostrar una tendencia a presumir la autoejecutabilidad de las disposiciones de los tratados internacionales de Derechos Humanos²². En nuestra opinión, esto se encuentra intrínsecamente vinculado a la aplicación de la doctrina del bloque de constitucionalidad elaborada sobre la base del inciso 2º del artículo 5º de la Carta Fundamental. Esto es relevante pues como se profundizará a continuación, incluso autores con opiniones críticas de la autoejecutabilidad reconocen –en principio– este carácter a las normas contenidas en tratados sobre Derechos fundamentales.

III.1 La convención de Washington: un buen ejemplo de autoejecutabilidad

La Convención Internacional para la Protección de la Flora y Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, conocida como Convención de Washington, fue ratificada por Decreto Supremo Nº 531 del 23 de agosto de 1967 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esta norma establece obligaciones para el Estado de Chile y los órganos que ejercen la administración del Estado, respecto del manejo de sus áreas protegidas. Define además los conceptos de “parque nacional”, “reserva nacional” y “monumento natural”, entre otros²³.

Uno de los aspectos que queremos destacar de la mentada convención, es la eficacia que desde la década de 1980 la jurisprudencia reconoce a sus prescripciones. La premisa subyacente radica en que este instrumento “no constituye una mera recomendación para que los gobiernos americanos adopten medidas de protección, sino que respecto de nuestro país es una ley que autoriza tomar tales medidas”²⁴.

Así las cosas, en una primera etapa, se reconoce fuerza normativa de la convención afirmando su carácter de “ley de la república”^{25, 26}, sosteniendo en el famoso caso Comunidad Galletué que “el Decreto Supremo Nº 29 de 1976 no es una mera resolución administrativa que discurre sobre materias propias de ley, sino un decreto supremo que pone en ejecución y que aplica esa ley sobre Protección a la fauna y flora, en relación con una especie determinada, la araucaria araucana, que, al declararla monumento natural, extiende sobre ella una protección total y absoluta, aceptada por esa ley”²⁷.

²¹ LILLO GOFFRERI, DIEGO, “Las aguas de las áreas protegidas: comentario a un fallo de la Corte Suprema”, *Revista de Justicia Ambiental*, Nº 5, Chile, 2013, pp. 242-243.

²² LAMBETH, GEORGE, ob. cit. p. 55.

²³ LILLO, Ob. cit., p. 240.

²⁴ Corte Suprema, 7 de agosto de 1984, Rol Nº 16.743, motivo sexto.

²⁵ La primera cuestión que se discutió en Comunidad Galletué fue la fuerza normativa de la Convención, pues según la sentencia de primera instancia –confirmada en segunda instancia– la Convención de Washington sólo implica una “proposición a los gobiernos que la suscribieron o que se adhirieron a ella para que adopten algunas de las medidas de protección que establece” por lo que faltaría “ley autorizante” que legitime el DS 29/1976. La Corte Suprema, en cambio, entendió que si bien en la etapa primaria, de simple Convención Internacional, lo que se acordó en defensa de la naturaleza de los países americanos constituye una proposición y recomendación a sus gobiernos, una vez aprobada por el Congreso y ordenada cumplir como ley de la República, como sucedió en este caso, sus disposiciones o acuerdos pasaron a formar parte de la legislación nacional, con el carácter de ley. V. TSCHORNE VENEGAS, SAMUEL, “Bases constitucionales de lo contencioso administrativo”, *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, Santiago, Nº 2, 2005, p. 962.

²⁶ ALDUNATE, Ob. cit., pp 195-196, indica que la Carta Fundamental no asimila los tratados internacionales a la ley, tanto, en lo relativo a su vigencia, modificación, fuerza normativa y publicidad. Para LLANOS, HUGO, Ob. cit., p. 42, - la nueva expresión “en lo pertinente”, agregada por la reforma constitucional de 2005, tiene especial importancia, porque con ella el constituyente reconoce la diferencia entre tratado y ley en cuanto a las formalidades requeridas para su aprobación.

²⁷ TSCHORNE, Ob. cit., p. 962.

Ahora bien, en junio de 2012, la Corte Suprema dictó una serie de sentencias, reconociendo la autoejecutabilidad de la Convención de Washington²⁸. Estos casos dicen relación con la posibilidad de ejecutar proyectos hidroeléctricos en parques nacionales, frente a la prohibición contenida en el artículo III de la convención que establece el deber de los estados relativo a que “las riquezas existentes en parques nacionales no se explotarán con fines comerciales”²⁹.

La Corte Suprema, sostuvo que la Dirección General de Aguas “debe velar para que en el ejercicio de sus potestades no se perjudique ni menoscaben derechos de terceros y que cuando esas prerrogativas se refieren a áreas silvestres protegidas, administradas por CONAF, deben ejercerse en armonía con la Constitución, leyes nacionales sobre la materia y tratados internacionales suscritos por nuestro país, en lo que dice relación con el medio ambiente, protección de la naturaleza y preservación de la fauna y de la flora silvestre”³⁰.

Ahora bien, el carácter autoejecutable de la mentada convención no ha estado exento de disquisiciones. En efecto, para un sector de la doctrina las obligaciones contenidas en el referido tratado, es una “típica obligación programática como muchas que se contienen en los tratados medioambientales”³¹.

En nuestra opinión, los pronunciamientos mencionados se incardinan en la solución de una laguna vinculada a la determinación de límites a las potestades de la Dirección General de Aguas, en función a la necesidad de proteger el medio ambiente. En ese contexto, el factor que en la *praxis* ha sido decisivo para aplicar la mentada convención no es la precisión normativa ni la intención de los estados contratantes en orden a establecer su autoejecutabilidad, sino más bien la necesidad de resolver un caso con criterios de justicia material.

III.2 Los tratados como parámetro de control de legalidad

Se ha sostenido que los Tratados Internacionales son relevantes para el Derecho administrativo, sobre la base de que han: (a) impuesto obligaciones directas a los órganos administrativos nacionales; (b) establecido cláusulas regulatorias directas, y (c) concentrado la atención sobre su jerarquía y su relación con la Constitución³².

Valdivia precisa que las reglas de derecho internacional vigentes en derecho interno también integran el bloque de legalidad. No obstante, los tratados no son instrumentos idóneos para configurar el aparato estatal, pues, ni la articulación orgánica de los servicios públicos, ni la atribución de sus potestades puede ser efectuada por estas normas, atendidas las definiciones constitucionales sobre la materia. El autor sin embargo reconoce que la práctica, varios acuerdos supranacionales imponen deberes específicos a los estados. Además, no es infrecuente que en los actos de suscripción se identifiquen a los organismos administrativos responsables de materializarlos. Añade que el desarrollo de ámbitos específicos del derecho internacional, como el de los derechos humanos o del medioambiente, ha multiplicado los deberes exigibles de los Estados, cuyos principales destinatarios, son los órganos administrativos³³.

Esbozado el contrapunto y los problemas vinculados a la pertenencia del principio de legalidad o juridicidad administrativa, merece una mención especial el carácter autoejecutable que la

²⁸ Corte Suprema, 27 de junio de 2012, Roles N° 7423-2010, 7424-2010, 7425-2010, 7426-2010, 7427-2010, 7428-2010, 7429-2010, 7430-2010, 7431-2010, 7432-2010, 7433-2010.

²⁹ Convención para la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América, artículo III, inc. 1°.

³⁰ Corte Suprema, 18 de noviembre de 2013, Rol 5680-2012, motivo décimo noveno, citado por LILLO, cit. (n. 15), p. 247.

³¹ FUENTES TORRIJO, XIMENA Y PEREZ FARIAS, DIEGO, Ob. Cit., p. 143.

³² En ese sentido, CORDERO VEGA, LUIS, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Legal Publishing, Santiago, 2015, p. 136.

³³ VALDIVIA, JOSÉ MIGUEL, *Manual de Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Santiago, 2018, pp. 168-169.

jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia ha reconocido al Convenio N° 169 de la Organización Mundial del Trabajo (OIT).

En relación a este fenómeno, nuestra doctrina ha destacado que este convenio ha sido empleado como parámetro de control de legalidad, sobre la base de: i) su autoejecutabilidad; ii) su incorporación al Derecho interno y su consecuente pertenencia al principio de juridicidad; y iii) su complementariedad a la normativa que regula la cuestión indígena perfeccionando y llenando el deber de consultas a los pueblos indígenas respecto de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente³⁴.

En ese orden de ideas, se ha afirmado que la falta de consulta indígena es un acto ilegal capaz de afectar la garantía de igualdad, pues impediría a los afectados tener la posibilidad de influir en las medidas susceptibles de afectarles^{35, 36}.

Se trata de un tema complejo. En un principio la discusión se centraba en determinar si la participación ciudadana ambiental, cumplía con el deber consagrado en el tratado, pero desde un primer momento no hubo disquisiciones en afirmar el carácter autoejecutable de las normas que contemplan el deber de consulta indígena³⁷.

En otro orden de ideas (pero vinculado a la legalidad administrativa), resulta relevante destacar una línea jurisprudencial que estimó la nulidad de actos administrativos dictados en procedimientos sancionatorios en materia educacional, en razón de la constatación formulación de cargos por autoridad incompetente³⁸, circunstancia que, en opinión de la Excma. Corte, está vinculada a la afectación de la garantía a un debido proceso^{39, 40}.

³⁴ HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM, “Análisis jurisprudencial de la aplicación de los tratados de derechos humanos en recursos de protección (1989 - 2010)”, *Estudios Constitucionales*, vol. 8, N° 2, Santiago, 2010, p. 753.

³⁵“(…) la Municipalidad recurrida no ha realizado el proceso de consulta indígena en los términos exigidos en las normas precedentemente indicadas, por lo que se ha vulnerado, en este caso, la garantía constitucional de igualdad ante la ley, privando a la recurrida del derecho de que éstas puedan influir en la gestación y forma del desarrollo del acuerdo que pretende adoptar el Concejo Municipal de Padre Las Casas, teniendo en especial consideración la necesidad de protección de los derechos de estos pueblos indígenas y su integridad”. Corte de Apelaciones de Temuco, 20 de noviembre de 2015, Rol N° 4.283-2015.

La Corte Suprema confirmó la sentencia referida, indicando que “el hecho de que el predio en que se emplazaría la media luna es relativamente pequeño y es vecino del predio que habita la comunidad recurrente, sí es suficiente para estimar que la medida puede tener un impacto significativo sobre sus tradiciones y costumbres ancestrales, sobre todo si se trata de canalizar una actividad deportiva de la herencia cultural antagónica a la mapuche”. Corte Suprema, 4 de abril de 2016, Rol N° 36.728-2015.

³⁶ Si bien podría sostenerse que la sentencia no es precisa en explicar la forma en que se configura la afectación de la garantía de igualdad, cabe destacar sucintamente (en relación al objeto de este trabajo) que dicha circunstancia no es del todo ajena en nuestro sistema de justicia administrativa, en que el uso del recurso de protección como sustituto de mecanismos contenciosos administrativos ordinarios, ha incidido de manera negativa en la determinación del contenido protegido de los derechos fundamentales tutelados por la acción constitucional de protección. V. FERRADA BORQUEZ, JUAN CARLOS, “El Recurso de Protección como Mecanismo de Control Contencioso Administrativo”, en FERRADA, J. (coord.), *La Justicia Administrativa*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 143-150.

³⁷ FUENZALIDA B. SERGIO, Desarrollo de la jurisprudencia en Chile sobre la consulta indígena: los casos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, en *Revue québécoise de droit international*, 2015, marzo, pp. 149-177. [Disponible en: <https://www.sqdi.org/fr/desarrollo-de-la-jurisprudencia-en-chile-sobre-la-consulta-indigena-los-casos-del-tribunal-constitucional-y-la-corte-suprema/>].

³⁸ Corte Suprema: 08 de junio de 2016, Rol N° 33.982-2016; 21 de abril de 2016, Rol N° 19.811-2016; 20 de abril de 2016, Rol N° 20.039-2016; 08 de febrero de 2016, Rol N° 6492-2016; 15 de febrero de 2016, Rol N° 6916-2016; 11 de febrero de 2016, Rol N° 6873-2016; 9 de septiembre de 2015, Rol N° 11.507-2015.

³⁹ En realidad, esta última afirmación –vinculada a la afectación al debido proceso– se encuentra contenida en las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones, posteriormente confirmadas por la Excma. Corte Suprema, véase: Corte de Apelaciones de San Miguel: 6 de mayo de 2016, Rol N° 154-2016.-; 16 de marzo de 2016, Rol N° 2.049-2015.-; 15 de marzo de 2016, Rol N° 2081-2015.-; 8 de enero de 2016, Rol N° 1966-2015.-

⁴⁰ Para nosotros esta vinculación entre incompetencia del órgano administrativo y la afectación al debido proceso no resulta tan prístina. En primer lugar, asimilar ilegalidad o incompetencia con afectación al debido proceso implica vaciar de contenido la garantía iusfundamental. En segundo lugar, la aplicación de esta garantía a los procedimientos administrativos, sin reconocer al menos algún grado matices, significa soslayar la característica esencial del procedimiento administrativo, en que la decisión del asunto no recae en un tercero imparcial. En ese sentido, CARBONELL BELLOLIO FLAVIA Y LETELIER WARTENBERG RAÚL, “Debido proceso y garantías jurisdiccionales” en prensa, Santiago, 2020, p. 22. De próxima aparición en CONTRERAS Y SALGADO (coords.), *Curso de derechos fundamentales*, Santiago, 2020, Tirant Lo Blanch. Disponible en: https://www.academia.edu/41855049/Debido_proceso_y_garant%C3%ADas_jurisdiccionales (consultado el 18 de agosto de 2020).

III.3 Debido proceso y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable

Por otra parte, es relevante destacar algunos pronunciamientos que invocan las normas contenidas en tratados sobre derechos humanos, para efectos de determinar el contenido protegido de garantías judiciales asociadas o subyacentes al derecho a un debido proceso. Es un contexto propicio para la aplicación del derecho convencional, la regulación sucinta de esta garantía por el constituyente originario⁴¹. Es por ello que los preceptos contenidos en tratados internacionales, han contribuido significativamente en la construcción del contenido protegido de este derecho⁴².

Ahora bien, la Corte Suprema ha sostenido que dilaciones indebidas en procedimiento tributario es contrario a la normativa internacional que contempla del derecho a ser juzgado en un plazo razonable⁴³.

En efecto, la corte sostuvo que “los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos y, la garantía de ser juzgado dentro de un plazo razonable, tienen aplicación directa por estar incorporados al ordenamiento jurídico nacional luego de su publicación en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991, de acuerdo con lo prescrito en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que instauro como deber de todo órgano del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”⁴⁴.

Como puede apreciarse, existe una fuerte tendencia a la aplicación de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos por parte de los tribunales. Esto se da especialmente, frente a la falta de definición legal sobre materias tan diversas como los temas esbozados más arriba (garantías judiciales, juridicidad administrativa, explotación de recursos naturales y cumplimiento de sentencias penales).

IV.- Límites de la autoejecutabilidad

Ahora bien, la discusión sobre la autoejecutabilidad no solo se circunscribe a los elementos que contribuyen a su operatividad. Existen opiniones que centran su *focus* de análisis en la necesidad de identificar ciertos límites frente a la posibilidad de aplicación directa de las normas contenidas en un tratado.

En esta perspectiva, Fuentes Torrijo y Pérez Farías sostienen que el principio constitucional de reserva legal, por regla general, no permite la autoejecutabilidad de tratados que versan sobre materias de ley. Para los autores, el artículo 54 de la Carta Fundamental, no es óbice para esta conclusión, puesto que esta norma “no establece ningún vínculo entre el trámite de aprobación de los tratados y la autoejecutabilidad de los mismos. El quórum de aprobación, y la propia intervención del Congreso, se piensan desde el punto de vista de la necesidad de dar cierta participación al Poder Legislativo en el proceso de celebración de los tratados; pero ni esta participación ni el respectivo quórum de aprobación se han establecido pensando en la autoejecutabilidad”⁴⁵.

Los autores sostienen que el artículo 5 de la Carta Fundamental debe leerse en forma armónica con el artículo 63. “Ambas normas tienen jerarquía constitucional y coexisten en el mismo

⁴¹ LOPEZ MASLE, JULIÁN, “Debido Proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas”, en BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS (coord.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 3ra edición, Lexis Nexis, Santiago, 2009, pp. 189-194.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Corte Suprema: 10 de septiembre de 2015, Rol N° 16.644-2014; y 9 de septiembre de 2015, Rol N° 28.218-2014.

⁴⁴ Corte Suprema, 10 de junio de 2015, Rol N° 21.647-2014; 10 de septiembre de 2015; 29 de noviembre de 2016, Rol N° 16.644-2014; 29 de noviembre de 2016, Rol N° 37.181-2015; 13 de enero de 2020, Rol N° 24.160-2019.

⁴⁵ FUENTES TORRIJO, XIMENA Y PEREZ FARIAS, DIEGO, “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 25, N° 2, Coquimbo, 2018, p. 137.

texto⁴⁶. De esta forma, el deber de respeto de los derechos humanos obliga a los órganos del estado a respetarlos, y ello incide en que estos tratados –en principio– serían autoejecutables.

Sin perjuicio de lo anterior, los autores reconocen como una práctica arraigada en nuestra jurisprudencia el reconocer autoejecutabilidad de todo tipo de tratados, pero destacan que esta práctica “se ha basado en el simple hecho de que los tratados se han asimilado a la ley y ha omitido realizar un análisis basado en la lógica que sustenta la distribución de competencias contenida en la Constitución⁴⁷.”

Resulta interesante destacar la propuesta de los autores en orden a la operatividad de un conjunto de criterios que los jueces y otros operadores jurídicos nacionales deberían tener en cuenta al momento de tomar la decisión definitiva sobre la autoejecutabilidad, contribuyendo de esta forma en la construcción de una doctrina más robusta. Estos criterios son: (1) el texto del tratado; (2) regímenes jurídicos que no se pueden reemplazar por los jueces (como la filiación); (3) la tipificación de delitos; (4) tratados que no establecen derechos para los particulares y (5) el otorgamiento de facultades a órganos estatales⁴⁸.

En un sentido similar se ha sostenido, frente a materias sometidas a “reserva legal estricta”, como sería el establecimiento de tipos penales o de impuestos, no cabría estimar la eficacia directa de las normas contenidas en un tratado⁴⁹.

En nuestra opinión, queremos destacar que la dimensión iusfundamental de la reserva legal conduce a incorporar elementos de análisis propios para la adjudicación de Derechos fundamentales. En efecto, la eficacia directa de los tratados ha estado vinculada al carácter iusfundamental de sus disposiciones, pues los derechos que emanan de la naturaleza humana constituyen un límite al ejercicio de la soberanía, conforme al inc. 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental. Por ello, estimamos que la mayor o menor eficacia directa que pueda atribuir el intérprete a las disposiciones de un tratado puede vincularse a una interpretación progresiva del sustrato fáctico del caso respectivo. En ese orden de ideas, si la eficacia directa de las normas de un tratado es un contexto susceptible de provocar un efecto pernicioso en el contenido protegido de un derecho, necesariamente habrá de estimarse negativamente su autoejecutabilidad.

Por ello, estimamos que el análisis de la eficacia directa de los tratados no debe centrarse únicamente en elementos objetivos o estructurales de la norma, pues la función jurisdiccional y el deber de inexcusabilidad⁵⁰ inciden en que los tribunales acudan a este tipo de normas, en la medida que puedan contribuir a resolver de acuerdo a los principios generales de derecho y la equidad. En ese sentido, si un tratado internacional aporta elementos para resolver un caso satisfaciendo en mejor forma la necesidad de justicia material subyacente en el mismo, estimamos positiva la aplicación del respectivo convenio. Creemos que en ese sentido se incardina la directriz contenida en el aludido inciso 2° del artículo 5 de la Carta Fundamental.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 138.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 139.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 140-152.

⁴⁹ En ese sentido, CORNEJO GARCIA, FELIPE, Normas autoejecutables en los Tratados Internacionales, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2004, pp. 15-18. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107445> (consulta 03-08-2020).

⁵⁰ Se ha sostenido que la trascendencia de este principio fundamental del ejercicio de la jurisdicción no solo deriva de haber sido positivado en una disposición de supremo rango normativo como lo es una norma de rango constitucional (Constitución Política de la República de Chile, 1980: artículo 76), que es cabeza de su capítulo VI que regula el «Poder Judicial». Deriva, más bien, de la esencialidad de su aplicación, ya que su ausencia o su infracción corrompería el deber del Estado de impartir justicia y la necesidad imperiosa de recibirla con prontitud por los afectados. RÍOS ÁLVAREZ LAUTARO, “El principio constitucional de inexcusabilidad resolutive” en *Revista de Derecho Público*, Santiago, N° 90, 2019, p. 117.

REFLEXIONES FINALES

- La aplicación jurisdiccional de los tratados es un tema estrechamente vinculado al estudio del sistema de fuentes y a la interpretación jurídica. Por ello, no puede soslayarse el análisis de la operatividad de instrumentos en la solución de las lagunas subyacentes en un sistema jurídico.
- La necesidad de solucionar lagunas a la hora de resolver controversias jurídicas fue (y es) un factor determinante en la aplicación de las normas contenidas en los tratados.
- La aplicación directa del Derecho internacional por parte de los tribunales no se centra en los elementos y perspectivas propias del Derecho internacional. Asiste a los jurisdicentes el deber de inexcusabilidad en la resolución de las controversias, y en tal misión, muchas veces las normas contenidas en los tratados resultan adecuadas para construir una resolución acorde a la necesidad de justicia material subyacente en el caso.

BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE LIZANA, EDUARDO, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Ius et Praxis*, Talca, 2010, N° 16.

BENADAVA CATTAN, SANTIAGO, “Las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos”, en: León, A. (coord.), *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

CARBONELL BELLOLIO, FLAVIA Y LETELIER WARTENBERG, RAÚL, “Debido proceso y garantías jurisdiccionales” en prensa, Santiago, 2020, 22 pp. De próxima aparición en CONTRERAS Y SALGADO (coords.), *Curso de derechos fundamentales*, Santiago, 2020, Tirant Lo Blanch. Capítulo disponible en: https://www.academia.edu/41855049/Debido_proceso_y_garant%C3%ADas_jurisdiccionales

CORDERO QUINZACARA, EDUARDO, “Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno”, *Ius et Praxis*, N° 15, Talca, 2009.

CORDERO VEGA, LUIS, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Legal Publishing, Santiago, 2015.

CORNEJO GARCIA, FELIPE, *Normas autoejecutables en los Tratados Internacionales*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2004. [Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107445>].

FERRADA BORQUEZ, JUAN CARLOS, “El Recurso de Protección como Mecanismo de Control Contencioso Administrativo”, en: Ferrada, J. (coord.), *La Justicia Administrativa*, Lexis Nexis, Santiago, 2005.

FUENTES TORRIJO, XIMENA Y PEREZ FARIAS, DIEGO, “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 25, N° 2, Coquimbo, 2018.

FUENZALIDA BASCUÑAN, SERGIO, “Desarrollo de la jurisprudencia en Chile sobre la consulta indígena: los casos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema”, en *Revue québécoise de droit international*, marzo, 2015, pp. 149-177. [Disponible en: <https://www.sqdi.org/fr/desarrollo->

de-la-jurisprudencia-en-chile-sobre-la-consulta-indigena-los-casos-del-tribunal-constitucional-y-la-corte-suprema/]

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Legislación Delegada Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Civitas, Madrid, 1998.

GUASTINI, RICCARDO, “Antinomias y lagunas”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 29, 1999.

GUASTINI, RICCARDO, “Interpretación y Construcción Jurídica”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 43, Ciudad de México, 2015, p. 32.

GUASTINI, RICCARDO, *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM, “Análisis jurisprudencial de la aplicación de los tratados de derechos humanos en recursos de protección (1989-2010)”, *Estudios Constitucionales*, vol. 8, N° 2, Santiago, 2010.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile”, *Ius et Praxis*, N° 6, Talca, 2000. LAMBETH VICENT, GEORGE, “Consideraciones para un tratamiento dogmático de las categorías de autoejecutabilidad y no-autoejecutabilidad de las normas de los tratados internacionales”, *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, N° 7, Santiago, 2015.

LLANOS MANSILLA, HUGO, *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público: las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

LILLO GOFFRERI, DIEGO. “Las aguas de las áreas protegidas: comentario a un fallo de la Corte Suprema”, *Revista de Justicia Ambiental*, N° 5, Santiago, 2013.

LOPEZ MASLE JULIÁN, Debido Proceso en Chile: hacían un principio generador de reglas, en BORDALÍ SALAMANCA Andrés (coord.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 3ra edición, Lexis Nexis, Santiago, 2009.

RÍOS ÁLVAREZ LAUTARO, “El principio constitucional de inexcusabilidad resolutive”, *Revista de Derecho Público*, N° 90, Santiago, 2019.

TSCHORNE VENEGAS, SAMUEL, “Bases constitucionales de lo contencioso administrativo”, *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, Santiago, 2005.

VALDIVIA, JOSÉ MIGUEL, *Manual de Derecho administrativo*. Tirant lo Blanch, Santiago, 2018.

Jurisprudencia

Corte Suprema, 7 de agosto de 1984, Rol N° 16.743.

Corte Suprema, 27 de junio de 2012, Rol N° 7423-2010.

Corte Suprema, 27 de junio de 2012, Rol N° 7424-2010.

Corte Suprema, 27 de junio de 2012, Rol N° 7425-2010.

Corte Suprema, 27 de junio de 2012, Rol N° 7426-2010.

Corte Suprema, 27 de junio de 2012, Rol N° 7427-2010.

Corte Suprema, 27 de junio de 2012, Rol N° 7428-2010.

Corte Suprema, 27 de junio de 2012, Rol N° 7429-2010.

Corte Suprema, 27 de junio de 2012, Rol N° 7430-2010.
Corte Suprema, 27 de junio de 2012, Rol N° 7431-2010.
Corte Suprema, 27 de junio de 2012, Rol N° 7432-2010.
Corte Suprema, 27 de junio de 2012, Rol N° 7433-2010.
Corte Suprema, 18 de noviembre de 2013, Rol N° 5680-2012.
Corte Suprema, de 10 de junio de 2015, Rol N° 21.647-2014.
Corte Suprema, 10 de septiembre de 2015, Rol N° 16.644-2014.
Corte Suprema, 29 de noviembre de 2016, Rol N° 37.181-2015.
Corte Suprema, 13 de enero de 2020, Rol N° 24.160-2019.
Corte Suprema, 9 de septiembre de 2015, Rol N° 11.507-2015.
Corte Suprema, 08 de febrero de 2016, Rol N° 6492-2016.
Corte Suprema, 11 de febrero de 2016, Rol N° 6873-2016.
Corte Suprema, 15 de febrero de 2016, Rol N° 6916-2016.
Corte Suprema, 4 de abril de 2016, Rol N° 36.728-2015.
Corte Suprema, 20 de abril de 2016, Rol N° 20.039-2016.
Corte Suprema, 21 de abril de 2016, Rol N° 19.811-2016.
Corte Suprema, 08 de junio de 2016, Rol N° 33.982-2016.
Corte Suprema, 08 de junio de 2016, Rol N° 14.343-2016.
Corte Suprema, 6 de febrero de 2020, Rol N° 2.246-2018.
Corte de Apelaciones de Temuco, 20 de noviembre de 2015, Rol N° 4.283-2015.
Corte de Apelaciones de San Miguel, 6 de mayo de 2016, Rol N° 154-2016.
Corte de Apelaciones de San Miguel, 16 de marzo de 2016, Rol N° 2.049-2015.
Corte de Apelaciones de San Miguel, 15 de marzo de 2016, Rol N° 2081-2015.
Corte de Apelaciones de San Miguel, 8 de enero de 2016, Rol N° 1966-2015.
Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de abril de 2020, Rol N° 256-2020.
Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de junio de 2020, Rol N° 169-2020.
Tribunal Constitucional, 7 de julio de 2000, Rol N° 309.

ENSAYO: ¿POR QUÉ ES NECESARIO ESTABLECER UN ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROYECTO DE REFORMA AL PROCESO CIVIL?

ESSAY: WHY IS IT IMPORTANT TO INCLUDE IN THE CIVIL PROCEDURE REFORM BILL A STANDARD OF PROOF?

CLAUDIO FUENTES MAUREIRA*
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

RESUMEN: El presente ensayo busca cuestionar la decisión del legislador de no establecer en el proyecto de reforma al proceso civil la figura del estándar de prueba o convicción. Se sostiene que la sola regulación de la sana crítica es insuficiente, dado que esta si bien establece parámetros para la valoración racional de la prueba, no contesta la pregunta acerca de cuanta prueba es necesaria para dar un hecho por cierto. Asimismo, el texto busca dar cuenta de las diversas funciones que una institución como el estándar de prueba viene a cumplir y las consecuencias que se derivan de su ausencia. Finalmente el trabajo se hace cargo de los argumentos presentados por el legislador para justificar su decisión, argumentos que a juicio del autor son errados.

PALABRAS CLAVE: Derecho probatorio, Sana crítica, estándar de prueba, estándar de convicción, valoración de la prueba, reforma procesal civil.

ABSTRACT: *The following essay criticises the lawmakers' decision to avoid setting in the civil procedure reform an standard of proof. It is argued that the sole setting of a rational evidence framework is not enough, given that such regulation does not answer the question of when the evidence submitted by the parties is sufficient so the judge can conclude that certain facts are true. Likewise, the essay seeks to give an account of the different roles the standard of proof as a legal institution fullfills and highlights the consequences of its omission. Finally, this work confronts the lawmakers' justifications for their decision, reasons that are deemed incorrect.*

KEY WORDS: *Evidence law, rational evidence, standard of proof, standard of evidence, evaluation of evidence, civil procedure reform, civil procedure.*

* Abogado y Magíster en Derecho Penal y Procesal penal por la Universidad Diego Portales. Doctor of the Science of Law (J.S.D.), Stanford University. Profesor de Derecho Procesal, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. El autor desea agradecer los comentarios de la Profesora Macarena Vargas Pavez.

El presente artículo fue originalmente escrito para un libro en homenaje al profesor Carlos Pecchi Croce. Lamentablemente ese libro nunca vio la luz. Con todo, la oportunidad de revisar el artículo y publicarlo en esta prestigiosa revista permite dejar testimonio del homenaje que pretendía rendir. "Reddite ergo quae sunt Caesaris Caesari, et quae sunt Dei Deo".

I. INTRODUCCIÓN

El derecho, y en particular el derecho procesal, no escapan al inexorable paso del tiempo y al avance del conocimiento humano. Nuestra historia judicial da cuenta de esta realidad.

Las reformas judiciales iniciadas el año 2000 son un ejemplo patente de innovación tecnológica desde la perspectiva de la introducción de modificaciones al ritual procesal con la intención de hacerlo acorde a las necesidades contemporáneas. Así, tal como el sistema operativo de un computador, nuestro sistema procesal ha enfrentado “upgrades” o actualizaciones que buscan perfeccionarlo. Los “upgrades” que se han incorporado son de diversa naturaleza y relevancia; algunos de ellos pequeños, primordialmente destinados a afinar algún detalle del sistema, y otros completamente distintos - grandes y estructurales. Pertenece a esta última clase la introducción de la sana crítica en nuestro sistema procesal.

Al respecto, puede afirmarse que el legislador ha optado por cambiar una buena parte del sistema operativo del ritual procesal, dejando de lado el sistema de la prueba legal y reemplazándolo por uno distinto, supuestamente más moderno, llamado de la sana crítica. Como dan cuenta importantes comparativistas, el paso de la prueba legal a la sana crítica o valoración racional de la prueba supone la conclusión de un proceso de evolución importantísimo, en donde se cuestionaron los principales rasgos del sistema de la prueba legal¹. Así, gracias a las influencias de otras áreas del conocimiento, el mundo judicial comprendió que la realidad es tan compleja y particular que la pretensión del legislador de establecer juicios de valoración probatoria *apriorísticos* y *absolutos* es equivalente a intentar tapan el sol con una mano². Asimismo, esta evolución supuso comprender que el protagonista del proceso, al menos en lo que se refiere a la verificación de los hechos que las partes proponen no era legislador, sino que el juez, ya que solo éste se encuentra en una posición privilegiada para desarrollar de la forma más eficiente dicha labor.

Hoy el legislador chileno nuevamente vuelve a confiar en la sana crítica como el mejor mecanismo para valorar los medios de prueba y por ello en el proyecto de ley de reforma al proceso civil ha incorporado un diseño procedimental acorde con aquel³. Con todo, a pesar de las intenciones modernizadoras del legislador, este ha cometido un error en el proyecto, ya que considera a la sana crítica como una herramienta completa y autosuficiente, mientras que en realidad se trata de un mecanismo incompleto.

Surge la pregunta acerca de qué le falta a la sana crítica para dejar de ser un mecanismo incompleto y la respuesta, ya identificada en otros países en donde opera el principio de la libertad de prueba y la valoración racional de esta, es la explicitación de un estándar de prueba. Un estándar de prueba, solo a modo de introducción, supone el establecimiento de un umbral de satisfacción por parte del legislador, el cual le comunica al juez cuando se encuentra autorizado a dar un hecho por cierto.

Ahora bien, es importante mencionar que el error del legislador en esta materia no deriva de su desconocimiento de esta institución, sino que de una serie de ideas y premisas incorrectas, las cuales explicita con total claridad en el mensaje del proyecto de ley que busca reformar nuestra justicia civil⁴, concluyendo que para la reforma no es necesario contar con un estándar de prueba y que, en resumen, la sana crítica sería un herramienta suficiente para el proceso de valoración y determinación de los hechos probados.

¹ Véase CAPPELLETTI, MAURO, *El proceso Civil en el Derecho comparado*, Lima: ARA Editores, 2006, pp. 102 y ss.

² “El pensamiento moderno puede admitir que sea una válida *máxima de la experiencia* la de que cuatro ojos ven más que dos; pero niega el carácter *absoluto* de tal *máxima de la experiencia*, o se niega que se trate, más bien que de una mera *máxima de experiencia* (que en el caso concreto puede manifestarse como no correcta), de una verdad absoluta e inderogable, vinculante, por consiguiente para el juez”. *Ídem*.

³ Véase artículos 286 a 295 Proyecto de Reforma Procesal Civil, boletín 8197-07.

⁴ *Id.* pp. 21-22.

El problema de lo anterior es similar a lo que ocurre con cualquier pieza tecnológica incompleta, si esta no es reparada de forma adecuada seguramente tendrá problemas de funcionamiento, lo que finalmente repercutirá en la operatividad general del sistema. Para evitarlo me propongo mostrar que es vital contar con un estándar de prueba que se complemente adecuadamente con la sana crítica, por lo cual pretendo hacerme cargo de los argumentos, que considero errados e incompletos, que el legislador ha esbozado para omitir esta institución.

En consecuencia el presente ensayo se dividirá en seis secciones, incluyendo esta introducción. En la segunda sección, la más extensa de este documento, me haré cargo de explicar de qué forma opera la sana crítica, intentando graficar sus limitaciones. Posteriormente explicaré con detalle qué es un estándar de prueba, para a continuación referirme a las funciones que cumple. Más adelante daré cuenta de los riesgos que se corre en un sistema judicial si no se cuenta con esta herramienta. Finalmente, me referiré a los restantes argumentos que el legislador ha esbozado para justificar la no inclusión de esta herramienta en el proyecto de reforma.

II. LOS LÍMITES DE LA SANA CRÍTICA

No es mi objetivo definir en qué consiste la sana crítica. Tampoco me interesa referirme acerca de su relevancia. Todo ello lo daré por cierto, dada la vasta cantidad de información que a este respecto existe. Mi objetivo es otro y consiste en demostrar que se trata de un mecanismo incompleto.

Para lo anterior comenzaré recordando la idea general detrás de la sana crítica, que dice relación con introducir criterios de racionalidad a la valoración de la prueba. Como consecuencia de este rasgo es que la sana crítica es usualmente presentada como un método de valoración de la prueba cuya principal virtud es rescatar los mejores atributos de la prueba legal y de la libertad de prueba, al establecer límites a la labor de valoración que realiza al juez, pero manteniendo un importante grado de flexibilidad en su proceder⁵.

Esta flexibilidad deriva de dos ideas. Por un lado, la sana crítica demanda que el juez no se vea restringido por valoraciones apriorísticas y absolutas establecidas por el legislador. Por otro lado, si bien permite que se establezcan límites, éstos se establecen mediante criterios de valoración configurados en formato de principio o directriz y no en formato de regla⁶. Dado lo anterior el juez se verá compelido por ellos, no obstante igualmente gozará de un buen nivel de discrecionalidad al momento de irlos concretizando en el caso particular; estos criterios son las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y las reglas de la lógica.

Es del todo ilustrativo considerar de qué forma opera la sana crítica al momento de asistir al juez en su proceso de valoración probatoria. Para estos efectos me basaré en el siguiente ejemplo.

En el contexto de un juicio de responsabilidad extracontractual el juez está observando la declaración de un testigo que ha sido presentado por la parte demandante el cual hace referencia a las circunstancias en las que ocurrió el ilícito civil.

En este punto no debe olvidarse que la sana crítica no solo supone apelar a la razón para valorar la prueba, sino que establece como exigencia la construcción de un fallo intersubjetivamente controlable, vale decir, que pueda ser comprendido por un tercero que no presenció el juicio⁷.

⁵ CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO, *Valoración de la prueba. Sana crítica*, Santiago: Librotecnia, 2009, p. 28. COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Editorial BdeF, cuarta edición, 2007, p. 222.

⁶ Sobre esta distinción, de la que mucho se ha escrito, véase SCHAUER, Frederick, *Pensar como un abogado*, Marcial Pons, 2013, pp. 195 a 208.

⁷ DAMASKA, MIRJAN, Free Proof and Its Detractors, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol 43, No 3, 1995, p. 345.

Por lo mismo, el juez, al momento de redactar el fallo, aunque posiblemente incluso al momento de escuchar el testigo, deberá determinar con exactitud las razones que tiene para asignar o no credibilidad a dicha declaración. Ahora bien, supongamos que el juez se formó una opinión durante el juicio de que el testigo no es creíble.

Si el juez se percata de que la declaración del testigo no le pareció verosímil dado que, por ejemplo, el testigo tuvo actitudes prepotentes hacia el abogado al responderle de forma cortante, riéndose de sus preguntas, éste deberá preguntarse al momento de redactar el fallo si dichas circunstancias, a la luz de la sana crítica, son suficientes para constituirse en un criterio racional de valoración que justifica la falta de asignación de peso probatorio a tal testimonio. A priori podríamos decir que generalmente la respuesta será negativa, ya que está únicamente basada en una impresión.

Supóngase ahora que el juez considera que el mismo testigo no es creíble, ya que éste señaló que el accidente se produjo debido a que el conductor manejaba el automóvil con sus pies, sosteniendo en una mano un vaso de café caliente y en la otra el periódico.

En este caso las máximas de la experiencia nos indican que es posible que una persona que maneja distraídamente atropelle a otra. Asimismo, es posible que la causa de aquella distracción sea el conducir mientras se bebe un líquido caliente o se sostiene un periódico. Pero las máximas de las experiencias dicen que no es común, a menos de que estemos en un show circense, que las personas normales manejen con sus pies, lo que orientará al juez respecto de no conceder valor probatorio a sus dichos. En este caso las máximas de la experiencia operan como un parámetro de valoración a la historia que se nos ha relatado.

De ambos ejemplos puede deducirse que la sana crítica durante el proceso de valoración de la prueba opera realmente como un límite o una señal de “alerta”, indicándole a los jueces hasta donde pueden llegar en los juicios de credibilidad que realizan. Si la información es incompatible con los parámetros previamente indicados, el juez sabe ya que dicha información no puede ser fundamento de su decisión y en este tipo de casos la sana crítica se muestra como un criterio útil y decisivo. Ahora imagine lo siguiente.

En el mismo caso del accidente de tránsito, la parte demandante presenta diversos testigos dando cuenta de que el conductor manejaba de forma descuidada. La misma parte afirma que la negligencia se manifiesta en el hecho de que el conductor iba tomando un vaso de café al momento del accidente. Esta versión de cómo ocurrieron los hechos es refrendada por dos testigos que indican haber visto al conductor con un café en sus manos mientras conducía. Para estos efectos asumiremos que la distancia de los testigos respecto al hecho y la forma en cómo lo observaron no levantan sospechas.

A este escenario sume la prueba de la demandada, quién presenta un testigo que indica que nunca vio en las manos del conductor un vaso de café y que señala que el accidente ocurrió debido al actuar imprudente del actor. Además el demandado presentó una fotografía tomada el día de los hechos, en donde se da cuenta de que el asiento del conductor no presenta mancha alguna de café derramado.

Hasta el momento tenemos dos historias verosímiles, ambas refrendadas por medios de prueba de los cuales se pueden extraer afirmaciones de hecho cuyo contenido no sobrepasa los límites de la sana crítica. Surge así la siguiente pregunta: ¿De qué forma la sana crítica permite determinar la veracidad de los hechos cuando la información que es posible extraer de determinados medios de prueba, si bien no sobrepasa los límites de ésta, es contradictoria con otros medios de prueba?

Con respecto a la última afirmación igual podría sostenerse por alguien crítico a esta his-

toría que faltan los detalles y que en ellos se encuentra la verdad. Eso es cierto, pero el punto que deseo marcar, al cual podemos recurrir mediante nuestra experiencia común, es el hecho de que es perfectamente posible conocer dos versiones contradictorias sobre la ocurrencia de un hecho, ambas apoyadas por mecanismos de confirmación, que resultar ser igualmente lógicas, verosímiles y acordes al conocimiento científico.

Con todo, podría sostenerse que la sana crítica si permite resolver este tipo de casos, cuando se realiza una valoración global u holística de los medios de prueba. Se sostiene que el análisis comparativo de un determinado medio de prueba con los restantes, mediante el recurso a los mismos parámetros sería suficiente para resolver la controversia. Por ejemplo, si un testigo indica que vio al conductor con un vaso de café en la mano, pero igualmente existe una fotografía que da cuenta de que no hay mancha de café derramado en el tapiz del auto a pesar del accidente, se produce el problema de que ambas conclusiones no serían capaces de coexistir, no obstante la referencia a los parámetros de la sana crítica permitirían resolver a qué medio de prueba dar mayor peso probatorio.

Al respecto puede razonarse del siguiente modo: si el contenido de la fotografía es incompatible con lo afirmado por el testigo, debe preferirse la fotografía y las conclusiones que se extraen a partir de ella, en razón de la sana crítica. Los conocimientos científicos disponibles apoyan otorgar un mayor peso probatorio a la fotografía, dado que existe información cuantificable que da cuenta de que los testigos cometen diversos errores al momento de percibir determinados hechos, mientras que la fotografía, por su propio método de producción no presenta dichas dificultades y es por tanto un medio de prueba más fiable. Asimismo, las máximas de la experiencia dan cuenta de que mientras más cerca se encuentre el juez de la fuente de información sobre la ocurrencia de un hecho, mejor calidad tendrá dicha información. Entre escoger un testigo, quien está relatando algo que ocurrió cierto tiempo atrás y la fotografía, que el juez está percibiendo en ese mismo momento, la racionalidad sugiere que debe dar mayor peso a ésta última.

Sin embargo, en este caso no solo existe un testigo que avala la versión del demandante, sino dos, respecto de los cuales se indicó que la forma en que percibieron el hecho y la distancia respecto del suceso no levantaban sospechas. Ahora debe el juez resolver si la confiabilidad de la fotografía es tan poderosa como para descreer a dos testigos presenciales. La tarea se complejiza, ya que se incorpora a la ecuación otra máxima de la experiencia que dice “cuatro ojos ven mejor que dos”.

No está en discusión que la valoración holística de la prueba aumenta la utilidad de la sana crítica, sin embargo, en el presente caso no parece proveernos de un criterio decisivo para decidir si la prueba presentada es suficiente para dar el hecho por cierto. Esto se vuelve cada vez más complejo en la medida que el valor probatorio de cada medio es mayor. ¿Cómo podemos salir de este *impasse*?

Una situación relativamente similar se encuentra regulada a propósito de la prueba testimonial en nuestro actual Código de Procedimiento Civil (en adelante “CPC”); si el conflicto es entre número igual de testigos, el artículo 384 n° 5 le indica al juez que no puede dar por probado el hecho. El legislador entiende que el *impasse* es insuperable en este escenario.

En el caso de otros medios de prueba que se contradicen entre sí, el CPC da una solución menos que satisfactoria; el artículo 428 señala que el juez debe preferir aquellos medios que sean más conformes a la verdad, en otras palabras, la actitud del legislador es ceder completamente su “poder” al juez que enfrenta el caso, indicándole que lo deja a “su criterio” y por tanto la situación no se resuelve mediante una regla de valoración que sustituya el criterio del tribunal.

Un último intento por salir de este embrollo probatorio sería recurrir a la regla del 1698

del Código Civil (en adelante “CC”), la regla de la carga de la prueba, la cual establece quién debe probar y qué pasa si dicha persona no prueba.

Lamentablemente esto no es lo que ocurre en el ejemplo. Es decir, no se trata de un caso en que la parte no presentó prueba, al contrario, presentó diversos medios. ¿De qué manera entonces la regla de la carga de la prueba permite resolver este problema? La respuesta es de ninguna forma, ya que la regla de la carga de la prueba no conlleva una regla implícita que permita saber si la “cantidad” y la “calidad” de la prueba presentada es suficiente o no para dar un hecho por cierto⁸.

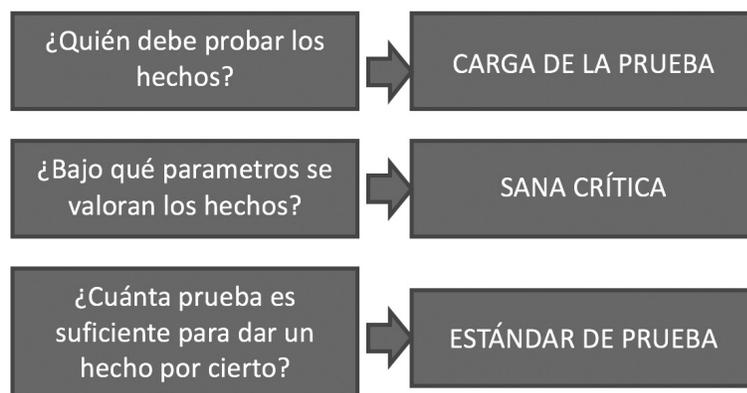
La sana crítica se enfrenta a un escenario en donde ambas versiones y sus medios de prueba respectivos son plausibles y no la transgreden, y en donde la carga de la prueba no permite determinar si la prueba es o no suficiente.

Desde esta perspectiva es que se sostienen en este ensayo que la sana crítica es un mecanismo incompleto, ya que su utilidad para el juez al momento de valorar la prueba es limitada; en aquellos casos en donde ambas partes presentan versiones sustentadas por medios de prueba lógicos, según la experiencia y acordes a la ciencia, ésta no permite discriminar por sí sola acerca de qué versión de los hechos debe prevalecer.

El *impasse* sigue ahí. ¿Cómo podemos resolver? En mi opinión mediante la incorporación de un mecanismo probatorio adicional, llamado estándar de prueba y sobre el cual me referiré en la siguiente sección.

III. ¿PARA QUÉ SIRVE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA?

La postura que este documento avala sostiene que la sana crítica como instrumento destinado a asistir al juez en la valoración de la prueba es una herramienta de utilidad limitada. Igualmente, la regla de la carga de la prueba no resuelve el problema dado que tiene otro objetivo. Se afirma que es necesario incorporar una tercera herramienta, el estándar de prueba o de convicción, ya que esta cumple una función que las otras dos no desarrollan. El siguiente gráfico explicita claramente el sentido de los tres mecanismos:



Es importante mencionar que, como veremos, la institución del estándar de prueba no es ajena por completo a nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de lo anterior, se observará que algunas de sus dimensiones, quizás las más relevantes a estos efectos, si son desconocidas para nuestra realidad.

⁸ Esto es lo que MUÑOZ SABATÉ denomina “dosis de prueba”. Véase MUÑOZ SABATÉ, LLUIS, *Fundamentos de la prueba judicial civil*, LEC 1/2000, Bosch, Barcelona, p. 169 y ss.

Una primera dimensión desde la cual puede explicarse qué es un estándar de prueba, y que si conoce nuestro sistema judicial, dice relación con su función más elemental la cual es dotar al juez de un parámetro que le indique con la máxima claridad posible cuando la prueba que ha recibido es suficiente para dar un hecho como cierto⁹.

Se trata entonces de un mensaje establecido en la ley, en el cual el legislador le indica al juez cuando un medio de prueba, bajo qué condiciones y circunstancias, es suficiente para dar por cierta las conclusiones fácticas que se desprenden de él. Desde esta perspectiva el lector podrá notar que la institución del estándar de prueba no constituye novedad en nuestro ordenamiento jurídico, siendo posible identificar una serie de normas que cumplen esta función, tanto en nuestro Código Civil como en el actual Código de Procedimiento Civil. Sin ánimo de agotar todas las normas que contienen estándares de prueba, pueden mencionarse las siguientes.

En materia de filiación se encuentran los artículos 199 y 200 del Código Civil. En el primero, en su inciso segundo, se indica “El juez podrá dar a estas pruebas periciales, por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o la maternidad, o para excluirla”. Asimismo, el segundo artículo, referido a la posesión notoria de la calidad de hijo, señala “se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable”.

Ambos artículos comunican al juez con eficiencia, qué medios de prueba (bajo qué circunstancias de calidad y cantidad) son necesarios para dar un hecho por cierto. En el caso del 199 se comunica que el examen de ADN es por sí solo suficiente para establecer si una persona es o no hijo de otra. En el caso del artículo 200 el mandato es un poco más vago, no obstante indica que debe tratarse de más de un medio de prueba, en donde la sola prueba testimonial es insuficiente.

Más adelante, el Código Civil en el título de la prueba del estado civil en el artículo 305 señala “La edad y la muerte podrán acreditarse o probarse por las respectivas partidas de nacimiento o bautismo, y de muerte”. Este es otro ejemplo, bastante simple, en donde el legislador establece una orden explícita al juez de qué prueba es necesaria para dar este hecho por cierto.

Similares reglas se encuentra en el título de la prueba de las obligaciones, por ejemplo, en el artículo 1713 que indica “La confesión que alguno hiciere en juicio por sí (...) y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella”.

En materia procesal, en el CPC, es posible encontrar el artículo 384 n° 2 previamente citado. “La de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legamente examinados y que den razón de sus dichos, podrán constituir plena prueba cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario”. Se trata de una norma que permite identificar con precisión qué circunstancias deben darse para que el juez esté autorizado a dar el hecho por verídico.

Empero, la institución de los estándares de prueba en el derecho comparado presenta ciertos rasgos que bajo nuestro sistema no se han desarrollado. En esos rasgos o peculiaridades es en donde veremos que el estándar de prueba deviene en una necesidad para nuestro futuro sistema procesal civil. Para entender estas diferentes funciones, debemos comprender la forma en que el sistema probatorio influye en la configuración del estándar de prueba y las funciones que viene a cumplir.

El arranque de los sistemas de la libertad de prueba en el mundo anglosajón es la ausencia, debido a la existencia del jurado, de un conjunto de reglas técnicas y precisas en donde el legislador

⁹ Véase LAUDAN, LARRY, Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005), p. 104 a 107.

estableciese bajo qué hipótesis debe darse un hecho por cierto¹⁰. Esto resulta evidente dado que el jurado estaba compuesto por personas legas, que no sabían leer y escribir. Asimismo esto justifica que los jurados no tengan obligación de fallar razonadamente. Asimismo, esto explica porqué en el *common law* la regulación probatoria abunda en la etapa previa al juicio, de admisibilidad de la prueba, más no al momento de determinar la ocurrencia de los hechos¹¹.

Ahora bien, se vuelve vital para el sistema anglosajón el desarrollar una explicación de estándar de prueba que dar a los jurados, ya que si bien su rol no era desarrollar complejos razonamientos jurídicos, si era importante que contasen con alguna orientación respecto a cómo realizar el juicio fáctico, ya que ese era su rol¹². Esto explica, a mi parecer, porque los sistemas anglosajones no tienen muchas reglas específicas que den cuenta de diversos estándares de prueba, sino que solo reglas generales, dado lo inoficioso que sería que personas legas tuviesen que recurrir a complejas reglas técnicas a este respecto.

Adicionalmente, en el sistema del *common law*, la permeabilidad del derecho a otras ciencias tuvo importantes consecuencias en esta materia. En un inicio se entendía que el estándar de prueba especialmente para temas criminales era el de la certeza¹³. Con todo, la influencia de la filosofía, entre ellos John Locke y John Wilkins, introdujo la idea de que a excepción de las matemáticas y la lógica, en otros asuntos de los seres humanos la certeza absoluta no era una opción¹⁴. De esta forma en los juicios se comenzó a operar con un nuevo tipo de certeza, la moral, la cual aceptaba y comprendía que una expectativa de prueba 100% indubitada no era razonable al momento de hacer el juicio fáctico.

Esta noción fue predominando poco a poco y la consecuencia lógica de su aceptación por parte del sistema anglosajón es determinante en el concepto que tienen del estándar de prueba. La idea que predomina es la siguiente: *los juicios orales son una cuestión de probabilidades*¹⁵. En otras palabras, se acepta abiertamente por dicha cultura jurídica que el establecimiento de la verdad, entendida como un hecho indubitado, es una cuestión excepcional en materia judicial y que lo mejor a lo que se puede aspirar es a realizar un juicio acerca de la mayor o menor probabilidad respecto de la ocurrencia de un hecho.

Ambos rasgos dan cuenta de la perspectiva que los sistemas anglosajones tienen de la relación entre el sistema probatorio y el estándar de prueba. Dado que no existen reglas que determinen todos los casos en donde se debe tener un hecho por cierto, unido al hecho de que la decisión acerca de su ocurrencia es tomada por personas legas, fue necesario desarrollar pocos estándares de prueba, de aplicación general, que constituyesen una instrucción clara y simple en la cual se comunicara de manera efectiva qué expectativa probatoria deben tener al momento de juzgar la prueba y de la cual se desprendiese con claridad esta noción del juicio como una cuestión de probabilidades.

Si examinamos los estándares de prueba que existen el sistema del *common law*, observaremos estos rasgos. En dicho sistema se contemplan al menos dos estándares, siendo el tercero una invención de Estados Unidos y cuya aceptación es discutido en otros países como Inglaterra. Estos

¹⁰ CAPPELLETTI, ob. Cit, p. 96 y ss.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Es un punto importante recordar la clásica distinción anglosajona entre el “tribunal de derecho” y el “tribunal de hecho”, siendo el primero el juez y el segundo el jurado. Debe recordarse que la decisión acerca de la ocurrencia de los hechos es tanto o más importante que la aplicación del derecho. Lo anterior ha sido dejado de lado por nuestro sistema.

¹³ SHAPIRO, Barbara, *Beyond Reasonable doubt and probable cause: historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, California, University of California Press, pp. 253-255.

¹⁴ LAUDAN, LARRY, *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1152883>

¹⁵ CLERMONT, KEVIN Y SHERWIN, EMILY, *A comparative View of Standards of Proof*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, No 2, 2002, p. 251, “Todos están de acuerdo, que como una cuestión de racionalidad, que el establecimiento de la veracidad acerca de los hechos alegados es típicamente cuestión de probabilidades (...)” (la traducción es mía).

estándares son *más allá de toda duda razonable* para los juicios criminales y *la preponderancia de la evidencia* para los juicios en materias no penales.

De sus nombres puede deducirse el juicio probabilístico que ambos conllevan. La diferencia está en qué tan probable debe ser el hecho para que el tribunal lo de por cierto. Así en el caso de *más allá de toda duda razonable*, su formulación da cuenta de forma prístina que es posible condenar a una persona teniendo dudas, solo que no aquellas que sean “razonables”, lo que da a entender el nivel de certeza o la altísima probabilidad de que el hecho imputado haya ocurrido. A su vez, el estándar de la *preponderancia de la prueba* indica que un hecho se encuentra probado, cuando su ocurrencia es más probable que su no ocurrencia¹⁶. Nuevamente se trata de una regla general, que comunica el nivel de exigencia que se requiere para probar un hecho, bastando su probable ocurrencia.

En contraste con lo anterior se encuentra el sistema de la prueba legal que impera entre nosotros. Dicho sistema comienza de un punto de partida distinto, el que se caracteriza por la desconfianza en el rol del juez y el poder concentrado del rey. De esto se ha escrito bastante, por lo que solo haré un par de referencias.

Se trata de un escenario en donde el poder para juzgar derivaba del rey y por tanto el juez de primera instancia no tenía peso político ni jurídico. Sus decisiones eran esencialmente revocables dado que el poder que ejercía no era propio, sino delegado. Para ello se establecía un sistema escrito, mediante la construcción de un expediente que podía ser revisado por el tribunal superior, hasta llegar a la máxima autoridad¹⁷.

Consustancial con lo anterior, el sistema de prueba legal era una forma de restricción al criterio del juez, mediante el cual el rey se aseguraba que se cumplieren sus órdenes, a través del establecimiento de reglas predeterminadas y de carácter absoluto, es decir, reglas que contenían juicios de valor sobre la capacidad probatoria de los medios de prueba cuyo carácter absoluto impedía que el juez las desconociera. Para maximizar este efecto de restricción, al sistema de la prueba legal no le bastaba con establecer unas pocas reglas, sino que debía enarbolar un complejo conjunto de reglas que interactuaban entre sí, con la finalidad de efectivamente restringir el juicio del juez¹⁸.

Estos rasgos tienen diversas consecuencias. En primer lugar, la perspectiva del juicio como una cuestión de probabilidades no tiene sentido, ya que se opera con una verdad “formal”, derivada de la aplicación de las reglas apriorísticas e incuestionables que el legislador había establecido. ¿Qué sentido tiene que el juez, en un sistema como éste, piense en probabilidades cuando lo importante es la aplicación de las reglas del legislador, las cuales por sus propios rasgos son tan gruesas que no son capaces de captar los matices de la realidad? Lo importante, el foco de atención, es que los dos testigos que dicen lo mismo, superan a uno solo que dice algo distinto. Si el testimonio del único testigo es más sólido, no es el punto principal.

En segundo lugar, el establecimiento de un estándar de prueba general o global no era algo necesario, ya que se trataba de una persona con conocimientos jurídicos, que debía ser capaz de manejar un entramado complejo de reglas de distribución de valor probatorio.

Esta lógica, con algunos matices, puede ser observada en nuestra propia regulación, en la medida que el legislador obliga al juez a dar determinados hechos como ciertos cuando a determi-

¹⁶ Solo a modo ilustrativo, las reglas de evidencia de Puerto Rico señalan; “En los casos civiles, la decisión de la juzgadora o del juzgador se hará mediante la preponderancia de la prueba a base de criterios de probabilidad, a menos que exista disposición al contrario. En los casos criminales, la culpabilidad de la persona acusada debe ser establecida más allá de duda razonable”. Véase http://www.ramajudicial.pr/Prensa/2009/02-26-09/REGLAS_EVIDENCIA_2009.pdf

¹⁷ DAMASKA, MIRIAN, *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, editorial jurídica de Chile, 2000, pp. 86 y ss.

¹⁸ CAPPELLETTI, ob. Cit, pp. 92 a 96; Damaska, *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, ob. Cit, p. 98.

nados medios de prueba, o su combinación, les asigna el efecto de “plena prueba”. Un ejemplo de lo anterior es la regla del artículo 1700 del Código Civil que indica “El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha...”; en este caso el legislador ordena al juez diciéndole qué debe dar por cierto o fuera de discusión fáctica cierto contenido de un instrumento público. Igualmente recuérdese el caso del artículo 384 n° 2 del CPC, previamente citado.

De esta explicación se desprende con claridad que si bien ambas culturas jurídicas comprenden el concepto del estándar de prueba, en cada uno de ellas tiene connotaciones distintas. El punto a destacar en este documento radica en la siguiente idea: en la medida que el nuevo Código Procesal Civil se aleja del sistema de la prueba legal y se acerca al de la libertad de prueba, se hace necesario manejar un concepto de estándar de prueba más cercano a sus rasgos en el mundo del *common law*. En el proyecto de ley el juez, por regla general, no cuenta con normas específicas para cada caso que le digan cuanto “pesa” cada medio de prueba y es necesario por tanto dar alguna orientación mediante un estándar de prueba general acerca de cuanta expectativa probatoria debe tener.

IV. LAS DIVERSAS FUNCIONES QUE CUMPLEN LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA¹⁹

Además de la función elemental a la que previamente hice referencia, un estándar de prueba viene a cumplir a mi juicio con, al menos, otras dos funciones. En primer lugar, supone una decisión política sobre la distribución del riesgo de error en las decisiones de los tribunales de justicia y, en segundo lugar, se constituye como herramienta para construir fallos que sean intersubjetivamente controlables.

1. La decisión política que conlleva el estándar de prueba

En toda actividad humana está la posibilidad del error. Pensar que la actividad judicial está ajena a esta realidad supone atribuirle al proceso capacidades de las que carece.

Frente a esta realidad los sistemas judiciales han asumido diversas posturas; algunos de ellos distinguen entre verdad material y formal (reconociendo el problema, aunque negándole toda relevancia), otros estableciendo un sistema de plena prueba (sin reconocerlo, ya que no era lo relevante) y en aquellos países en que predominaba el principio de la libertad probatoria se estableció la figura del estándar de prueba.

Desde esta perspectiva, la virtud que tiene el estándar de convicción es que explicita para todos los usuarios del sistema judicial la posibilidad del error²⁰. Así, un estándar de convicción comunica la potente idea de cuanta prueba es necesaria para satisfacer los intereses de la justicia en un determinado caso y, quizás más importante, cuánto error estamos dispuestos a aceptar en determinadas decisiones judiciales.

Si volvemos a los estándares de prueba anglosajones, veremos que esta idea está presente en su propia configuración. Así, en el caso de más allá de toda duda razonable, se indica que pueden existir dudas al momento de condenar, en otras palabras que es posible que algo distinto haya ocurrido, pero que esta posibilidad puede ser ignorada o descartada cuando es meramente especulativa o hipotética. El error está ahí, cuando se habla de que pueden existir dudas no razonables, en esos casos queda solo una posibilidad teórica de la inocencia.

¹⁹ Este capítulo está parcialmente basado en mi artículo titulado FUENTES MAUREIRA, CLAUDIO, Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil, en *Justicia Civil y Comercial. ¿Una Reforma Cercana?*, Ediciones LyD, 2011, pp. 173-205.

²⁰ CLERMONT, KEVIN, Standards of Proof in Japan and the United states, en *Cornell International Law Journal* N° 37, 2004. p. 269.

En el caso del estándar de la preponderancia de la prueba, el error es más patente aún. Así, lo único que se exige para dar la razón a una parte es que la ocurrencia de un hecho alegado por ésta sea más probable que su no ocurrencia. En otras palabras, es perfectamente posible que la contraria tenga la razón y que de hecho tenga un fundamento tangible, no obstante lo cual será igualmente la parte derrotada, ya que la otra parte solo requiere tener más y mejor prueba para ganar su caso. En estos casos no se habla de verdades, se habla de probabilidades y la ocurrencia de un hecho puede ser más o menos probable.

Ahora bien, no es mi interés juzgar si estos estándares probatorios y su configuración es o no adecuada. Mi objetivo es dar cuenta de que estos estándares explicitan la posibilidad del error y no solamente eso, sino que afirman con claridad que a pesar de dicha posibilidad la decisión judicial será igualmente válida y producirá efectos jurídicos vinculantes²¹.

En virtud de lo anterior cae de cajón la siguiente pregunta: ¿a quién corresponde definir cuanto margen de error es tolerable?

Si se parte de la premisa que tanto el derecho sustantivo como adjetivo son instrumentos para materializar decisiones legislativas, quien puede y debe responder la pregunta acerca de cuanto margen de error se estima tolerable es el mundo legislativo al momento de diseñar y aprobar las leyes. Actualmente esta es una pregunta que no está contestando nuestro Congreso Nacional, ya que la Ley de Tribunales de Familia, la reforma a justicia laboral y el proyecto de reforma al proceso civil no se pronuncian al respecto, lo que deja como necesaria consecuencia que sean los jueces quienes deciden, caso a caso, cuanto margen de error considerarán, situación problemática de la que me haré cargo más adelante.

Ahora bien, la decisión política detrás del estándar de convicción no es menor, ya que supone, en primer lugar, decidir si se dará a ambas partes del conflicto judicial la misma inseguridad en la distribución del error, es decir, si ambas correrán el mismo riesgo al momento de someter su contienda al sistema judicial. En segundo lugar, si la decisión a este respecto es negativa y es de interés del sistema establecer niveles de riesgo de error diferenciados, surge la pregunta de cuán distintos, lo que tiene implicancias en qué tanto esfuerzo probatorio deberá realizar una parte para probar su caso en comparación con la otra. Por ejemplo, si el estándar de prueba para una materia en concreto exige que una parte pruebe un hecho “sin que quede duda alguna”, eso significa que, ante la menor duda, por más pequeña que sea, se deberá fallar a favor de la contraria. Desde otro punto de vista, esto significa que la contraria habrá ganado con solo enfocar su labor probatoria en generar una duda al menos, aunque sea insignificante, lo que supone en tiempo y recursos un esfuerzo considerablemente menor al de la parte demandante. Como se observa, las cargas probatorias, no desde el punto de quien debe probar, si no desde la perspectiva de cuánto cuesta probar, son distintas.

Por esta razón es que el estándar de prueba es una herramienta a disposición del Poder Legislativo que resulta ser muy poderosa a la hora de establecer o materializar políticas públicas, en que se busca incentivar o desincentivar el litigio en ciertas materias ya sea para resguardar ciertos valores socialmente relevantes o para dar utilidad o vigencia a ciertos derechos.

2. El estándar de prueba como parte del derecho a la fundamentación de los fallos

Una dimensión fundamental que cumple el estándar de convicción es su fuerte vinculación

²¹ “Los estándares de prueba permiten, entonces, operar válidamente en contexto de incertidumbre. Esto, por cuanto las decisiones que se lleguen a adoptar en el curso de la adjudicación y que pudieren eventualmente estar afectadas a errores epistémicos, de todas formas podrán ser calificadas como decisiones conforme a derecho (...)”, COLOMA, RODRIGO, Estándares de Prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos, en *Revista de Derecho*, Vol. XXII, N° 2, Diciembre de 2009, p. 211.

instrumental con la garantía de la fundamentación de los fallos. En este sentido, toda persona que ha sometido un conflicto jurídico al sistema de justicia no solo es titular del derecho a que se le escuche y al debido proceso, sino que también tiene una legítima expectativa de conocer las razones que justifican cualquier decisión que se tome respecto de un asunto en el cual sus derechos se ven involucrados.

Ahora bien, esta vinculación instrumental entre el derecho a la fundamentación de los fallos y estándar de prueba se hace más evidente cuando se agrega a la ecuación el derecho a la prueba del que gozan las partes.

Este derecho consiste en la facultad que tiene las partes de poder presentar medios de prueba que favorezcan o posibiliten sus pretensiones jurídicas²². A este respecto, la relación entre el derecho a la prueba y la fundamentación de los fallos obedece, en primer lugar, a consideraciones de sentido común, ya que no tiene sentido que una parte pueda presentar medio prueba alguno si los jueces no tienen obligación de considerarlos y valorarlos en la sentencia al momento de establecer los hechos probados²³, explicitando qué medios de prueba fueron tomados en cuenta, cuáles no y las respectivas razones para ello. En segundo lugar, se encuentra el derecho a la fundamentación como un mecanismo para prevenir que el juez falle en conformidad a pruebas que no fueron presentadas por las partes o lo haga prescindiendo de estas sin dar razones para ello. En tercer lugar, es una legítima expectativa de las partes que someten una contienda al conocimiento del juez que las pruebas presentadas sean efectivamente valoradas y la única forma de exigir esta valoración es por medio de que el juez en el fallo se haga cargo de cada una de ellas. Si esta exigencia no existe, entonces el derecho a la prueba no tiene pretensión alguna de efectividad, ya que no puede exigir al juez que por lo menos mire y analice los medios probatorios.

Pues bien, para que el razonamiento que el tribunal entregue satisfaga adecuadamente el derecho a la fundamentación de los fallos, se hace necesario que el tribunal sea capaz de articular, primero, qué medios de prueba valoró y cuáles no, argumentando razones específicas que justifiquen dicha discriminación. Asimismo, se exige que el tribunal explique la forma en cómo los valoró y qué conclusiones obtiene de ellos, haciéndose cargo de aquellos que favorecen la ocurrencia de un hecho, así como aquellos que niegan dicha ocurrencia. Finalmente debe justificar por qué la prueba disponible es suficiente para cumplir con el requisito legal, en otras palabras, porqué la prueba aportada es capaz de generar convicción, a pesar de que pueden haber casos en donde los medios probatorios no sean 100% indubitados y en que existan medios de prueba contradictorios o casos en que solo haya un medio de prueba, pero que igualmente el tribunal estima que es suficiente para dar por probados determinados hechos.

En otras palabras, no puede hablarse seriamente de un derecho a la fundamentación de los fallos si el tribunal no está en condiciones de explicar porqué la prueba aportada es suficiente. El derecho a la prueba no solo supone en este contexto que el tribunal esté obligado a valorar y justificar por qué la considera o por qué no, sino que también debe explicarnos por qué estimó que esa prueba, y no otra de mejor calidad, es suficiente para asignar la consecuencia jurídica.

V. ¿QUÉ PASA CUANDO EL LEGISLADOR NO EXPLICITA UN ESTÁNDAR DE PRUEBA?

En la sección previa se aludió a que todo estándar de prueba supone una decisión política de distribución del margen de error. A este respecto, existen dos opciones. Si se explicita un estándar de prueba en la ley, la decisión política de distribución del error ha sido realizada por el poder legislativo. Si no se explicita el estándar de prueba, la distribución del error será realizada

²² FERRER, JORDI, *La Valoración Racional de la Prueba*, Marcial Pons, 2007. p. 54.

²³ FERRER, ob. cit, pp. 56 y 57.

necesariamente por el juez en el caso que está conociendo, ya que siempre éste enfrentará dudas o posibilidades.

Considero que quién está en mejor posición para tomar esta decisión es el legislador por las siguientes consideraciones.

En primer lugar, debido a que la decisión referida a qué tan difícil o fácil será probar un hecho es una decisión de corte político y no jurídico, es decir, se trata de una decisión que está basada en un juicio de valoración que considera los costos sociales derivados del error judicial, valoración que escapa a consideraciones netamente jurídicas. Así, por ejemplo, la decisión que da preferencia a dejar un culpable libre en vez de dejara un inocente tras las rejas, que es aquella que justifica la distribución del error que comunica el estándar de más allá de toda duda razonable, supone una estimación del sentir social de que es mejor estar muy seguros en aquellos casos en que mandamos una persona a la cárcel, dadas las nefastas consecuencias de un error en esta materia, y por tanto se está dispuesto a que un verdadero “culpable” sea dejado en libertad si esa seguridad o confianza no está presente²⁴.

Distinta es la situación en litigios civiles entre particulares, en donde estimar que beneficiar a una parte como consecuencia de un error en desmedro de la otra, es igualmente dañino para ambos litigantes, con independencia de su posición de demandante o demandado.

En este sentido, la decisión acerca de qué tan difícil es probar un hecho en juicio, una vez que aceptamos que se trata de una cuestión de probabilidades y no de la “verdad”, debe ser consecuencia de un debate democrático, en el cual las autoridades representativas canalicen los valores socialmente imperantes. Al respecto surgen diversas preguntas. ¿Debe ser igual de difícil probar aquellos hechos que justifican que un padre sea privado de ver a su hijo que aquellos hechos destinados a probar un vicio de la voluntad contractual? ¿Es igualmente dañino para la sociedad cometer un error al momento de despedir un trabajador por falta de probidad que permitir un divorcio fundado en adulterio?

En todos estos casos pareciera ser que las consideraciones que permiten fijar el estándar de prueba son extrajurídicas, *vis a vis* políticas, y su razonabilidad jurídica no es lo fundamental, si no su legitimidad democrática, entendida esta como aquellos errores judiciales que una determinada sociedad está dispuesta a soportar. ¿Es el juez la voz que canaliza la manifestación de voluntad social? A mi parecer la respuesta a esta pregunta es negativa.

En segundo lugar, la explicitación por parte del legislador de un estándar de prueba si bien no viene a resolver todos los problemas relacionados con la incertidumbre judicial, si permite avanzar en la previsibilidad de las decisiones judiciales.

Un ejemplo al respecto puede observarse en juicios de familia. En ellos el legislador no ha establecido un estándar de prueba, lo que supone que las partes están a la discrecionalidad del juez respecto de cuando los hechos que fundan su pretensión se encuentran suficientemente acreditados. Ya en publicaciones previas he dado cuenta de la alta exigencia que hoy se requiere para probar aquellos hechos que fundan un divorcio por culpa, exigencia probatoria que no se encuentra explicitada en la ley²⁵.

El punto a destacar es el siguiente: el juez siempre se verá obligado a preguntarse si la

²⁴ SCHAUER, FREDERICK, ob. Cit, p. 225. “La pauta que han escogido los sistemas jurídicos del *common law* es un equilibrio, pero inclinado ciertamente hacia el juicio social de que condenar al inocente es mucho peor que absolver al culpable, pero también que evitar la condena del inocente no es el único valor social en juego”. El destacado es propio.

²⁵ FUENTES MAUREIRA, CLAUDIO, La Persistencia de la Prueba Legal en la Judicatura de Familia *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol.18, n.1, 2011, pp. 119-145

prueba que se le ha presentado es suficiente, y si la ley nada dice el juez podrá recurrir a dos estrategias. Una será esconder su razonamiento bajo la fórmula *cuasi-sagrada* de la sana crítica, en la cual simplemente se remitirá a transcribir las palabras de la ley, pero sin justificar realmente su decisión. La otra posibilidad es que el juez se aventure a explicitar en su fallo consideraciones destinadas a fijar un umbral probatorio particular, dentro de las cuales la siguiente cita es un buen ejemplo respecto de la expectativa probatoria que existe en los divorcios por culpa: “*tan grave en sus consecuencias patrimoniales y en el matrimonio, como la imputación de adulterio dirigida a la mujer requiere que se hagan mayores precisiones acerca de las circunstancias de tiempo y lugar en que ello ocurrió, no bastando decir que compartían cama si no se agregan antecedentes que demuestren fehacientemente el hecho que se imputa. El hecho de besarse y tomarse de la mano sólo demuestra eso, no las relaciones sexuales*”²⁶. Es menester destacar no el mérito del razonamiento que la cita refleja, sino el hecho de que otro juez en otro tribunal puede estimar que dicha expectativa probatoria no es razonable ni justificada y establecer un umbral probatorio mayor o menor dada una distinta apreciación del costo del error que él realice.

A mayor abundamiento, el problema al que se alude puede verse en una cita pronunciada por el magistrado Cerda San Martín en un fallo que redactó como Ministro de la Corte de Apelaciones de Arica: “*Que, la actividad probatoria en el contexto de sana crítica impone, asimismo, la necesidad de contar con algún estándar de prueba, que nos indique cuándo el juez está autorizado racionalmente para considerar que un hecho está probado, atendido el grado de confirmación que tiene en los medios de prueba.*

Reconocemos la inexistencia de un parámetro legal al efecto. Sin embargo, ello no impide que el juzgador fije uno que resulte adecuado al sistema probatorio impuesto.

Como se trata de una decisión a favor del rigor científico (búsqueda de la verdad, de la certeza), estimamos que en la especie se puede exigir un estándar de prueba de probabilidad media, advirtiendo, no obstante, que la naturaleza especial de este tipo de conflictos, su carácter sancionatorio y las consecuencias jurídicas que conlleva la sentencia condenatoria, podría llevarnos a sostener igualmente un estándar de probabilidad alta.

El estándar de probabilidad media, que se traduce bajo la fórmula “más probable que no”, implica una elección entre las diversas hipótesis fácticas en juego, prefiriendo aquella que cuente con un grado relativamente más elevado de probabilidad, en razón de las pruebas que lo apoyan, debiendo, en todo caso, existir un grado mínimo necesario de confirmación probatoria, que se puede significar en una cifra equivalente, a lo menos, al 51% de probabilidad.

En el caso que nos ocupa la hipótesis afirmativa, relativa a la ocurrencia de los hechos, no supera ese rango mínimo, de modo que no puede afirmarse racionalmente que el hecho está probado”²⁷.

El razonamiento da cuenta de las dudas del propio juez al momento de ubicar el estándar de prueba respecto de su nivel de exigencia; si solo basta un 51% de probabilidades o si debiese ser de una probabilidad alta, como aquel que el mundo anglosajón denomina prueba “clara y convincente”, que usualmente es asimilado a un 75% de “certeza”.

Desde un punto de vista de certeza jurídica, la incorporación de un estándar de prueba viene en convertirse en un parámetro que si bien no soluciona todos los problemas vinculados a la fundamentación de las sentencias y su previsibilidad, si parece ser una herramienta que permite avanzar en ambas materias. De no establecer un estándar de prueba en la ley, el juez siempre deberá mirar su fuero interno y considerar si las pruebas son suficientes, siendo entonces más difícil para los litigantes saber dónde el juez establece el umbral de su propia convicción²⁸.

²⁶ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Causa ROL 423-2009. Considerando 8°, el destacado es mío.

²⁷ CORTE DE APELACIONES DE ARICA, Causa ROL 73-2010, sentencia de 23 de agosto de 2010, considerando 4. El destacado es propio.

²⁸ Respecto de este último comentario puede argumentarse que los estándares de prueba igualmente se remiten al fuero interno del juez y por tanto existe igualmente un amplio espectro de subjetividad. Si bien esto dependerá de cómo es formulado el estándar de prueba, incluso respecto de aquellos estándares que apelan a la subjetividad del juez, igualmente es posible afirmar que la sola explicitación de un estándar

VI. LAS ERRÓNEAS PREMISAS DEL LEGISLADOR EN EL PROYECTO DE REFORMA AL PROCESO CIVIL

Para finalizar este documento me haré explícitamente cargo del razonamiento del legislador respecto de la no incorporación de un estándar de prueba.

Específicamente el ejecutivo, en las páginas 22 y 23 del mensaje del proyecto bajo el título “Apreciación de la prueba y formación y control de la convicción del juez”, señala las razones por las cuales estima que no es necesario explicitar un estándar de prueba, las que a continuación se explicitan:

- En primer lugar, se indica que si bien se establece un sistema de libertad prueba con sana crítica, igualmente se mantiene la regulación probatoria de ciertos documentos, presunciones de derecho y actos o contratos solemnes que solo pueden ser probados mediante la solemnidad, atenuando el principio de la sana crítica.
- Después se menciona que la sana crítica impone criterios obligatorios al juez para valorar la prueba los cuales van acompañados de un exhaustivo deber de fundamentación.
- Finalmente, se indica que en nuestro sistema no existe un sistema de jurados que requiera un estándar de convicción como si ocurre en el sistema norteamericano.

Respecto de estas justificaciones quisiera hacer ciertas aclaraciones que me parecen pertinentes.

En lo que se refiere a que existen reglas que solo permiten probar ciertos actos mediante la solemnidad o que existen limitaciones a la prueba de las obligaciones, particularmente la prueba documental, puede decirse que, por un lado, se trata de pruebas que no estarán presentes en diversos casos que si llegarán al sistema, como casos de indemnizaciones de perjuicios por responsabilidad extracontractual, lo que limita la aplicabilidad de aquellas normas. Por otro lado, en aquellos casos en donde si existen dichas solemnidades o regulación de valor probatorio documental, no necesariamente ese solo medio de prueba será suficiente para entender acreditados todos los hechos pertinentes del juicio. Piénsese en casos de fuerza mayor o en la diligencia de la parte contratante, se trata de hechos que se prueban mediante otros medios, respecto de los cuales el legislador no se ha pronunciado acerca de la forma en cómo pueden ser probados, quedando sujeto a la regulación general de la sana crítica. En consecuencia, dichas reglas no suprimen la necesidad de contar con un estándar de convicción, solamente asistirán en ciertos casos.

Con relación al establecimiento de la sana crítica como sistema de valoración, estimo haberme hecho cargo de la diferencia entre dicho mecanismo y el estándar de prueba. En este sentido, se trata de instituciones que se complementan en el proceso de valoración probatorio que realiza el juez. Asimismo ¿qué tan bien puede un juez fundamentar un fallo si la herramienta que le permite contestar la pregunta acerca de cuánta prueba es suficiente no ha sido recogida?

Un último punto esbozado por el proyecto indica que el estándar de prueba no es necesario porque en Chile no hay jurados. Dicha aseveración puede ser discutida desde dos perspectivas. En primer lugar, en la actualidad existen sistemas judiciales en los cuáles el jurado como institución ha

opera como una potente señal por parte del sistema judicial que incide en el razonamiento judicial, obligándolo a ser más exigente en la evaluación de la prueba. En este sentido Véase CLERMONT, Kevin, *Standars of Proof Revisited*, en *Vermont Law Review*, Vol. 33:469, 2009, pp. 485-487.

caído en desuso²⁹ o derechamente ha sido suprimido³⁰, lo que no ha obstado a que dichos sistemas continúen operando con el estándar de prueba como una norma integrante del marco jurídico probatorio³¹, lo que da cuenta de la independencia progresiva de la institución de la figura del jurado y de su utilidad para el funcionamiento de dichos sistemas probatorios.

Finalmente, no deja de llamar la atención que en materia penal, la primera reforma procesal, si se haya incorporado explícitamente el estándar de convicción de más allá de toda duda razonable a pesar de que en Chile la institución del jurado no tiene vigencia³².

CONCLUSIÓN

El objetivo de este documento ha sido poner bajo cuestionamiento la decisión del legislador de no incorporar en el proyecto de reforma al proceso civil la figura o institución del estándar de prueba.

Se estima que la incorporación de un estándar de prueba resulta del todo valiosa para nuestro sistema de justicia, tanto porque explicita la posibilidad del error y permite su adecuada distribución en función de una decisión conciente por parte del poder legislativo, como por el hecho de que entrega a los jueces chilenos una herramienta que les ayudará a justificar con mayor propiedad las decisiones que toman al momento de adjudicar derechos en escenarios de incertidumbre.

No resulta razonable que el mundo del derecho chileno opere sobre premisas que otras disciplinas han superado hace ya muchos años.

²⁹ Véase BURBANK, STEPHEN y SUBRIN, STEPHEN, *Litigation and Democracy: Restoring a realistic prospect of Trial*, en *Northeastern public law and theory faculty workin papers series no. 59-2011*, p. 402

³⁰ Véase CHASE, OSCAR, *Derecho, cultura y ritual, Proceso y Derecho*, Marcial Pons, 2011, pp. 85 y ss, donde el autor da cuenta que en materias civiles no se realizan juicios por jurado en Inglaterra desde 1965. Para revisar la jurisprudencia inglesa en materia del estándar probatorio de *balance of probabilities* que sería equivalente a la preponderancia de la evidencia, véase PATTENDEN, Rosemary, *The risk of non-persuasion in civil trials: the case against a floating standard of proof* *Civil Justice Quarterly*, 1989, N° 7: pp. 220-233.

³¹ *Ibidem*.

³² Sobre el estándar de prueba penal véase Fuentes Maureira, CLAUDIO, *La Recepción de la duda razonable*, en *Actas del Congreso Internacional de Derecho en homenaje al centenario de la Universidad de Valparaíso*, EDEVAL, 2012, pp. 239-276.

TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN POR DAÑO MORAL EN MATERIA DE ACCIDENTES DE TRABAJO

TRANSMISSIBILITY OF THE ACTION FOR EMOTIONAL DISTRESS IN WORKS ACCIDENT

MARCELA TORRES MORAGA*
UNIVERSIDAD DE ANTOFAGASTA

RESUMEN: El presente artículo analiza el problema de la transmisibilidad del daño moral en materia de accidentes de trabajo. El problema se presenta desde que la Ley 21.018 modificó la competencia de los juzgados del trabajo, con el objeto de permitir las demandas de las víctimas en calidad de herederos. No obstante, subsisten problemas a la hora de comparar el régimen procesal con las discusiones sobre la naturaleza y el concepto del daño moral en materia de responsabilidad civil.

PALABRAS CLAVE: Transmisibilidad-accidentes de trabajo-daño moral.

ABSTRACT: *This article analyzes the problem of the transmissibility of non-pecuniary damage in workplace accidents. The problem has arisen since Law 21,018 modified the jurisdiction of the labor courts, in order to allow the claims of the victims as heirs. However, problems persist when comparing the procedural regime with the discussions on the nature and concept of non-pecuniary damage in matters of civil liability.*

KEY WORDS: *Transmissibility-work accident-emotional distress.*

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Antofagasta. Magister en Derecho por la Universidad Católica del Norte. Dirección postal: Latorre 2579, Antofagasta. Correo electrónico: marcelatorresmoraga@gmail.com.

I. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACCIDENTS DE TRABAJO

A. LA CONSAGRACIÓN DE UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL: ARTÍCULO 69 DE LA LEY N° 16.744

La Ley N° 16.744 de 1968 estructura la protección del trabajador fundándola en un sistema de seguridad social para las prestaciones por accidentes del trabajo. En el caso de las prestaciones que no cubra el seguro, la ley recurre, como veremos, a las normas de responsabilidad para los daños no cubiertos por el primero¹.

El sistema de seguridad social que pretende el mismo objeto, esto es reparar un daño, tiene diversas coberturas y diversos fundamentos², resulta evidentemente una técnica de reparación que difiere mucho de la responsabilidad civil y la existencia de aquellos dos sistemas de reparación, obliga a precisar las nociones de cada uno, que no resulta tema fácil pues ninguno tiene caracteres tan nítidos que permitan su fácil concepción.

Según Domínguez Águila³, no toda compensación o reparación de daños se da a través de la responsabilidad civil. Brevemente podemos señalar que el contrato de seguro es un medio de obtener reparación y no hay necesariamente la intervención de la responsabilidad, desde que quien paga la indemnización es la aseguradora y lo hace en virtud de un cumplimiento del contrato de seguro⁴. No hay allí responsabilidad, pero sí reparación y no hay responsabilidad por el hecho que la causa o fundamento del pago de la indemnización está en el contrato mismo. La obligación de indemnizar es la prestación de la aseguradora correlativa a la del pago de prima por el asegurado.

En suma, la existencia en el derecho contemporáneo de variados sistemas reparatorios al lado del sistema subjetivo clásico, lleva a preguntarse porque habrían todos de examinarse como aspectos de una misma institución y podríamos decir que siempre hay responsabilidad cuando la carga de reparación se imputa y atribuye a quien ha causado el daño, sea por apartarse del deber de conducta social, sea por haber creado el riesgo que ocasiona el daño recibiendo el beneficio.

Como el sistema de seguridad social no es capaz, porque no tiene los medios ni es su función, reparar la integridad de los daños que puedan causarse, si el hecho productor, siendo un caso de riesgo social es a la vez un ilícito social, la ley ha debido considerar siempre la subsistencia de la acción civil reparatoria no cubierta por la seguridad social.

B. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD QUE CORRESPONDE AL EMPLEADOR

En relación a los accidentes del trabajo, la doctrina chilena más reciente y prestigiada en la materia ha señalado con claridad que: *“la responsabilidad civil del empleador que se sigue del accidente del trabajo, que es complementaria del respecto del seguro social obligatorio, debe ser construida sobre la idea de la culpa del empleador, según dispone expresamente el artículo 69 de la Ley de Acc. identes del Trabajo”*⁵.

¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, “Los accidentes del trabajo. Historia y visión general de su régimen actual”, AA.VV., *Responsabilidad por accidentes del trabajo. Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de Los Andes*, Ed. Legal Publishing, Santiago, vol. I, 2014, p. 290. Véase HUMERES NOGUER, HÉCTOR, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Jurídica de Chile, edición ampliada, Santiago, 2007, t. I, p. 172; PINTO SARMIENTO, YENNY, *El Concepto de Accidentes del Trabajo en el sistema español. Desde los orígenes la protección al sistema de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 120 y ss..

² DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “Los accidentes del trabajo...”, op. cit., pp. 309-326.

³ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “Los accidentes del trabajo...”, op. cit., p. 321.

⁴ El artículo 512 del Código de Comercio pone el acento en el hecho que la aseguradora toma sobre sí un cierto riesgo obligándose a indemnizar la pérdida o cualquier otro daño estimable que sufran los objetos asegurados.

⁵ VARGAS MIRANDA, RAFAEL, *Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, Serie doctrina y jurisprudencia. Primera parte*, Metropolitana, Santiago, 2011, p. 12.

Se ha debatido en los foros nacionales cuál es el particular régimen de responsabilidad contemplada en los artículos 69 de la ley N° 16.744 y 184 del Código del Trabajo, así como también cuál es el estándar de reproche o exigibilidad que el Derecho le impone a los empleadores respecto de las medidas necesarias de prevención y seguridad en el trabajo que éstos deben implementar obligatoriamente.

Al respecto, Aedo señala: “*Actualmente, nuestra jurisprudencia se ha inclinado por distinguir: si demanda el trabajador, se ha entendido que el régimen es el contractual, por cuanto el deber de seguridad se incorpora a la relación laboral y ello sin perjuicio del cúmulo que la doctrina admite en este caso. Es posición uniforme de varias Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema*”⁶. Sin embargo, acota que: “*Por el contrario, en el caso que demanden las víctimas por repercusión, la cuestión fue más debatida. Una corriente jurisprudencial entendió que los daños eran contractuales, por infracción al deber de seguridad y se consideró como competente a los juzgados del trabajo. Por el contrario, en el caso que demanden las víctimas por repercusión, la cuestión fue más debatida. Una corriente jurisprudencial entendió que los daños eran contractuales, por infracción al deber de seguridad y se consideró como competente los juzgados del trabajo*”⁷.

En ese sentido, Barros indica que la calificación es discutible, porque si bien no existe una relación laboral entre las víctimas por rebote y el empleador ellas reclaman daños producidos por el incumplimiento de deberes que surgían del contrato laboral con el trabajador fallecido ya que se trata de un contrato que cede a favor de un tercero, pues los deberes de seguridad lo son respecto del trabajador y su familia más inmediata⁸.

Sin embargo, la opinión mayoritaria es la siguiente “*...las víctimas por repercusión son terceros ajenos a la relación contractual. No forman parte del contrato de trabajo. Por ello, el régimen de responsabilidad que debe aplicárseles, conforme al Derecho Común, es el de la responsabilidad aquiliana o extracontractual. En consecuencia, las víctimas indirectas o por repercusión de un accidente del trabajo no pueden demandar en cuanto tales ante los tribunales del trabajo y si lo hacen, el demandado podrá interponer con éxito la excepción de incompetencia o, incluso, ser anulada la sentencia que se llegue a dictar ante esa jurisdicción acogiendo la demanda. Las víctimas por repercusión deberán ejercer su demanda ante el juez civil y sustanciar su pretensión bajo las rúbricas del juicio ordinario*”⁹.

Respecto a la contractualización de la responsabilidad civil del empleador directo por accidentes del trabajo, según sus fundamentos y causas se interpretaba que el artículo 69 letra B) de la ley N° 16744 –al hacer referencia a “las prescripciones del derecho común”– sometía a las normas de la responsabilidad extracontractual toda acción indemnizatoria derivada de los daños no cubiertos por el seguro social; sin embargo, en la práctica forense se ha desarrollado una fuerte y decidida tendencia a demandar la responsabilidad contractual del empleador directo e incluso de la empresa principal declarando la responsabilidad civil solidaria de la misma por los daños causados al trabajador del contratista o subcontratista en el régimen de subcontratación¹⁰.

Según Corral¹¹, en los procesos de responsabilidad, la causa de pedir no solo está

⁶ AEDO BARRENA, CRISTIÁN, “La delimitación de la responsabilidad contractual y la aquiliana y su incidencia en la reparación del daño moral”, *Estudios de derecho de Contratos en Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (director, VIDAL OLIVARES, Álvaro; editor, SEVERIN FUSTER, Gonzalo, editor), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, p. 652.

⁷ AEDO, “La delimitación de la responsabilidad contractual y la aquiliana...”, op. cit., p. 653.

⁸ BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión 1ª edición, Santiago, 2009, p. 703.

⁹ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “Concurrencia de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños causados por accidentes del trabajo” *Responsabilidad por Accidentes del Trabajo*, Legal Publishing, Santiago, 2014, vol. I, p. 14.

¹⁰ VARGAS, op. cit., 41.

¹¹ CORRAL, “Concurrencia de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual...”, op. cit., pp. 3-31.

compuesta por los hechos que dan lugar a ella, sino por la calificación jurídica de dichos hechos y especialmente por la determinación de si la obligación de reparar se rige por el estatuto de responsabilidad contractual o por el de responsabilidad extracontractual; señala, que puede decirse que la dualidad de regímenes produce una dualidad de acciones y que el litigante debe elegir correctamente la acción que corresponde a su pretensión so pena de que ella sea desechada.

Señala el profesor Corral, que se genera un concurso o cúmulo de acciones de responsabilidad cuando el trabajador es afectado por un hecho dañoso que puede ser calificado a la vez de incumplimiento de contrato de trabajo y de delito o cuasidelito por transgresión a los deberes de cuidado impuestos en general en beneficio de aquellos con quienes convivimos.

Asimismo, el autor expone que no habría mayor duda que cuando ocurre un accidente laboral imputable a culpa del empleador se produce este concurso ya que por una parte, se ha vulnerado el deber de seguridad y protección que emana del mismo contrato o, al menos deberes que por ley pertenecen a la obligación, en atención al art 184 del CT y siguiendo lo dispuesto en el artículo 1546 CC y, por otro lado, ese deber de cuidado incumbe al empleador incluso –señala– si se prescinde de la existencia de una relación contractual de manera que su negligencia le hace culpable de cuasidelito que da lugar a una responsabilidad extracontractual, sin embargo la doctrina mayoritaria afirma que en el supuesto de estar frente a un contrato de trabajo debe primar siempre el estatuto contractual por lo que víctima no puede invocar el estatuto extracontractual, salvo las víctimas indirectas, también llamadas por rebote que obligatoriamente tienen que optar por la vía extracontractual cuando demanden según el art 69 letra b, su daño propio, expresamente el daño moral que el accidente del trabajador le produjo.

Según señalaba el profesor Barros Bourie¹²: *“Por el contrario, en materia de responsabilidad civil por accidentes del trabajo se ha estimado exclusivamente aplicable el estatuto contractual para la relación entre el empleador y el trabajador y el extracontractual para la acción de quienes alegan haber sufrido daño reflejo o por rebote; pero ello no en razón de un rechazo de la opción, sino porque se ha negado la calificación contractual a la acción de las víctimas de daño reflejo”*.

Actualmente con las normas de competencia establecidas en el Código del Trabajo, y con la modificación legal que es el objeto de este trabajo y que se plasma en el artículo 420 del Código del Trabajo que otorga competencia a los Juzgados del Trabajo para conocer de los juicios iniciados por el propio trabajador o sus causahabientes, en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad contractual del empleador por los daños producidos como consecuencia de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales. se otorgan grandes ventajas a la vía contractual ya que los Tribunales laborales protegen al trabajador por la aplicación del principio pro operario; considerando además que el juicio laboral es bastante más corto y abreviado que el juicio ordinario de mayor cuantía; porque en el juicio laboral y de acuerdo a lo señalado en el artículo 456 del Código del Trabajo, se aprecia la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica reglas; de suyo beneficiosas para la víctima demandante y sobre todo que en el juicio laboral se presume la culpa del empleador demandado según lo señalado en el artículo 1547 inciso 3° del Código Civil, de forma que este debe desvirtuar dicha presunción mediante la prueba de su completa inocencia o de otras causales eximentes de responsabilidad contractual.

Más aun, con dicha ampliación la viuda y otros familiares del trabajador fallecido podrán demandar en sede laboral y gozar del estatuto jurídico de la responsabilidad contractual, si actúan no por sí y alegando daños propios (por repercusión o rebote), sino como herederos o causahabientes a título universal del trabajador fallecido, alegando –iure hereditatis– la reparación

¹² BARROS, *Tratado...*, op. cit., p. 704.

de un daño ajeno, presentando la acción indemnizatoria que al causante habría pertenecido en sede contractual. Sin embargo, con la modificación introducida por la ley N° 21.017 que amplió la competencia de los Tribunales Laborales en su Artículo N° 420 letra f) que analizamos en este trabajo, nada de aquello ha cambiado, expresamente el artículo de marras señala que: “Respecto de la responsabilidad extracontractual se seguirán las reglas del artículo 69 de la ley N° 16.744...”.

Al respecto, el profesor Corral comentando la modificación legal ha señalado: “Se observa que el único cambio relevante es la agregación de la frase “iniciados por el propio trabajador o sus causahabientes”. El problema es que la relevancia es meramente formal y no altera el sentido de la norma. Con el texto original, quienes podían recurrir a los tribunales del trabajo en caso de responsabilidad civil por accidentes eran el trabajador y, en caso de muerte de este, sus herederos, ya que en ambos casos se hace valer la responsabilidad contractual. Pues bien, el nuevo texto solo explicita algo que ya se encontraba tácitamente incluido en la norma y que nadie ponía en duda: que los tribunales laborales son competentes cuando se ejerce una acción de responsabilidad civil contractual por el trabajador o sus causahabientes. Los causahabientes son las personas que adquieren un derecho por suceder a otra persona que era su titular anterior y por tanto no son otros que sus herederos. De este modo, si los familiares del trabajador pretenden accionar por su propio daño como víctimas por repercusión, al igual que con la norma anterior, deberán recurrir a los tribunales civiles que son los que aplican el derecho común al que se refiere el artículo 69 de la ley N° 16.744¹³.”

Del análisis de la modificación legal coincidimos con el profesor Corral que al menos en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable nada ha cambiado para las víctimas por repercusión, quienes podrían incluso demandar por la vía contractual el daño sufrido por su causante y el daño propio por la vía extracontractual generándose una doble indemnización y eventualmente un enriquecimiento sin causa.

II. LA CONCURRENCIA DE ACCIONES DE LOS HEREDEROS

Los accidentes del trabajo producen daños tanto al trabajador lesionado (víctima directa) como a sus familiares (víctimas por repercusión). Los posibles responsables pueden ser también diversos, como el empleador directo o la empresa dueña de la obra o faena. A todo lo anterior se añade el problema de la muerte de la víctima y la posibilidad de que sus herederos reclamen la reparación del daño *iure hereditatis*. Todas estas circunstancias propician la posibilidad de que el mismo hecho produzca una pluralidad de acciones que pueden concurrir ya sea en la misma o en distintas sedes jurisdiccionales¹⁴.

Cuando el accidente ha producido la muerte del trabajador, la pregunta es si pueden ejercerse las acciones de los herederos del fallecido en cuantos sucesores de la acción que ingresó al patrimonio del causante, junto con las acciones de reparación de su propio daño deducidas por los familiares o víctimas por repercusión. En este último problema resulta indispensable dilucidar si se estima que el derecho a pedir reparación del daño moral causado por el accidente es o no transmisible, así como cuál es el tipo de acción y la jurisdicción competente en caso de que, al morir el trabajador, demanden las víctimas por repercusión.

¹³ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “Accidentes del trabajo y competencia judicial: una reforma “gatopardista”, 2017, publicada en <http://www.elpercurio.com/Legal/Noticias/Redes/Detailnoticia.aspx?id=905804>. Visitada 22 de mayo de 2018.

¹⁴ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “Concurrencia de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual...”, op. cit., p. 4.

III. EL PROBLEMA DE LA TRANSMISIBILIDAD EN LOS ACCIDENTES DE TRABAJO

El tema la transmisibilidad de la indemnización por daño moral es de larga data. Diferentes autores han tratado de analizarlo y la jurisprudencia no ha estado ajena a las diversas tendencias que se han presentado en nuestra doctrina. La doctrina y jurisprudencia chilenas originalmente aceptaron la transmisibilidad de la acción por daño moral para, luego negarse a aceptar la transmisibilidad de dicha acción la cual incluso la veían como una posible ilegalidad. Su principal argumento iba dirigido a concebir a esta acción como un derecho personalísimo, intransferible e intransmisible en todo aspecto¹⁵.

A. LA SITUACIÓN ANTES DE LA LEY 21.018

La tesis de la intransmisibilidad de la acción de responsabilidad por daño moral, surgida en el ámbito de los accidentes del trabajo con muerte del trabajador se manifestó en variadas sentencias de la Excma. Corte Suprema. En ese sentido la sentencia del máximo Tribunal, en el año 2007 resolvía lo siguiente: “*que siendo la causa de pedir de la pretención [sic] deducida obtener la reparación del daño moral sufrido por el trabajador víctima del accidente de trabajo descrito, resarcimiento que le da la acción respectiva en carácter de personalísima e intransmisible, razón por la que no puede ser deducida por otro que no sea su titular, la demanda de autos deberá ser rechazada*”¹⁶. Igualmente, la Excma. Corte Suprema en sentencia del 29 de Septiembre del 2011 resolvía: “*Que en lo que respecta al monto demandado por los actores por concepto de daño moral de la víctima como herederos de éste, tratándose de derechos personalísimos que no se encuentran dentro de aquellos susceptibles de transmitirse por el causante de conformidad con lo que dispone el artículo 1097 del Código Civil, tal como se señaló en el fallo de casación que se ha dado por reproducido, la demanda en esta parte no podrá prosperar*”¹⁷.

Sin embargo, a fines del 2016, la Cuarta Sala de la Corte Suprema, por sentencia de unificación de jurisprudencia, redactada por el abogado integrante don Carlos Pizarro Wilson, dio un giro hacia la doctrina antigua que no veía obstáculos para que, fallecida la víctima, sus herederos demandaran la indemnización del daño moral que había padecido su causante, fallando lo siguiente: “*Que, por consiguiente, la correcta interpretación de la materia de derecho es aquella que determina, en la especie, la posibilidad de los herederos de reclamar la indemnización del daño moral padecido por el causante, debiendo entenderse la acción transmisible conforme a los artículos 951 y 1097 del Código Civil, sin que sea óbice lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 16.744*”¹⁸.

Cabe hacer presente dos situaciones. La primera dice relación con el artículo 88 de la Ley 16.744, que señala que los derechos establecidos en dicha ley son personalísimos e irrenunciables. Para la sentencia en comento, sin embargo dicho precepto alude sólo a aquellos de índole social y no alcanzaría a las acciones indemnizatorias previstas en el artículo 69 de la misma Ley, lo que en el fondo desvirtúa aquella tendencia que veía a esta acción como un derecho personalísimo, intransferible e intransmisible en todo aspecto.

Por otra parte, y como segundo punto, resulta interesante un elemento procesal, ya que dicha sentencia se dicta con la antigua ley laboral, que no consideraba a los causahabientes

¹⁵ PÉREZ ISLAS, ALFONSO, “A Favor de la transmisibilidad de la acción de daño moral”, *Derecho y Humanidades* vol. 2, núm. 16, 2010, p. 120.

¹⁶ CORTE SUPREMA. Rol 309-2006, 27 de junio de 2007, “Porman Barahona Lucia y Otros Con Pesquera BioBio S.A”, disponible en www.pjud.cl.

¹⁷ CORTE SUPREMA. Rol 2073- 2009, 29 de septiembre de 2011, “MellaoCalfuan Ricardo y otros con Fisco de Chile”, disponible en www.pjud.cl.

¹⁸ CORTE SUPREMA. Rol 33.990-2016, 27 de diciembre de 2016, “Maria Clarisa Quezada Gallardo con Colmenares Warner Limitada” disponible en www.pjud.cl

como legitimados para demandar el daño moral en sede contractual pues la competencia de los tribunales del trabajo contemplada en el art. 420 letra f) del Código del ramo disponía que serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo: “*Los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, con excepción de la responsabilidad extracontractual a la cual le será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la ley N° 16.744*”. Según esta norma, los jueces laborales sólo podían conocer las causas en las que se haga valer la responsabilidad civil contractual en que el trabajador demandare al empleador, dejando fuera de la jurisdicción laboral las acciones de responsabilidad extracontractual, que necesariamente serían materia de un juicio ordinario ante los tribunales civiles.

Arellano Ortiz¹⁹, analizando la sentencia ya citada, dictada por la Corte Suprema previa a la modificación de la ley 21.018, que distingue la transmisibilidad del daño moral propiamente tal y la acción para reclamarla que, en su considerando quinto señala: “*La noción del daño moral ha avanzado a una comprensión más amplia que el mero padecimiento psicológico o pretium doloris, debiendo entenderse a partir de la fractura al proyecto de vida de la persona en razón del accidente lo que impacta en la esfera de la personalidad de la víctima. Cabe agregar que el daño es personal, cualquiera sea, sólo la víctima lo padece, con independencia de si es patrimonial o extrapatrimonial. Por lo mismo el daño para ser indemnizado debe cumplir con el requisito que sea individual, que afecte a la víctima que demanda su reparación. Pero de eso no se deriva que la acción para reclamarlo sea intransmisible, aunque el daño en sí mismo sí lo sea. Nadie puede padecer por otro o recibir el dolor, la angustia o las dolencias síquicas por no realizar actividades que antes del accidente podía llevar a cabo. En consecuencia, no es relevante que el daño sea individual o personalísimo si se quiere, pues el objeto de la transmisión no es el daño, sino que la acción para reclamarlo. Aunque el daño sea personal, de eso no se deriva el carácter intransmisible de la acción indemnizatoria, pues el contenido de ésta es de índole patrimonial*”.

Los hechos asentados en esta causa acreditan que la víctima directa no falleció en forma instantánea o de manera coetánea al accidente, sino que transcurrió un lapso dado que su muerte sucedió tiempo después del contagio y durante el traslado a la ciudad de Santiago al haberse manifestado la enfermedad mientras se encontraba trabajando para la demandada en el sur de Chile. Debe, en consecuencia, tenerse por un hecho que la víctima sobrevivió al accidente o acto negligente, lo que importa el ingreso de la acción a su patrimonio, y habilitaría a transmitirla a sus herederos.

De esa forma, la sentencia concluye manifestando que la correcta interpretación de la materia de derecho es aquella que determina, en la especie, la posibilidad de los herederos de reclamar la indemnización del daño moral padecido por el causante, debiendo entenderse la acción transmisible conforme a los artículos 951 y 1097 del Código Civil, sin que sea óbice lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 16.744. Sobre esta premisa, el recurso de nulidad planteado por la demandante, fundado en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo debe ser acogido y anulada la sentencia del grado.

Según Arellano: “*Lo que nos queda pendiente es saber si para el caso de una muerte instantánea será posible la transmisibilidad del daño moral. Ahora bien, en este caso aún queda la posibilidad de solicitar el daño moral por el sufrimiento propio del heredero*”²⁰.

En contraposición, el autor Segovia Inostroza²¹ señala que: “*acertadamente se ha*

¹⁹ ARELLANO ORTIZ, PABLO, “Indemnización de perjuicios por accidente del trabajo”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, vol. V, núm. 2, 2017, p. 159.

²⁰ ARELLANO, *op. cit.*, p. 160.

²¹ SEGOVIA INOSTROZA, SERGIO, “La intransmisibilidad de la acción por daño moral. Los fundamentos de la jurisprudencia”, *Estudios Laborales de Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo*, núm. 8, 2013, p. 163.

resuelto que la acción es intransmisible aludiendo al concepto de daño moral, dado el carácter personalísimo que adquiere la acción. Si bien sigue predominando la noción de pretium doloris para aludir al concepto de daño moral, la conclusión sigue siendo correcta, ya que cualquiera sea el concepto que se adopte en este punto, el derecho seguirá siendo personalísimo”. Continúa a favor de la intransmisibilidad: “Con respecto a la finalidad del resarcimiento, hemos demostrado que la Corte Suprema también se encuentra en lo correcto al concluir la intransmisibilidad de la acción. Sobre este punto, sí consideramos necesario recalcar que la solución completamente correcta se encuentra en las sentencias que consideran que la finalidad de la indemnización es compensatoria y no reparatoria”.

Por otra parte, atendido el hecho que nos encontramos analizando el daño moral derivado de accidentes del trabajo, Segovia ha concluido que el artículo 88 de la Ley N°16.744 entrega un respaldo legal en favor de la intransmisibilidad que no se encuentra en el campo del derecho civil propiamente tal. Si bien es cierto, la intransmisibilidad puede fundarse en el concepto del daño moral y en la finalidad del resarcimiento, la norma señalada reafirma la intransmisibilidad en esta materia y entrega un respaldo legal que difícilmente podrá ser rebatido por los defensores de la transmisibilidad de la acción²².

En parte compartimos esta opinión, ya que entendiendo el daño moral como la lesión a un interés extrapatrimonial de la víctima en la forma definida por el profesor Diez Schwerter²³, es decir, aquellos que afectan a la persona y lo que tiene la persona, pero que es insustituible por un valor en moneda desde que no se puede medir con ese elemento de cambio, el daño es de carácter personalísimo y no podría ser transmitidos porque los artículos 951 y 1097 del Código Civil, sin que sea óbice lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 16.744 se refieren a derechos patrimoniales, por lo tanto si el daño moral es intransmisible no podría transmitirse la acción para reclamarla como heredero del causante.

Cuestión distinta es que las víctimas por repercusión quienes podrán accionar por su propio daño en sede civil.

B. LA SITUACIÓN CON LA LEY 21.018

La Ley N° 21.018 confiere competencia a los tribunales laborales para conocer de las contiendas en que los causahabientes del trabajador, buscan hacer efectiva la responsabilidad del empleador, derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales.

La norma en análisis cuenta con un artículo único, cuyo texto es el siguiente: “*Reemplazase la letra f) del artículo 420 del Código del Trabajo, por la siguiente: “f) los juicios iniciados por el propio trabajador o sus causahabientes, en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad contractual del empleador por los daños producidos como consecuencia de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales. Respecto de la responsabilidad extracontractual se seguirán las reglas del artículo 69 de la ley N° 16.744, y”.*

El objetivo de esta norma es producir apertura de la Jurisdicción Laboral a los familiares, herederos o causahabientes del trabajador fallecido por un accidente del trabajo o enfermedad profesional, para que puedan perseguir en sede laboral la reparación de los daños derivados de la responsabilidad contractual del empleador.

Actualmente, la jurisprudencia laboral, ha avanzado no solo a reconocer la competencia

²² SEGOVIA INOSTROZA, *op. cit.*, p. 163.

²³ DIEZ SCHWERTER, JOSÉ, *El daño extracontractual jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, p. 88.

de los juzgados laborales para conocer de estas materias, sino que ha determinado por vía de “*unificación de jurisprudencia*” la viabilidad de demandar en sede laboral, la reparación del daño moral *in iure hereditatis*, acogiendo por tanto la doctrina de la transmisibilidad del daño extra patrimonial. De este modo, la nueva redacción del artículo 420 letra f) del Código del Trabajo, solo vendría a confirmar la jurisprudencia dominante sobre la materia, aclarando por vía legal un aspecto que en los hechos ya se había zanjado a favor de la competencia en sede laboral, entendiéndose como antecedente la jurisprudencia tantas veces citada.

1. Historia de la ley

La historia de la ley que modificó la competencia de los Tribunales laborales dando la posibilidad a los causahabientes demandar en sede laboral buscando hacer efectiva la responsabilidad del empleador, derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales fue una moción de los Senadores María Soledad Alvear Valenzuela, Jorge Pizarro Soto, Juan Pablo Letelier Morel y Ximena Cecilia Rincón González, con fecha 19 de junio, 2012.

Para ello esgrimieron los siguientes argumentos:

“1.- Que la reforma a la justicia procesal del trabajo, ha tenido un indudable éxito en entregar a los trabajadores mejores y más eficientes herramientas para hacer cumplir los derechos individuales, colectivos y principalmente los denominados derechos fundamentales provenientes del mundo laboral, así lo han señalado tanto la doctrina especializada, como los operadores del derecho del trabajo y los mismos trabajadores a quienes ha beneficiado. Ese éxito, desde otra perspectiva, ha develado una serie de falencias hacia el mundo del trabajo que es necesario investigar, observar, identificar y solucionar a cuatro años de vigencia de la reforma laboral, para de esa forma ayudar y contribuir a aprovechar de mejor manera la potencialidad enorme de esta reforma vigorosa para el mundo del Derecho del Trabajo. Todo, con el objetivo de afinar algunos de los detalles que quedan pendientes luego de la puesta en marcha de una reforma de esta envergadura.

2.- Que uno de los grandes beneficios que ha traído aparejada la reforma procesal laboral, es la notable disminución en los tiempos de tramitación de las causas laborales, lo que ha redundado en mejores y más eficientes derechos para los justiciables, sin embargo, este cambio de paradigma para el derecho laboral, no es igualitario para todos los sectores que buscan en la justicia laboral una forma de mitigar las vulneraciones a sus derechos.

3.- Que en nuestra opinión, todavía existe un amplio sector de la población, que ha visto cómo sus derechos de naturaleza laboral, deben ser ejercidos en sedes que naturalmente no tienen la misma vinculación con el derecho del trabajo, como lo son los Juzgados Civiles, para los casos de demandarse los daños producidos a la familia, como resultado de un accidente del trabajo con resultado de muerte. Este sector constituido fundamentalmente por las viudas de los trabajadores, sus hijos y las familias que sobreviven accidentes del trabajo del padre, se ven obligados a acudir a la justicia civil para obtener soluciones a sus demandas, justicia que conocemos es lenta y no permite resarcir los daños con la prontitud y oportunidad que permiten los procesos laborales, produciendo un deterioro de proporciones en el núcleo familiar que, estamos convencidos, es necesario abordar. Que la mujer en ese contexto, es fuertemente discriminada, pues en sede laboral sus problemas tendrán solución estadísticamente en menos de 90 días, en cambio, lo que obtienen de la justicia interpretando las normas laborales, es que las obligan a litigar en sede civil, cuyos tiempos de tramitación exceden por mucho los tiempos de los litigios laborales, llegando a demorar varios años en obtener una sentencia que resarza los perjuicios provocados. Lo descrito genera una serie de dificultades, principalmente relativas al acceso a la justicia y al desincentivo para demandar, pues los costos de mantener un litigio por tantos años son -para esas familias-,

tremendamente alto. Sabemos, pues las estadísticas así lo demuestran, que son los trabajadores (varones) los que con mayor frecuencia tienen accidentes de tipo fatal y que en consecuencia, sus esposas, hijos y especialmente los que están por nacer requieren, exigen y merecen una justicia de calidad y que con celeridad le entregue lo que enderecho le corresponde, beneficios que no entrega la comentada litigación en sede civil. Sin duda alguna la mejor forma, la más efectiva y la que entrega más garantías a las familias sobrevivientes de estas tragedias, para reparar eficaz y prontamente el daño provocado es la reformada justicia laboral.

5.- Que es dable recordar que actualmente, los Tribunales Laborales, tienen competencia legal para conocer los juicios de accidentes del trabajo de trabajadores que sobreviven a estas experiencias, es decir, a la justicia laboral que ya sabemos es rápida y eficaz, pueden recurrir los trabajadores siempre que sobrevivan al accidente del trabajo. Así las cosas, no se divisan buenas razones para excluir a los Tribunales Laborales del conocimiento de las demandas interpuestas por los causahabientes de un trabajador accidentado en una faena, cuando el daño”²⁴.

Al respecto con fecha 24 de Julio de 2013, la Excma. Corte Suprema Informó desfavorablemente el proyecto señalando lo siguiente: “Primero: *Que como primera cuestión, debe advertirse que la redacción del precepto es confusa. En efecto, entre la frase “los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales” y lo agregado por el proyecto “ya sea propia del trabajador o de sus causahabientes (...)” no hay un hilo conductor que permita dar continuidad a la idea y hacerla entendible. Además, respecto a esta última frase no queda claro a qué se refiere, qué es aquello propio del trabajador o de sus causahabientes a lo que apunta. Todo indica que se está haciendo referencia a los daños, pero de la lectura de la oración esta idea no resulta suficientemente clara. Por otro lado, cuando se alude a los causahabientes tampoco se entiende si ellos podrán demandar la responsabilidad del empleador como herederos o a título personal. Por último, se hace presente que se reitera el término “derivada” (derivada de accidentes y derivada de los daños), cuestión que puede corregirse en aras de una mejor técnica legislativa en la redacción de la norma. Segundo: Que, según se indicó, el proyecto de ley en análisis modifica la letra f) del artículo 420 del Código del Trabajo, estableciendo que será competencia de los Juzgados del Trabajo conocer de los juicios en que el trabajador o sus causahabientes –a título personal y no como sucesores del trabajador fallecido– pretendan hacer efectiva la responsabilidad contractual del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales. Actualmente los causahabientes pueden demandar la responsabilidad contractual del empleador en sede laboral si lo hacen como sucesores legales del trabajador fallecido, debiendo demostrar su calidad de herederos. En caso contrario, si lo que buscan es el resarcimiento de su propio daño, deben recurrir a los tribunales civiles y someterse a las reglas del procedimiento ordinario, de acuerdo a lo dispuesto en el literal b) del artículo 69 de la Ley N°16.744 sobre accidentes del trabajo. Tercero: Que resultan plausibles las razones que esgrime la iniciativa legal para otorgar competencia a los Juzgados del Trabajo, atendida la celeridad del procedimiento laboral en oposición al civil en que actualmente se conocen las demandas de responsabilidad extracontractual, lo que se traduce en un resguardo del principio de economía procesal y un menor costo del litigio. Sin embargo, también se debe señalar que con la próxima promulgación del Código Procesal Civil esta situación cambiará, ya que se modificará la concepción del rol y poderes del juez, para cuya materialización se adoptarán los principios de oralidad e inmediatez, a fin que la resolución de la causa sea pronta y eficaz. La Corte Suprema ha informado previamente en sentido desfavorable el proyecto de ley N° 12-2012 que busca modificar la Ley N° 16.744 sobre accidentes del trabajo, fijando la competencia judicial para el caso comprendido en el literal b) de su artículo 69. Con este proyecto se pretende que la víctima del accidente o enfermedad profesional y las personas a quienes esta situación ocasione daño determinen, a su arbitrio, la judicatura ante la cual desean demandar la responsabilidad*

²⁴ Historia de la ley. Ley N° 21.018. Disponible en www.bcn.cl

extracontractual del empleador, si laboral o civil. Al efecto, la Corte en su informe ha concluido que la competencia de los juzgados laborales no puede extenderse al caso en que los herederos demanden la responsabilidad extracontractual. Cuarto: Que, en consecuencia, se estima que la responsabilidad demandada por los herederos a título personal es de carácter extracontractual y debe ser conocida por los tribunales civiles, como lo dispone claramente el artículo 69 de la Ley N° 16.744, ya que la normativa protectora del trabajo tiene carácter especial, inspirada en la relación laboral de las partes y por ende es sólo aplicable al vínculo contractual existente entre el trabajador y empleador, de manera que no puede extenderse el ámbito de su regulación a las acciones que entablen los herederos, que pertenecen a la esfera extracontractual. En efecto, los herederos no están habilitados a demandar su daño moral en sede laboral porque en esta clase de procedimiento juegan normas especiales de prescripción, carga de la prueba y sistema de valoración, entre otras, ideadas sobre la base de conflictos en que es parte el trabajador. En este sentido, el contrato de trabajo se impone como conditio juris para la vigencia y aplicación del deber de seguridad que se atribuye al empleador en la relación laboral, que no se extiende a los causahabientes del trabajador al no tener la calidad de partes del contrato en alusión, los que deben demandar su daño moral de acuerdo a las reglas generales establecidas para un procedimiento civil, conforme lo disponen los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. Quinto: Que, finalmente, al margen de lo precedentemente indicado en cuanto a la materia de fondo, no aparece que resulte favorable a los causahabientes del trabajador el hecho de sustanciar sus pretensiones en el actual procedimiento laboral, atendidas las falencias y dificultades que ha evidenciado especialmente en su sistema recursivo.

Sin embargo se dejó constancia que los Ministros señores Juica, Brito y suplente señor Cerda fueron de opinión de informar favorablemente el proyecto, señalando lo siguiente: “*El Ministro señor Juica tiene presente para ello que no se divisa obstáculo o impedimento en ampliar la competencia de los juzgados de letras del trabajo a la responsabilidad extracontractual si ésta deriva de una relación laboral y porque, además, el proceso oral laboral ofrece más eficacia y legitimidad al juicio que el actual procedimiento civil*”²⁵.

Los argumentos de los mencionados ministros, por su parte, no vieron inconveniente para que se hiciera lo que se pretendía, esto es, entregar competencia absoluta a los juzgados de letras del trabajo para conocer de las materias a que se refiere la iniciativa legal. Se trata, en concepto de estos previnientes, de que los causahabientes puedan accionar ante la judicatura laboral para obtener el resarcimiento de aquellos daños generados por la responsabilidad contractual del empleador, que la tuvo respecto de su causante. Señalan los previnientes que “*Impedir este acceso supone asimilar el contrato del trabajo al contrato meramente civil y pertenece a la teoría del Derecho más asentada que el primero ha generado una legislación foral justamente porque no puede tratárselo en el exclusivo ámbito del contrato civil. El contrato de trabajo, en este entendido, concierne al orden público económico, que trasciende a la persona del trabajador para alcanzar a los suyos; no solamente en cuanto a la pertenencia social que el artículo 1 de la Constitución Política de la República requiere para todo individuo como condición de su crecimiento personal, sino también, en relación a su seguridad económica. Doctrinariamente no puede sostenerse que se configure responsabilidad de naturaleza extracontractual únicamente por el hecho de demandarla quien no formó parte directa de la relación de trabajo, es decir, que como demandan los causahabientes y no el trabajador, se trate de responsabilidad extracontractual. La norma que se pretende modificar justamente supone que no se esté accionando por causa de responsabilidad extracontractual, sino que los causahabientes demandan la responsabilidad contractual que incumbía al empleador en vida del causante, y que sigue siendo contractual por cuanto los actos que generaron daño al trabajador y que se persigue indemnizar se extendieron a su familia o a su entorno con motivo u ocasión del vínculo que lo ligó con su empleador. En este mismo sentido, cuando el artículo 184*

²⁵ Historia de la ley. Ley N° 21.018. Disponible en www.bcn.cl

*del Código del Trabajo obliga al empleador y lo supone responsable por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, está amparando no solamente al trabajador, tanto en su dimensión física como espiritual, sino, al mismo tiempo, la seguridad, en esos respectos, de quienes de él dependen*²⁶.

Cabe hacer presente –sin embargo– que la única vez que se menciona el daño moral en esta discusión es en el informe desfavorable de la Excma. Corte Suprema en el cual señala que: “*En efecto, los herederos no están habilitados a demandar su daño moral en sede laboral porque en esta clase de procedimiento juegan normas especiales de prescripción, carga de la prueba y sistema de valoración, entre otras, ideadas sobre la base de conflictos en que es parte el trabajador*”, pero nunca menciona la transmisibilidad del daño moral o de la acción para reclamarla, así que del análisis y la lectura de las sesiones, ninguna luz nos arroja sobre el tema principal que nos convoca, pareciera incluso que se pretende que los causahabientes demanden su propio daño en sede laboral al leer en la moción y en la discusión lo siguiente: “*Que en nuestra opinión, todavía existe un amplio sector de la población, que ha visto cómo sus derechos de naturaleza laboral, deben ser ejercidos en sedes que naturalmente no tienen la misma vinculación con el derecho del trabajo, como lo son los Juzgados Civiles, para los casos de demandarse los daños producidos a la familia, como resultado de una accidente del trabajo con resultado de muerte*”, lo que evidentemente produce confusión dogmática.

2. Discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre la norma

La discusión doctrinaria ya la hemos expuesto en lo amplio de este trabajo, y según Corral²⁷, el único cambio relevante de la norma es la agregación de la frase “*iniciados por el propio trabajador o sus causahabientes*”. Según Corral: “*El problema es que la relevancia es meramente formal y no altera el sentido de la norma. Con el texto original, quienes podían recurrir a los tribunales del trabajo en caso de responsabilidad civil por accidentes eran el trabajador y, en caso de muerte de este, sus herederos, ya que en ambos casos se hace valer la responsabilidad contractual. Pues bien, el nuevo texto solo explicita algo que ya se encontraba tácitamente incluido en la norma y que nadie ponía en duda: que los tribunales laborales son competentes cuando se ejerce una acción de responsabilidad civil contractual por el trabajador o sus causahabientes*”.

La reforma no modifica la situación de los familiares: si son herederos pueden ir al tribunal del trabajo, pero arriesgando que se siga imponiendo la posición jurisprudencial –correcta a juicio del profesor Corral– de que el daño moral es personalísimo e intransmisible; si desean demandar su propio daño moral como víctimas por repercusión deberán acudir a los jueces de letras con jurisdicción civil.

De este modo, se puede afirmar que la modificación de la ley solo ratificó la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema al rechazar el recurso de unificación ya mencionado en este trabajo²⁸, sin intentar discutir la transmisibilidad o no del daño moral en un accidente que causa la muerte del trabajador.

Señala dicha sentencia que, habiéndose ampliado el concepto de daño moral más allá del *pretium doloris*, debiendo entenderse el daño moral a partir de la fractura al proyecto de vida de la persona, en razón del accidente lo que impacta en la esfera de la personalidad de la víctima.

²⁶ Historia de la ley. Ley N° 21.018. Disponible en www.bcn.cl.

²⁷ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “Accidentes del trabajo y competencia judicial: una reforma gatopardista”, 2017. Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Redes/Detailnoticia.aspx?id=905804>. Visitada el 22 de mayo de 2018.

²⁸ CORTE SUPREMA. Rol 33.990-2016, 27 de diciembre de 2016, “Maria Clarisa Quezada Gallardo con Colmenares Warner Limitada”, disponible en www.pjud.cl.

De ahí indica que, a partir de la autodeterminación de la persona a trazar su propio proyecto de vida merezca reparación la afectación a las diversas facetas de su existencia, lo que permite ampliar la noción del daño moral y recoger como daños específicos la pérdida de agrado, el perjuicio corporal, el daño fisiológico, estético u otros.

Por otra parte estima que la acción, en cuanto cosa, es un bien, al que corresponde calificar como mueble o inmueble, según dispone el artículo 581 del Código Civil. Dado que lo que se busca es la indemnización en dinero cabe reputar la acción indemnizatoria como un mueble, la que constituye un bien que se encuentra en el patrimonio del causante desde que se verifican las condiciones para reclamar la indemnización por el daño moral ocasionado.

No podría justificarse el rechazo a la transmisibilidad en la función del daño moral, pues como cualquier acción indemnizatoria lo que se busca con su ejercicio es el pago de una cantidad de dinero que refleje el daño ocasionado. La acción debiera en si misma calificarse de personalísima para que no pudiera transmitirse. El asunto sobre el cual existe controversia, entonces, radica en qué razones pueden esgrimirse para justificar el carácter personalísimo de la acción indemnizatoria del causante. Si uno atiende a lo dispuesto en el artículo 1097 del Código Civil en relación al artículo 951 de ese cuerpo legal, el heredero representa a la persona del causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Debe, entonces, justificarse para la intransmisibilidad algún criterio que signifique excluir a la acción indemnizatoria específica para reclamar el daño moral del causante de aquellas transmisibles. El Código Civil establece en ciertos casos, excepcionales, dicha intransmisibilidad. Así ocurre con el fideicomiso, el usufructo y el uso o habitación, según lo dispuesto en los artículos 751 inciso 2°, 773 y 819 del Código Civil. Estos derechos importan un desmembramiento o limitación de la propiedad, razón por la cual no se transmiten. El fundamento es económico, dado que se prefiere la propiedad plena, para la cual rige la transmisibilidad.

Y es que, asumiendo que los herederos son los continuadores de la persona del causante, de acuerdo al artículo 1097 y 951 del Código Civil, no existe discontinuidad en quien ejerce la acción ante los tribunales de justicia. Al respecto, aduce, que esta aproximación suele ser compartida cuando se trata de una víctima directa que ha sobrevivido al accidente, o en otros términos, en situaciones en que aquella no murió en forma instantánea, sino que transcurrido un tiempo entre la causa del accidente y la muerte. El asunto se circunscribe a dirimir si la víctima padeció un daño moral que haya originado una acción que permita requerir la indemnización. Se trata de una cuestión de prueba a cargo de quien ejerce la acción, quien deberá acreditar el daño moral del causante y su calidad de heredero. La indemnización de ese daño moral requiere su prueba en la persona del difunto, lo que supone que éste fue titular de la acción para demandar la indemnización.

Así, el fallo indica que los hechos asentados en esta causa acreditan que la víctima directa no falleció en forma instantánea o de manera coetánea al accidente, sino que transcurrió un lapso dado que su muerte sucedió tiempo después del contagio y durante el traslado a la ciudad de Santiago al haberse manifestado la enfermedad mientras se encontraba trabajando para la demandada en el sur de Chile. Debe, en consecuencia, tenerse por un hecho que la víctima sobrevivió al accidente o acto negligente, lo que importa el ingreso de la acción a su patrimonio, y habilitaría a transmitirla a sus herederos.

En la jurisprudencia existe, también otra mirada. Con fecha 3 de julio de 2017, se presentó demanda²⁹, ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago por los daños que sufrieron la cónyuge y su hija menor de edad en su calidad de víctimas indirectas o por rebote derivados del fallecimiento del trabajador Sr. Raúl Quiroz Montoya, fallecido en un accidente del

²⁹ SEGUNDO JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO. RIT O-4137-2017, Salcedo/Antolín Cisternas.

trabajo manipulando un explosivo en su calidad de trabajador de la empresa Antolín Cisternas, subcontratista de Minera Escondida.

Es del caso que, del texto de la demanda, escrito en primera persona por la cónyuge, se puede inferir que lo que reclama es su propio daño refiriéndose muchas veces: “...he perdido a mi cónyuge con quien he estado casada por más de siete años. Mi hija menor de edad ha perdido para siempre a su padre. Ambas hemos perdido el sustento emocional y económico como asimismo el eje de nuestras vidas. He sufrido lo indecible...Este sufrimiento y dolor, que solo se mitigaran con el tiempo, es incommensurable e invaluable...”. Evidentemente se refiere a su propio dolor y sufrimiento.

Como antecedente, esta demandase presentó ante el Tribunal laboral de Santiago el 4 de julio de 2017, con posterioridad a la modificación que introdujo en el Código del Trabajo la ley 21.018, el 9 de junio de 2017. Por cierto, las demandadas Antolín Cisternas y Minera Escondida interpusieron las excepciones de incompetencia del Tribunal entendiendo que se estaba demandando el daño propio de las demandantes y no el daño del trabajador transmitido a su esposa e hija.

Sin perjuicio de aquello el Tribunal de Primera Instancia rechazó las excepciones interpuestas; señalando que en cuanto al daño extrapatrimonial que se reclama, este existe y es extenso, tanto en el trabajador mismo como en la demandante y en su hija señalando: “*Debe descartarse como defensa la intransmisibilidad del daño moral que se alega por las demandadas, ya que el Art. 420 del Código del Trabajo faculta al Tribunal para conocer la demanda, y por ende los daños, del trabajador y sus causahabientes, al tiempo que el Art. 69 de la Ley N° 16.744, establece una acción de indemnización de perjuicios tanto para el trabajador como para “las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño”. Por tanto, la discusión se torna irrelevante porque la ley expresamente ha entregado la facultad de reclamar los daños producidos tanto al trabajador, como a sus herederos, para lo cual los Juzgados de Letras del Trabajo son competentes, a lo luz de lo dispuesto en el Art. 420 letra f del Código del Trabajo, todo lo cual fue objeto de análisis en la audiencia preparatoria cuando fueron rechazadas las excepciones de incompetencia planteadas por las demandadas. Es evidente que la muerte de una persona genera el daño más absoluto y completo, la persona deja de existir para siempre y las creencias religiosas que puedan servir de consuelo a quienes sobreviven no pueden ser tenidas en consideración en una sentencia como forma de mitigación del daño, ya que esas son creencias personales y privadas, de las que el derecho no se hace parte, por lo que para efectos de la presente sentencia, el accidente que tiene su origen en el actuar poco diligente del empleador en el cumplimiento de sus obligaciones laborales, ha producido la más completa y absoluta destrucción del ser del trabajador, quien deja de existir en cualquier plano y dimensión, sin que este se pueda concebir un daño más profundo que la muerte de una persona, siendo el fin de la vida un daño tan incommensurable que no puede ser asimilado a ningún otro y no pudiendo este juez suponer que hay un plano diferente de existencia, no puede sino concluir que morir prematuramente es el máximo perjuicio que se le puede causar a una persona y a sus cercanos, como lo es la cónyuge y la hija”.*

Este caso resulta de gran utilidad para nuestro estudio de la norma y su aplicación, ya que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo el recurso de nulidad interpuesto por las demandada Minera Escondida fundado en la intransmisibilidad del daño moral y en el hecho que se demandaba daño por rebote de las víctimas, anuló la sentencia del 2° Juzgado del Trabajo de Santiago señalando expresamente: “*A pesar del propósito tenido en vista, lo cierto es que la incorporación de la frase “iniciados por el propio trabajador o sus causahabientes” que viene a constituir la esencia de la modificación, no altera el sentido que la norma tenía en sus inicios, pues con anterioridad al año 2017 podían demandar en sede laboral la responsabilidad contractual por accidentes el trabajador y, en caso de su muerte, sus herederos. Luego, con la aludida reforma no existe cambio alguno en la materia, en tanto siempre cabe el conocimiento de los asuntos en sede laboral cuando lo que se enarbola es la responsabilidad contractual, sea que su ejercicio deriva de*

la acción del trabajador o sus causahabientes (herederos). A contrario sensu, si un tercero –distinto al trabajador acciona por el daño propio, como ocurre con las víctimas por repercusión, deberá recurrir a los tribunales civiles conforme al artículo 69 de la Ley 16.744. En consecuencia, ha de estimarse que la acción deducida en estos autos tendiente a hacer efectiva la responsabilidad extracontractual en relación con el trabajador fallecido, pero a título personal, por la cónyuge e hija de aquél, no es de la competencia de los juzgados laborales, de manera que, al no decidirlo así, la sentencia atacada ha incurrido en la causal de nulidad denunciada por la recurrente. Por a mayor abundamiento, aun cuando la actora argumenta en su libelo que la responsabilidad que persiguen deriva del incumplimiento por parte de la empleadora del trabajador fallecido del deber de seguridad que contempla el artículo 184 del Código del Trabajo, tal mención resulta insuficiente para hacer competente al juzgado laboral, ya que ningún nexo de esa índole la unió a la demandada³⁰.

Cabe mencionar que dicha sentencia no está ejecutoriada, ya que en su contra se presentó recurso de unificación de jurisprudencia, en virtud a argumentos que, a juicio del recurrente, le avalaban señalando que la ley 21.018 “se aprobó, extendiendo la competencia de los tribunales laborales al conocimiento de las acciones indemnizatorias por el daño propio que sufren los herederos a raíz del fallecimiento de un trabajador por un accidente del trabajo o enfermedad profesional. No entenderlo de la manera descrita, significaría, por una parte, la promulgación de una ley ineficaz, y por la otra una transgresión al texto de la Ley N°21.018 y voluntad soberana³¹”.

Al respecto, se analizaron las sentencias acompañadas como fundamento, siendo la primera de ella de la Corte de Apelaciones de Valparaíso: “Que, en consecuencia, la cuestión de si esas acciones de los causahabientes han de ser las propias, en tanto víctimas por repercusión, o las que pertenecen al propio trabajador fallecido y que hayan pasado por transmisión a sus herederos, sigue siendo asunto debatido, y desde luego no resuelto por la norma supuestamente infringida. Si antes ese punto se debatía en sede civil, ahora se debatirá en sede laboral. Es más, si lo que se transmitió era la acción del propio fallecido, la cuestión pudo debatirse siempre en sede laboral, lo que prueba que la reforma introducida por la Ley 21.018 se refiere específicamente a las acciones por repercusión, que antes estaban inevitablemente sujetas al procedimiento civil, y es solo ese procedimiento y el tribunal que lo conozca, lo que cambió³²”.

Sin embargo, la segunda sentencia acompañada para fundar este recurso de unificación de jurisprudencia laboral emanó de la Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó³³, que resolviendo un incidente interpuesto en la audiencia preparatoria y revocando la decisión del Tribunal de primera instancia que acogió la incompetencia absoluta del Tribunal y resolviendo con fecha 13 de febrero de 2019, resolvió en lo que nos compete: “Teniendo únicamente presente que conforme a la modificación introducida por la Ley N 21.018, el actual literal f) del artículo 420 del Código del Trabajo otorga competencia expresa a los tribunales de letras del trabajo para conocer de “los juicios iniciados por el propio trabajador o sus causahabientes, en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad contractual del empleador por los daños producidos como consecuencia de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales. Respecto de la responsabilidad extracontractual se seguirán las reglas del artículo 69 de la ley N°16.744 y visto además lo dispuesto en los artículos 453 y 476 del citado Código del Trabajo, SE REVOCA la resolución apelada...”.

Cabe mencionar, sin embargo, que la demanda presentada en estos autos expresamente señala que el demandante no demanda su propio daño moral, sino el que efectivamente padeció su abuelo paterno don Raúl Ortiz Rojas, fallecido en un accidente del trabajo ocurrido en el casino

³⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol 1614-2018, 3 de mayo de 2019, Salcedo/Antolín Cisternas y Cia S.A.

³¹ CORTE SUPREMA. Rol N° 15.675-2019, Salcedo/Antolín Cisternas y Cia.S.A.

³² CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. Rol N° 263-2018, 6 de junio de 2018, Rosende / Codelco Chile.

³³ CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ. Rol 6-2019, Ortiz/Gran Casino de Copiapó.

Antay en la ciudad de Copiapó³⁴. En virtud de lo expuesto, se infiere que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó no estaría sosteniendo la tesis del recurrente, sino justamente lo contrario y en línea con lo expuesto a lo largo de este trabajo, esto es que las víctimas por repercusión o rebote deben demandar en sede civil porque la misma modificación legal así lo señala: “Respecto de la responsabilidad extracontractual se seguirán las reglas del artículo 69 de la ley N° 16.744, y”.

IV. NUESTRA OPINIÓN: PROBLEMAS QUE SUBSISTEN

Como bien sabemos la norma estudiada solo otorgó legitimación activa para demandar en sede laboral, a los causahabientes del trabajador fallecido en un accidente laboral, esto es confiere competencia a los tribunales laborales para conocer de las contiendas en que, los causahabientes del trabajador, buscan hacer efectiva la responsabilidad del empleador, derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, pero no cualquier responsabilidad, sino la responsabilidad contractual redactándose así: “Serán de competencia de los Juzgados de Letras del trabajo... los juicios iniciados por el propio trabajador o sus causahabientes, en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad contractual del empleador por los daños producidos como consecuencia de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales”.

¿Quiénes son los causahabientes? La persona que fallece, cuyo bien se transmite se llama causante y los que suceden se llaman causahabientes. El que sucede a título universal y se denomina heredero, adquiere la herencia que es la universalidad jurídica, representada por el patrimonio transmisible del causante, o por una cuota de él. Opera una verdadera subrogación personal. Entendemos que la norma ha querido referirse como causahabiente al heredero y ya asoma el primer problema ya que es posible que el trabajador haya dejado testamento a personas distintas a sus herederos forzosos y habrá que determinar en ese momento su legitimación, porque bien podría darse que esta coincidencia de titulares no se diera y que los herederos testamentarios no sean sus familiares más cercanos que puedan ser los efectivamente afectados por la pérdida de la vida del causante³⁵.

Al respecto resulta interesante la sentencia del Juzgado de Letras de Paillaco³⁶ y confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia en la cual demanda la heredera, cónyuge del fallecido pero separada de hecho y sin ningún vínculo afectivo con el causante; el Tribunal rechaza la excepción de incompetencia, porque efectivamente la demandante es la heredera, y el juez comparte la tesis asentada en el fallo de la Excma Corte Suprema, tantas veces mencionado en este trabajo³⁷ sin embargo rechaza la demanda en términos que no acreditó el daño moral sufrido por el causante “En efecto, no nos podemos olvidar que el cónyuge demandante, actúa demandando el daño moral de su causante y no el propio, de ahí la necesidad de acreditarlo. Por otra parte, y sin perjuicio de las particularidades respecto a la esfera íntima o personalísima de daño alegado, de igual forma sostenemos, que el daño moral requiere ser acreditado a través de los medios de prueba, directos o indiciarios que é las partes proporcionaron”.

Continúa la sentencia un aspecto al que nos hemos referido: “En ese contexto, lo que resulta paradójico es que dicha cónyuge es legalmente quien puede reclamar dicha indemnización. En efecto, este aspecto irrelevante desde la perspectiva legal, en tanto la calidad de heredera de la demandante ergo, legitimación activa para accionar en nombre del causante, es el caso paradigmático de quienes abogan por la intransmisibilidad de la acción, en tanto a evitar el enriquecimiento sin causa y que se fundamenta en el hecho que los herederos, en cuanto tales,

³⁴ JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE COPIAPÓ. Rol 338-2018, Ortiz/Gran Casino de Copiapó.

³⁵ CORRAL, “Concurrencia de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual...”, *op. cit.*, p. 17.

³⁶ Ver JUZGADO DE LETRAS DE PAILLACO. Rol RIT O-2-2017, Mardones con Áridos y Construcciones Social.

³⁷ CORTE SUPREMA. Rol N° 33.990-2016, 27 de diciembre de 2016, “Maria Clarisa Quezada Gallardo con Colmenares Warner Limitada”, disponible en www.pjud.cl.

recibirán una cantidad de dinero que estaba destinada a permitir a quien padeció el daño extra patrimonial financiar algún bien o actividad que de algún modo atenúe su pérdida. Pudiendo tratarse de que el heredero podría ser la cónyuge del trabajador que no ha sufrido dolor alguno por la pérdida de un marido del que lleva años separada de hecho, o podría tratarse de un extraño o incluso de una persona jurídica nombrada en el testamento del trabajador (al menos en la cuarta de libre disposición), sin excluir al Fisco en el quinto orden de la sucesión intestada”.

Al respecto, Paredes³⁸, comentando la modificación legal que estudiamos ha expuesto que surge un sinnúmero de nuevos escenarios no previstos por el legislador, que resumimos como sigue: (i) ¿quiénes pueden demandar?; (ii) ¿qué pueden demandar?; (iii) ¿dónde pueden demandar?; (iv) ¿cómo deben demandar?; y, (v) ¿Es posible demandar simultáneamente o sucesivamente en sede laboral y civil?

Por otra parte nos encontramos y según se ha expuesto latamente en el acápite anterior alguna jurisprudencia como la de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que entiende que la modificación establecida en la Ley 21.018 habilita a los herederos del causante a reclamar su daño como víctimas por rebote señalando como ya se dijo. “*Es más, si lo que se transmitió era la acción del propio fallecido, la cuestión pudo debatirse siempre en sede laboral, lo que prueba que la reforma introducida por la Ley 21.018 se refiere específicamente a las acciones por repercusión, que antes estaban inevitablemente sujetas al procedimiento civil, y es solo ese procedimiento y el tribunal que lo conozca, lo que cambió*”³⁹.

A nuestro juicio, la intención de la moción parlamentaria efectivamente fue beneficiar a las víctimas indirectas, pero la técnica legislativa utilizada dio lugar a que aquello no quedara plasmado.

Continúa Paredes señalando que: “*No queda claro, ni por la historia de la ley ni por la redacción del texto definitivamente publicado, si la modificación legal sólo se refiere al daño moral o puede abarcar además el lucro cesante y daño emergente. Conocemos demandas presentadas por “causahabientes” (viuda e hijos menores de edad) simultáneamente en sede laboral y civil, en donde se demanda en ambas calidades, por separado, y por daño moral y lucro cesante. Esos casos han terminado por transacción extrajudicial sin haber llegado a una sentencia definitiva*”.

Este es quizá uno de los puntos centrales de la reforma y, paradójicamente no resuelto, y que conviene plantear. ¿Se modifica o mantiene la situación pre reforma, esto es, que los causahabientes solo pueden demandar daño “iure proprio” o “por rebote” (en términos amplios, incluyendo daño moral y lucro cesante) en sede civil y el “daño heredado” o “iure hereditatis” en sede laboral?

Hasta antes de la publicación de la Ley N°21.018 no existía una norma legal que estableciera “órdenes de prelación y/o exclusión” respecto a quiénes estaban legitimados activamente para reclamar indemnizaciones de cualquier naturaleza. Así había sido reconocido jurisprudencialmente. Sin embargo, a partir de la publicación de esta modificación legal se estableció una primera limitación, al permitir reclamaciones indemnizatorias de tipo contractual en sede laboral solamente a los “causahabientes” del trabajador fallecido.

Ahora bien y ¿qué pasó con la transmisibilidad del daño moral? ¿Solucionó la norma el problema principal? Evidentemente, queda más o menos claro que los causahabientes-con las aprensiones expuestas-, están legitimados para comparecer en sede laboral demandando las

³⁸ PAREDES ORTIZ, JORGE, “Accidentes del trabajo fatales y competencia de tribunales laborales: a un año de su publicación”. *El Mercurio Legal digital*, 2018. Visitado 30 nov 2019.

³⁹ CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. Rol 263-2018, 6 de junio de 2018, Rosende / Codelco Chile.

prestaciones que se le debían al trabajador y que este ha dejado en su patrimonio al fallecer por tanto el régimen de responsabilidad que debe considerarse aplicable es el de responsabilidad por incumplimiento de contrato: la responsabilidad contractual.

Pero, tal como dice el profesor Corral, la cuestión es más compleja cuando se trata del daño extrapatrimonial o moral padecido por el trabajador, reiteramos que acá estamos suponiendo que los herederos no actúan *iure proprio*, sino *iure hereditatis*, por el crédito que habría sido incorporado al patrimonio del trabajador que este al fallecer habría transmitido a los herederos conforme a las reglas generales de la sucesión hereditaria⁴⁰.

Domínguez Águila⁴¹, analizando el tema en el Derecho comparado nos señala que hay autores franceses que defienden la transmisibilidad absoluta del daño moral y sea que la víctima haya fallecido de forma inmediata como consecuencia del hecho productor del daño o sea que haya un lapso entre el hecho dañoso y la muerte. Señala que los que así lo sostienen lo fundamentan en el hecho que si así no fuere el autor de un accidente mortal sería tratado mejor que el autor de un accidente que deje lesiones no mortales ya que muerta la víctima el autor quedaría a salvo de toda demanda, doctrina que mantienen autores franceses y que habría separado las cortes civiles de las cortes penales. A lo anterior se agrega el argumento de que la víctima adquiere un derecho de reparación desde que el daño se produce y este daño es un verdadero crédito de indemnización que por su parte forma parte del patrimonio de la víctima como cualquier otro crédito. Continúa señalando que si bien el sufrimiento de la víctima es personal el crédito de reparación que ese daño genera no lo es y se refiere el sufrimiento pasado que ya generó el derecho a indemnización. Existe también en la doctrina francesa otra tesis respecto de la transmisibilidad atenuada situación que se produce si la muerte ha sido instantánea o si ha mediado un tiempo entre el hecho productor y la muerte. También en Italia un sector de la doctrina ha sostenido una tesis parecida en el caso de daño no patrimonial a la persona; señalan que no debe confundírsela lesión a la integridad física del sujeto con el derecho a crédito que surge de tal lesión y que tiene una carácter patrimonial y que por tanto integra el haz hereditario, pero sostienen que en el caso de la muerte instantánea, no habría transmisibilidad desde que, para algunos, aquí no ha habido sufrimiento, puesto que este implica conciencia del hecho y mantención de las facultades sensitivas, lo que no ocurre si la víctima no alcanza a darse cuenta de lo que le ocurre.

V. CONCLUSIONES

Como conclusión final, podemos señalar que el objetivo a demostrar se ha cumplido. La modificación legal introducida en nuestro Código del Trabajo en ningún caso solucionó la transmisibilidad del daño moral, sin perjuicio, que si le dio competencia a los tribunales laborales para que los herederos comparezcan ante ellos demandando el daño moral del causante, no obliga al juez a acceder a la pretensión sin más o con la simple demostración que el demandante es heredero, como se ha demostrado en jurisprudencia reciente, con la excepción del fallo de del Juzgado de Letras de Paillaco confirmado por la Corte de Apelaciones de Valdivia.

Como correctamente señala Aedo⁴², la Ley N° 21.018, tratándose de accidentes de trabajo, “*aunque allana el camino para que las víctimas puedan demandar en calidad de herederas, no resuelve los problemas dogmáticos que conlleva la transmisibilidad que se encuentra íntimamente ligado al concepto de daño moral*”. Continúa: “*Cuando el daño moral es conceptualizado como*

⁴⁰ CORRAL, “Concurrencia de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual”, op. cit., p. 18.

⁴¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, “Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral”, *Revista Chilena del Derecho* vol.31, núm. 3, 2004, pp. 493-514.

⁴² AEDO BARRENA, CRISTIAN, “La transmisibilidad de la acción por daño moral y el problema del concepto. Una distinción para delimitar los regímenes de responsabilidad aplicables”, *Temas actuales de Derecho Patrimonial* (director CÉSPEDES MUÑOZ, CARLOS (director), Thomson Reuters, Santiago, 2019, p. 54.

*afectación psíquica, se hace porque el Derecho debe hacerse cargo de la realidad humana, porque todos los órganos del Estado, incluidos aquellos llamados a ejercer la jurisdicción, se encuentran limitados por aquellos derechos que emanan, precisamente, de la naturaleza humana, cuya dignidad se revela por ser los hombres tales. La dignidad humana se desvela, así, como un dato objetivo común a todos los seres humanos. Y si el Derecho debe atender a esa realidad, es porque es una herramienta diseñada para satisfacer las necesidades humanas*⁴³.

Atendido lo anterior habiendo expuesto todas las tesis que definen el daño moral, me atrevo a expresar que este es intransmisible. La idea de que el art. 2315 CC habilitaría a los herederos para demandar, sólo menciona a quienes son legitimarios de la acción solicitando al tribunal los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que provengan tanto de la lesión, correlativamente, tanto de intereses patrimoniales, como extrapatrimoniales, con independencia del bien sobre el que recaiga la lesión, es decir, el objeto material de la lesión, volviendo nuevamente a la amplia discusión acerca del daño moral.

La Ley N° 21018, al no resolver o al menos aclarar conceptos dogmáticos fundamentales da pie a extender la legitimación a herederos que pueden ser personas absolutamente ajenas al causante e incluso el Fisco.

De los trabajos de Domínguez Águila⁴⁴ y Corral⁴⁵ se puede deducir que, ampliando la idea de que todo daño moral (cualquiera fuese la tesis que se adopte), sea el que se causa por la muerte instantánea o el que se genera al trabajador que luego de la muerte (aunque la muerte no sea causada por las lesiones ocasionadas por el accidente), es un derecho personalísimo e intransmisible. En el plano propio del Derecho del Trabajo se añade la invocación del art. 88 de la Ley N° 16.744 que dispone que los derechos establecidos por esta ley son personalísimos e irrenunciables para el trabajador, la cual reza '*Los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables*', calificación, la primera, que impide su transferencia y transmisión por tanto no puede ser deducida por otro que no sea su titular y en evento que el afectado haya fallecido, la acción por la indemnización de su padecimiento espiritual y aflicción, no se transmite al patrimonio de sus herederos.

Coincido con el profesor Domínguez Águila, en que admitir la transmisibilidad es llevar el principio de la continuación del causante a límites impropios y que solo se explican en una mercantilización exagerada del tema de la responsabilidad civil, sin perjuicio que ley mantiene a salvo el derecho de los herederos y a cualquier persona que el hecho dañe, a reclamar por la vía civil la indemnización por su propio daño alegando la responsabilidad extracontractual.

Respecto a emblemática sentencia del recurso de unificación⁴⁶, de jurisprudencia redactado por el jurista don Carlos Pizarro Wilson, desde la cual se dio lugar a la transmisibilidad del daño moral asumiendo que los herederos son los continuadores de la persona del causante, de acuerdo a los artículos 1097 y 951 del Código Civil, por lo tanto, no existiría discontinuidad en quien ejerce la acción ante los tribunales de justicia. Al respecto, aduce que esta aproximación suele ser compartida cuando se trata de una víctima directa que ha sobrevivido al accidente, o en otros términos, en situaciones en que aquella no murió en forma instantánea, sino que transcurrido un tiempo entre la causa del accidente y la muerte. El asunto se circunscribe a dirimir si la víctima padeció un daño moral que haya originado una acción que permita requerir la indemnización. Se trata de una cuestión de prueba a cargo de quien ejerce la acción, quien deberá acreditar el daño moral del causante y su calidad de heredero. La indemnización de ese daño moral requiere su

⁴³ AEDO, "La transmisibilidad...", op. cit., p. 55.

⁴⁴ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "Sobre la transmisibilidad...", op. cit., p. 513.

⁴⁵ CORRAL, "Concurrencia de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual", op. cit., p. 19.

⁴⁶ CORTE SUPREMA. Rol N° 33.990-2016, 27 de diciembre de 2016, "María Clarisa Quezada Gallardo con Colmenares Warner Limitada", disponible en www.pjud.cl.

prueba en la persona del difunto, lo que supone que éste fue titular de la acción para demandar la indemnización.

Sin perjuicio de lo expuesto en aquella sentencia y continuando con la tesis del profesor Domínguez Águila, podemos resumir:

- 1° La indemnización por daño moral está estrechamente ligada a ciertos bienes intangibles de la persona, por lo que debe considerarse un derecho personalísimo y, en consecuencia, no transferible, ni transmisible;
- 2° La finalidad de la indemnización por daño moral no es volver a la cosas al estado anterior del ilícito, lo que no es posible; su función es paliar las consecuencias del daño moral con una cantidad de dinero que la víctima pueda utilizar para realizar actividades agradables que la ayuden a sobrellevar su pesar; si los herederos son quienes la perciben esta función se desvirtúa;
- 3° El artículo 2315 del Código Civil se aplica sólo al daño patrimonial, por su texto y por cuanto a la época de redacción del Código no se concebía que se indemnizara el daño moral, institución que sería creada por la jurisprudencia de comienzos del siglo XX;
- 4° La tesis de la transmisibilidad puede dar origen a situaciones absurdas o indeseables, como por ejemplo que el Fisco sea quien perciba la indemnización (como heredero abintestato), que lo sea un heredero testamentario que no tiene relación conyugal o familiar con la víctima o que los familiares que son herederos puedan recibir una doble indemnización: como sucesores del ofendido y como titulares de un daño propio por repercusión, como víctimas indirectas.

Justamente y en virtud de esta discusión que no ha terminado, podemos inferir que la modificación normativa pretendía establecer una sola jurisdicción para conocer los juicios de responsabilidad por accidentes del trabajo, sea que se ejerza la responsabilidad contractual por parte del trabajador o la extracontractual por sus familiares como víctimas por repercusión. Desgraciadamente la modificación estudiada no menciona a las víctimas indirectas, lo que ha dado pie a una confusión jurisprudencial, de acuerdo a los últimos fallos conocidos y expuestos en este trabajo.

LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL ANTICIPADA. BASES PARA UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN EN EL DERECHO CHILENO

THE ANTICIPATED CONTRACTUAL RESOLUTION. FOUNDATION FOR A PROPOSED SOLUTION IN CHILEAN LAW

PATRICIA MORA MOSCOSO*
RODRIGO FUENTES GUÍÑEZ**

“En una palabra, se está ante una situación problemática cuando no se puede estar más en ella y urge encontrar una solución”.
(Marías, Julián)

RESUMEN: El trabajo analiza el problema de la resolución contractual anticipada, a la luz de la doctrina y Derecho nacional. Si bien el Código Civil no consagra una regla precisa que permita aceptarla, se propone una solución a partir de la buena fe contractual, en su función integradora de obligaciones de lealtad y comunicación entre las partes.

ABSTRACT: *The work analyzes the problem of anticipated contractual resolution, in light of national doctrine and law. Even if the Civil Code doesn't consecrate a precise rule that allows accepting it, a solution is proposed based on good contractual faith, in its integrating function of obligations of loyalty and communication between the parties.*

PALABRAS CLAVE: Incumplimiento contractual - resolución contractual anticipada - buena fe.

KEY WORDS: *Breach of contract - anticipated contractual resolution - good faith.*

* Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y candidata a Magíster en Derecho privado por la misma casa de estudios. Dirección postal: Lincoyán 255, Concepción, Chile. Dirección electrónica: patriciamoraabogado@gmail.com

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Dirección postal: Lincoyán 255, Concepción, Chile. Dirección electrónica: rfuentes@ucsc.cl

I. INTRODUCCIÓN

En enero del año 2001, una empresa de cementerios privados compró un horno crematorio a una compañía dedicada a la fabricación de equipos industriales. Como la vendedora debía construirlo, pues no lo tenía en existencia, el plazo de entrega se fijó para el 16 de julio de 2001. El contrato no contenía ninguna cláusula resolutoria.

Faltando un mes para el vencimiento del plazo de entrega, un asesor técnico del acreedor constata que aún no se iniciaba la fabricación del horno; situación preocupante y grave, pues el proceso de producción del bien requiere un tiempo ostensiblemente mayor. Lo anterior constituía una razón fundada para estimar que el vendedor no cumpliría en el plazo acordado, quien por lo demás no daba ninguna garantía que disipara el temor de su contraparte. Conviene precisar que un cumplimiento posterior, no le serviría a la compradora, pues ya había efectuado ventas en verde de los servicios de cremación, comprometiéndose con los clientes a comenzar a operar en la fecha convenida.

En el ejemplo planteado, nos encontramos frente a un caso en que un cumplimiento tardío no es de utilidad para el acreedor y, por el contrario, le acarrearían un sinnúmero de perjuicios. En estas condiciones y existiendo antecedentes serios, que permiten vislumbrar con certeza o gran probabilidad que el deudor no ejecutará la prestación, a menos que de seguridades comprobadas de que sí podrá cumplir (por ejemplo, acreditando la compra del bien vendido a uno de sus proveedores), la mejor solución para el comprador es desligarse del contrato y acudir rápidamente al mercado para intentar conseguir un negocio de cobertura que reemplace el contrato cuyo incumplimiento resulta inminente.

Entonces, desde una perspectiva jurídica es válido preguntarnos: ¿Qué opciones da el ordenamiento jurídico al acreedor en situaciones como la descrita, desde el momento que sentarse a esperar el incumplimiento “anunciado” es la más insatisfactoria de las respuestas?

En una primera instancia, podríamos pensar en acudir al art. 1496 del Código civil chileno¹ (en adelante CCCh), que permite la exigibilidad anticipada, y considerar la obligación como de plazo vencido, en los casos contemplados en el mismo. Sin embargo, esta norma no resultaría aplicable, porque la empresa deudora no se encuentra en ninguna de las hipótesis que ella describe, esto es, no ha caído en un procedimiento concursal de liquidación ni de reorganización, tampoco se han extinguido las cauciones, ni se encuentra en notoria insolvencia².

Es verdad que en Francia, en base a una norma similar a nuestra 1496, como es el antiguo 1888 del *Code*, se planteó si se trataba de la punta de lanza de la resolución anticipada moderna, que pudiera servir de soporte a su generalización. Sin embargo, tal idea tiende a rechazarse, atendido que permitiría la resolución anticipada ante el mero peligro de incumplimiento y no la certeza de la ocurrencia del mismo, relajo en el requisito que acarrearía nefastas consecuencias³.

Yendo a la normativa de la compraventa, podríamos pensar en el art. 1826 inciso cuarto CCCh⁴, que otorga al vendedor el derecho de suspender el cumplimiento de su propia obligación

¹ El artículo 1496 del CCCh dispone: “El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: 1° Al deudor que tenga dicha calidad en un procedimiento concursal de liquidación, o se encuentre en notoria insolvencia y no tenga la calidad de deudor en un procedimiento concursal de reorganización; 2° Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones”.

² Además, las excepciones del art. 1496 del CCCh, se han entendido completamente excepcionales y, por lo mismo, de calificación muy estricta.

³ GENICON, THOMAS, *La résolution du contrat pour inexécution*, L.G.D.J., Paris, 2007, pp. 232 y 233

⁴ El artículo 1826, inciso 4°, del Código civil dispone “Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago”.

de entregar la cosa, cuando la fortuna del comprador haya mermado considerablemente después de la celebración del contrato, mientras el comprador no le dé seguridades del pago del precio, aunque dicha obligación no sea todavía exigible. No cabe duda que estamos ante una disposición que se inspira en el principio de prevenir las consecuencias de incumplimientos futuros; pero que se avizoran ya como una seria posibilidad. Sin embargo, pensamos que por sí sola tampoco permite solucionar el problema, porque su supuesto de aplicación está restringido a una situación de insolvencia, ampara sólo al vendedor y no al comprador⁵; pero sobre todo, porque mantiene a las partes atadas al contrato, sin poder desligarse y buscar la solución con otro proveedor.

Finalmente, tampoco resulta de gran utilidad para el problema planteado la facultad concedida al comprador en el artículo 1872 inciso 2° del CCCh⁶, consistente en retener el pago del precio, en el caso que un tercero reclamara la propiedad del horno que está en proceso de construcción. Aun cuando estuviéramos en un caso en que se cumplieran los supuestos de la norma y pudiéramos aplicarla (que en el ejemplo plantado no ocurre), tampoco nos serviría, porque a lo más conseguiría no empeorar la situación, pero no constituye una solución definitiva al problema.

Situaciones como el caso que hemos planteado no son en absoluto infrecuentes. En la práctica profesional es común que clientes planteen su problema ante contratos celebrados, donde, por diversas circunstancias, han llegado a la convicción, fundada en antecedentes serios, de que su contraparte no cumplirá sus obligaciones programadas para un tiempo futuro. Y si bien al afectado le sería de gran utilidad deshacer el contrato de común acuerdo, el otro contratante se niega a tal solución alegando que si cumplirá; pero se trata de una afirmación basada más en una esperanza que en realidades. O simplemente, no dice nada amparado en la seguridad que todavía ningún incumplimiento puede imputársele.

De todo lo señalado, podemos concluir que, en casos como el planteado, la resolución contractual anticipada es el remedio que mejor satisface el interés del acreedor, presentándose como una solución justa y, sobre todo, eficiente, desde el momento que permite al acreedor poner término a la relación contractual, liberarse de su propia obligación y seguir adelante sin quedar ligado a un contrato del que ya no obtendrá el beneficio esperado. Sin embargo, en el Derecho nacional la regla general en materia de obligaciones que contienen un tiempo para su cumplimiento es que, antes de la llegada del plazo, el deudor no está obligado a cumplir, pues si bien la obligación ha nacido, aún no es exigible. En consecuencia, la primera respuesta es decir que el acreedor no puede anticiparse y debe esperar hasta el vencimiento del término estipulado para solicitar la resolución por incumplimiento⁷.

Frente a este escenario, nos volvemos a preguntar, ¿qué respuesta diferente a esperar el vencimiento del plazo para solicitar la resolución, podemos dar al acreedor, cuando existen serias razones para estimar que su deudor no cumplirá su obligación? ¿podría el acreedor, en determinadas circunstancias, optar por la resolución antes de la llegada del plazo fijado contractualmente para su

⁵ La doctrina no es unánime en su aplicación sólo al vendedor, la profesora LEAL, es partidaria de una ampliación de la hipótesis contemplada en el inciso cuarto del art. 1826 CCCh, al comprador, en los siguientes términos: “Si bien se trata de una excepción que según algunos autores no puede extenderse más allá de lo establecido por el legislador a otros casos y a otros contratos, opinamos que, ya que el contrato de compraventa es un contrato y sinalagmático perfecto, los derechos de una de las partes pueden ser atribuidos a la otra; de lo contrario, pierde la característica de sinalagma, por ende, este derecho del que hasta ahora es sólo titular el vendedor, podría ser un derecho también del comprador en vista de la característica sinalagmática del contrato de compraventa. Todo lo anterior en atención al fundamento ético que informa a esta institución, ya que, como hemos dicho, no es justo que una de las partes se allane a cumplir el contrato cuando existan fundados motivos para presumir que puede perder la prestación por un hecho o falta del deudor. Ver LEAL BARROS, PATRICIA, “La excepción de incumplimiento previsible en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Un estudio comparado con la legislación chilena”, en: MORALES, MARÍA ELISA y MENDOZA, PAMELA (coords.), *Estudios de Derecho Privado II Jornadas nacionales de profesoras de Derecho Privado*, Ed. DER, Santiago, 2020, pp. 457-472.

⁶ El artículo 1872, inciso 2° CCCh dispone: “Con todo, si el comprador fuere turbado en la posesión de la cosa o probare que existe contra ella una acción real de que el vendedor no le haya dado noticia antes de perfeccionarse el contrato, podrá depositar el precio con autoridad de la justicia, y durará el depósito hasta que el vendedor haga cesar la turbación o afiance los resultados del juicio”.

⁷ Por todos, PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp.406 y ss.

cumplimiento?, ¿no sería una decisión racional dar al acreedor la posibilidad de evitar los perjuicios de un incumplimiento inminente?

En el Derecho privado comparado y uniforme, existe una modalidad especial de resolución, denominada resolución por incumplimiento previsible, o resolución por incumplimiento anticipado, que permite al acreedor dar por resuelto un contrato antes de la llegada del plazo, en dos supuestos: cuando no haya dudas que el deudor no ejecutará la prestación en el tiempo debido o, bien, que su inejecución aparezca como muy probable. Se le concibe sí, como una medida de carácter excepcional, ante un justo y fundado temor por parte del acreedor de ver incumplida la prestación.

En general, nuestro sistema legal, no contempla tal modalidad de resolución, y la única excepción es el contrato de compraventa internacional de mercaderías⁸. Esto significa que tanto en las compraventas internas, como en todos los demás contratos, no existe una respuesta del todo satisfactoria para el acreedor, que se enfrenta ante la posibilidad cierta de ser víctima de un incumplimiento previsible.

En los últimos años, ha existido en nuestro medio una importante evolución de la doctrina y jurisprudencia sobre el modo de entender el incumplimiento y los diversos medios de tutela de que dispone el acreedor⁹. Sin embargo, esta evolución no ha sido homogénea y remedios como la resolución anticipatoria han tenido un menor desarrollo, pese a la atención y preocupación de algunos autores.

Por lo anterior, y a la espera de una reforma legal –de incierta llegada–, nos planteamos proponer una construcción asentada en los textos y en los principios jurisprudenciales vigentes, que posibiliten al acreedor, de cualquier contrato interno, obtener en su beneficio los efectos prácticos propios de una resolución por incumplimiento previsible, para aquellos casos o situaciones en que el Derecho uniforme y comparado ha estimado procedente concederle tal medio de tutela anticipatoria.

Para cumplir esta finalidad, el presente trabajo se articula en tres partes, a saber: la primera, destinada a plantear el problema y acotar los tipos de contratos en que la resolución anticipada cobra importancia práctica; la segunda, dar una breve síntesis de cómo se aborda esta materia en el Derecho comparado; finalmente, se efectuarán propuestas encaminadas a admitir un efecto muy similar a la resolución anticipada, para los casos no solucionados.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Descripción

Los estudios de Derecho comparado sobre la forma de ejercicio de la resolución suelen contraponer dos modelos: el de resolución mediante sentencia judicial y el modelo de resolución mediante declaración de voluntad del acreedor¹⁰.

⁸ El 3 de octubre de 1990 la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, fue promulgada en Chile como ley de la República por el Decreto No. 544 y constituye desde entonces ley especial para los contratos internacionales de compraventa de mercaderías. El art. 72 de la citada Convención, en su numeral 1), contempla expresamente este tipo de resolución anticipada. “... Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto”.

⁹ Para una visión de esta evolución, puede consultarse FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO y MORA MOSCOSO, PATRICIA, “Evolución de la doctrina y jurisprudencia chilena en materia de incumplimiento contractual y medios de tutela del acreedor”, En Estudios de Derecho privado. En memoria del profesor Nelson Vera Moraga, Carlos Céspedes Director, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2019, pp. 261-309.

¹⁰ SAN MIGUEL PRADERAS, LIS PAULA, “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?”, en *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LXIV-IV, Octubre 2011, p.1715, en especial nota n° 107.

A pesar de que desde hace tiempo la idea de exigir sentencia judicial en la resolución contractual viene en retirada, y que el artículo 1489 del CCCh –a diferencia del hoy derogado artículo 1184 del CC francés–, no estableció expresamente su necesidad, nuestra doctrina y jurisprudencia casi unánime entienden que en Chile el sistema es judicial¹¹. Sin embargo, no debemos dejar de recordar que, entre nosotros, tradicionalmente existió una opinión disidente¹², a la que en los últimos años se han unido nuevas voces. Se aboga actualmente por la necesidad de otorgar al acreedor insatisfecho remedios adecuados, pero sobre todo oportunos, para satisfacer sus intereses¹³ y, en este contexto, se ha propuesto admitir la resolución extrajudicial del contrato, aunque el contrato no contemple cláusula resolutoria expresa¹⁴.

En el contexto latinoamericano, destacan las palabras de MÉLICH-ORSINI, quien en su monografía de 1982, dedicada a la resolución contractual, señalaba a propósito de la ruptura unilateral del contrato:

“(…) [E]s innegable que los tribunales han tenido que admitir, en muchos casos, la ruptura unilateral del contrato por obra de la parte inocente que se ha creído autorizada para actuar como si el contrato hubiera quedado resuelto de pleno derecho por el incumplimiento imputado a su contraparte, y a pesar de no poder invocar a su favor ni una cláusula resolutoria expresa, ni una disposición de la ley que la absolviera de la necesidad de acudir al juez”¹⁵.

Por nuestra parte, coincidimos con la necesidad de una resolución extrajudicial, como el hecho que tal mecanismo cobra gran utilidad práctica cuando se requiere una resolución anticipada del contrato. Como lo ha hecho presente la doctrina comparada, obligar al contratante diligente a mantenerse ligado al contrato hasta la fecha en que su contraparte debía cumplir, sin poder desligarse previamente y acudir al mercado a celebrar un negocio de cobertura, le causará importantes perjuicios, que una resolución anticipada y extrajudicial podrían evitar en gran medida.

En consecuencia, la posibilidad de admitir la resolución por incumplimiento previsible, y que idealmente pueda ejercerse de manera extrajudicial, es una discusión pertinente, necesaria y plenamente vigente en Chile. Sin embargo, como hemos señalado, lo que nos interesa abordar en este estudio es el análisis de la resolución anticipada en el Derecho chileno. Obviamente, no desconocemos que su modalidad extrajudicial sería de gran utilidad para el acreedor, pero no es el problema que pretendemos dilucidar.

¹¹ En este sentido señala Elorriaga: “(…) aún cuando el Código no lo dice expresamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han concluido de manera casi uniforme que la resolución del contrato debe ser declarada por sentencia judicial firme o ejecutoriada, y mientras ello no suceda, el contrato sigue vigente y produciendo todos sus derechos y obligaciones. La conclusión se impone nuevamente a partir del tenor literal del artículo 1489, según el cual el acreedor, en caso de incumplimiento podrá “pedir” o la resolución o el cumplimiento forzado; si puede pedirlos es porque el contrato no está resuelto. De modo que en tanto no se estipule expresamente, no existe ni la resolución de pleno derecho, ni la posibilidad de que el acreedor declare resuelto el contrato unilateralmente mediante una comunicación dirigida al deudor”. ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN, “Las dificultades de los remedios por incumplimiento contractual en la experiencia chilena”, en *Nuevos horizontes del Derecho Privado*, MONDACA MIRANDA, ALEXIS y AEDO BARRENA, CRISTIAN (coords.), Librotecnia, Santiago, 2013, p.406, en especial nota n° 30.

¹² ALESSANDRI, ARTURO, *Teoría de las obligaciones*, (versiones de clases de Ramón Latorre), Editorial Zamorano y Caperran, Santiago, 1934, pp. 161 y 162, señala que RUPERTO BAHAMONDES defendió en la cátedra y en los tribunales la opinión que la resolución contemplada en el artículo 1489 del CCCh se produce cuando el contratante diligente decide solicitar la resolución del contrato. Indicaba que al actuar el acreedor de esta forma, él ya ha declarado su voluntad que el contrato se extinga y al Juez únicamente le corresponde dejar constancia que la condición resolutoria operó.

¹³ PIZARRO WILSON, CARLOS, “Hacia un sistema de remedios por incumplimiento contractual”, en *Estudios de Derecho Civil III*, Guzmán Brito, Alejandro (ed.), Legal Publishing, Santiago, 2008., p. 395 y ss.; BARROS BOURIE, Enrique, *Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales*, en *Estudios de Derecho Civil III*, Guzmán Brito, Alejandro (ed.), Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 403 y ss.

¹⁴ En este sentido PIZARRO WILSON, CARLOS, “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, en *Ius et Praxis*, v.13, n.1, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2007, pp. 11-28; OLIVA LEAL, NICOLÁS, “Notas para la admisión de la resolución extrajudicial por declaración unilateral y recepticia en el Código Civil chileno”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, n.34, 2018, pp. 65-98.

¹⁵ MÉLICH-ORSINI, JOSÉ, *La resolución del contrato por incumplimiento*, 2ª edición, Ed. Temis, Bogota-Caracas, 1982, pp. 257-258.

Es también importante acotar que, en la realidad jurídica y práctica el problema no tiene la generalidad y masividad que en un primer momento pudiera pensarse. Fuera de la compraventa internacional de mercadería, donde se contempla expresamente la resolución extrajudicial unilateral anticipada en la Convención de Viena y algunos contratos específicos regulados en nuestro Código civil, que contemplan la facultad de terminación unilateral, como son el contrato mandato (art. 2163 n. 3 y 4 del CCCh), el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales (art. 2009 del CCCh) e incluso, a lo menos en teoría, el contrato de sociedad (art. 2108 inciso primero del CCCh), la verdad es que en la contratación administrativa y en la gran contratación privada, la resolución anticipada no se presenta como una necesidad apremiante, según se explicará en el apartado siguiente.

2. Tipos de contratos en que se puede presentar el problema

En la contratación administrativa, el art. 13 de la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en lo pertinente, dispone:

“Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas: [...] b) El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante [...] d) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional. e) Las demás que se establezcan en las respectivas bases de la licitación o en el contrato. Dichas bases podrán establecer mecanismos de compensación y de indemnización a los contratantes. Las resoluciones o decretos que dispongan tales medidas deberán ser fundadas”... Las resoluciones o decretos que dispongan tales medidas deberán ser fundadas”.

Esta disposición regula, la resolución unilateral extrajudicial en la contratación administrativa, en cualquier momento del contrato, fundada en el incumplimiento contractual del concesionario. Se trata de una facultad unilateral conferida a la Administración en virtud de normas expresas del Derecho público¹⁶, que se ejerce mediante un acto administrativo, que obviamente debe ser fundado y basarse en un incumplimiento de entidad suficiente¹⁷. En consecuencia, aunque la Administración se encuentre dotada de esta prerrogativa, debe ejercerla cuando existan motivos graves que justifiquen la resolución¹⁸.

¹⁶ A modo ejemplar, esta es una cláusula tipo, en que se regula la resolución anticipada de un contrato de obra, celebrado entre la Administración y un particular. “11. TÉRMINO ANTICIPADO DEL CONTRATO. La Unidad Técnica podrá poner término unilateral y administrativamente el contrato, en forma anticipada, sin forma de juicio e ipso facto, mediante acto administrativo fundado, en los siguientes casos, que se enuncian a vía enunciativa y ejemplar, sin ser taxativas, y sin perjuicio de las multas e indemnizaciones y demás acciones que procedan. 11.1 Causales de Terminación Anticipada del Contrato: a) Si el Contratista es declarado en quiebra, solicita su quiebra o inicia proposiciones de convenio con sus acreedores; b) Si hay orden de ejecución y embargo de todo o parte de sus bienes; c) Si ha llegado a un arreglo de traspaso de todo o parte de sus bienes en favor de sus acreedores; d) Si ha acordado llevar el Contrato a un comité de inspección de sus acreedores; e) Si el Contratista es una sociedad y va a su liquidación; f) Si al Contratista le fueron protestados documentos comerciales que mantuviere impagos durante 60 días o no fueron debidamente aclarados dentro de dicho plazo; g) Si el Contratista fuere condenado por algún delito que merezca pena afflictiva, o algún socio de una empresa constituida en forma distinta a una sociedad anónima, o si lo fuere, el gerente o alguno de los directores de dicha sociedad anónima; h) Si el Contratista ha hecho abandono de las obras o ha disminuido el ritmo de trabajo a un extremo que, a juicio de la Unidad Técnica, equivalga a un abandono de las mismas; i) Si no ha comenzado las obras dentro de los 15 días corridos siguientes a la entrega del terreno o las ha suspendido por 15 días o más, habiendo requerimiento por escrito de la Unidad Técnica en orden de iniciarla o continuarla sin que el Contratista haya justificado su actitud; j) Si no ha efectuado, dentro de 15 días después de haber sido notificado por escrito por la Unidad Técnica, la remoción y reemplazo de materiales, equipos o personal que hayan sido rechazados; k) Si a juicio de la Unidad Técnica no está ejecutando las obras de acuerdo al Contrato o, en forma reiterada o flagrante, no cumple con las obligaciones estipuladas; l) Si por errores del Contratista las obras que quedaren con defectos graves no pudieren ser reparadas y dichos defectos comprometieren, a juicio de la Unidad Técnica, la seguridad de las obras u obligasen a modificaciones sustanciales del proyecto; m) En caso de muerte del Contratista o socio que implique término de giro de la empresa constructora; n) El incumplimiento del pago de los sueldos, salarios y leyes sociales o el pago de proveedores, a menos que se subsane dicha situación dentro de quinta día desde que le fuera advertido formalmente por la Unidad Técnica; o) Todo otro incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratista; p) Cuando la Unidad Técnica de común acuerdo con el contratista, acuerdan terminar anticipadamente el contrato. En cualquiera de los casos señalados en la presente cláusula, excepto el indicado en la letra p), la Unidad Técnica podrá solicitar la Mandante hacer efectiva la Boleta de garantía que corresponda, sin perjuicio de las multas e indemnizaciones por perjuicios que fueren precedentes”.

¹⁷ Por todos, ver MORAGA KLENNER, CLAUDIO, *Contratación administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, pp. 244 a 246 y 273 a 276.

¹⁸ Como acertadamente señala CARVAJAL, a propósito de la terminación anticipada del contrato de concesión municipal: “(...) Desde

No se trata de una hipótesis de resolución por incumplimiento previsible, por cuanto la disposición del art. 13 de la Ley 19.886 es prístina al exigir que el incumplimiento se haya verificado. Sin embargo, el problema práctico que está llamado a solucionar la resolución anticipada no se presenta en esta clase de contratos, debido a que, como se indicó, la administración dota a sus convenios de especiales cláusulas resolutorias unilaterales, que son de uso extendido en los contratos de construcción de obras públicas. De la lectura de tales causales, se aprecia que, además de tratarse de situaciones de cierta entidad o gravedad, incorporan implícitamente supuestos que darían lugar a una resolución anticipada en el Derecho comparado, por ser patente que el contratista no podrá cumplir con su prestación. Pensemos por ejemplo en la causal de terminación “muerte del contratista o socio que implique término de giro de la empresa constructora”. De concurrir ella, existirá una certeza casi absoluta de que el contratista ya no podrá cumplir en el futuro con el contrato.

A lo anterior se suma un dato importante. Nos referimos a la práctica asentada en la contratación administrativa de proceder a fragmentar la obligación impuesta al privado. Lo usual es que el mandante (entidad pública) transforme la que pudiera ser una obligación instantánea del empresario aunque postergada en el tiempo en una obligación de tracto sucesivo, o mejor aún, la divide en diferentes obligaciones menores, todo dependiendo de cómo se redacte el contrato¹⁹. Así por ejemplo, la obligación de construir un hospital, que es el fin práctico del contrato, no se diseña en el contrato como una obligación única y final para ser instantánea y postergada (se entregará y pagará el hospital funcionando en dos años más), sino que se fracciona en un sinnúmero de obligaciones menores y la obligación correlativa también se va fraccionando mediante estados de pago por avance. Junto a ello, se establece póliza de garantía por la ejecución de obra y los adelantos de dinero. Todo lo anterior, permite un control permanente de la ejecución del contrato y la posibilidad de poner término por incumplimiento presente ante cualquier atraso que permita avizorar que la obligación total no estará cumplida dentro del plazo proyectado.

De esta forma, se evita tener que esperar un incumplimiento total o de gran entidad al finalizar el plazo del contrato, y gracias tanto a las causales de terminación que incorpora como al fraccionamiento de la obligación principal, se pueden poner remedios en las etapas donde el contratante comienza a manifestar una desviación del programa prestacional acordado. Luego, esta modalidad de contratación, impide en los hechos, que el deudor pueda desplegar un comportamiento contrario a los fines prácticos del contrato, cuyos perniciosos efectos se produzcan al finalizar el plazo de ejecución del mismo.

La misma solución práctica precedentemente descrita, ha sido adoptada por la que denominaremos la gran contratación privada, al adoptar en sus contratos similares reglas, y logrando en los hechos los mismos efectos económicos que la resolución anticipada. Evidentemente, acá a diferencia de la contratación administrativa, no existe posibilidad de resolver extrajudicialmente, sin cláusula expresa²⁰.

el punto de vista del derecho público, para la terminación anticipada y unilateral de una concesión municipal no basta con sólo indicar o invocar la causal legal que se estime pertinente, ni la norma legal o contractual de la cual emane la obligación hipotéticamente incumplida. Se debe señalar la gravedad. Pues, de otra forma, el órgano administrativo atendería sólo formalmente al deber de propender al bien común, atropellándose sustancialmente los derechos y garantías del concesionario, lo cual pugna con los artículos 1 inciso cuarto, 7 y 19 N° 21 y N° 24 de la Constitución Política. Desde el punto de vista del derecho privado, la resolución del contrato tiene lugar respecto de obligaciones cuyo incumplimiento rompe el ‘equilibrio’ o ‘equidad’ contractual; al incidir de manera importante en los “fines prácticos” queridos por las partes. Por contraste, la resolución del contrato no puede tener lugar respecto de incumplimientos de poca relevancia, referidos a “minucias”, como es el caso de obligaciones ‘secundarias’ o ‘accesorias’. La terminación unilateral anticipada no puede ser un mecanismo ‘para deshacerse de contratos molestos o meramente inconvenientes’. CARVAJAL, PATRICIO-IGNACIO, “‘Plus est in re quam in existimatione’: La terminación anticipada del contrato de concesión municipal por declaración administrativa unilateral. Aspectos de Derecho Privado y de Derecho Público”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.46, pp. 105-131.

¹⁹ En este sentido, ver PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 347.

²⁰ Se ha propuesto en esta esfera, la incorporación de cláusulas resolutorias que permitan al acreedor declarar resuelto el contrato por medio de una manifestación de voluntad recepticia en tal sentido, una vez constatado el incumplimiento del deudor. Ver KUNKAR ONETO, ANDRÉS, “Cláusulas convencionales de resolución unilateral del contrato”, en *Estudios de Derecho Civil*, Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción, (coords.), Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 553-567.

En definitiva, al sacar de la ecuación a las compraventas internacionales de mercaderías, a algunos contratos específicos, a los contratos administrativos y a la gran contratación privada, se reducen los casos; pero obviamente el problema sigue teniendo la gravedad y entidad suficiente para justificar su estudio y propender a una solución jurídica y justa.

III. LA SOLUCIÓN EN EL NUEVO DERECHO DE LA CONTRATACIÓN

Como se ha venido introduciendo, los instrumentos de Derecho contractual uniforme²¹, regulan una modalidad especial de resolución, denominada resolución por incumplimiento previsible, que contempla la posibilidad que el acreedor pueda resolver el contrato anticipándose al incumplimiento del deudor. Escapa a nuestra intención hacer un análisis detallado de las distintas normativas y sus respectivos comentarios, y como el único de los instrumentos de Derecho uniforme que tiene fuerza normativa entre nosotros es la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG), centraremos nuestro análisis en este último.

El art. 72 de la CISG regula la posibilidad de resolución del contrato por incumplimiento previsible de la otra parte, fijando los presupuestos de procedencia y, al mismo tiempo, estableciendo las consecuencias jurídicas de su realización, en los siguientes términos:

- “1) Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.
- 2) Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.
- 3) Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones”²².

Siguiendo a CALVO CARAVACA²³, el art. 72 es un remedio concebido para ser utilizado en verdaderas circunstancias de incumplimiento anticipado y no donde un incumplimiento real ya ha tenido lugar, ya que ese último caso será de aplicación el art.49 y 64 CISG.

EL CITADO ART.72 CISG, exige para que opere la resolución anticipada, la existencia de un peligro para el contrato, el que a su vez, deberá reunir dos requisitos copulativos: (i) ser muy grave y (ii) ser muy previsible.

(i) Que el peligro para el contrato sea grave, se refiere a un incumplimiento esencial del mismo. El concepto de incumplimiento esencial se encuentra definido en el mismo instrumento, en el art. 25: “*El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la*

²¹ Los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales (PICC) art. 7.3.3. dispone: “*Incumplimiento anticipado. Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato*”; El Borrador para un marco Común de Referencia (DCFR) el art. III.- 3:504, prescribe: “*Termination for anticipated non-performance. A creditor may terminate before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental*”. El art. III.-3:505 del dispone: “*Termination for inadequate assurance of performance. A creditor who reasonably believes that there will be a fundamental nonperformance of a contractual obligation by the debtor may terminate if the creditor demands an adequate assurance of due performance and no such assurance is provided within a reasonable time*»; Principios Europeos de Derecho de los Contratos (PECL) el art. 9°: 3024 señala: “*Anticipatory Non-Performance. Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it the other party may terminate the contract.*”; Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea del año 2011 (CESL) el art. 116, dispone: “*Resolución por incumplimiento previsible. El comprador podrá resolver el contrato antes de que venza el cumplimiento si el vendedor ha declarado, o queda claro de otro modo, que se producirá el incumplimiento, y si este fuera de tal naturaleza que justificara la resolución*”.

²² Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

²³ En este apartado seguimos los comentarios de CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, “(Comentario al) Artículo 72”, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1997, pp.569-573.

otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”²⁴.

Para ser calificado de esencial, un incumplimiento ha de ser de cierta índole y peso. Se necesita que la parte perjudicada haya experimentado un menoscabo que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

(ii) Que el peligro del contrato sea muy previsible, significa que el incumplimiento esencial debe ser patente. La expresión patente, exige que exista una base objetiva, una realidad que ponga en evidencia el peligro grave y cierto para el cumplimiento futuro del contrato, es lo que se denomina, juicio sobre la magnitud de la inseguridad contractual.

El art. 72 no especifica qué tipo de obstáculos deben impedir la plena realización del contrato, y caben una variedad de supuestos muy variados: destrucción de la fábrica del vendedor, embargo, huelga, graves alteraciones al orden público, etc.

En todo caso, el aspecto más difícil de interpretar de este artículo, es el de establecer cuál es el grado de certeza exigido, de que producirá un incumplimiento esencial del contrato. Se indica sí que, a diferencia del art. 71 de la Convención, se requiere que no quede la menor duda del riesgo que pende sobre la relación contractual, es lo que se denomina, juicio sobre la probabilidad de la inseguridad contractual. Luego, se dice que no basta una duda razonable sobre el futuro cumplimiento, sino que debe existir una certeza casi absoluta de que ocurrirá el incumplimiento y, conforme al estándar de razonabilidad del artículo 8.2, es necesario que a una persona razonable, en la misma situación y en circunstancias semejantes, no le pasara desapercibido ni le fuera indiferente ese tipo de peligro.

Otros autores²⁵ matizan la idea anterior señalando que, aunque no existe un estándar perfecto para determinar el grado de certeza necesario para anticipar un incumplimiento esencial, debe obviamente existir un alto grado de probabilidad de que el incumplimiento se produzca, pero no se necesita un grado de certeza absoluta ya que el apartado 2º del artículo prevé la posibilidad de que se proporcione una garantía por la parte incumplidora. En todo caso, una sospecha, aunque sea bien fundada, no es suficiente.

Es necesario recordar que los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), al igual que los Principios de UNIDROIT, tratan en dos normas diferentes el problema que la Convención de Viena aborda en una sola, y de esta forma distinguen entre una creencia razonable y una situación evidente o clara. El artículo 8.105 de los PECL (equivalente al artículo 7.3.4 de UNIDROIT) establece que cuando exista una razonable creencia de incumplimiento esencial se podrá exigir garantías de cumplimiento, y de no darse se podrá dar por terminado el contrato. Por su parte, el artículo

²⁴ En el artículo 25 CISG se define la expresión “incumplimiento esencial”, que se utiliza en varias disposiciones de la Convención. El incumplimiento esencial, tal como se define en ese artículo, es un requisito previo para ejercer ciertos recursos con arreglo a la Convención, por ejemplo, el derecho de una parte de declarar resuelto el contrato en virtud del apartado a) del párrafo 1 del artículo 49 y del apartado a) del párrafo 1 del artículo 64, y el derecho de un comprador a exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de unas no conformes al contrato (párrafo 2 del artículo 46). La expresión también se utiliza en otras disposiciones de la Convención, en relación con la resolución del contrato (véanse el párrafo 2 del artículo 51, el párrafo 1 del artículo 72, y los párrafos 1 y 2 del artículo 73). Un incumplimiento esencial afecta a la aplicación de las disposiciones de la Convención relativas a la transmisión del riesgo (véanse el artículo 70 y el párrafo 13 del capítulo del presente Compendio dedicado al Capítulo IV de la Sección III de la Parte III). En general, en el artículo 25 se traza la línea divisoria entre situaciones que dan lugar a recursos “normales” por incumplimiento de contrato –como daños y perjuicios y reducción de precio– y las que requieren recursos más drásticos, como la resolución del contrato. Ver Compendio de jurisprudencia relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, disponible en <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/digest2008/article025.pdf>

²⁵ ESPARZA LASAGA, IÑIGO, “*El incumplimiento previsible del contrato en la Convención de Viena de 1980*”, Trabajo fin de master acceso a la abogacía, dirigida por Iriarte Ángel, José Luis, Universidad Pública de Navarra, 2014, p.30.

9.304 (equivalente al artículo 7.3.4 de UNIDROIT) señala que si resulta evidente que existirá un incumplimiento esencial se podrá resolver el contrato, sin necesidad de exigir previamente garantías de cumplimiento²⁶.

Cumpléndose los requisitos del artículo 72 de la convención, se despliegan las consecuencias jurídicas:

(i) Se resuelve el contrato. Ante tales circunstancias, una parte puede dar por resuelto el contrato, mediante una declaración unilateral y no recepticia. La resolución tiene carácter constitutivo y produce varios efectos tales como que quien realiza la realiza no tiene que esperar al plazo eventualmente fijado para el cumplimiento del contrato, deja de estar obligado a cumplir su parte del contrato y recupera la libertad de disposición para vender las mercancías a un tercero.

(ii) Surge la obligación de notificar dicha resolución. Si hubiere tiempo, la declaración de resolución debe, en principio, ser comunicada al otro contratante, indicando los motivos de la resolución y del temor a que incumpla sus obligaciones. La omisión de este deber, acarrea la obligación de indemnización de daños y perjuicios.

Su finalidad es permitir al otro contratante que ofrezca garantías que no se producirá el incumplimiento esencial del contrato, si acredita la existencia de circunstancias que le permitan cumplirlo u ofrece una garantía. El tipo de seguridad o garantía que deba ofrecerse estará en relación con la prestación contractual que haya de ser protegida. En este caso, restaurada la confianza contractual, se extinguirá el derecho de resolución del contrato.

Existen supuestos en que la mencionada comunicación no es obligatoria. En primer lugar, cuando no hubiere tiempo para notificarla con antelación razonable a la otra parte, es decir, cuando no haya tiempo suficiente –entre el momento que se hace pública la situación de peligro para el contrato y el momento de su cumplimiento– para que la otra parte de seguridad de su ejecución o, simplemente. Tampoco es exigida cuando a la luz de las circunstancias, no sea razonable esta exigencia, si es manifiesta la existencia e inamovilidad del obstáculo que imposibilita el cumplimiento del contrato (destrucción de fábrica, prohibición legal de exportación), en cuyo caso se trataría de una formalidad sin sentido. Finalmente, resulta innecesaria cuando la otra parte hubiera declarado en forma definitiva que no cumplirá sus obligaciones, es decir, debe quedar manifiesto que dicha parte desconoce, “repudia” –en la terminología anglosajona– totalmente el contrato y que no cambiará de opinión, ni lo cumplirá a tiempo. Los comentaristas difieren acerca de si el comportamiento contrario al contrato (por ejemplo, vender la mercadería) puede o no equipararse a la declaración expresa²⁷.

Esta institución también ha sido incorporada en la legislación interna de algunos países. Es el caso de Alemania, parágrafo 323 (4) del BGB²⁸, en el nuevo Código civil argentino, art. 1084 letra e, aunque en su versión restrictiva²⁹. Si bien, no se ha convertido en ley es interesante tener

²⁶ Ver DIEZ-PICAZO, LUIS; ROCA TRÍAS, E.; MORALES, A.M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, 2002, pp. 353-355.

²⁷ Al repudio del contrato se asimila la exigencia por parte del deudor para cumplir de contraprestaciones injustificadas, como mejoras o compensaciones posteriores a las que no tiene ningún derecho. Se podrá optar en última instancia, a resolver el contrato, si bien existirá el riesgo de que un tribunal estime que tales pretensiones de la otra parte tenían cierto fundamento, y eventualmente, se condene por incumplimiento contractual a la indemnización de daños y perjuicios a quien resolvió el contrato y denegó el cumplimiento de su prestación. Ver CALVA CARAVACA, ob. cit., pp. 572-573 y nota 24.

²⁸ “El acreedor ya puede resolver antes del vencimiento de la prestación si es manifiesto que se darán los requisitos de la resolución”.

²⁹ ARTICULO 1084.- Configuración del incumplimiento. A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando:

- a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato;
- b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor;
- c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar;
- d) el incumplimiento es intencional;
- e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.

En palabras de FERNÁNDEZ: “Existen a este respecto dos tendencias en el derecho comparado: los países del common law suelen restringir

presente la Propuesta Española para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos³⁰.

La situación del Derecho francés es un caso paradigmático. Siguiendo las palabras de TERRÉ y otros, podemos decir que se estableció como principio pretoriano la resolución extrajudicial, en circunstancia que el antiguo artículo 1804 del *Code* exigía expresamente y sin excepción sentencia judicial. Haciéndose eco de esta nueva tendencia, la *ordonnance* de 2016 confirmó la creación jurisprudencial y doctrinal de la resolución unilateral extrajudicial para determinados supuestos, sin abandonar las modalidades de resolución convencional y judicial³¹.

Pero la resolución anticipada no corrió la misma suerte. Pese al apoyo de un sector doctrinal, a algunos antiguos fallos que le dieron cierto reconocimiento, a estar incorporada en instrumentos del Derecho uniforme y a ser sugerido por el anteproyecto TERRÉ, finalmente no fue admitida en la reforma del año 2016³². Esta decisión no puede sorprender. La falta de una contundente jurisprudencia que avale la institución, unido al hecho de las discusiones al interior de la doctrina sobre la conveniencia o no de su implantación, al punto de no ser pocos los autores que celebraron su exclusión de la reforma, conspiraron contra su reconocimiento.

No obstante lo anterior, el legislador del 2016 sí incorporó un valioso elemento normativo para su futuro desarrollo por la doctrina y jurisprudencia. Nos referimos a la figura del incumplimiento futuro del art. 1220 del *Code*; incumplimiento que si bien hoy en día no está contemplado expresamente para obtener la resolución del contrato, faculta desde ya para impetrar su suspensión.

En cuanto a nosotros, creemos que gran parte de la elaboración de la doctrina francesa sirve de inspiración a nuestra propia propuesta normativa.

IV. PROPUESTA DE SOLUCIÓN PARA EL DERECHO NACIONAL

Como indicamos, nuestro Derecho privado interno no contempla la resolución por incumplimiento previsible, ni en el Código civil, ni en el Código de comercio, al menos expresamente. El único caso regulado desde que la CISG es ley de la República, está dado para los contratos de compraventa de mercaderías internacionales, en que concurran las condiciones que determinan su

los remedios propios del incumplimiento anticipado (anticipatory breach) a los casos en los cuales el deudor hubiera repudiado el contrato, ya sea por declaraciones o ya sea por conducta concluyente. En cambio, por ejemplo, la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (“CIGS”) recoge un principio más amplio: el incumplimiento anticipado puede configurarse por circunstancias que hagan altamente probable el incumplimiento, aun cuando esas circunstancias no sean reconducibles al deudor (vid. art. 72 de la CIGS).

“El Cód. Civ. y Com. ha seguido la corriente más restrictiva, al menos en sede de resolución contractual bajo la cláusula resolutoria implícita. Así el art. 1084 del Cód. Civ. y Com. califica como esencial al incumplimiento cuando este “[...] ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor”, de FERNÁNDEZ, LEONARDO, “Incumplimiento anticipado del contrato. Su relevancia en el contexto de la pandemia”, disponible en <https://westlawchile-cl.dti.sibucsc.cl/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b000001766dfa63642075162b&docguid=i04CF624286B06C0D8F8DAE66E7FADFDE&hitguid=i04CF624286B06C0D8F8DAE66E7FADFDE&tocguid=&spos=2&epos=2&td=230&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1ACD7B5&searchFrom=&savedSearch=false&context=6&crumb-action=append&> (fecha consulta 16 de diciembre de 2020)

³⁰ La profesora LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA, en este sentido se refiere a la resolución por riesgo patente de incumplimiento, en los siguientes términos: “La Propuesta introduce otra novedad entre los supuestos de resolución por incumplimiento: se trata de la resolución por incumplimiento anticipado. Según lo previsto en el artículo 1200 PMDOC: «También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado». Son casos en los que todavía no se ha producido el incumplimiento, pero existe riesgo de que este se produzca y de que éste, además, tenga carácter esencial. En estos casos, si el acreedor quiere resolver el contrato, previamente tiene que conceder un plazo razonable al deudor para que cumpla u otorgue garantía de que va a cumplir. Transcurrido el plazo, el acreedor puede resolver el contrato. Pues bien, no es necesario otorgar plazo o esperar a que éste transcurra si el deudor ha declarado o declara que no cumplirá. Esta posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento anticipado está claramente inspirada en el artículo 72 CISG, aunque con pequeñas diferencias, pues el texto de la PMDOC establece como requisito general la concesión del plazo al deudor; mientras que la CISG sólo lo prevé en los casos en que «hubiera tiempo para ello». SAN MIGUEL, ob.cit., p. 1714.

³¹ TERRÉ, FRANCOIS, *Droit civil. Les obligations*, 12^a edic., Dalloz, Paris, 2019, p. 863. Ver también FABRE-MAGNAM, MURIEL, *Droit des obligations. 1 Contrat et engagement unilatéral*, 3^a edic., Themis droit, Paris, 2012, pp. 657 y 658.

³² TERRÉ, cit. p. 865.

aplicación, quedando éstos sometidos a sus disposiciones, contenidas en este caso concreto en el art. 72 CISG, con prescindencia del derecho interno que regla sobre la materia (Código de comercio y civil).

Entonces, el derecho interno chileno no contempla la resolución anticipada del contrato, sin perjuicio de normas específicas para algunos contratos y prácticas contractuales, que logran efectos similares, pero en ningún caso idénticos. Queda, entonces, la gran tarea de cómo articular una solución para nuestro Derecho interno.

1. Propuestas de nuestra doctrina

En Chile ha existido cierta preocupación por el problema en estudio, y se han dado diversas propuestas de solución.

CONTARDO, tiene el mérito de haber planteado la posibilidad de admitir una resolución anticipada del contrato, antes de la llegada del plazo suspensivo, en aquellos casos en que el incumplimiento se prevé próximo o inminente. Sustenta su posición, entre muchos otros argumentos, en lo dispuesto en el art. 1826 inc. 4º CCCh, así como en el art. 147 del CCom, los que regulan el derecho del vendedor a suspender su cumplimiento, normas a partir de las cuales estima que sería posible configurar una aceptación de esta modalidad de resolución con caracteres generales³³.

Esta idea, sin duda interesante, presenta similitud a la desarrollada en su momento en España por CLEMENTE MEORO, en su monografía del año 1992, cuando acude a la aplicación analógica del art. 1503 Código civil español (equivalente a nuestro art. 1826)³⁴, y en dicho país

³³ Para más antecedentes, ver CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN IGNACIO, “Resolución por incumplimiento. Constitución en mora del deudor. Caducidad legal del plazo. Resolución por incumplimiento previsible. Resolución por pérdida de confianza. Corte Suprema, Primera Sala (Civil), 17 de enero de 2012, rol Nº 424-2010, cita Microjuris: MJJ30743”, en *Revista chilena de derecho privado*, (20), pp. 225-228. (En este texto, el autor trata esta materia, a propósito de algunos comentarios de una de la Exma. Corte Suprema, que si bien no fue técnicamente el objeto del debate, era un caso que daba lugar para plantear eventualmente una resolución anticipada); CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, “La Resolución por Incumplimiento previsible y la suspensión del cumplimiento como medios de tutela anticipatorios del acreedor. Lectura desde los instrumentos de derecho contractual uniforme hacia la compraventa del Código Civil y de Comercio chilenos”, en *Compraventa nuevas perspectivas doctrinarias*, Legal Publishing, Santiago, 2015, pp.155-180.

³⁴ MARIO E. CLEMENTE MEORO, expresa: “(...) Pero aún se puede llegar más lejos si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.503 del Código Civil: “Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124”.

El supuesto de hecho del párrafo primero de este precepto es el de una compraventa con precio aplazado en que el vendedor ha entregado el inmueble. Que no ha vencido la obligación de pagar el precio se deduce de su relación con el segundo párrafo: si no hay fundado temor a perder la cosa inmueble vendida y el precio, se aplica el artículo 1.124, en lugar de poder resolver inmediatamente, es decir, hay que esperar al vencimiento y posterior incumplimiento. En consecuencia, el fundado temor a la pérdida de la cosa y el precio faculta para resolver aun antes de que haya vencido la obligación de pagar el precio por existir plazo en beneficio del comprador”.

Luego, el autor se cuestiona: “(...) ¿Cabe obtener del artículo 1.503 del Código civil un principio general conforme al cual cuando un contratante tenga fundado motivo para temer que no recibirá la contraprestación puede resolver inmediatamente, esto es, aun antes de que haya vencido la obligación del otro contratante? Un grave inconveniente al respecto presenta el carácter excepcional que cabe apreciar en el citado precepto. En efecto, el artículo 1.503 no se refiere a cualquier compraventa, sino solamente a la de inmuebles, y puede deducirse de su segundo párrafo que el principio general se encuentra en el artículo 1.124, mientras que la excepción al mismo es la que el propio artículo 1.503-1º se establece. Sin embargo, podemos también preguntarnos qué sentido tiene esperar al vencimiento cuando resulta evidente que la prestación no podrá ejecutarse en el día pactado. Como ya apuntamos, la imposibilidad sobrevenida y fortuita de la prestación, en buena lógica, extingue la relación obligatoria de manera automática y sin necesidad de instar a la resolución. Igualmente, consideramos que la extinción se produce inmediatamente, esto es, sin necesidad de que venza la obligación. Pues bien, por la misma razón creemos que debe admitirse la inmediata resolución cuando el deudor lleva a cabo un acto que haga imposible el futuro cumplimiento. Si el deudor, por un acto de carácter material –como puede ser la destrucción, consunción o completa transformación de la cosa específica debida–, o por un acto de naturaleza jurídica –como la enajenación de la cosa específica debida–, se pone en situación de no poder cumplir, no creemos que tenga el acreedor que esperar al vencimiento de la obligación del deudor para instar la resolución. Y consideramos que esta solución es particularmente adecuada en el caso de que el acreedor, cuando el deudor se ponga en situación de no poder cumplir, aún no haya cumplido, por no haber vencido su propia obligación. De otra manera, en este último supuesto el acreedor tendría que cumplir y posteriormente demandar la resolución.

Sin embargo, no creemos que nuestro sistema admita la resolución inmediata o anticipada por la “repudiación” del deudor anterior al vencimiento o, lo que sería su equivalente en el Derecho español, por la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento manifestada antes de que su obligación haya vencido. Mientras la ejecución de la prestación sea posible, y no haya vencido la obligación, el acreedor no puede resolver”. CLEMENTE MEORO, MARIO E., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 216-218.

autores posteriores han seguido esta misma corriente de pensamiento³⁵.

No obstante, en nuestro caso, la situación es un poco más complicada que en el sistema español, porque entre nosotros no existe una norma semejante al art. 4 número 1° del Código civil español³⁶, que contempla la aplicación analógica, lo que permite a sus autores hacer esta extrapolación con mayor facilidad. En el Derecho civil chileno, por regla general, únicamente está permitida la interpretación analógica y no la aplicación por analogía, salvo situaciones de laguna legal, y por la vía de acudir a la equidad y los principios generales del Derecho.

OCTAVIO FAVERO, en su memoria de licenciado, se plantea una integración convencional de la resolución anticipada por las partes al contrato, mediante la estipulación de un pacto comisorio. En esencia propone:

“En conclusión, lo que se propone es que las partes acuerden que se otorgue el derecho de exigir el cumplimiento forzado o resolución del contrato con indemnización de daños, en el caso de que, con anterioridad a la exigibilidad de la obligación, fuese evidente que la contraparte no quiere o no puede cumplir con lo prometido. De esta forma, la circunstancia bajo la cual opera el Pacto Comisorio no será el incumplimiento actual de la obligación principal, sino que el evento de un incumplimiento del deber de no repudiar el contrato o de conservar la habilidad para cumplirlo. Las partes deben ser explícitas y claras en la determinación de qué incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato”³⁷.

El problema es que este autor parte de la base que en nuestro sistema no se reconoce la institución del incumplimiento anticipado (salvo en lo que se refiere a la Convención de Viena), y la única forma de obtener efectos semejantes es acudiendo a la figura del pacto comisorio.

Con posterioridad, en la memoria elaborada por FELIPE GONZÁLEZ Y STEPHANO NOVANI, se postula que se podría configurar la resolución anticipada en nuestro sistema, esta vez, al amparo del art. 1482 CCCh, considerando que el incumplimiento constituiría una condición negativa, que podría ser potestativa de parte del deudor o incluso causal, haciendo una suerte de calificación a contrario, calificando a esta condición como cumplida para dar lugar a la resolución del contrato. En este sentido señalan textualmente:

“(…) El incumplimiento se puede entender como una ‘condición negativa potestativa del deudor o causal’. Será condición negativa al tenor del art. 1474, ya que consiste en que no acontezca un evento (cumplimiento); es potestativa en la medida que dependa de la voluntad del deudor (si el incumplimiento llega a ser deliberado) o causal, si es ajeno (de acuerdo a un concepto de incumplimiento objetivo). En ese orden de cosas y de acuerdo al art. 1482, si llega a ser cierto que el deudor no cumplirá, ya sea porque deliberadamente no dará cumplimiento a la obligación o ya es patente que no se podrá

³⁵ Aceptando la aplicación analógica del art. 1503 del Código civil español, AGUSTÍN VIGURÍ PEREA, señala: “(…) En relación a una posible resolución anticipada en el supuesto de que uno de los contratantes tuviera fundados motivos para pensar que el acuerdo pudiese ser incumplido y la prestación realizada pudiera perderse, pensamos que cabe aplicar, por la vía de la analogía, lo dispuesto por el artículo 1503 del Código Civil”. VIGURÍ PEREA, AGUSTÍN, *Los contratos comerciales internacionales. Análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho Comparado*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, p. 220. En el mismo sentido, ÁNGEL LÓPEZ, indica: “(…) Por lo que se refiere al tiempo del ejercicio de la acción resolutoria, no está sometida a otro tiempo que al general de la prescripción de las acciones personales, es decir, quince años. Así lo tiene declarado la jurisprudencia. En cuanto a la posibilidad de que se decrete la resolución anticipadamente, cuando se vea por una de las partes, con fundado motivo, el peligro de incumplimiento y de la pérdida de su propia prestación sin obtener el correspondiente, se puede proponer la aplicación analógica del artículo 1.503 del CC”. LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL, “(Comentario al) Artículo 49”, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1997, p. 444.

³⁶ El art. 4 número 1° Código civil español, dispone “1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

³⁷ FAVERO BANNEN, OCTAVIO, *Integración convencional de la teoría del incumplimiento contractual por repudiación anticipada del contrato*, memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por Reveco Urzúa, Ricardo, Universidad de Chile, Santiago, 2013, p. 124. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116250/De36-DEL%20FAVERO_octavio.pdf?sequence=1.

dar cumplimiento en el tiempo establecido (suponiendo que en el tiempo restante resulte imposible realizar la prestación), debemos entender que la condición negativa se encuentra cumplida. De aceptarse esto, debemos estar de acuerdo en la procedencia de la aplicación del art. 1489, lo que hará procedente solicitar la resolución por incumplimiento, puesto que se habría cumplido la condición resolutoria “de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”³⁸.

Esta última argumentación nos suscita dudas. Otorgarle al incumplimiento, la naturaleza jurídica de una condición resolutoria, parece ir en contra de las nuevas orientaciones, que lo consideran más bien un medio de tutela ante el incumplimiento y cuya inclusión entre las condiciones obedece a razones históricas. Unido a lo anterior, pensamos que fundar una institución como la resolución anticipada del contrato, sólo en el argumento “a contrario” resulta poco convincente³⁹. Finalmente, la doctrina dominante ha señalado que las condiciones negativas, a diferencia de las positivas, solo se consideran fallidas, sin distinción, cuando acaece el hecho en que la condición consiste, y no antes⁴⁰.

Más recientemente, PAMELA PRADO también se ha referido a la posibilidad de dar lugar a una resolución por incumplimiento anticipado a la luz de nuestro Derecho. Plantea que una línea de argumentación para sustentar la procedencia de esta figura, podría ser razonar sobre la base del art. 1546 CCCh, entendiéndose que cuando el deudor declara que no va a cumplir, o lleva a cabo una serie de comportamientos tendientes al incumplimiento, pendiente el plazo suspensivo, habría un comportamiento contrario a la buena fe comercial; sin embargo, estima que este antecedente por sí solo es insuficiente. Postula, que un razonamiento que puede resultar determinante, para dar lugar a la resolución anticipada, es el comportamiento doloso con que el deudor ha obrado a lo largo de la convención, de manera tal que la conducta dolosa desplegada antes del plazo suspensivo, permitiría solicitar calificar la situación como un incumplimiento esencial que habilitaría al acreedor a promover la resolución por incumplimiento, ya que estas conductas doloosas manifestarían de manera patente que el deudor finalmente no va a cumplir. Enfatiza, que reflexiona en torno a una resolución anticipada de contrato, sólo para situaciones graves y completamente excepcionales⁴¹.

2. Nuestra propuesta

Partamos por indicar que en nuestro país un grupo de autores tiene el mérito de hacer patente la importancia que la resolución contractual anticipada tiene para nosotros, así como aportar diferentes elementos normativos y doctrinarios en favor de su acogimiento. Lo anterior, unido al desarrollo de otros principios y decisiones jurisprudenciales, nos permite avanzar hacia una formulación de las bases necesarias para su acogimiento.

En concreto, postulamos que, en determinadas circunstancias y cumpliendo ciertos requisitos, un comportamiento del deudor desplegado en la etapa de ejecución del contrato, que sea incompatible con el vínculo contractual y, a la vez, reñido con la buena fe comercial, configurará

³⁸ GONZÁLEZ LAGOS, FELIPE EDGARDO, y NOVANI CORREA, STEPHANO, *Algunos problemas de la resolución por incumplimiento en la contratación contemporánea*, memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por Cárdenas Villarreal, Hugo, Universidad de Chile, Santiago, 2016, pp. 92. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/140333/lgunos-problemas-de-la-resoluci%C3%B3n-por-incumplimiento-en-la-contrataci%C3%B3n-contempor%C3%A1nea.pdf?sequence=1>

³⁹ Para ver un análisis de las razones que los codificadores decimonónicos tuvieron a la vista para incorporar la facultad resolutoria en la regulación de las condiciones, ver MEJÍAS ALONZO, CLAUDIA, “La resolución por incumplimiento en la jurisprudencia nacional reciente. Cuestiones problemáticas a la luz del derecho común”, en Céspedes Muñoz, C. (director) *Estudios de Derecho Privado en memoria del profesor Nelson Vera Moraga*, Legal Publishing, Santiago, 2019, pp. 236-259. Sin embargo, la autora advierte, que aún existen fallos de nuestros tribunales de justicia en que expresamente se le sigue calificando de condición, modificando su verdadera naturaleza jurídica.

⁴⁰ Por todos, PEÑAILILLO, cit., p. 370.

⁴¹ Para más antecedentes, ver PRADO LÓPEZ, PAMELA, “La resolución anticipada del contrato: Reanudando el debate en torno al incumplimiento doloso”, en: Bahamondes, CLAUDIA; ETCHEVERRY, LEONOR; y PIZARRO, CARLOS (editores), *Estudios de Derecho Civil XIII*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, pp. 689-706.

desde ya un incumplimiento sustancial o grave, de carácter actual o presente, lo que permitiría al acreedor diligente ejercer el remedio resolutorio.

En lo que sigue intentaremos justificar esta solución. Para lograrlo, hemos razonado, en base a las siguientes ideas.

a. Su innegable necesidad tanto práctica como de eficiencia económica.

Hay consenso, en la doctrina nacional y extranjera, que éste es uno de los argumentos determinantes para abogar por la adopción de la resolución anticipada o por incumplimiento previsible.

Ilustrativas y aplicables –tributarios como somos del Derecho francés– resultan las palabras de THOMAS GENICON, para quien la resolución anticipada del contrato, es a veces de innegable utilidad y, más precisamente, de notable eficiencia económica. Así, el autor se cuestiona, de qué sirve, de hecho, esperar hasta la fecha de vencimiento del plazo, cuando es seguro que el deudor no cumplirá, esperando lo que sin duda, será la fuente de una pérdida de tiempo y dinero⁴².

Conviene apuntar aquí, que el Derecho está para solucionar problemas y no para hacer subunciones abstractas, lo que no implica en caso alguno desconocer la ley, sino adaptarla e interpretarla conforme a las necesidades sociales⁴³.

b. La buena fe en la etapa de ejecución del contrato como fuente integradora de obligaciones.

En el Derecho chileno, la disposición legal que reconoce con carácter general el principio de la buena fe contractual es conocidamente el art. 1546 CCCh⁴⁴. Nuestra doctrina, ha entendido que la buena fe objetiva establece un modelo de conducta⁴⁵ al que se someten los contratantes, imponiéndoles el deber de lealtad, cooperación y rectitud⁴⁶ en todo el *iter* contractual⁴⁷.

Es en la etapa de ejecución o cumplimiento del contrato donde la buena fe ha tenido un mayor desarrollo por nuestra doctrina y jurisprudencia, precisamente por contener la disposición que la consagra la expresión “ejecutarse de buena fe”. Agrega BOETSCH que en dicha disposición se le ha reconocido a la buena fe su potencialidad jurígena, integrando lagunas contractuales y legales, pero sobre todo –y en lo que nos interesa– creando especiales deberes de conducta para ambas partes de la relación contractual, operando como un patrón de conducta exigible tanto al acreedor, al ejercer sus derechos que emanan del crédito, como al deudor, al cumplir la

⁴² GENICON, ob. cit., p. 229.

⁴³ Al respecto, ilustrativas son las palabras de Adrián Schopf: “La necesidad del derecho de contratos de contar con un instrumento de esa naturaleza radica en la falta de exhaustividad de sus normas, permitiendo la buena fe, primero, morigerar la aplicación puramente formal de la ley cuando en atención a circunstancias particulares esa aplicación lleva a resultados insatisfactorios y, segundo, hacerse cargo de las transformaciones sociales que inciden en la institución del contrato y que resultan imprevisibles para el legislador. La buena fe permite, de esta manera, la aplicación coherente y el desarrollo interno del derecho de contratos, de un modo que resulta consistente con los valores y fines que lo fundan”. SCHOPF OLEA, Adrián, “La buena fe contractual como norma jurídica”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 31, 2018, pp. 109.

⁴⁴ El art. 1546 CCCh dispone: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

⁴⁵ Como acertadamente señala Boetsch: “(...) La buena fe, principio de carácter ético-social que como ya vimos alude a los conceptos de lealtad, honradez, fidelidad y rectitud, etc., adquiere, en materia negocial, una de sus manifestaciones más fuertes, pues se nos presenta como un modelo de conducta que las partes deben seguir durante toda la vida del negocio, expandiendo su aplicación incluso a las etapas preparatorias o preliminares del contrato y también una vez concluido éste, influyendo a su vez de manera determinante en la interpretación del negocio”. BOETSCH GILLET, Cristián, *La buena fe contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 109.

⁴⁶ “Este modelo o estándar de conducta es aquel del *contratante leal y honesto*, el que esencialmente implica honrar la confianza que supone la especial relación de intercambio y cooperación que subyace al contrato, de modo de no comportarse abusivamente y no defraudar las legítimas expectativas de comportamiento de la parte contraria, en atención a la finalidad económica o el propósito práctico que subyace a la convención. SCHOPF, ob. cit, pp. 114-115.

⁴⁷ Sobre la buena fe objetiva, LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, T.II, vol. I, edit. Jurídica, Santiago, reimpresión 2003, n° 1662, p. 384 y ss. Este autor se refiere a las distintas manifestaciones de la buena fe en el *iter* contractual.

prestación debida. Para ambas partes del contrato pueden *surgir ciertos deberes, que encuentran su fundamento en la buena fe*⁴⁸. Más adelante, citando a Saavedra, señala un catálogo de manifestaciones de la buena fe en la ejecución de los contratos, de las que destacamos el deber de cada una de las partes de *realizar el deber contractual de la otra o de evitar causarle daño y la obligación de informar cualquier circunstancia sobrevenida que la contraparte no haya podido conocer*⁴⁹.

c.- La inobservancia de las obligaciones de lealtad, cooperación e información, integradas al contrato por la buena fe, pueden constituir un incumplimiento resolutorio

El autor antes citado agrega que la buena fe, como principio general de Derecho, es una real norma dispositiva, y por lo tanto, por sí misma, tiene la denominada “potencialidad jurídica” que le permite imponer obligaciones a los particulares, *las cuales son plenamente exigibles*⁵⁰. Si alguna duda cupiera, el art. 1546 CCCh es prístino al expresar que los contratos “*obligan so sólo a lo que en ellos se expresa*”, ampliando de manera expresa las obligaciones contenidas en un contrato. En consecuencia, es claro que las obligaciones que nacen de la buena fe contractual no son meros deberes de orden moral, sino que poseen una real entidad jurídica, sea que se sitúe a la buena fe como principio general del Derecho o, bien, en su calidad de norma positiva⁵¹.

Luego, de todo lo dicho, podemos concluir que la violación de los deberes que impone en cada contrato la buena fe, entre ellos los de lealtad, cooperación e información, importan incumplimiento del contrato mismo, y atendida su gravedad, puede dar lugar a su resolución.

En palabras de CONTARDO:

“... [L]a buena fe en su función integradora del contrato, cual es el sentido más propio del art. 1546, permite configurar el denominado incumplimiento «resolutorio» o «esencial»...”⁵²

Tal conclusión, ha sido avalada por nuestra jurisprudencia, al sostener que a pesar de que no existan obligaciones explícitas en un contrato, la buena fe podría configurar los deberes más allá de la mera literalidad del texto⁵³. Demostrativo de esta corriente jurisprudencial es la sentencia de la Corte Suprema de fecha 2 de noviembre de 2014, cuyo su considerando duodécimo señaló:

“Que, en efecto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1546 del Código Civil los contratos deben *ejecutarse de buena fe* y obligan, por tanto, no solamente a lo que en ellos se expresa sino a lo que emana precisamente de la naturaleza de la obligación, disposición con la que encuentra asidero la teoría de la integración contractual, sustentada por la doctrina moderna, destacando el pensamiento del jurista italiano E.B., quien postula que *la ejecución del contrato de buena fe impone, no sólo un deber de lealtad y corrección sino que la necesidad de cooperación recíproca en que se encuentran ambos contratantes*, encontrándose facultado el juez para encontrar en el vínculo contractual obligaciones no expresadas y que encuentran su fuente en la buena fe, lo que se extiende al período anterior al perfeccionamiento de la convención en la etapa de formación del consentimiento... *Sobre esta base pudiera configurarse un incumplimiento de obligación que,*

⁴⁸ Por todos, BOETSCH, ob.cit., p. 146.

⁴⁹ Idem, p. 147, nota 242. El énfasis es nuestro.

⁵⁰ El énfasis es nuestro.

⁵¹ BOETSCH, ob. cit., p. 148.

⁵² CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN IGNACIO, “Buena fe y resolución de contratos por incumplimiento”, en *La buena fe y la jurisprudencia. Comentario y análisis de sentencias*, Retamales M., Silvia y Guevara P., Valentina (coords.), San Martín Neira, Lilian C. (Editora), Legal Publishing, Santiago, 2015, pp. 88.

⁵³ Este fenómeno jurisprudencial, ha sido explicado por el profesor Hernán Corral, quien lo denomina, “extensión vertical de la buena fe”. Para más antecedentes, ver CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno”, en *Revista de Derecho Privado*, n°. 12-13, enero-diciembre, 2007, pp. 143-177.

*según lo establece el artículo 1489 del Código Civil, autorizaría a la contraparte de la infractora en el contrato bilateral a perseverar en el contrato o demandar su resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios...*⁵⁴.

En consecuencia, de infringirse las obligaciones de cooperación, información y lealtad, integradas al contrato por la buena fe, surgirá *una responsabilidad de carácter contractual*, plenamente exigible y atendida su gravedad permitirá la resolución contractual⁵⁵.

Llegados a este punto, a nuestro entender, si el deudor tiene una imposibilidad para cumplir, encontrándose pendiente el plazo para que su obligación sea exigible, tiene la obligación de comunicar lealmente tal circunstancia a su acreedor, y de no hacerlo, su conducta constituiría un incumplimiento esencial o resolutorio, que permitiría al acreedor ejercitar la acción resolutoria por un incumplimiento actual.

d.- El declarar o demostrar un comportamiento contrario al cumplimiento futuro de una obligación, constituye de por sí incumplimiento actual

Siguiendo a GENICON, y a la doctrina que cita, podemos indicar que la resolución anticipada es procedente en todos los casos en que el deudor de la obligación a plazo adopta un comportamiento contrario al vínculo contractual. Así, si el deudor declara que no ejecutará sus obligaciones, ya violó el contrato, y como bien señaló la sentencia de casación de 4 de enero de 1927, en tal situación ya es inútil interponer la correspondiente demanda.

También puede suceder que el deudor no efectuó dicha declaración, pero deliberadamente adopte un comportamiento que haga imposible que en el futuro pueda cumplir con su obligación. En este caso estamos igualmente ante un incumplimiento que habilita para demandar la resolución contractual. Para ello se tiene presente la obligación que pesa sobre las partes de ejecutar el contrato de buena fe. Se dice que si en virtud del contrato se asume una obligación para ejecutarla en un tiempo futuro, en el intervalo entre la celebración del contrato y la ejecución de la prestación existe implícitamente el compromiso de no hacer nada que perjudique a la otra parte o que sea incompatible con el vínculo contractual. En palabras de ROUJOU DE BOUBÉE, *“tout contract comporte (...), pour chacune des parties, l’obligation s’abstenir de tout comportement incompatible avec l’exécution du contrat”*⁵⁶.

Desde un punto de vista teórico, esta explicación resulta satisfactoria a GENICON, a pesar de las críticas de las que fue objeto. Por un lado, la resolución por inejecución se funda en la violación de una obligación impuesta a los contratantes por el principio de la buena fe contractual, y por tanto, en un incumplimiento del contrato; por otro lado, esta solución permite un acogimiento inmediato de la resolución anticipada del contrato, a lo menos en ciertas hipótesis⁵⁷.

Una construcción de esta naturaleza es plenamente aplicable entre nosotros. En consecuencia, es factible en nuestro sistema solicitar la resolución de un contrato, no ya por el incumplimiento grave y previsible que se avizora en el futuro, sino por la actuación presente del deudor, que declara que no va a cumplir o efectúa un comportamiento que lo coloca en la imposibilidad de cumplir la prestación, y con ello incumple su deber de ejecución de buena fe del contrato. Igual regla deberá aplicarse en aquellos casos en que por cualquier circunstancia, y

⁵⁴ Corte Suprema, 2 de noviembre de 2014, rol16602-2013 (casación), disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/tapia-berrios-juan-luis-542235638> (fecha consulta 17 diciembre 2020). Lo resaltado es nuestro. Hacemos dos observaciones. Si bien, en el fallo la buena fe se ubica en la etapa de formación del contrato, las ideas expuestas son plenamente aplicables a infracción durante la ejecución del convenio. En segundo lugar, la sentencia rechazó el recurso de casación, porque el actor en lugar de solicitar la resolución o el cumplimiento, demandó indemnización de perjuicios por actuación dolosa, y no se dio por acreditado el dolo.

⁵⁵ BOETSCH, ob. cit. pp. 150-151. El énfasis es nuestro.

⁵⁶ GENICON, ob. cit. p. 229. Nota 155.

⁵⁷ GENICON, ob. cit. pp. 230-231.

atendido el caso concreto, resultará evidente para cualquier persona razonable o diligente que la ejecución de la prestación no podrá realizarse.

e. El deber de mitigar el daño

Consiste en el deber de la víctima de impedir el agravamiento del perjuicio, ya sea que el daño tenga su origen en un incumplimiento contractual o en un ilícito civil⁵⁸. Este deber ha sido explícitamente reconocido en instrumentos de Derecho uniforme⁵⁹, constituyendo en los usos y principios generales de Derecho internacional y que forman parte de la denominada *lex mercatoria*, una cuestión admitida.

En Chile no existe norma expresa que contemple el deber de mitigar el daño, en términos generales⁶⁰. Excede con creces al propósito de este trabajo, abordar las discusiones sobre su admisión en nuestro medio, pero sí se dirá que la doctrina en general lo admite, por diversos fundamentos técnicos tales como entender a este deber como un problema de concurrencia causal, de conculpabilidad del acreedor, en el principio de la buena fe y también se ha entendido que su fundamento inmediato se encuentra en la exigencia del daño directo⁶¹.

Pensamos que es perfectamente posible imponer al acreedor la adopción de medidas mitigativas útiles y razonablemente exigibles, atendiendo al modelo del buen padre de familia y, además, teniendo siempre presente que el alcance de este esfuerzo debe medirse con flexibilidad, sin ser riguroso en la conducta exigida al acreedor, sin olvidar que ha sido él la víctima del incumplimiento.

En el caso que nos convoca, PIZARRO, a propósito del análisis de cómo opera el deber de mitigar el daño a cargo del acreedor, ha señalado que se exige que el acreedor actúe de manera oportuna y rápida, dejando abierta la interrogante sobre *la posibilidad de reacción del acreedor con anterioridad al incumplimiento existiendo certeza que no se ejecutará la obligación* en los términos convenidos, explicando que a diferencia del Derecho inglés, el Derecho estadounidense impulsa al acreedor a la operación de reemplazo aún antes del incumplimiento⁶².

En verdad, el acreedor no sólo puede, sino que debe mitigar su daño y si existen fundamentos ciertos del incumplimiento de su deudor, no resulta razonable que opte por la inactividad esperando una cascada de perjuicios, sino por el contrario, debe actuar con celeridad desligándose del contrato y acudiendo a un negocio de cobertura.

f.- Posible aplicación analógica del art. 72 de la Convención de Viena

⁵⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°5, 2005, pp. 82.

⁵⁹ Art. 9:505 de los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, art. 167 del Código Europeo de Contratos (Pavia), art. 7-4-8.1 de los Principios de Unidroit y art. 75 y 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías o Convención de Viena.

⁶⁰ En materia de seguros, aunque el art. 556 N° 4 del Código de comercio, impone al asegurado la obligación de tomar todas las providencias necesarias para salvar o recobrar la cosa asegurada, o para conservar sus restos”.

⁶¹ En Chile, entre los autores que remarcan esta limitación del daño indemnizable, por nombrar sólo algunos, tenemos, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 5, año (2005), 73-95; CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, LegalPublishing & Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 383; VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, “La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento”, en GUZMÁN, ALEJANDRO (Editor científico), *Estudios de Derecho civil III*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 429-456; FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO, “El deber de evitar o mitigar el daño”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, n. 217-218, (2005), pp. 223-248; SAN MARTÍN NEIRA, LILIAN, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico comparado*, Universidad Externado de Colombia 2012; PIZARRO WILSON, CARLOS, “Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI* (Valparaíso, Chile, 2013, 2do Semestre), pp. 69-82, ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE, *La Responsabilidad Contractual*, Ediciones UC, diciembre 2018, pág. 519, y HERMOSILLA ESTAY, PAOLA y REYES ESPEJO, RAMÓN, *El deber de mitigar el daño en la responsabilidad contractual chilena*, memoria de prueba, Santiago, 2013.

⁶² PIZARRO WILSON, CARLOS, “Contra el fatalismo del perjuicio: A propósito del deber de mitigar el daño”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.41, 2013, p. 80.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, fue promulgada en Chile como ley de la República el 3 de octubre de 1990, y, como se ha indicado, en su art. 72 regula la resolución del contrato por incumplimiento previsible, razón por la cual la resolución anticipada está consagrada en nuestro sistema, pero para un contrato específico, la compraventa de mercaderías y, cuando su ámbito territorial es internacional. Las necesidades económicas y de seguridad en los negocios, presentes en la regulación de la Convención de Viena y que dieron lugar a la resolución anticipatoria, se reclaman también en la contratación interna, puesto que resulta injustificada esa diferencia de regímenes.

Refuerza la idea anterior, el hecho de cumplirse con los requisitos típicos de la aplicación analógica, esto es, un caso jurídicamente relevante que no se encuentra regulado (la resolución anticipatoria en la contratación interna); un caso similar que si está previsto y regulado por la ley (El artículo 72 de la Convención de Viena); semejanza relevante entre ambos casos, y, finalmente, razón de justicia o de otra índole que aconseje al caso no previsto, la regulación del caso previsto

Tenemos claro que este planteamiento puede resultar objetable, en especial atendida la discusión acerca de si la aplicación analógica requiere un texto expreso que lo autorice, al estilo del artículo 4. n. 1 del Código civil español (a diferencia del texto chileno que nada dice), o no es necesario. Pero no es menos cierto que nuestra jurisprudencia ha aceptado anteriormente casos de integración, acudiendo a los principios generales del Derecho y la equidad. Si bien la laguna existente puede no ser de naturaleza legal, claramente sería axiológica, lo que ameritaría de todas formas la integración propuesta. Por lo demás, se trata de un argumento de refuerzo, que viene a confirmar los expuestos anteriormente.

3. Cómo operaría en la práctica nuestra propuesta

Desarrolladas las ideas que fundamentan la resolución anticipatoria, corresponde esbozar brevemente la actuación que, a nuestro entender, debería adoptar el acreedor, ante antecedentes verídicos y graves de un futuro incumplimiento.

Adoptar un procedimiento adecuado para estos casos no es baladí. Incluso entre los partidarios de la resolución anticipada, se tiene presente sus peligros, en especial cuando la resolución será de naturaleza extrajudicial, que van desde una falsa resolución que oculta más bien una pérdida de interés en el contrato, a una excesiva flexibilización de sus requisitos, que termine finalmente perjudicando al propio acreedor, al ser la decisión bajo su riesgo y peligro, si el deudor llega a demostrar que sí estaba en condiciones de cumplir.

1.- En primer lugar, el acreedor debe analizar si los antecedentes que obran en su poder permiten concluir conforme al modelo de nuestro buen padre de familia que existe una certeza absoluta o al menos una alta probabilidad (y no meramente una duda o creencia razonable) de que se producirá un incumplimiento sustancial. Obviamente, la declaración del deudor contraria a la ejecución del contrato disipará toda su duda sobre su efectividad, y solo quedará pendiente calificar el carácter de tal incumplimiento, como grave o sustancial. En el caso de comportamientos del deudor contrarios al vínculo contractual o sucesos externos (embargos, paralización de la empresa, actos de autoridad) el análisis y calificación para cada caso concreto resultará sumamente importante.

2.- Fuera de los casos de expresa declaración del deudor a incumplir una obligación sustancial, corresponde que el acreedor comunique y transparente a su deudor los antecedentes que permiten adelantar un futuro incumplimiento de su parte. En base a ello, le solicitará en un plazo razonable explicaciones y seguridades de que sí cumplirá la obligación contraída en tiempo y forma.

3.- Ante este requerimiento, el deudor puede adoptar posiblemente tres actitudes diferentes:

- (i) Asegurar que va a cumplir y dar garantías concretas.
- (ii) Asegurar que cumplirá pero sostenerse solo en su afirmación o en antecedentes insuficientes para desvirtuar el peligro de incumplimiento.
- (iii) No decir nada o tener una actitud evasiva.

4.- En los dos últimos casos, el acreedor estará en condiciones de comunicar su decisión de resolver, atendida que la actitud del deudor es grave, contraria a la buena fe y constitutiva de incumplimiento contractual. En el mundo de los negocios se requiere actuar en base a confianzas y si el acreedor ha tenido el cuidado de comunicar y transparentar los antecedentes que permiten fundadamente estimar un incumplimiento futuro, corresponde al deudor, de igual forma y en base a los deberes que impone la buena fe contractual, entre ellos los de lealtad, cooperación y comunicación, responder en forma seria y fundada.

5.- Respecto a la forma en que el acreedor, debería efectuar la comunicación al deudor, atendido a que el contrato no ha previsto ni detallado la forma en que deberá efectuarse, corresponderá a la buena fe en su función integradora o creadora de deberes especiales de conducta, suplir el vacío. Pensamos que la comunicación deberá ir dirigida al deudor, por un medio idóneo y expedito. En todo caso, cuando en el contrato se ha previsto una forma de comunicación por un medio electrónico (vgr. correo electrónico) se facilitará esta comunicación.

6.- No obstante las ventajas que presenta la modalidad extrajudicial, al punto de indicarse que es bajo ella que la resolución anticipada adquiere realmente utilidad, somos de la opinión que en nuestro medio, salvo excepciones, como sería declaración expresa del deudor de no cumplir el contrato, se necesitará demandar judicialmente.

Lo anterior, por diversas razones. En primer lugar, la resolución extrajudicial no es todavía una modalidad resolutoria aceptada entre nosotros, para los casos que los contratos carezcan de pacto comisorio. En segundo lugar, si existen prestaciones entregadas previamente al deudor, deberá instar por su restitución, caso en el cual deberá acudir necesariamente a tribunales, sea para demandar directamente la restitución o interponerla conjuntamente con la acción de resolución. En tercer lugar, porque alegará un incumplimiento actual y no futuro (sin perjuicio de aludir a este último), lo que permite al tribunal desde ya analizar la situación planteada. En cuarto lugar, porque de esta forma aminora el riesgo de que el deudor posteriormente efectúe diversas alegaciones contrarias a la resolución, como sería que la comunicación resolutoria no llegó a sus manos o que entregó seguridades adecuadas de cumplimiento y el acreedor las desechó injustificadamente.

V. CONCLUSIÓN

- 1.- En el Derecho interno chileno no está recogida la institución de la resolución anticipatoria.
- 2.- Su utilidad práctica es evidente, a pesar de que en algunos contratos existen instituciones que cumplen similares efectos.
- 3.- Para lograr su recepción en Chile, a la espera de una eventual reforma legal, se debe realizar una construcción argumentativa a partir de las normas y principios doctrinales y jurisprudenciales vigentes. Para estos efectos, se acude a la buena fe contractual en su función integradora de obligaciones de lealtad, cooperación y comunicación entre las partes, cuyo incumplimiento por parte del deudor, ante el requerimiento del acreedor por fundados temores de un incumplimiento

futuro de las obligaciones del contrato, da lugar a la resolución del mismo. De esta forma, el fundamento de la resolución no sería el incumplimiento futuro que se teme, sino la actual y grave violación de las obligaciones que la buena fe incorporó al contrato.

- 4.- A lo anterior, se une como argumentos de refuerzos la evidente necesidad económica y jurídica de su acogimiento, unido al deber de mitigar el daño por parte del acreedor ante un futuro incumplimiento, que le impide quedarse en la inactividad, y la aplicación analógica de las normas de la Convención de Viena.



UCSC

Programas de Postgrado Facultad de Derecho UCSC

MAGÍSTER

- Derecho Privado
- Derecho Procesal de Familia
- Derecho Penal



www.derecho.ucsc.cl
Lincoyán 255 - Concepción

CONTENIDOS / CONTENTS

- Los migrantes y la legislación del sistema de seguridad social chileno** 11
Migrants and the legislation of the chilean social security system
 JOSÉ ANTONIO SANTANDER GIDI - ROMANE FUENZALIDA CUEVAS
- La formación y evolución histórica de la protección contra la competencia desleal** 27
the formation and historical evolution of protection against unfair competition
 LUIS FELIPE TOVAR GARCÍA
- Los Tratados Internacionales frente a las lagunas: autoejecutabilidad e inexcusabilidad resolutive** 37
International Treaties against lagoons: self-enforcement and resolutionary inexcusability
 NICOLÁS HUMERES GUAJARDO
- Ensayo: ¿Por qué es necesario establecer un estándar de prueba en el proyecto de reforma al proceso civil?** 51
Essay: Why is it important to include in the civil procedure reform bill a standard of proof?
 CLAUDIO FUENTES MAUREIRA
- Transmisibilidad de la acción por daño moral en materia de accidentes de trabajo** 67
Transmissibility of the action for emotional distress in works accident
 MARCELA TORRES MORAGA
- La resolución contractual anticipada. Bases para una propuesta de solución en el derecho chileno** 87
The anticipated contractual resolution. Foundation for a proposed solution in Chilean Law
 PATRICIA MORA MOSCOSO - RODRIGO FUENTES GUÍÑEZ

