

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

**REVISTA  
DE DERECHO**

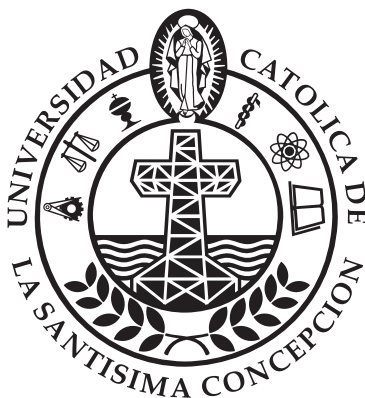
---

N° 34

2 0 1 8

---

Esta publicación se imprimió  
en el mes de diciembre de 2018  
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 34

2 0 1 8

---



## 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](mailto: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**

<b>Reflexiones sobre la garantía de la unidad de mercado en el ordenamiento jurídico español</b>	<b>11</b>
<i>Reflections on the warranty of the market unit in the spanish legal order</i> <i>Enrique Barrero Rodríguez</i>	
<b>El derecho de impugnación de acuerdos de la junta general en las sociedades de capital en España: Legitimación activa ordinaria y amplia</b>	<b>29</b>
<i>The right of objection of agreements of the general meeting in capital companies in Spain: Ordinary and extended active legitimation.</i> <i>Pedro Jesús Baena BaenaUIS</i>	
<b>Algunas notas sobre el tratamiento del ruido en Chile</b>	<b>53</b>
<i>Some notes about noise regulatrions in Chile</i> <i>Christofher Elso Kotzing</i>	
<b>Notas para la admisión de la resolución extrajudicial por declaración unilateral y recepticia en el código Civil Chileno</b>	<b>65</b>
<i>Notes for the admission of the extrajudicial resolution by means of a declaration that is unilteral in nature and requires communication and receipt to become effective into the chilean civil code</i> <i>Nicolas Mauricio Oliva Leal</i>	
<b>Los fundamentos históricos del derecho del consumo</b>	<b>97</b>
<i>The historical foundations of consumer law</i> <i>Marina Rojo Gallego-Burín</i>	
<b>Análisis de discurso de odio como forma de discriminación: Conceptos, criterios y estructura</b>	<b>121</b>
<i>Analysis of hate speech as a form of discrimination: Concepts, criteria and structure</i> <i>Miguel Bastías Quezada</i>	

**Algunos aspectos sobre el derecho de los padres a decidir la educación moral y religiosa e sus hijos en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos** 137

*The aspects of the right of parents to decide the moral and religious education of their children in the jurisprudence of the european court of human rights*  
*Leonora Madariaga Méndez*

**Criterios para limitar la obligación de pago de renta por el término anticipado del contrato de arrendamiento. Análisis del artículo 1945 del código civil Chileno** 159

*Criteria for limiting the obligation of paying rent in case of advanced ending of lease contract. An analysis of article 1945 of the Chilean civil code*  
*Rodrigo Fuentes Guiñez*









# REFLEXIONES SOBRE LA GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

## REFLECTIONS ON THE WARRANTY OF THE MARKET UNIT IN THE SPANISH LEGAL ORDER

ENRIQUE BARRERO RODRÍGUEZ\*  
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

**RESUMEN:** La Constitución española no consagra expresamente el principio de unidad de mercado, pero este ha sido sentado en nuestro ordenamiento jurídico merced a la labor interpretativa del Tribunal Constitucional. No obstante, este principio plantea no pocas tensiones y conflictos derivadas de la articulación del Estado español como Estado complejo territorialmente. En el presente estudio se analiza el contenido de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, exponiendo sus principios fundamentales y los problemas que planteará su aplicación.

**ABSTRACT:** *The Spanish Constitution does not explicitly enshrine the principle of unity of the market, but this has been sitting in our legal system thanks to the interpretative work of the Constitutional Court. However, this principle poses considerable tension and conflicts arising from the joint Spanish state as geographically complex state. In the present study the contents of Law 20/2013, Assurance Market Unit setting forth its basic principles and its application will pose problems discussed.*

**PALABRAS CLAVE:** Ley, mercado, unidad.

**KEY WORDS:** *Law, market, unity.*

---

\* Profesor titular de Derecho Mercantil, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: ebarrero@us.es. Correo postal: Facultad de Derecho Universidad de Sevilla, Campus Ramón y Cajal, C/ Enramadilla 18-20 CP 41018- Sevilla, España.

## I. PLANTEAMIENTO

Tal y como declara el Preámbulo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado<sup>1</sup> (en adelante y, por lo general, LGUM) el principio de unidad de mercado tiene su reflejo o encuentra supuestamente su asiento constitucional en el artículo 139 de la Constitución española, conforme al cual todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado y ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español<sup>2</sup>. Esta Ley avanza en el proceso iniciado con la transposición al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 2006/123, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior; Directiva que pretendió, conforme a su *Considerando* segundo, eliminar el gran número de barreras existentes en el mercado interior que impedían a los prestadores, en particular a las pequeñas y medianas empresas (PYMES), extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior.

Como indica LEÓN SANZ F.J. la Constitución española reconoce y garantiza la legitimidad de la autonomía política. El bloque de constitucionalidad establece las competencias originarias que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas. El ejercicio de estas competencias se ha de hacer por el Estado y las Comunidades Autónomas de forma que se promuevan y se garanticen los derechos fundamentales de los ciudadanos en el conjunto del Estado, también, naturalmente, el de la libre iniciativa económica. Los Estados descentralizados como el español conjugan, pues, la descentralización político-territorial con la unidad de mercado en el conjunto del territorio del Estado<sup>3</sup>, lo cual plantea no pocas tensiones y conflictos internos que demandan el establecimiento de un adecuado sistema de reparto de competencias<sup>4</sup>.

El Tribunal Constitucional español se manifestó tempranamente sobre la importancia y el valor del principio de unidad de mercado; sin embargo, tales pronunciamientos constitucionales no vinieron refrendados por una ley que, con carácter general, acometiera el propósito de implantar dicho principio de manera generalizada en el ordenamiento jurídico español, quizá por las dificultades consustanciales a la complejidad de la articulación territorial del Estado español y por la certeza de que dicha hipotética Ley habría de producir no pocas tensiones y conflictos en su aplicación como, de hecho, está produciendo desde su aprobación la Ley 20/2013 con diversos recursos de inconstitucionalidad planteados contra diversos preceptos de su articulado por algunas Comunidades autónomas algunos de los cuales han sido muy recientemente resueltos por alguna Sentencia del Tribunal Constitucional español, como es el caso de la 79/2017, de 22 de junio. Durante las primeras décadas de vigencia de la Constitución española no se sintió, por tanto, la necesidad de una Ley que regulara la unidad de mercado, de manera que fue el Tribunal Constitucional el que fue fijando la extensión y alcance de este principio.

Conceptual y terminológicamente, el Tribunal Constitucional español ha distinguido tradicionalmente entre dos conceptos que, pese a su indudable conexión y a estar inequívocamente emparentados, resultan diferentes en lo sustancial: la *unidad*, a la que el Diccionario de la Lengua Española define en la primera de sus acepciones como la “propiedad de todo ser en virtud de la

<sup>1</sup> BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

<sup>2</sup> Señala DE LA CUESTA RUTE, J.M. (“El Código mercantil y el principio de unidad de mercado” en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 57) que lo primero que hay que decir, con toda la doctrina por lo demás, es que en la Constitución no se encuentra expresamente formulado un “principio de unidad de mercado”, pero que también se señala, y con apoyo en el Tribunal Constitucional, que el principio está implícito o es subyacente al texto de la Constitución y que en dicho principio se quiere encontrar un límite al poder que las Comunidades Autónomas pueden ejercer sobre las materias de carácter económico. A juicio de este autor resulta comprensible que la Constitución no aluda a la unidad de mercado por la obviedad de que el espacio en que se desenvuelven sus procesos interiores es único y se extiende hasta donde alcanza la jurisdicción del Estado nacional.

<sup>3</sup> LEÓN SANZ, F.J. “La garantía de la unidad de mercado” en ICE, marzo-abril de 2013, núm. 871, pp. 35 y 36.

<sup>4</sup> Sobre esta cuestión *vid.*, en sus aspectos generales y atinentes al ámbito jurídico privado, DIAZ MORENO, A. “El derecho mercantil en el marco del sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996, pp. 227-272.

cual no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere”, y la *uniformidad*, definida, por su parte, como la cualidad de lo uniforme predicable de las cosas que tienen la misma forma. La conclusión es que el mercado debe ser único, pero no necesariamente uniforme. La unidad, en otros términos, no impone ni obliga a una homologación absoluta y resulta compatible con la diversidad de regímenes jurídicos y con las competencias autonómicas en la materia. A la unidad se opone, en suma y simplemente, la división y la fragmentación que, a juicio del Preámbulo de la Ley 20/2013, “*dificulta la competencia efectiva e impide aprovechar las economías de escala que ofrece operar en un mercado de mayores dimensiones, lo que desincentiva la inversión y, en definitiva, reduce la productividad, la competitividad, el crecimiento económico y el empleo, con el importante coste económico que supone en términos de prosperidad, empleo y bienestar de los ciudadanos*”<sup>5</sup>.

Ahora bien, la aprobación de la Ley distó mucho de resultar pacífica, de manera que desde el mismo momento de su aprobación se produjeron reacciones adversas. MARC CARRILLO, por ejemplo, en artículo publicado en el diario *El País* de 11 de marzo de 2014 la tildó de disposición de carácter liberalizador y esencialmente desreguladora de la actividad económica<sup>6</sup>. Esta ley establecía en su redacción originaria el llamado principio de “eficacia en todo el territorio nacional” sobre el que ha venido a pronunciarse el Tribunal Constitucional en la recientísima Sentencia citada y que, *grosso modo*, significaba que desde el momento en el que una empresa estuviera legalmente establecida en el territorio español podría ejercer su actividad económica en todo el territorio siempre que cumpliera los requisitos de acceso a la actividad que estableciera la Administración de origen. Si bien el objetivo de la ley era facilitar la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos sus detractores argumentaban que lo cierto era que la consecuencia más probable era la de una competencia a la baja entre las comunidades autónomas para atraer la instalación de empresas en su territorio, ofreciendo condiciones menos exigentes para desarrollar la actividad en todo el Estado y sin controles posteriores. En el ámbito competencial, esta normativa de mínimos supondría la neutralización de aquellas competencias autonómicas que fueran más rigurosas a la hora de autorizar determinadas actividades económicas al objeto de proteger, por ejemplo, la salud, el medioambiente o los derechos de los consumidores. Esta denuncia del exagerado liberalismo de la Ley y su afán vorazmente desregulatorio, que habría llegado en su ejecución a sobrepasar incluso la propia dinámica del Derecho europeo en la construcción del Mercado Interior, constituyó una constante en los detractores y críticos de esta normativa. Por ello, desde la aprobación de esta Ley se plantearon interesadas dudas sobre su propia constitucionalidad, en la medida en que un texto de estas características podría incidir presuntamente en competencias autonómicas. Pues bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017, de 22 de junio, ha anulado los artículos que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado dedicaba al principio de eficacia en todo el territorio nacional y ha declarado igualmente inconstitucional la suspensión automática de los actos y disposiciones de las comunidades autónomas recurridos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el marco del nuevo proceso contencioso-administrativo introducido por la Ley.

## II. PRESUPUESTO. LA UNIDAD DE MERCADO: UN CONCEPTO PARTICULARMENTE COMPLEJO

Los autores suelen convenir más o menos pacíficamente en la validez y oportunidad del concepto de mercado aportado por la ciencia económica, conforme al cual el mercado puede definirse como el ámbito o escenario en el que tiene lugar la confluencia entre la oferta y la demanda de los productos o servicios, ámbito que abarca una extensión geográfica o territorial determinada. Conviene precisar que esta noción, generalizadamente admitida, alude a una dimensión *objetiva* del

<sup>5</sup> MUÑOZ MACHADO, S. “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”, *REDA*, núm. 163, 2014, pp. 11 y 16, califica esa afirmación sobre la fragmentación del mercado de “políticamente interesada” y “exagerada”, lo que correlativamente le lleva a afirmar que la LGUM es de “dudosa necesidad y utilidad”.

<sup>6</sup> “Crisis y centralización del Estado”, *Diario El País* de 11 de marzo de 2014. Particularmente crítico con este artículo se muestra ALFARO ÁGUILA-REAL, J. en la entrada de su blog sobre Derecho mercantil “Unidad de mercado y competencias autonómicas”.

mercado, pues cuando se alude al mercado como conjunto de compradores reales o potenciales de un producto, cuando se afirma, por ejemplo, que un determinado producto tiene *mercado*, se está recurriendo a una dimensión subjetiva del concepto.

Una primera dificultad consustancial al concepto de unidad de mercado es que el mercado, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, resulta una noción extraordinariamente flexible, de manera que no resulta posible concebir un mercado inamovible o dotado de permanente estabilidad, sino que el mercado se extenderá a diferentes ámbitos o extensiones potenciales, a demarcaciones geográficas diversas, por lo que puede, en consecuencia, hablarse tanto de mercados a nivel local (municipales, por ejemplo), regionales, autonómicos, nacionales o, llegado el caso, internacionales. El concepto de mercado, por tanto, resulta por definición poliédrico y existe una particular dificultad a la hora de formular una concepción unitaria, por su potencialidad integradora de muy diversos escenarios geográficos y espaciales.

Como ha señalado la doctrina “*el mercado tiene a la vez algo de artificial y real. Es un concepto esencialmente económico. Pero, al mismo tiempo, el mercado es la expresión de una realidad fáctica, cual es el intercambio de bienes y servicios, que necesita constantemente, por razones muy diversas, respuestas jurídicas. En el mundo conviven mercados ancestrales donde la economía funciona aún sobre la base del trueque –bienes o servicios a cambio de otros bienes o servicios– con mercados altamente sofisticados. Junto con el mercado globalizado o internacionalizado siguen existiendo mercados locales, regionales y nacionales*”<sup>7</sup>.

Huelga decir que la unidad de mercado que aspira a implantar la Ley 20/2013 que comentamos se refiere, obviamente, al mercado nacional español y que su necesidad viene determinada por las exigencias consustanciales a la compleja articulación territorial del Estado español y, en definitiva por esa “fuerza centrífuga” latente que parece caracterizar a la Nación española y a la que ha aludido lúcidamente la doctrina administrativista<sup>8</sup>.

A esta ductilidad de la noción de mercado debe añadirse que disponemos de muy escasos elementos normativos que puedan arrojar alguna luz en la labor de establecer un concepto de mercado. Las numerosas Leyes que, en casi todos los órdenes y niveles, contemplan el fenómeno del mercado desde diferentes perspectivas, parecen presupuestar dicho concepto de mercado, pero no descienden a formular una interpretación auténtica del mismo. Ello es así en casi todos los sectores aludidos del ordenamiento jurídico en los que la noción de mercado aparece involucrada y que cuentan, además, con respectivas adjetivaciones de este concepto circunstanciadas a las necesidades de sus disciplinas respectivas (piénsese en expresiones como las de *mercado laboral* o *mercado financiero*). Cabe sostener de esta manera que el Derecho en su conjunto muestra una relativa indiferencia a la hora de establecer un concepto de mercado y se muestra en este apartado conforme con las conclusiones generales elaboradas por la ciencia económica.

Siguiendo esta línea generalizada, la Constitución española tampoco aporta ni formula una noción de mercado, de manera que quizá la referencia más nítida a la misma sea la que se halla ubicada en su artículo 38 al establecer la libertad de empresa *en el marco de la economía de mercado*, pero este artículo, como la mayoría de los que integran la que ha dado en denominarse Constitución económica, se caracteriza por su relativa vaguedad, cuando no flexibilidad e indeterminación, en tanto aspira a diseñar básicamente una Constitución económica abierta y no constreñida ni subsumible en un modelo económico inmutable y fijo. Pese a esta dificultad el art. 38 de la Constitución, al acoger expresamente aunque sin desarrollo ulterior el concepto de mercado, resulta iluminador

<sup>7</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J. “Mercado interior, contrato y derecho de la competencia”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, enero-junio de 2006.

<sup>8</sup> MUÑOZ MACHADO, S. *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al siglo XXI)*, Iustel, Madrid, 2006, p. 14.

y clarifica la intención última de la Ley que comentamos sobre garantía de la unidad de mercado, dado que si el mercado se erige en el marco ideal de referencia para el ejercicio de la libertad de empresa y en el escenario o ámbito por definición para la actividad de los diferentes operadores económicos, la aspiración a la unidad de mercado no puede tener otra intención que no sea la de fortalecer dicho marco en beneficio de los propios agentes económicos y remover, en consecuencia, los obstáculos o trabas que puedan limitar dicha libertad. Por tanto y desde esta perspectiva, la Ley, en último término, se justifica más en el principio de libertad de empresa que en las propias exigencias de la unidad de mercado<sup>9</sup>.

De todo ello deducimos que el principio de libertad de empresa resulta verdaderamente relevante y decisivo para la comprensión del concepto de mercado. Como afirma DE LA CUESTA RUTE J.M. una correcta noción del mercado no puede dejar de considerar al empresario o sujeto que es quien ejerce el derecho a la libertad de empresa. Mercado y empresario están en relación de circularidad o, si se prefiere, entre el empresario y el mercado se da una interacción cibernética<sup>10</sup>.

Tampoco en el ámbito propiamente mercantil existen disposiciones normativas que contribuyan a esclarecer el concepto de mercado. Las Leyes integrantes del Derecho de la competencia, que constituyen el sector normativo que en mayor medida ha venido a abanderar la presunta configuración del moderno Derecho mercantil como Derecho del mercado, presupuestan esta noción pero no se detienen en divagaciones teóricas sobre su concepto. Así sucede en las Leyes 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. La presencia del mercado a lo largo de estas leyes resulta realmente abrumadora. La primera de ellas prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del *mercado nacional*, así como la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. La segunda, por su parte, declara tener como objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el *mercado*.

Como antes adelantábamos, este par de leyes competenciales se han erigido en uno de los recursos más recurrentes de la doctrina mercantilista para sostener esa nueva delimitación conceptual del Derecho mercantil como Derecho del mercado. A juicio de OLIVENCIA M. la legislación española posterior a la Constitución Española muestra el desbordamiento de la materia mercantil más allá de la delimitación marcada por el criterio de la empresa hasta el extremo de que la empresa no sirve ya como criterio calificador de la materia mercantil porque en el ámbito del mercado no solo entran las empresas. El régimen de la libre competencia, básico en las economías de mercado, no afecta solo a las empresas, sino a los actos que se realicen en el mercado, sean o no empresarios los sujetos agentes y pacientes<sup>11</sup>.

La Constitución española no ha establecido, por tanto, de una manera directa y explícita el principio de unidad de mercado, a diferencia de otros principios rectores de la política social y económica. Señala OLIVENCIA a este respecto que “*elegido así como clave del sistema económico constitucional el principio de economía de mercado, resulta curioso que la CE no haya formulado de manera expresa dos principios que parecen corolarios de aquél: el de libre competencia y el de*

<sup>9</sup> Resulta, por ello, particularmente llamativo que el comienzo del Preámbulo de la Ley aluda al reflejo de la unidad de mercado en el art. 139 de la Constitución en lugar de referirse al artículo 38. Solo más tarde se refiere el Preámbulo al artículo 38 al indicar “*Así pues, partiendo del artículo 38 de la Constitución Española, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado debiendo los poderes públicos garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, esta reforma constituye un elemento central del objetivo del establecimiento de un entorno económico y regulatorio que favorezca el emprendimiento, la expansión empresarial, la actividad económica y la inversión, en beneficio de los destinatarios de bienes y servicios, operadores económicos y de los consumidores y usuarios*”.

<sup>10</sup> Op. cit., p. 54.

<sup>11</sup> OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo, la Lección 1ª. Sobre el concepto de la asignatura. Discurso leído en la solemne apertura del Curso Académico 1999-2000 en la Universidad de Sevilla*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, p. 32.



*unidad de mercado. Fundamentales ambos, no han encontrado formulación explícita en el texto constitucional, aunque sí en legislación posterior y en la jurisprudencia del TC*<sup>12</sup>”.

Ahora bien, a efectos prácticos y operativos la unidad de mercado se encuentra instrumentalmente relacionada de una manera decisiva con la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia mercantil establecida en el artículo 149.1.6º de la Constitución española. Este precepto constitucional plantea diferentes cuestiones interpretativas, dado que se hace necesario, como vuelve a indicar OLIVENCIA, “*delimitar con precisión la materia mercantil para impedir que en ella incida con golpes de fractura un Derecho privado emanado de las Comunidades Autónomas*”<sup>13</sup>. Y en dicha tarea de delimitación una de las conclusiones fundamentales ha sido la de que la materia atribuida a la competencia del Estado de manera exclusiva es el Derecho privado, no el público, de la materia mercantil, de manera que toda la actividad de ordenación pública de la economía queda, en principio, al margen de la expresión legislación mercantil del art. 149.1.6ª y se ubica, en consecuencia, al margen de la regla de atribución de competencias que comporta<sup>14</sup>. El Tribunal Constitucional ha declarado en este sentido en su Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre, que cualquiera que sea la materia regulada por la legislación mercantil “*habrá de incluir en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales*”.

### III. LOS PRINCIPIOS DE GARANTÍA DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

Dentro de las disposiciones generales de la Ley ubicadas en el Capítulo primero el artículo 1.2 declara como premisa básica que la unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Lo cierto es que la dicción literal del precepto resulta un tanto equívoca y eleva al rango de fundamento de la unidad de mercado lo que parecen, más bien, ser consecuencias de la misma, pues consecuencia de la unidad de mercado resulta la deseable igualdad con la que los operadores económicos deben acometer el ejercicio de su actividad, más allá de la perniciosa fragmentación que expresamente deplora el preámbulo de la Ley.

Con independencia de esta cuestión terminológica, cabe destacar que la Ley no innova en la formulación de estos principios, sino que parte del ya suficientemente consolidado acervo comunitario, en el que las libertades de establecimiento y circulación constituyen conceptos sobradamente asentados y conocidos. *La libertad de establecimiento* puede ser concebida como el derecho particular gestado y amparado a nivel comunitario (y recogido en los artículos 49 y 54 del TFUE –con anterioridad en los arts. 43 y 48 del TCE–) conforme al cual se aspira a amparar el ejercicio, por parte de un sujeto económico comunitario, de una actividad económica con carácter independiente y de modo permanente en el territorio de un Estado miembro distinto del de su nacionalidad originaria. Igualmente, y muy especialmente en el ámbito societario, la libertad de establecimiento puede implicar que las entidades constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre en la Unión Europea puedan ejercer su actividad dentro de la misma mediante sucursales o filiales en otros Estados miembros y que éstos sean tratados en igualdad de condiciones con respecto a las sociedades autóctonas. El mismo concepto de unidad de mercado presenta un acentuado y marcado matiz europeísta<sup>15</sup>. El citado Preámbulo de la Ley reconoce expresamente la interferencia del De-

<sup>12</sup> *Ibid.* p. 29.

<sup>13</sup> *Ibid.* p. 31.

<sup>14</sup> En este sentido, DIAZ MORENO, A. op. cit., pp. 234 a 241.

<sup>15</sup> Sobre dicho matiz *vid.* FERNÁNDEZ LIESA, C.R. “Notas sobre la unidad de mercado en perspectiva internacional y europea” en *Cuadernos de Derecho transnacional*, octubre de 2014, vol. 6º, núm. 2, pp. 343 a 350.

recho europeo en la literalidad y en los principios de su articulado al declarar que en la elaboración de la Ley se ha tenido en cuenta la experiencia recabada durante el proceso de transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, también conocida como «Directiva de Servicios», proceso en el que se incorporaron al ordenamiento jurídico español, a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, una serie de principios básicos para la libre circulación, en especial el principio de eficacia nacional de los medios de intervención administrativa.

Ahora bien, a diferencia del proceso de construcción del Mercado Interior de la Unión Europea que se ha desarrollado a lo largo de los últimos veinte años, afirma el propio Preámbulo de la Ley de garantía de la unidad de mercado, esta norma pretende garantizar la unidad del mercado nacional español cuya existencia es ya una premisa básica de partida de la Constitución Española, evitando o minimizando las distorsiones que puedan derivarse de la organización administrativa territorial del Estado español.

Una vez declarados como fundamentos de la unidad de mercado los principios de libre circulación y de establecimiento la Ley consagra su Capítulo II al establecimiento de los que denomina “principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación”. De nuevo se debe poner de manifiesto que la ley incurre en este caso en una formulación larga y excesivamente perifrástica, pues si libre circulación y establecimiento de los operadores económicos son el fundamento de la unidad de mercado hubiera resultado más corto y expresivo, con algo menos de complejidad terminológica, agrupar a estos principios con una denominación alternativa, como la de “principios protectores de la unidad de mercado” o “principios de defensa de la unidad de mercado”.

Como señala LOZANO CUTANDA B. la Ley enuncia una serie de principios generales de la actividad económica, dirigidos a servir de guía a los operadores jurídicos en la interpretación y aplicación de las normas de liberalización y unificación del mercado que introduce, pero la mayoría de dichos principios no hacen sino reiterar y concretar para los operadores económicos algunos de los ya contenidos en la Ley 30/1992<sup>16</sup>. Procede a continuación, por tanto, un análisis singularizado de los principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación establecidos por la Ley.

## 1. Principio de no discriminación

Formulado por el artículo 3 de la Ley, constituye un principio de nuevo cuño que, conforme a la opinión de la doctrina, constituye una de las novedades más relevantes de la Ley. Es necesario matizar que la verdadera novedad viene constituida por la formulación y la acogida positiva de dicho principio, pues la noción de igualdad y su inequívoca relación con la unidad del mercado habían venido siendo barajadas por el Tribunal Constitucional en algunos de sus pronunciamientos más relevantes sobre la unidad de mercado. En efecto, el TC había considerado que “*la efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la existencia de un mercado único y que la unidad de mercado descansa, a su vez (como han señalado las SSTC 96/1984 y 88/1986), sobre dos supuestos irreductibles: la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio español, que ninguna autoridad podrá obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts 139.1 y 149.1.1.ª CE), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone*” (Sentencia 64/1990).

<sup>16</sup> LOZANO CUTANDA, B., “Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: las diez reformas clave”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 157 a 166.

Establece el artículo 3 de la Ley que “1. Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento” y que “2. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico”.

Partiendo de la literalidad de la norma se puede glosar su contenido realizando una serie de observaciones.

En primer lugar, cabe destacar que se ha producido una depuración o intensificación del alcance del principio de igualdad y no discriminación en relación con la unidad de mercado. Efectivamente, y tal y como advertido la doctrina, la formulación positiva del principio incorpora un salto cualitativo o, si se quiere, un importante avance respecto de los términos con los que el Tribunal Constitucional se refería a la igualdad como fundamento de la unidad de mercado<sup>17</sup>. El Alto Tribunal refería la igualdad a las *condiciones básicas para el ejercicio de la actividad económica*, en tanto que el artículo 3 de la Ley se refiere expresamente a que los operadores económicos tendrán los *mismos derechos* en todo el territorio nacional sin que quepa, en consecuencia, discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento. Puede, pues, afirmarse, que se ha producido un desplazamiento desde lo objetivo, las condiciones básicas para el ejercicio de la actividad económica, hacia lo subjetivo, los propios operadores económicos y sus derechos, en cuanto a la delimitación de la igualdad y de la no discriminación. En otros términos, cabe destacar que la Ley realiza un proceso de subjetivización de este principio de igualdad al referirlo expresamente a los derechos de los operadores económicos.

En segundo lugar, merece la pena destacar igualmente que la enumeración de conductas potencialmente discriminatorias resulta particularmente amplia, pues la Ley prohíbe no solo las disposiciones de carácter general, sino también las actuaciones administrativas o normas de calidad referidas al acceso o al ejercicio de actividades económicas que puedan contener condiciones o requisitos que produzcan el efecto directo o indirecto de discriminar por razón del establecimiento o la residencia del operador económico. Con ello se dibuja un espectro potencialmente amplio y se establece una norma destinada a actuar como dique de contención frente a conductas de la Administración que puedan derivar en el resultado discriminatorio expresamente proscrito por la Ley.

En tercer lugar debemos destacar que el artículo 18.2 de la Ley, ubicado en el Capítulo IV que establece las garantías al libre establecimiento y circulación, particulariza algunas de las conductas que se consideran actuaciones limitativas de dichas libertades y reputa tales los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estos requisitos se incluyen, en particular: a) que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio; b) que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio; c) que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio; d) que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio; e) que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente.

<sup>17</sup> LOZANO CUTANDA, B. *ibid.*, p. 158.

## 2. Principio de cooperación y confianza mutua. En particular, el Consejo para la Unidad de Mercado

El artículo 4 de la Ley de garantía de la unidad de mercado establece como segundo de los principios garantes de la libertad de establecimiento y de circulación los principios de cooperación y confianza mutua. Conforme a este artículo “*Con el fin de garantizar la aplicación uniforme de los principios recogidos en este Capítulo y la supervisión adecuada de los operadores económicos, las autoridades competentes cooperarán en el marco de los instrumentos establecidos en el Capítulo III de esta Ley. Las autoridades competentes, en sus relaciones, actuarán de acuerdo con el principio de confianza mutua, respetando el ejercicio legítimo por otras autoridades de sus competencias, reconociendo sus actuaciones y ponderando en el ejercicio de competencias propias la totalidad de intereses públicos implicados y el respeto a la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos y a la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio nacional*”.

Como afirma VICENTE RUIZ M.D.<sup>18</sup> la descentralización territorial conlleva que, en el ejercicio de sus legítimas competencias, los tres niveles territoriales de administración, estatal, autonómico y local, hayan ejercido su competencia regulatoria, aunque con distinta intensidad (el poder legislativo solo es predicable respecto del ámbito estatal y autonómico) y esto ha ocasionado una fragmentación del mercado nacional al crear, desde las distintas regulaciones de las actividades económicas, barreras de entrada a los mercados locales y limitaciones a la libre competencia por exceso y disparidad de normas jurídicas aplicables a la actividad económica; lo que ha afectado negativamente a la competitividad de la economía española. Señala el Tribunal Constitucional al respecto que “*dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo no cabe deducir de la Constitución que, en todo caso, corresponda a cada una de ellas un derecho o facultad que le permita ejercer las competencias que le son propias en régimen de estricta y absoluta separación. Por el contrario, la unidad misma del sistema en su conjunto, en el que diferentes entidades autónomas se integran, así como el principio de eficacia administrativa (art. 103 CE) que debe predicarse no solo de cada Administración Pública, sino del entero entramado de los servicios públicos, permiten, cuando no imponen, al legislador establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones locales y de todas ellas con el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que para la gestión de sus intereses respectivos les correspondan*” (STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 2).

En realidad y desde el punto de vista de los principios, la Ley de garantía de la unidad de mercado no hace sino particularizar y adaptar al ámbito concreto de las autoridades competentes concernidas en el mercado las reglas sobre cooperación dispuestas en el artículo 4 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, norma que obliga a las Administraciones públicas a actuar y relacionarse de acuerdo con el principio de lealtad institucional respetando, en consecuencia, el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias, ponderando en el ejercicio de las competencias propias la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones, facilitando a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias y prestando, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias.

Cooperación y confianza mutua son, pues, principios tan conceptual e íntimamente emparentados que cabría calificarlos como *siameses*, y que presentan, por lo demás y tal y como advierte la doctrina<sup>19</sup>, una doble dimensión. La cooperación, en su dimensión positiva, permite articular la actividad común entre varias administraciones facilitando el ejercicio de las competencias propias

<sup>18</sup> “La necesaria cooperación administrativa para hacer efectiva la unidad de mercado”, ICE, marzo-abril de 2013, núm. 871, p. 99.

<sup>19</sup> VICENTE RUIZ, M.D., *ibid.* p. 101.

de cada administración, y, en su dimensión negativa, permite no obstaculizar el ejercicio de competencias ajenas. Por otra parte, el principio de confianza mutua exige no solo respetar el ejercicio legítimo de las competencias del resto de administraciones sino también reconocer la plena eficacia de su actuación, evitando interferencias. Se trata de una traslación al Derecho público del principio general de buena fe sobre el que pivota el Derecho privado, tal y como recoge el artículo 7 del Código Civil como norma supletoria general.

Tal y como hemos expuesto anteriormente, el artículo 4 de la Ley ubica la deseable cooperación de las autoridades competentes en el marco de los instrumentos previstos en el Capítulo III de la propia Ley. Destaca de entre tales instrumentos la creación por el artículo 10 del denominado Consejo para la Unidad de Mercado cuyas funciones quedan explicitadas en el propio precepto y en el Reglamento de funcionamiento interno del Consejo.

En concreto, el artículo 4 de dicho Reglamento dispone que el Consejo desempeñará las siguientes funciones que le atribuye el artículo 10 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre: a) Seguimiento de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes a los principios de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. b) Impulso de los cambios normativos necesarios para la eliminación de obstáculos a la unidad de mercado en los marcos jurídicos correspondientes. c) Seguimiento de los mecanismos de cooperación establecidos en dicha Ley, en particular, del sistema de intercambio de información y la efectiva integración de registros sectoriales. d) Coordinación de la actividad desarrollada por las conferencias sectoriales en materia de unidad de mercado. e) Seguimiento de los mecanismos de protección de los operadores económicos previstos en el Capítulo VII de dicha Ley, así como de sus resultados. f) Aprobación del informe a que se refiere la letra f) del artículo 11 de dicha Ley. g) Impulso de las tareas de cooperación en la elaboración de proyectos normativos establecidas en el artículo 14 de dicha Ley. h) Impulso y revisión de los resultados de la evaluación periódica de la normativa a que se refiere el artículo 15 de dicha Ley.

La Ley completa el cuadro administrativo del Consejo para la Unidad de Mercado con la previsión en su artículo 11 de la Secretaría del Consejo para la unidad de Mercado, a la que se le atribuyen las siguientes funciones: a) Supervisión continua de la aplicación de la Ley y de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes; b) Análisis y evaluación de la situación de la unidad de mercado en el territorio nacional; c) Elaboración de un catálogo de buenas y malas prácticas que tienen efectos sobre la unidad de mercado, que será aprobado por el Consejo para la Unidad de Mercado; d) Elaboración y difusión de indicadores de calidad normativa respecto a la unidad de mercado y su impacto económico; e) Gestión de los mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la unidad de mercado en el marco de lo previsto en el Capítulo VII de esta Ley; f) Elaboración de un informe de carácter semestral sobre las letras anteriores con conclusiones y, en su caso, recomendaciones para la revisión o reforma de marcos jurídicos g) Articulación de acciones de cooperación y actividades conjuntas entre autoridades competentes.

### 3. Principios de necesidad y proporcionalidad

Señala REBOLLO PUIG M. que el artículo 5 de la Ley de garantía de la unidad de mercado, al formular los principios de necesidad y proporcionalidad<sup>20</sup> de las actuaciones de las autoridades competentes contiene un precepto clave sobre el que no se ha reparado suficientemente y comporta el límite más general y riguroso a los poderes públicos infraestatales<sup>21</sup>. A juicio del citado

<sup>20</sup> Sobre este principio *vid.*, con carácter general, PERNAS GARCÍA, J.J. "Principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de Garantía de Unidad de Mercado" en *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, María José Alonso Mas (dir.), 2014, pp. 417-466.

<sup>21</sup> REBOLLO PUIG, M. "La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. En especial, los principios de necesidad y de eficacia nacional y su repercusión sobre las Comunidades Autónomas" artículo publicado como documento en la página del *Instituto de Derecho público de Barcelona*, [idpbarcelona.net/docs/intranets/unidadmercado\\_2014.docx](http://idpbarcelona.net/docs/intranets/unidadmercado_2014.docx), p. 5.



autor, tras este precepto subyace una configuración radical del principio de libertad de empresa. Y es que, en efecto, conforme al artículo 5 de la Ley “1. *Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. 2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica*”.

Establece la norma, por lo tanto, invirtiendo su formulación sintáctica, que solo podrán establecerse por parte de las autoridades competentes límites al acceso o al ejercicio de las actividades económicas (lo que es tanto como decir al núcleo duro de los derechos o facultades integrantes de la libertad de empresa consagrada con carácter general en el artículo 38 de la Constitución) por razones imperiosas de interés general<sup>22</sup>. Es precisamente esta adjetivación, *imperiosas*, la que constituye, a mi juicio, el elemento más llamativo del precepto, pues con ella se nos viene a decir, en buena lógica, que ni siquiera resultan suficientes razones de interés general para la limitación de la libertad de empresa, sino que dichas razones han de ser *imperiosas*, fuertes e ineludibles, necesarias o urgentes, por utilizar los sinónimos con los que el Diccionario de la Lengua define la voz imperiosa.

En otras palabras, tal y como indica REBOLLO PUIG M. “*ese principio de necesidad no significa sin más que esas limitaciones hayan de ser necesarias para la defensa de cualquier interés general o para los que tengan respaldo constitucional, sino necesarias precisamente para la protección de unos cuantos intereses elegidos por el mismo legislador estatal; cualquier otro interés general queda proscrito como posible justificación de límites a las libertades económicas, como posible finalidad de las restricciones a esas libertades; y ello con independencia de que supongan o no trabas para la libre circulación o unidad de mercado*”<sup>23</sup>.

Ahora bien, si la adjetivación *imperiosa* resulta enfática y potencialmente restrictiva, la interpretación auténtica del concepto realizada por el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, al que remite expresamente la Ley de garantía de la unidad de mercado, es extraordinariamente laxa, flexible y amplia. Conforme a dicho artículo se entiende por “Razón imperiosa de interés general” toda razón definida e interpretada (por) la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas (a) las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

La lista resulta extraordinariamente amplia y potencialmente abarcadora de múltiples supuestos, por eso llama en parte la atención y tiene razón REBOLLO PUIG cuando afirma que, aunque amplia, es mucho lo que queda fuera de esta lista, entre otras cosas las razones expresamente admitidas por el art. 38 CE para limitar la libertad de empresa, o sea, la “defensa de la productividad” y las “exigencias de la economía general” y la planificación, pero además quedan también razones insitas en los arts. 128 y 131 CE y otras muchas más concretas que quizá pudieran entenderse comprendidas en ellas o en otros preceptos constitucionales, desde la protección de los

<sup>22</sup> La dicción literal del artículo resulta extraordinariamente enfática y solemne: al aludir a que las administraciones “motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general”.

<sup>23</sup> REBOLLO PUIG, M. *ibid.*, p. 6.

pequeños empresarios o de la artesanía o de las cooperativas a la integración de los discapacitados o de personas en riesgo de exclusión social<sup>24</sup>.

Lo establecido en el artículo 5 de la Ley debe ser puesto en relación con los artículos 16 y 17. El artículo 16, bajo la rúbrica de “libre iniciativa económica” establece que “*el acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y solo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales*”<sup>25</sup>.

El art. 17 LGUM establece los criterios que permiten determinar que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia respectiva de una autorización, declaración responsable o comunicación. Se trata de un elemento realmente esencial del entramado normativo de la Ley. Esta determinación de los casos que dan lugar a que se entienda concurren las circunstancias (por ser *necesario y proporcionado*) para que se pueda exigir al operador una autorización, declaración responsable o comunicación se completa con la enumeración en el artículo 18 de las actuaciones que atentan contra las libertades de establecimiento y circulación. En todo caso, no resulta permitida la exigencia cumulativa o sucesiva de varios tipos de intervención por parte de la autoridad competente puesto que el art. 17.4 LGUM dispone que ello es incompatible al ser preciso que el principio de necesidad y proporcionalidad dé cobertura a un único medio de intervención, ya sea la autorización, la declaración responsable o la comunicación, pero únicamente resulta posible imponer una de ellas.

El marco normativo establecido por la Ley puede resumirse del siguiente modo:

a) Exigencia de autorización: El art. 17.1 LGUM establece los casos en los que se considera que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad hasta el punto que la autoridad competente puede exigir al operador económico una autorización, definida en el Anexo de la Ley como “*cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija a un operador económico con carácter previo para el acceso a una actividad económica o su ejercicio*”. Puede imponerse un régimen de autorización cuando con la presentación de una *declaración responsable* o de una *comunicación* no fuera suficiente por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, por ser las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado o cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución. El propio art. 17.1 LGUM dispone que las inscripciones en registros con carácter habilitante tendrán a todos los efectos el carácter de autorización;

<sup>24</sup> REBOLLO PUIG, M. *ibidem*.

<sup>25</sup> En realidad, la lectura de este artículo, complementario del artículo 5, arroja bastante luz sobre el sentido y el significado de dicho precepto. Sostiene REBOLLO PUIG M. (*ibid.* p. 8) que el art. 5.1 LGUM va más allá de la preservación de la unidad de mercado. Se desenvuelve y juega al margen de ella, con total independencia de lo que se supone es la finalidad de esta Ley. Pone límites, no sólo ni principal o directamente a los obstáculos a las libertades de circulación, sino a cualquier restricción a las libertades económicas. Es mucho más que un medio para asegurar la libre circulación de servicios y productos. Lo que realmente intenta es consagrar una configuración radical de la libertad de empresa que, con independencia de cualquier peligro para la unidad del mercado nacional y las libertades de circulación, restringe drásticamente las posibilidades del legislador para limitar su ejercicio”. Se evidencia aquí y alcanza su máxima potencia, a juicio de este autor el propósito desregulador que luce en la Exposición de Motivos de la LGUM. También FERNÁNDEZ FARRERES, G. “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación...”, *REDA*, núm. 163, p. 124, afirma que en la LGUM “las consecuencias vinculadas a este principio de necesidad y proporcionalidad trascienden del objetivo de garantizar la unidad de mercado”; y que “resulta inapropiada, además de innecesaria, la apelación a la garantía de la unidad de mercado para tratar de justificar la opción política, de marcado signo liberalizador, por la que se ha decantado la LGUM”. Porque “lo que se viene a reforzar es la libre iniciativa económica o, si se quiere, la libertad de empresa, pero no, al menos en estrictos términos, la unidad de mercado”.

b) Exigencia de declaración responsable: El art. 17.2 LGUM enuncia los supuestos en los que, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, se puede imponer al operador jurídico una declaración responsable. El art. 3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, define declaración responsable como “*el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad*”. Los casos previstos en la Ley que permiten exigir para el acceso o ejercicio de una actividad económica o para las instalaciones en el que se realicen se reducen a aquellos en que la normativa correspondiente así lo exija y ello sea debido al cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general;

c) Exigencia de comunicación: El art. 17.3 LGUM, por último, contempla la posibilidad de exigir al operador la presentación de una comunicación, para lo cual se exige la existencia de alguna razón imperiosa de interés general por la que resulte preciso conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado.

El principio de necesidad, por lo tanto, no puede concebirse aisladamente y sin referencia a la libertad de empresa pues es la libertad en el ejercicio de las actividades económicas la que determina que la excepcionalidad de la intervención tenga que encontrar su fundamento en razones que la justifiquen y que, además, guarden la debida proporción con el interés público que motiva esta exigencia.

Los *principios de necesidad y proporcionalidad deben ser* entendidos como los instrumentos que permiten determinar la regla general de la intervención mínima y las causas que, excepcionalmente, permiten el establecimiento de un régimen de autorización y que da lugar a la concreta instrumentalización de este principio en cuanto a la determinación en los casos en los que se entiende que cabe la exigencia de una autorización así como los supuestos (actuaciones) que pueden ser considerados limitaciones a las libertades de establecimiento y circulación<sup>26</sup>.

Sentado el principio general de que el establecimiento de límites al libre ejercicio de actividades económicas debe estar fundamentado en razones imperiosas de interés general, el art. 5.2 adiciona el principio de proporcionalidad al establecer que “*cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica*”. En relación con la consagración de este principio por la Ley podemos realizar algunas observaciones:

a) La exigencia de proporcionalidad se predica e impone en el precepto a cualquier límite o requisito que se establezca en relación con el ejercicio de las actividades económicas. El principio de proporcionalidad complementa, pues, al de necesidad, fundiéndose operativamente en su mecánica y funcionamiento en un binomio inescindible, e imponiendo la exigencia de que los límites al ejercicio de las actividades económicas resulten no solo *necesarios*, sino también *proporcionados*, lo que implica tanto como decir justos y ecuanímenes en su extensión, sin exceder leoninamente de la razón imperiosa de interés público que motiva su existencia.

En otros términos, es la preteritoriedad y urgencia de la razón la que determina –o debe determinar– la extensión del límite. El Diccionario de la Lengua define la proporcionalidad como “*la conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí*”. Huelga decir que lo que este precepto demanda es la conformidad a la que alude tras la disyuntiva en su segundo

<sup>26</sup> En este sentido, FUERTES LÓPEZ, J. “Unidad de mercado y actividad administrativa. Una aproximación a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado”, *Revista de Derecho Local*, 1 de diciembre de 2013, [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com).



inciso: la conformidad de las cosas relacionadas entre sí que son, en este caso el límite o requisito que se establezca y la razón imperiosa de interés general invocada. Ello conduce a la conclusión de que habrá de realizarse, por tanto, un juicio de ponderación ubicando en la balanza dos elementos fundamentales, el límite establecido y la razón imperiosa de interés general que lo motiva, para determinar que aquél se acomoda en extensión y contenido a esta, pues ponderar es tanto como tomar en consideración simultáneamente exigencias, sopesar y valorar criterios o medir el peso de razones<sup>27</sup>. Como indica REBOLLO PUIG el principio de proporcionalidad comporta poner en relación dos variables, aquí esas variables son, de un lado, el beneficio de la medida para el interés general perseguido y, de otro, el perjuicio de la medida para la unidad de mercado<sup>28</sup>.

b) Naturalmente, el principio de proporcionalidad no ha sido creado ni alumbrado por la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado; antes bien, constituye un principio clásico del Derecho administrativo<sup>29</sup>. La doctrina ha puesto de manifiesto que su gestación y formulación depurada resultan relativamente recientes, pero que, de una manera u otra, la aspiración a la proporcionalidad entronca con razones de equidad y justicia material y estaría presente en nuestros ancestros desde la Antigüedad. Ha existido, en consecuencia, lo que bien podríamos denominar una evolución o tránsito desde la simple regla de la proporcionalidad, de naturaleza más intuitiva y extrajurídica, al principio de proporcionalidad, tránsito en el que han resultado particularmente relevantes tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>30</sup>. Esta última ha afirmado, por ejemplo, que el principio constituye el enlace entre el finalismo del acto y su causa y los presupuestos de hecho que lo determinan<sup>31</sup> y que coadyuva a la aplicación flexible y equitativa de la normativa aplicable<sup>32</sup>. Incluso algunas Sentencias han llegado a proclamar su condición de principio general del Derecho con invocación de constante jurisprudencia en tal sentido<sup>33</sup>.

c) Aun cuando no lo establezca expresamente ni lo consagre de manera autónoma, dado que el artículo 5 de la Ley solo menciona los principios de necesidad y proporcionalidad, podría interpretarse sin forzar demasiado la argumentación que el artículo 5 establece otro principio de forma implícita o subrepticia, como sería el principio de excepcionalidad de los límites. Los límites, por tanto, no solo habrán de ser necesarios y proporcionados, sino excepcionales, casi valdría decir que residuales, como fácilmente se desprende de la dicción literal del precepto al afirmar que cualquier límite o requisito debe ser tal “*que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica*”. La fijación de límites o requisitos solo resultaría posible conforme a los dictados de la Ley en todos aquellos supuestos en los que no existiera alguna alternativa válida.

#### 4. Principios de simplificación de cargas y transparencia

El artículo 7 de la Ley establece que “*la intervención de las distintas autoridades competentes garantizará que no genera un exceso de regulación o duplicidades y que la concurrencia de varias autoridades en un procedimiento no implica mayores cargas administrativas para el operador que las que se generarían con la intervención de una única autoridad*”.

<sup>27</sup> Así, L. ARROYO JIMÉNEZ, “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, en *InDret*, mayo de 2009, p. 4.

<sup>28</sup> REBOLLO PUIG, M. cit., p. 13.

<sup>29</sup> BARRERO GONZÁLEZ E. afirma que el principio de proporcionalidad constituye, en realidad, una concreta manifestación del principio de libertad, toda vez que si la intromisión de la Administración en la esfera de derechos e intereses de los particulares requiere, por definición, una expresa habilitación del ordenamiento y una justificación objetiva, inspirada en el interés público, la proporción entre los fines perseguidos y las medidas adoptadas garantiza el máximo margen de libertad particular que el interés público consiente y, con ello, la racionalidad de la acción administrativa, evitando la desconexión arbitraria entre fines y medios (*La obra jurídica del Magistrado Ángel Martín del Burgo*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2006, p. 93).

<sup>30</sup> Sobre este principio *vid.*, con carácter general, J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988 y los artículos dedicados a dicho principio en *Cuadernos de Derecho público*, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998.

<sup>31</sup> Sentencia del TS de 10 de julio de 1984, Aranzadi 5577.

<sup>32</sup> Sentencia del TS de 10 de mayo de 1983, Aranzadi 2923.

<sup>33</sup> Sentencia del TS de 26 de diciembre de 1984, Aranzadi 6726.

Este precepto establece el principio de simplificación de cargas dentro del capítulo segundo como medida garantista de las libertades de establecimiento y de circulación y, en último término, mecanismo orientado a la preservación de la unidad de mercado. Se trata, como puede deducirse fácilmente, de que la libertad de mercado no sea vea constreñida ni ahogada por una burocracia estéril y desproporcionada o una intervención de las autoridades competentes que no esté inspirada en la agilidad que precisa el mercado y las relaciones económicas que se desarrollan en él.

Lo cierto es que aunque este principio se formule y establezca de manera independiente en el articulado de la Ley está indudablemente relacionado con otros. Así, la simplificación de cargas se relacionaba igualmente con el principio de licencia comercial única que constituía uno de los ejes vertebradores de la redacción originaria de la Ley de Garantía de la Unidad de mercado, si bien dicho principio ha sufrido un importante varapalo tras la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional español de 22 de junio de 2017.

En relación con este principio cabe realizar las siguientes consideraciones:

a) La redacción del artículo 7 de la Ley no nos parece particularmente afortunada ni un ejemplo precisamente de claridad normativa. La norma establece que las autoridades competentes garantizarán que no generan un “exceso de regulación” o “duplicidades”, pero no aclara ni precisa a qué clase de excesos o duplicidades se refiere. La alusión a los excesos de regulación resulta equívoca y tampoco parece demasiado clara la referencia a las duplicidades. Desde este punto de vista, quizás la formulación de este principio tenga un cierto aire retórico, cuando sus postulados bien podrían considerarse embebidos y subsumidos en el propio artículo 103 de la Constitución española, conforme al cual la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Entendemos que la simplificación y reducción de cargas necesarias y estériles queda perfectamente amparada por la exigencia general de eficacia de la Administración pública, y que consagrar este principio de manera autónoma constituye simplemente una bienintencionada, aunque innecesaria, insistencia en lo obvio;

b) Parece oportuno citar en esta sede el *Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado* publicado en el BOE de 9 de Octubre de 2014<sup>34</sup> y que es resultado de una propuesta de la Subcomisión de Simplificación Administrativa de la Comisión interministerial para la Reforma de las Administraciones Pública (CORA), creada en octubre del año 2012 con el sano objetivo de trazar una hoja de ruta de reformas de las Administraciones Públicas para reducir su tamaño, dotarlas de flexibilidad y mejorar su eficacia. Y ello mediante criterios generales, claros y aplicables en todos los ámbitos administrativos, superando las medidas puntuales, sectoriales y a corto plazo. En suma, se parte del significado de “Simplificación” en el Diccionario de la Real Academia considerando “simplificación administrativa” la actividad dirigida a hacer “*más sencilla, más fácil y menos complicada*” la actuación de las Administraciones Públicas<sup>35</sup>;

c) La simplificación procedimental trata de mejorar con carácter general la relación del ciudadano con la Administración. Por otro lado, la simplificación se ha desarrollado de modo especial precisamente en relación con la intervención sobre la actividad económica, coincidiendo en este punto el interés individual de los empresarios con el interés general de la Administración, consistente en mejorar la competitividad de las empresas. La simplificación abarcará, pues, el conjunto de acciones encaminadas a analizar, identificar, clasificar y realizar propuestas y actuaciones que

<sup>34</sup> Resolución de 7 de octubre de 2014, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de septiembre de 2014, por el que se toma conocimiento del Manual de simplificación administrativa y reducción de cargas para la Administración General del Estado.

<sup>35</sup> CHAVES J.R. realiza una demoledora y divertida crítica de este documento en *contencioso.es*, 10 de octubre de 2014.

mejoren la actividad administrativa en su conjunto, tanto en la reducción de cargas y trámites para el ciudadano como en la racionalización y agilización de los procesos y procedimientos internos propios de la Administración y deberá tener como finalidades fundamentales reducir o eliminar cuantos trámites sean posibles o no aporten valor, aminorar los plazos de tramitación y resolución de los procedimientos, impulsar la implantación de la tramitación electrónica y reducir las cargas soportadas por los ciudadanos<sup>36</sup>.

El artículo 8 de la Ley, por su parte, consagra el principio de transparencia. Conforme a él *“Todas las autoridades competentes actuarán con transparencia para la correcta aplicación de esta Ley y la detección temprana de obstáculos a la unidad de mercado. Asimismo, cada autoridad competente se asegurará de que las disposiciones y actos recogidos en el artículo 9.2 de esta Ley son fácilmente accesibles, y cumplen lo dispuesto en la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”*.

La transparencia y el correcto funcionamiento de las instituciones públicas constituye una vieja aspiración, no siempre satisfecha, de todos los sistemas democráticos, de ahí que el principio de transparencia se haya convertido en la práctica totalidad de los Estados democráticos de Derecho en una invocación constante. Tanto los procedimientos administrativos como la elaboración de las leyes deben estar presididas por la mencionada transparencia, con el objetivo último de fomentar la implicación del ciudadano en la adopción de las decisiones políticas y administrativas. La transparencia parece haberse convertido en los últimos tiempos, en la era de la modernidad, en una apelación recurrente y constante, casi obsesiva, a la ciudadanía, desalentada en la mayoría de las ocasiones por las opacidades en el ejercicio del poder y los escándalos de corrupción. Como indica el preámbulo de la Ley 19/2013, de Transparencia, *“la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”* porque *“los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico”*.

Siguiendo la sistemática empleada para el análisis del principio de simplificación de cargas cabe realizar las siguientes apreciaciones sobre este principio de transparencia establecido en el ámbito de la unidad de mercado:

a) Pese a que la Ley consagra el principio de transparencia de forma autónoma y titula el artículo 8 con esta rúbrica, *principio de transparencia*, este principio está íntima y estrechamente vinculado con la noción y con el principio de publicidad, de manera que la publicidad constituye la manera en la que habitualmente y en la generalidad de los supuestos se articula e instrumenta la transparencia. El artículo 8 de la Ley no se refiere específicamente a la publicidad, pero alude a que la autoridad competente deberá asegurar que las disposiciones y actos recogidos en el artículo 9.2 de la Ley sean *fácilmente accesibles* y esta fácil accesibilidad se consigue, precisamente, mediante la articulación de mecanismos de publicidad y difusión que aseguren el adecuado conocimiento

<sup>36</sup> Estos son los términos en los que se pronuncia sobre la simplificación administrativa la Ley 2/2014, de 21 de marzo, de Proyectos Estratégicos, Simplificación Administrativa y Evaluación de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM núm. 71 de 27 de Marzo de 2014 y BOE núm. 85 de 08 de Abril de 2014).

por parte de los sujetos, en este caso los operadores económicos, de las actuaciones desarrolladas. Quiere decirse con ello que aunque el concepto de transparencia no quede agotado en la noción de publicidad y pueda resultar potencialmente más amplio, el mecanismo habitual y ordinario a través del cual suele hacerse efectiva la transparencia es la publicidad y el establecimiento de mecanismos que faciliten el acceso a la información;

b) Precisamente por ello el artículo 8 de la Ley remite expresamente a lo dispuesto en la aludida Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno cuyo objeto, en los términos de su artículo primero, no es otro que el de ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Esta Ley, en los términos que advierte su preámbulo, amplía y refuerza las obligaciones de publicidad activa en distintos ámbitos. En materia de información institucional, organizativa y de planificación exige a los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación la publicación de información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les resulta de aplicación y su estructura organizativa, además de sus instrumentos de planificación y la evaluación de su grado de cumplimiento. En materia de información de relevancia jurídica y que afecte directamente al ámbito de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, la ley contiene un amplio repertorio de documentos que, al ser publicados, proporcionarán una mayor seguridad jurídica;

c) En tercer y último lugar, cabe afirmar que la Ley abandera una visión del principio de transparencia que bien podríamos denominar finalista o teleológica, en el sentido de que alienta que, precisamente mediante la transparencia, se cumplan determinados objetivos o finalidades. En efecto, la Ley afirma que el respeto al principio de transparencia debe servir para la correcta aplicación de la propia Ley y para la *detección temprana de obstáculos a la unidad de mercado*. El principio de transparencia se configura de esta manera como un mecanismo establecido en provecho de los operadores del mercado, toda vez que el artículo 28 de la propia Ley establece mecanismos de eliminación de obstáculos o barreras detectados por los consumidores o usuarios o los operadores económicos. Por todo ello, cabe afirmar que la Ley establece una visión utilitarista de la transparencia, en el sentido de que la preservación y defensa de dicho principio puede servir, complementariamente, para el cumplimiento de otras de las funciones y finalidades previstas por la Ley.

# EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL EN ESPAÑA: LEGITIMACIÓN ACTIVA ORDINARIA Y AMPLIADA

## THE RIGHT OF OBJECTION OF AGREEMENTS OF THE GENERAL MEETING IN CAPITAL COMPANIES IN SPAIN: ORDINARY AND EXTENDED ACTIVE LEGITIMATION

PEDRO JESÚS BAENA BAENA\*  
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

**RESUMEN:** La Ley 31/2014, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, ofrece un nuevo régimen jurídico, esencialmente más restrictivo, en materia de impugnación de acuerdos sociales en España. La reforma, principalmente, elimina la distinción entre acuerdos nulos y anulables y refuerza la regulación de la impugnación de los acuerdos contrarios al orden público. Con relación a la legitimación ordinaria para impugnar acuerdos (no contrarios al orden público), de un lado, se amplían los sujetos reconocidos, al permitirse el ejercicio de la acción de impugnación a los terceros que acrediten un interés legítimo en todos los supuestos (cuando antes sólo se les reconocía tal derecho para los acuerdos nulos); y, de otro lado, se exige a los socios una participación mínima, concediéndose a los minoritarios ahora excluidos el derecho al resarcimiento del daño que les hubiere causado el acuerdo impugnado.

**PALABRAS CLAVE:** Ley de sociedades de capital (España), acuerdos sociales, impugnación de acuerdos, legitimación activa.

**ABSTRACT:** *The recent reform of the Spanish Companies Act (Act 31/2014) gives an essentially new more restrictive solution in challenging resolutions. That Act removed the distinction between null and avoidable resolutions and reinforced the challenging of resolutions against public order.*

*In relation to the ordinary entitlement to challenge resolutions (those that are not against public order), nowadays third parties that have a lawful interest are entitled in every case (previously the entitlement was limited to null resolutions), and the partners' entitlement to challenge resolutions is conditioned by the requirement of a minimal participation, but the new regulation gives them the duty of compensating the suffered damage.*

**KEY WORDS:** *Spanish Companies Act, company resolutions, challenging resolutions, active legitimation.*



## 1. FUNDAMENTO Y SISTEMA LEGAL

El derecho de impugnación de los acuerdos sociales adoptados por los órganos de las sociedades de capital es uno de temas más trascendentes en este campo, tanto desde el punto de vista dogmático como desde el práctico, por ello ha sido tradicionalmente objeto de una atención destacada por la doctrina y por la jurisprudencia. El tratamiento jurídico que se dé a la legitimación activa para la impugnación de los acuerdos sociales es clave para hacer efectivo el derecho de los socios de evitar la adopción de decisiones ilegales, contrarias a los estatutos o al reglamento de dicho órgano, o lesivas para los intereses de la sociedad, y con ello lograr también impedir su perjuicio. En este concreto aspecto el legislador se encuentra ante la necesidad de dar una respuesta adecuada a las exigencias derivadas de dos principios dignos de protección pero contrapuestos: el de estabilidad de las decisiones sociales y el de protección de la minoría (o de los terceros con interés legítimo) frente a los abusos de la mayoría. Todo ello porque la preeminencia reconocida a la junta general como órgano supremo de las sociedades de capital (anónima y de responsabilidad limitada) no supone que aquélla tenga unas competencias ilimitadas ni que pueda adoptar válidamente cualquier acuerdo, pues los acuerdos que adopte han de respetar, no sólo la legislación vigente, sino también los estatutos y las normas que los desarrollen, y han de evitar la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (lo cual se produce cuando el acuerdo causa daño al patrimonio social, o incluso cuando sin causarlo se impone de manera abusiva por la mayoría). Para lograr estos fines, en los arts. 204 a 208 TRLSC, aprobado por RDL 1/2010, de 2 de julio (en lo sucesivo, LSC), se regula, de modo general, la impugnación de acuerdos de la junta general (que en el caso de la sociedad unipersonal estará integrada por el socio único).

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, viene a dar una nueva solución más restrictiva, muy en la línea de la seguida en otros países de nuestro entorno<sup>1</sup>, respecto a la adoptada previamente por el legislador español en la materia, escasamente condicionado por el Derecho comunitario (excepto en materia de fusiones y escisiones ya inscritas, que devienen inimpugnables), en la que se concedía una legitimación activa amplia para la impugnación de los acuerdos nulos (mejor, pretendidamente nulos) y más restringida para los anulables (*rectius*, respecto de aquéllos cuya anulabilidad se quiere conseguir). Reforma que, por lo demás, resulta aplicable sólo a las sociedades anónimas y limitadas, rompiendo la previamente existente unidad de régimen (unidad aunque no uniformidad, pues existían algunas especialidades en tales regulaciones, propias de las distintas sociedades) con las sociedades anónimas europeas domiciliadas en España y las sociedades cooperativas, en las cuales se sigue manteniendo el sistema anteriormente vigente<sup>2</sup>.

El antecedente legislativo más próximo del ahora reformado art. 206 de la LSC, regulador de la legitimación para impugnar acuerdos sociales de la junta general, lo tenemos en los apdos. 1 y 2 del art. 117 de la RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley de Sociedades Anónimas* (en lo sucesivo LSA de 1989 o LSA), cuyo origen se encuentra en el art. 69 de la Ley de 17 de julio de 1951, sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas (en adelante, LSA de 1951), en el que se determinaba quiénes podían ejercitar la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos o anulables por el procedimiento especial del art. 70 de la propia LSA

<sup>1</sup> Para un estudio de Derecho comparado, entre otros, v. nuestra monografía *Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 37-53; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Bases para una revisión del derecho de impugnación de los acuerdos sociales”, *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma* (dir. ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A. y ESTEBAN VELASCO, G.), t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 268-272; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos de las juntas generales en las sociedades de capital: las causas de invalidez y los motivos de inimpugnabilidad”, *RDBB*, n.º 137, 2015, pp. 69-86; y MUÑOZ PAREDES, M. L., “Los acuerdos sociales impugnables”, *RDM*, n.º 296, 2015, pp. 172-175.

<sup>2</sup> Regulación que, por lo demás, tampoco es común en todo el Estado para tales sociedades cooperativas, pues éstas están disciplinadas tanto por normas estatales como por otras autonómicas. Todo ello habida cuenta de la competencia legislativa atribuida a todas las Comunidades Autónomas –y no a las dos Ciudades Autónomas– por sus respectivos Estatutos de Autonomía, al amparo de lo dispuesto en los arts. 129.2 y 149.3 Constitución Española –en lo sucesivo, CE–, ejercida por todas ellas menos Canarias.

de 1951<sup>3</sup> y quiénes podían ejercer la acción de nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley por el procedimiento declarativo ordinario<sup>4</sup>. Antes de esta Ley estaba vigente en la materia el Código de comercio de 1885 (en adelante, C. de c.), que no contenía ningún precepto sobre el tema (como tampoco existe en la chilena Ley sobre Sociedades Anónimas de 1981), aunque ello no había impedido combatir judicialmente los acuerdos sociales viciados, apoyándose en los principios generales del Ordenamiento y por el cauce del procedimiento común<sup>5</sup>.

Con la Ley 19/1989, de 25 de julio, *de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades*, se introdujeron cambios trascendentales en el ámbito que estudiamos, tanto en lo relativo al Derecho material como al Derecho procesal, los cuales cristalizaron, en lo que a la sociedad anónima se refiere, en el texto articulado de la LSA de 1989. De un lado se insertaron importantísimas novedades en la disciplina de la impugnación de acuerdos sociales, como la legitimación de los terceros que acrediten interés legítimo para impugnar los acuerdos nulos, la legitimación de los administradores para impugnar acuerdos anulables, el reconocimiento de la posibilidad de impugnar los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, la disciplina de la sustitución y la anulación por la sociedad de los acuerdos nulos y el establecimiento de un plazo de caducidad de un año para los acuerdos contrarios a la Ley que no se opongan al orden público, además de otras mejoras técnicas de indudable valor, como la más clara distinción entre acuerdos nulos y anulables<sup>6</sup>. Y, de otro, se suprimió el proceso especial, aunque se mantuvieron unas singularidades procedimentales<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Sobre éste, v. GÓMEZ ORBANEJA, E., "El proceso de impugnación en la Ley de sociedades anónimas", *RDP*, 1955, p. 123; y PÉREZ DAUDÍ, V., "Artículo 117", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (coord. ARROYO, I., EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), 2.ª edic., vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1201-1204.

Este trabajo se enmarca en una línea de investigación del autor, cuyos principales resultados han visto la luz en la monografía *Legitimación...*, *op. cit.*, 222 pp.; en el capítulo de libro denominado "La asamblea general (II). Constitución. Celebración. Impugnación de acuerdos", *Tratado de Derecho de Cooperativas* (dir. PEINADO GRACIA, J. I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 425-433; y en los artículos titulados "Legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales (arts. 206.1, 2 y 3, 251.1 y 495.2.b) LSC)", RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, LUIS A. y ESTEBAN VELASCO G. (dir.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, t. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 533-572; "El nuevo régimen jurídico español de la legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos de las sociedades de capital", *Revista de Derecho* (publicada por Investigaciones y Publicaciones Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana, Nicaragua), n.º 20, 2016, pp. 125-160; y "Legitimación activa para impugnar acuerdos sociales de los terceros que acrediten un interés legítimo y ejercicio abusivo del derecho por la sociedad al adoptar el acuerdo social. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018", *RdS*, n.º 53, 2018, formato Thomson Reuters ProView, pp. 1-15.

<sup>4</sup> Entre otros, v. SORIA FERRANDO, J. V., *La legitimación activa para la impugnación de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima*, Secretariado de Publicaciones, Alicante, 1982, pp. 21-29.

<sup>5</sup> Si bien la lentitud y el elevado costo del procedimiento declarativo aplicable, el de mayor cuantía, habían mostrado la inadecuación de esta fórmula para la protección de los intereses de las minorías. Al respecto, v. URÍA, R., en GARRIGUES, J. y URÍA, R., *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, t. II, 3.ª edic. (revisada por MENÉNDEZ, R. y OLIVENCIA, M.), Madrid, 1976, p. 741.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 69 de la LSA de 1951 estaban legitimados para ejercer la acción de nulidad o anulabilidad conforme al procedimiento especial "los concurrentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado, los accionistas ausentes y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto"; mientras que para el ejercicio de la acción de nulidad por el procedimiento ordinario lo estaban "todos los accionistas y los administradores en su propio nombre, aunque no sean accionistas", si bien la doctrina propugnaba la admisión como legitimados de los terceros perjudicados por extensión de la doctrina general relativa a la nulidad de los contratos.

<sup>6</sup> Por todos, v. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *La junta general de accionistas*, *Comentario al régimen de las sociedades mercantiles* (dir. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M.), t. V, Civitas, Madrid, 1992, pp. 308-309; BERCOVITZ, A., "Los acuerdos impugnables en la Sociedad Anónima", AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 375; y EMBID IRUJO, J. M., "Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales en la ley española de Sociedades Anónimas", *Noticias UE*, n.º 121, 1995, p. 50.

<sup>7</sup> Consistentes básicamente en el establecimiento de un plazo de caducidad, la legitimación, la acumulación de acciones, las medidas cautelares y los efectos de la sentencia y la remisión al cauce procedimental del juicio ordinario de menor cuantía (art. 119.1 de la LSA). En este sentido, entre otros, v. PÉREZ DAUDÍ, V., *op. cit.*, p. 1207.

Aspecto éste que supuso que el procedimiento a seguir fuese el mismo, con independencia de que se impugnara un acuerdo nulo o uno anulable, e incluso que en una misma demanda pudieran plantearse conjuntamente dos pretensiones de distinta naturaleza: la declarativa de nulidad y la constitutiva de anulabilidad. V. GIMENO SENDRA, J. V., *La reforma procesal mercantil. Los nuevos procedimientos de impugnación de acuerdos y de la propiedad industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 16 y 28; GUASP, J., *Derecho procesal civil*, t. II, 4.ª edic. revisada y adaptada a la legislación vigente por ARAGONESES, Civitas, Madrid, 1998, p. 247; y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 682.

Tras la nueva redacción dada al art. 118 LSA de 1989 por la disp. fin. 3.ª Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC) (que también suprime los arts. 119 a 121 y el párr. 1.º del art. 122 LSA de 1989) los procesos de impugnación de acuerdos sociales se habían de tramitar a través del juicio ordinario, con derogación (v. disp. derog. única. 2. 2.ª LEC) de la regulación especial relativa a procedimiento (art. 119), suspensión del acuerdo impugnado (art. 120) y anotación preventiva (art. 121). De modo que desde la entrada

De este modo en el art. 117.1 LSA de 1989 se contemplaba con amplitud la legitimación activa para la impugnación de acuerdos nulos de la junta general; en concreto se reconocía dicha capacidad procesal a “*todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo*”. Y en el art. 117.2 LSA se reservaba la legitimación para la impugnación de los acuerdos anulables de la junta general a “*los accionistas asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en el acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubieren sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores*”<sup>8</sup>.

Por su parte la impugnación de acuerdos sociales no estaba expresamente contemplada en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada en la Ley de 17 de julio de 1953, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (en lo sucesivo, LSRL de 1953), omisión que se superó con la adopción de la Ley 19/1989, de 25 de julio, en la que se reformó el art. 15 de la LSRL de 1953, en cuyo apdo. 3, *in fine*, se incluyó una mención conforme a la cual “*(l) os acuerdos sociales, hayan sido o no adoptados en junta general de socios, serán impugnables conforme a lo previsto para la junta general de accionistas*”. Criterio que se mantuvo con la adopción de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LRSRL de 1995)<sup>9</sup>.

La LSC, que deroga la LSA de 1989 y la LSRL de 1995 y unifica la regulación de ambos tipos sociales en una sola Ley, no incluye novedades relevantes en la materia, y disciplina la legitimación para impugnar los acuerdos de la junta general en su art. 206<sup>10</sup>.

Por otro parte, en la Ley de Cooperativas vigente, Ley 27/1999, de la de julio<sup>11</sup>, se regula la figura de la impugnación de los acuerdos de la asamblea general y se dispone (art. 31.4) una legitimación amplia para el caso de los acuerdos nulos, al permitirse que los impugnen “*cualquier socio; los miembros del Consejo Rector; los interventores; el Comité de Recursos y los terceros que acrediten interés legítimo*”. Mientras que para los acuerdos anulables se legitima a “*los socios asistentes a la Asamblea que hubieran hecho constar, en acta o mediante documento fehaciente entregado dentro de las 48 horas siguientes, su oposición al acuerdo, aunque la votación hubiera sido secreta; los ilegítimamente privados del derecho de voto y los ausentes, así como los miembros del Consejo Rector y los interventores*”<sup>12</sup>.

---

en vigor de la LEC no cabía hablar de la existencia de un proceso especial en materia de impugnación de acuerdos sociales, sino tan sólo de algunos requisitos de caducidad, legitimación e inscripción y publicación de la sentencia que declarase la nulidad del acuerdo inscribible, relacionados con la impugnación de determinados acuerdos sociales, instruida en un procedimiento ordinario cualquiera que fuera su cuantía (art. 249.1.3.º LEC). Procedimiento por el cual se podían tramitar otras pretensiones junto a la puramente impugnatoria, como podría ocurrir con la acción individual de responsabilidad contra los administradores, las acciones declarativas de la invalidez del acuerdo social por causas no contempladas expresamente en la ley para su impugnación y la discusión de la cualidad de socio de quien impugna.

<sup>8</sup> Sin embargo sólo estaban facultados activamente para impugnar los acuerdos nulos y anulables del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración “*los administradores y los accionistas que representen el cinco por ciento del capital social*” (art. 143.1 LSA). Además, en el art. 117.3 LSA se disponía que las acciones debían dirigirse contra la sociedad, único legitimado pasivo en el procedimiento, regulándose el supuesto de que el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad.

<sup>9</sup> En cuyo art. 56 se remitía de modo general a lo establecido en la LSA en relación con la impugnación de acuerdos de la junta general. Si bien respecto a la impugnación de los acuerdos nulos y anulables del consejo de administración se disponía de manera expresa (art. 70), aunque con igual contenido que el dispuesto en la LSA (por lo que si se hubiera optado nuevamente por el reenvío a la LSA no habría cambiado nada), la legitimación de “*los administradores*” y de “*los socios que representen el cinco por ciento del capital social*”.

<sup>10</sup> Y los acuerdos del consejo de administración en su art. 251. Al respecto, v. nuestro artículo “*Legitimación activa y pasiva...*”, *op. cit.*, pp. 563-568.

<sup>11</sup> Que sustituye a la Ley General de Cooperativas de 1987 (en la que se disciplinaba la impugnación de los acuerdos sociales de la asamblea general en su art. 52 y la de los acuerdos del consejo rector en el art. 66).

<sup>12</sup> Y para la impugnación de los acuerdos del Consejo Rector (art. 37.1 y 2) se legitima, respecto a los acuerdos nulos, a “*todos los socios, incluso los miembros del Consejo Rector que hubieran votado a favor del acuerdo y los que se hubiesen abstenido*”; y, con relación a los acuerdos anulables, a “*los asistentes a la reunión del Consejo que hubiesen hecho constar, en acta, su voto contra el acuerdo adoptado, los ausentes y los que hayan sido legítimamente privados de emitir su voto, así como los interventores y el cinco por ciento de los socios*”.

Al régimen de impugnación de acuerdos sociales de las sociedades cooperativas hemos dedicado el estudio “*La asamblea general...*”, *op. cit.*, pp. 425-433.



## 2. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES DE LA JUNTA GENERAL. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

La “legitimación” es la cualidad de un sujeto jurídico que determina la posibilidad de realizar actos procesales válidos en un proceso en particular<sup>13</sup>. Conforme a lo dispuesto en el art. 10 LEC tendrán la condición de “*partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*”. De manera general, este vínculo de carácter objetivo viene unido, en las acciones de naturaleza declarativa, a la existencia de un interés legítimo, que justifica la interpretación amplia del derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales (art. 24 CE); pero en las acciones constitutivas es el legislador quien designa quiénes son los interesados, como se hace en el art. 93.c) LSC cuando reconoce el derecho de impugnación como un derecho mínimo del socio, que deriva de su implícito interés en la sociedad. Interés que comúnmente se presume presente en los socios y en los administradores y que han de probar los terceros.

El antecedente más próximo de la reforma de la LSC, introducida por Ley 31/2014, lo encontramos en el art. 214-13 y 14 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, basado en la Propuesta presentada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, el 17 de junio de 2013; y en las pequeñas modificaciones introducidas a dicho Propuesta por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo (creada por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013), en su *Estudio de Propuestas de modificaciones normativas*, emitido el 14 de octubre de 2013, si bien algunas de ellas no han sido incorporadas al texto legal, al preferirse el texto del Anteproyecto<sup>14</sup>.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley se expresa: “*III-19. Con singular incidencia en el modelo, se ha configurado la legitimación para impugnar acuerdos anulables como un derecho de minoría, atribuyendo a los socios no legitimados un derecho al resarcimiento del daño ocasionado por el acuerdo impugnado. El nuevo sistema tiene la explícita intención de contribuir a un mayor equilibrio en el juego de intereses tantas veces evidenciado entre mayoría y minoría*”.

Por su parte el Comité de Expertos en materia de Gobierno Corporativo ha justificado así la reforma: “*Junto a estas medidas se propone la adopción de otras que tratan de evitar el abuso del derecho de impugnación y su utilización con fines poco confesables. Se trata ahora de minimizar el riesgo del uso estratégico y oportunista del derecho. En esta línea se sugieren algunas medidas:*

*(i) La primera y seguramente más importante consiste en restringir la legitimación. Hasta la fecha cualquier accionista, aunque poseyera una sola acción, podía poner en jaque a la sociedad con una acción de impugnación, normalmente basada en vicios menores de procedimiento, según acredita la jurisprudencia. La PCM reaccionó frente a esta grave problemática de la práctica subiendo el listón, aunque seguramente ha ido demasiado lejos. De acuerdo con ella, solo están legitimados para impugnar los accionistas que reúnan una participación de minoría, que se cifra en el 5 % del capital en las sociedades ordinarias y en el 1 % en las sociedades cotizadas. La Comisión de Expertos ha considerado que no debía llegarse a una restricción tan acusada y por eso propone umbrales considerablemente más bajos, inspirándose para ello en precedentes vecinos y, concretamente, en el caso italiano: el 1 % para las sociedades no cotizadas y el 0,1 % o uno por mil del capital para las cotizadas. Con todo, debe señalarse que los accionistas que queden debajo de ese umbral no quedan indefensos, ya que en todo caso se les reconoce el derecho de proceder contra la sociedad reclamando la indemnización de los daños y perjuicios que les haya ocasionado el acuerdo impugnado”.*

<sup>13</sup> V. MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 32-35 y 87-93.

<sup>14</sup> Con carácter general sobre el proceso prelegislativo y los planteamientos de política legislativa vinculados a él, entre otros, v. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 274-289; y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pp. 64-69 y 86-91.

El panorama previo a la reforma fue descrito como caracterizado por una abundante litigiosidad, con una distinción artificiosa entre acuerdos nulos y anulables y la presencia de abusos de minorías y de mayorías. Así la Ley 31/2014 justifica la reforma que estudiamos en los párrs. 7 a 9 del apdo. IV de su Exposición de Motivos, en los que se expresa lo siguiente: *“Por lo que se refiere al régimen jurídico de la impugnación de los acuerdos sociales, se han ponderado las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia, se adoptan ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse.*

*Al mismo tiempo, se unifican todos los casos de impugnación bajo un régimen general de anulación para el que se prevé un plazo de caducidad de un año. La única excepción son los acuerdos contrarios al orden público, que se reputan imprescriptibles. En el caso de las sociedades cotizadas, el plazo de caducidad se reduce a tres meses para que la eficacia y agilidad especialmente requeridas en la gestión de estas sociedades no se vean afectadas.*

*En lo que respecta a la legitimación y con el objetivo de evitar situaciones de abuso de derecho, solo estarán legitimados para impugnar los accionistas que reúnan una participación de minoría del 1 por ciento para las sociedades no cotizadas y del 0,1 por ciento para las cotizadas. No obstante, la Ley permite que los estatutos sociales reduzcan estos umbrales y además amplía el concepto de interés social, de forma que en adelante se entenderá que se ha lesionado el interés social cuando el acuerdo se impone de manera abusiva por la mayoría”.*

De esta manera desaparece la tradicional distinción entre acuerdos nulos y acuerdos anulables. Ahora son todos anulables (en palabras de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, refiriéndose a la caducidad, *“se unifican todos los casos de impugnación bajo un régimen general de anulación para el que se prevé un plazo de caducidad de un año”*), pues en opinión de la Comisión de Expertos se trata de una *“diferenciación artificial”* a la que *“se ligan consecuencias jurídicas muy diferentes y difícilmente justificables”*. El término *“anulación”* también se usa en la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, pero no en el texto de sus artículos. Y dicha Comisión de Expertos reserva el concepto de *nulidad* para los acuerdos contrarios al orden público, que son *«verdadera o radicalmente nulos»*, cuando dice que: *“La única excepción son los acuerdos... que por sus circunstancias, causa o contenido son contrarios al orden público, que se reputan imprescriptibles”*. Si bien el término *«nulidad»* sigue presente en el art. 208.1 LSC, no modificado por la Ley 31/2014, el cual debe interpretarse como *«invalidez»* o *«ineficacia»*<sup>15</sup>.

Sin entrar en discusiones más profundas sobre la distinción jurídica entre la nulidad y la anulabilidad lo que resulta destacable es que el legislador en el articulado renuncia a una mayor precisión terminológica eludiendo el uso de los términos *nulo* y *anulable* (criterio que también debiera haber seguido en dicha Exposición de Motivos) que, por lo demás, tampoco eran precisos. Y desplaza la cuestión al terreno procesal al establecer junto a la legitimación *ordinaria* una legitimación *ampliada* para la proscripción de los acuerdos pretendidamente contrarios al orden público, respecto a los cuales la acción de impugnación resulta, por lo demás, imprescriptible, cuando los demás acuerdos sociales devienen inimpugnables (lo cual, en buena técnica jurídica, no quiere decir que se conviertan por ello en válidos) al cumplirse el plazo de caducidad de un año (que se reduce a tres meses, para las sociedades cotizadas), con independencia de cuál sea la causa por la que se pretenda la declaración de su invalidez (ser contrarios a la ley, a los estatutos o al reglamento de la junta, o producir lesión en el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros).

Por lo demás, el texto del art. 206 del Proyecto de Ley sufrió una importante modificación

<sup>15</sup> Por todos, v. ROJO, Á., “Artículo 206. Legitimación para impugnar”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (dir. ROJO, Á. y BELTRÁN, E.), t. I, Civitas, Madrid, 2011, pp. 1472 y 1474-1475.

en su tramitación parlamentaria, al acoger en su redacción final una enmienda transaccional<sup>16</sup>, justificada en razones técnicas, en la que se dispone que para impugnar los acuerdos contrarios al orden público estará legitimado cualquier socio, “*aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador*” o tercero. Se añade así esta puntualización inclusiva respecto a los nuevos socios y respecto a los administradores, frente a la previa referencia a socios y terceros, únicamente.

Se trata, en fin, de una reforma que transforma la disciplina en la materia, principalmente, al eliminar la distinción entre acuerdos nulos y anulables<sup>17</sup> y al reforzar la regulación de la impugnación de los acuerdos contrarios al orden público, novedades que tienen consecuencias en materia de legitimación activa. Y, con relación a la legitimación ordinaria para impugnar acuerdos (no contrarios al orden público), se ha de destacar especialmente que, de un lado, se amplían los sujetos reconocidos, al permitirse el ejercicio de la acción de impugnación a los terceros que acrediten un interés legítimo en todos los supuestos (cuando antes sólo se contemplaba para los acuerdos nulos); y que, de otro lado, se sujeta a los socios al requisito de la participación mínima, medida restrictiva cuyas posibles consecuencias son menores de las que se pudiera inicialmente imaginar si se tiene en cuenta que los socios minoritarios ahora excluidos (que en la práctica serán normalmente los accionistas de las grandes sociedades de capital disperso, dado de que los umbrales establecidos no son difíciles de superar en las sociedades cerradas) poseen el derecho de exigir a la sociedad el resarcimiento del daño que les hubiere causado el acuerdo impugnado.

### 3. LEGITIMACIÓN ORDINARIA PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

#### 3.1. Legitimación de los socios

##### 3.1.1. Condición de socio del actor

En el texto de la LSC previo a la modificación introducida por la Ley 31/2014 se reconocía la legitimación del socio para la impugnación de acuerdos sociales, si bien se hacía una distinción trascendente entre acuerdos nulos y anulables, pues dicho reconocimiento no estaba sujeto a condición para los acuerdos nulos (art. 206.1) y sí lo estaba para los anulables (art. 206.2), respecto a los cuales sólo se contemplaba a favor de los asistentes a la junta que hubieran hecho constar en acta su oposición al acuerdo, de los ausentes y de aquellos que hubiesen sido privados ilegítimamente del voto. Ahora dicha legitimación se reconoce a todo socio si bien se vincula a la ostentación de dicha condición en el momento de la adopción del acuerdo y, en su caso, a la tenencia de una participación mínima en el capital social.

Tanto antes de la reforma de las sociedades de capital introducida por la Ley 31/2014 como después de ella todo socio está legitimado por el mero hecho de disfrutar de esta condición, sin tener que someterse al trámite más complejo de la prueba del interés legítimo requerida del tercero ni de demostrar un interés personal en su pretensión, pues se presume que el socio está debidamente interesado en la declaración de invalidez del acuerdo viciado. Y ello con independencia de que se acoja la tesis que considera que el socio actúa en sustitución de la sociedad y en interés de ésta<sup>18</sup> o la que concibe que el socio ostenta un verdadero derecho subjetivo de carácter personal reconocido para la tutela de un derecho propio y exclusivo (intransmisible) de quien ejercita la acción<sup>19</sup>. Tesis éstas que admiten su combinación pues, si bien parece adecuado hablar de derecho subjetivo, éste

<sup>16</sup> Que refunde en el Congreso de los Diputados las enmiendas n.º 59 del Grupo Parlamentario Popular y n.º 72 del Grupo Parlamentario Socialistas. V. BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 97-2, de 23/09/2014.

<sup>17</sup> Unificados en una supracategoría unitaria de acuerdos impugnables. Entre otros, v. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pp. 91-95; y MUÑOZ PAREDES, M. L., *op. cit.*, pp. 167 y 178-180, quien subraya que el régimen de *impugnabilidad* equivale a la antigua anulabilidad.

<sup>18</sup> V. GÓMEZ ORBANEJA, E., *op. cit.*, pp. 126-127; y DAMIÁN MORENO, J. y ARIZA COLMENAREJO, M. J., *Impugnación de los acuerdos de sociedades anónimas*, Colex, Madrid, 2000, p. 52.

<sup>19</sup> V. GIMENO SENDRA, J. V., *op. cit.*, p. 29.

se ejerce al impugnar el acuerdo a favor de la sociedad, lo que permite tanto su transmisión como su ejercicio incluso por quien votó a favor del acuerdo adoptado, posibilidad que conforme a la legislación precedente se negaba en el caso de la impugnación de acuerdos pretendidamente anulables<sup>20</sup>; y ello se justifica en la conveniencia de la facilitación de acciones ejercitables para combatir acuerdos sociales antijurídicos, por ser contrarios a la ley, a los estatutos o al reglamento de la junta o lesionar el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art. 204.1 LSC).

Todo socio (que alcance el umbral de capital establecido), sea de la clase que sea, está legitimado para impugnar acuerdos sociales, pues el derecho de impugnación es un derecho mínimo común de todo socio reconocido legalmente [art. 93.c) LSC]. Así, están legitimados<sup>21</sup>: el socio ordinario; el socio privilegiado (arts. 94-96 LSC); el socio sin voto, que goza de los mismos derechos que el ordinario menos el de voto (art. 102.1 LSC); el socio moroso en el pago de los desembolsos pendientes, pues la sanción de suspensión del derecho de voto al accionista moroso no se extiende al derecho de impugnación de los acuerdos sociales (art. 83 LSC); el socio cotitular de acciones o participaciones designado por los copropietarios para el ejercicio de los derechos de socio (art. 126 LSC); el socio nudo propietario o el socio pignorante de acciones o participaciones, si no se dispone lo contrario en los estatutos de la sociedad, o, en caso de así disponerse en ellos, el usufructuario y el acreedor pignoraticio (art. 127.1 y 132.1 LSC)<sup>22</sup>. Y hasta en los casos de titularidad de acciones o participaciones pendientes de atribución se ha de reconocer la legitimación de quien represente a su titular, como ocurre con la herencia yacente o la sociedad ganancial no repartida, tanto con base en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 CE como por la posibilidad de impugnar concedida a los terceros con interés legítimo, condición que de negarse la de socio ha de reconocerse en dicho representante<sup>23</sup>.

Por el contrario, no están legitimados en condición de socios (aunque pudieran ser reputados terceros con interés legítimo), quienes no lo son, como ocurre con: los titulares de derechos de suscripción preferente que no sean titulares de acciones o participaciones por no tener la condición de socio, la cual sólo la poseen los titulares de las acciones o participaciones (art. 306 LSC); quienes ostentan el derecho de contravalor de sus aportaciones no dinerarias hasta que no se les entregue las acciones o participaciones tras el correspondiente aumento de capital social (art. 300 LSC)<sup>24</sup>; o los titulares de bonos de disfrute que entregue la sociedad en caso de reducción de capital social a los ex socios que vean amortizadas sus acciones (v. arts. 317 y 318 LSC)<sup>25</sup>.

### 3.1.2. Adquisición y pérdida de la condición de socio

La Ley 31/2014 introduce la exigencia para la legitimación del socio de que éste ostente la condición de tal antes de la adopción del acuerdo impugnado (art. 206 LSC). Y, como se trata de un sujeto legitimado en cuanto socio, se sobreentiende que ha de seguir siéndolo en el momento en que impugne<sup>26</sup>. Pero hemos de advertir que con la ampliación de la legitimación activa producida ya en la LSA de 1989 (y mantenida en la LSC) para la impugnación de los acuerdos a los terceros que tengan interés legítimo pierde gran parte de interés práctico la discusión doctrinal sobre el momento

<sup>20</sup> Por todas, v. las SSTS de 14-11-1992 (RJ 1992/9406) y de 29-7-1998 (1998/6379), la SAP de Cantabria de 29-11-1996 (AC 1996/2333) y la SAP Segovia de 29-7-1999 (AC 1999/1956).

<sup>21</sup> Entre otros, v. nuestro estudio *Legitimación...*, op. cit., pp. 87, 97-100 y 105-112; BERCOVITZ, A., "Impugnación de acuerdos sociales (legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración", *La sociedad de responsabilidad limitada* (coord. BERCOVITZ, A.), Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 314-315; y MASSAGUER, J., "Artículo 206. Legitimación para impugnar", *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)* (coord. JUSTE MENCÍA, J.), Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 253.

<sup>22</sup> La titularidad del derecho de impugnación en tales casos no es, por lo demás, pacífica en la doctrina; al respecto, entre otros, v. PÉREZ MORIONES, A., "Algunas consideraciones sobre el alcance de la legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012", *Diario LL*, n.º 8000/2012, p. 5.

<sup>23</sup> V. SSTS de 3-5-1969 (RJ 1969/2416), de 27-11-1972 (RJ 1972/4663) y de 19-12-1984 (RJ 1984/6138).

<sup>24</sup> V. SSTS de 30-5-1997 (RJ 1997/4330) y de 30-9-1997 (RJ 1997/6461).

<sup>25</sup> V. SAP Baleares de 23-5-2011 -AC 2011/1278-. Al respecto, más ampliamente, v. nuestro trabajo *Legitimación...*, op. cit., pp. 100-101.

<sup>26</sup> V. MASSAGUER, J., op. cit., p. 253-255.

en el cual debe tenerse el estatus de socio para poder impugnar. Y esto es así porque, de negarse la facultad de impugnar a quien adquiere la condición de socio después de la reunión en la que se adopta el acuerdo en cuestión, éste puede argumentar su carácter de tercero interesado, si bien en tal caso ha de demostrar un interés legítimo actual (diferente al que tiene como socio ya que, de lo contrario, carecería de sentido la expresa exclusión legal del socio nuevo), pues en la LSC sólo se presume que existe dicho interés en los socios y en los administradores.

La apuntada precisión realizada con la reforma introducida por la Ley 31/2014 viene a dar una solución restrictiva que es contraria a la auspiciada previamente por la doctrina mayoritaria que había estudiado la materia, y seguramente la intención que esté tras de ella sea el reducir el número de legitimados y, por tanto, de impugnaciones, si bien habida cuenta de la amplitud de la legitimación reconocida a los terceros de buena fe es probable que tal pretensión diste mucho de lograr su objetivo en la práctica. Efectivamente, tras la adopción de la LSA de 1989 triunfaron las tesis doctrinales que estimaban la legitimación del socio que ingrese en la sociedad con posterioridad al acuerdo (concretamente el acuerdo pretendidamente nulo) fundamentando su admisión en el interés que tiene dicho sujeto en evitar las repercusiones que pueda tener para la sociedad y para sí el acuerdo viciado tomado en junta general antes de su ingreso en la sociedad, el mismo interés que tenía el transmitente<sup>27</sup>. Y los autores partidarios de este criterio expansivo del derecho de impugnación no veían obstáculo en la sucesión procesal de quien hubiera impugnado de nulidad un acuerdo y luego transmitiese las acciones o participaciones, pues estando la facultad de impugnar unida al estatus de socio, la transmisión de esta condición implicaba la de la facultad de impugnar, debiéndose seguir en ello las reglas generales de la sucesión *inter vivos* (art. 17 LEC) o *mortis causa* (art. 16 LEC)<sup>28</sup>; pero sí veían inconvenientes en el supuesto de que en el momento de impugnar el actor hubiera transmitido ya su participación en la sociedad, pues al dejar de ser socio éste perdía la facultad que tenía en esta condición para impugnar el acuerdo, al no regir en tal caso el principio de la *perpetuatio legitimacionis*<sup>29</sup>. Si bien podría admitirse la legitimación del ex socio, pero no como socio, sino como tercero con interés legítimo (lo que le obligará a demostrar tal interés, diferente del de socio); o, incluso, en aquellos casos en que el demandante no ostente un interés distinto al propio de socio se ha llegado a defender que el mantenimiento del interés legítimo en obtener una ventaja o beneficio debe llevar a la continuación del procedimiento, como se deduce de lo establecido en los arts. 22.1 y 413.1 LEC<sup>30</sup>.

### 3.1.3. Prueba de la condición de socio

La legitimación para impugnar acuerdos sociales se otorga en el art. 206.1 LSC a todo socio que alcance el umbral de participación establecido y hubiera adquirido dicha condición antes de la adopción del acuerdo, por lo que a éste le basta para ser tenido como parte procesal con alegarlo o, en el caso de que se niegue por la sociedad el estatus de socio, con acreditarlo al juez competente. Al respecto hemos de mantener que la sociedad no debiera negar la condición de socio a quien le consta que lo es, de manera que no habría de oponerse a la legitimación para impugnar como socio a aquel a quien en la propia junta general, cuyos acuerdos impugna, se le reconoció tal estatus (salvo

<sup>27</sup> Entre otros, v. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *op. cit.*, pp. 356-357; BERCOVITZ, A., “Impugnación...”, *op. cit.*, p. 314; y nuestro monografía *Legitimación...*, *op. cit.*, pp. 102-105.

<sup>28</sup> V. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y DE LA OLIVA, A., “Los procedimientos judiciales en la nueva legislación societaria (Cuestiones procesales planteadas por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades)”, *La Ley*, 1-1990, p. 1062; CALAZA LÓPEZ, M. S., “El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles: propuestas de *lege ferenda*”, *DN*, n.º 156, 2003, p. 16; y STS de 18-6-2012 (RJ 2012/6850) comentada por PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, pp. 1-10.

<sup>29</sup> V. SSTS de 27-6-1977 (RJ 1977/3018) y de 30-1-2002 (RJ 2002/2311, comentada por SÁNCHEZ RICO, M. S., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2002”, *CCJC*, n.º 59, 22002, p. 725-740), y ATS de 5-12-2001 (RJ 2002/1790); aunque sí se había aceptado en la STS de 7-7-2003 (RJ 2003/4332, relativa a un impugnante administrador respecto a acuerdos del consejo de administración).

<sup>30</sup> V. MASSAGUER, J., *op. cit.*, pp. 254-256; DÍAZ MORENO, A., “Artículo 251. Impugnación de acuerdos del consejo de administración”, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)* (coord. JUSTE MENCÍA, J.), Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 551 y 553; los AATS de 23-4-2014 (JUR 2014/133292 y JUR 2014/133380) y la SAP de Madrid de 10-6-2011 (AC 2011/1447).



error o vicio, cuya prueba le competiera). Pues no se debiera lealmente negar el carácter de socio a un litigante al que se le había reconocido previamente tal condición, dentro o fuera del pleito, y es que nadie puede válidamente actuar contra sus propios actos dado que con ello iría en contra de la buena fe (art. 7.1 C.c.)<sup>31</sup>.

Esta prueba es, por lo demás, una materia que no ha sufrido modificaciones con la Ley 31/2014. Así, en las sociedades anónimas la demostración de la condición de socio dependerá del modo en que resulten representadas las acciones.

Si lo están mediante títulos-valores (al portador o nominativos), será necesaria la posesión y exhibición del título (o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito –art. 122 LSC–) o del resguardo provisional<sup>32</sup>; y en el concreto caso del título nominativo será preciso demostrar la identidad del titular coincidente con la reflejada en el título y, de cara a la sociedad, la inscripción del socio como titular en el libro-registro de acciones nominativas (pues, en principio, la sociedad sólo reputará accionista a quien se halle inscrito en dicho libro –art. 116.2–), pero si no se hubiese impreso y entregado el título el accionista podrá acreditar su condición mediante el certificado de la sociedad acreditativo de la correspondiente inscripción a su nombre (art. 116.5 LSC). Por lo demás, en nuestra opinión en el caso de que un socio haya adquirido el estatus de tal antes de la celebración de la junta, aunque no figure en esa fecha en el libro-registro de acciones nominativas por no haber notificado aún la adquisición del título, está legitimado para impugnar los acuerdos a los que se llegue en dicha junta, pues el adquirente es socio desde que se le transfiere esta condición por el transmitente, aunque para la sociedad no esté legitimado hasta su inscripción en el libro-registro (mejor, hasta que se le comunique la transmisión, pues la sociedad no puede negar el estatus de socio argumentando que aún no la ha inscrito, ya que estaría alegando su propia falta de diligencia<sup>33</sup>). De manera que esta falta de reconocimiento le impedirá ejercer los derechos políticos y económicos inherentes a la condición de accionista<sup>34</sup> pero no el de impugnar acuerdos sociales, dado que este derecho viene vinculado por la LSC al hecho de ser socio y no a que la sociedad lo considere legitimado frente a ella misma<sup>35</sup>, si bien para acreditar el carácter de socio éste necesitará acudir a otros medios de prueba, como pueden ser otros documentos, que tenga en su poder o no (art. 264 de la LEC).

Y si las acciones estuvieran representadas por medio de anotaciones en cuenta la acreditación de la condición de accionista se realizará por medio del certificado que ha de expedir la entidad encargada del registro contable a los solos efectos legitimadores (art. 12 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores –en lo sucesivo, LMV–).

Por su parte, en las sociedades de responsabilidad limitada las participaciones sociales en que se divide el capital social (que ha de estar desde su origen íntegramente desembolsado) deben ser necesariamente nominativas y no pueden documentarse mediante títulos-valores; y la prueba de la condición de socio estará condicionada comúnmente a la constancia de su titularidad en el libro-registro de socios, pero el hecho de que la sociedad sólo reputa socio al que se halle inscrito en ese libro (104.2 LSC) no impide la demostración prueba de tal estatus al adquirente cuya titularidad no se haya inscrito aún en el libro-registro de socios mediante la exhibición de copia del documento público en el que instrumente la transmisión (art. 106.1 LSC). La adquisición originaria de las par-

<sup>31</sup> Como se mantiene, entre otras en las SSTs de 24-9-1987 (RJ 1987/6194), de 12-2-1988 (RJ 1988/944), de 5-11-1990 (RJ 1990/6461) y de 23-1-1991 (RJ 1991/310); la SAP de Madrid de 30-11-1993 (AC 1993/2605), la SAP de Asturias de 26-10-1998 (AC 1998/7447) y la SAP de Alicante de 16-6-2003 (AC 2003/2122).

<sup>32</sup> V. art. 115 LSC; y STS de 24-1-2002 (RJ 2002/25).

<sup>33</sup> V. CALAZA LÓPEZ, M. S., *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 106-107; y ROJO, Á., *op. cit.*, p. 1455.

<sup>34</sup> V. la STS de 2-12-1999 (RJ 1999/9479).

<sup>35</sup> V. DUQUE, J., *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 L.S.A.)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1957, p. 186.

ticipaciones resultará de las escrituras públicas correspondientes a la constitución de la sociedad o a su aumento de capital, y la adquisición derivativa del documento necesariamente otorgado ante fedatario público (art. 106.1 LSC), por lo que tales documentos servirán de prueba de la condición de socio, como también valdrá el certificado que se expida del libro-registro de socios que necesariamente habrá de llevar la sociedad (art. 105.2 LSC), sin que la falta de inscripción en este libro-registro impida el ejercicio del derecho de impugnación del socio, cuyo estatus puede acreditar mediante los documentos públicos aludidos. Así, si la sociedad no ha hecho aún la inscripción, a pesar de habersele notificado la adquisición de las participaciones, el socio podrá ejercer su derecho tras probar la adquisición por documento público y la notificación de ésta a la sociedad antes de la celebración de la junta que adoptó el acuerdo<sup>36</sup>.

Pero si la acreditación de la condición de socio es necesaria para admitir la legitimación activa del socio, sin que se le someta al más complejo trámite de la prueba del interés legítimo como al tercero (pues se presume que el socio está debidamente interesado), no basta con la mera adquisición de este estatus, sino que es necesario demostrar que la adquisición es legítima<sup>37</sup>, que se ha efectuado con respeto de todas las prescripciones legales y estatutarias<sup>38</sup>. Cuando la adquisición de la condición de socio deriva de un título viciado de nulidad la adquisición es nula y el sujeto no debe ser considerado por los administradores como socio, sino que, por el contrario, aquéllos han de impedirle el ejercicio de los derechos sociales. Tesis que ha sido desarrollada por la doctrina respecto a la adquisición de acciones, diferenciando los supuestos de adquisición contraviniendo una restricción legal o estatutaria a la libre transmisibilidad de éstas y una restricción de carácter convencional (pacto *inter partes*, de carácter extraestatutario), que se ha de considerar inexistente frente a la sociedad que ha de reconocer al adquirente<sup>39</sup>.

### 3.1.4. Exigencia de participación mínima en el capital social

#### 3.1.4.1. Mínimo legal y mínimo estatutario. Mínimo legal para las sociedades cotizadas

Con la reforma introducida por la Ley 31/2014 en la LSC el derecho de impugnación deja de ser un derecho individual del socio para pasar a ser un derecho de la minoría, muy en la línea de las últimas reformas introducidas en el Derecho italiano (art. 2377 del Código civil, modificado por el Decreto legislativo n.º 6, de 17 de enero de 2003). La legitimación del socio queda sometida a la condición de representar, individual o conjuntamente, un mínimo del capital social: el uno por ciento para las sociedades no cotizadas (art. 206.1 LSC) y el uno por mil para las sociedades cotizadas (art. 495.2.b) LSC)<sup>40</sup>. Umbrales que, en la práctica, resultarán fácilmente alcanzables en las sociedades cerradas y muy difíciles en las sociedades abiertas<sup>41</sup>.

Esta exigencia constituye una de las más importantes novedades introducidas en la disciplina de la impugnación de acuerdos sociales por la Ley 31/2014, junto a la unificación del régimen

<sup>36</sup> V. BERCOVITZ, A., "Los acuerdos...", *op. cit.*, p. 313.

<sup>37</sup> V. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas*, 3.ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 335; y STS de 5-1-1981 (RJ 1976/6).

<sup>38</sup> V. SORIA FERRANDO, J. V., *op. cit.*, pp. 34-40; la STS de 27-6-1977 (RJ 1977/3018), y las SSAP de Barcelona de 13-12-1994 (RJC, 1995-II, págs. 375-377) y 6-5-2004 (AC 1994/996).

<sup>39</sup> V. BROSETA, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, Tecnos, Madrid, 1963, pp. 40-41, 53-54, 62-69, 110-112 y 181-186; y SORIA FERRANDO, J. V., *op. cit.*, pp. 34-36.

<sup>40</sup> Mínimos legales que distan mucho del cinco por ciento para las sociedades no cotizadas y el uno por ciento en las cotizadas, previstos en la Propuesta de Código Mercantil de 17 de junio de 2013 (art. 214-16.2, párr. 1.º), que se redujeron en el Anteproyecto de Ley de 30 de mayo de 2014 a la cifra actual para las sociedades no cotizadas, pero no para las cotizadas, a pesar de que la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, en su Estudio fechado el 14 de octubre de 2013, recomendarse rebajarla al uno por mil.

<sup>41</sup> En este mismo sentido v. la crítica de FARRANDO MIGUEL, I., "El nuevo régimen de legitimación en la impugnación de acuerdos sociales (arts. 206.1 a 4 LSC)", *El nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales de las sociedades de capital* (dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FARRANDO MIGUEL, I. y TENA ARREGUI, R., CASTAÑER, J., coord.), Academia Matritene del Notariado, Madrid, 2015, pp. 438 y 446, quien aporta un ejemplo de lo último acudiendo a los números de Banco Santander, el banco español con mayor capital social. También v. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., "Reglas de legitimación e impugnabilidad. El conflicto entre mayorías y minorías inmanente en la impugnación de acuerdos", *RdS*, n.º 50, 2017, formato Thomson Reuters ProView, p. 14 y nota 43.

de los acuerdos nulos y anulables y a los nuevos plazos de caducidad. Ley en cuya Exposición de Motivos (apdo. IV, párr. 9.º) se afirma que el objetivo de tal reforma es evitar situaciones de abuso de derecho, al cual se refería la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo cuando expresaba que las medidas propuestas en la materia “*tratan de evitar el abuso del derecho de impugnación y su utilización con fines poco confesables*”, y pretenden “*minimizar el riesgo del uso estratégico y oportunista del derecho*”, pues “*(h)asta la fecha cualquier accionista, aunque poseyera una sola acción, podía poner en jaque a la sociedad con una acción de impugnación, normalmente basada en vicios menores de procedimiento, según acredita la jurisprudencia*”.

No obstante en el nuevo art. 206.1 LSC se permite que tales umbrales legales mínimos de participación en el capital se reduzcan en los estatutos sociales. De manera que, por esta vía, podría reconocerse el derecho de impugnación al socio titular de una sola acción o participación. Sin embargo, no debe admitirse que los estatutos determinen la elevación de los porcentajes señalados pues en ellos la minoría ve reconocido por la Ley un derecho mínimo, un verdadero derecho de la minoría que conlleva una situación activa: un supuesto de legitimación procesal para la impugnación de acuerdos sociales<sup>42</sup>.

El capital social que sirve de base para el cálculo el porcentaje exigido ha de ser la cifra de capital íntegro suscrito de la sociedad en el momento en que se presente la demanda. En él se ha de incluir el correspondiente a las acciones pertenecientes a socios que tengan desembolsos pendientes, las acciones sin voto y las acciones en autocartera<sup>43</sup>.

La LSC no se pronuncia expresamente sobre el momento en el que se ha de ostentar la participación exigida. En nuestra opinión resulta preferible vincularla al momento en que se presenta la demanda y no a aquél en que se adopta el acuerdo<sup>44</sup> pues es el momento en el que se ha de comprobar la existencia de legitimación activa, salvo que el acuerdo que se impugne repercuta concretamente sobre la cifra de capital social, ya que el derecho de impugnación que ostentaba el socio por lograr el mínimo establecido de participación en el capital social no debe nunca verse afectado por lo decidido en el acuerdo social en cuestión. Así ocurriría en el caso de que la posible dilución de su participación en el capital a menos del mínimo establecido fuese como consecuencia, v. gr., de una ampliación de capital, la cual no debiera impedir al socio impugnar este acuerdo, sino que por el contrario éste ha de conservar la legitimación, como consecuencia del principio procesal de la *perpetuatio legitimationis* (art. 413.1 LEC). Sin embargo no creemos que debiera darse tal respuesta positiva en el caso de que la pérdida del derecho de reconocido al socio como minoría fuese a consecuencia de una transmisión voluntaria, supuesto en el que el mantenimiento del interés legítimo que justifica la *perpetuatio legitimationis* ya no alcanza, por propia voluntad, la intensidad o relevancia (medida en términos de participación en el capital social) establecida (por la ley o, en su caso, los estatutos) para la impugnación de acuerdos<sup>45</sup>.

La consideración del momento de la presentación de la demanda como el relevante a efectos del cálculo de su participación en el capital social puede llevar, por el contrario, a que un actor que fuese socio antes del acuerdo a impugnar logre alcanzar tras la adopción de éste (o a con-

<sup>42</sup> Entre otros, v. PULGAR EZQUERRA, J., “Impugnación de acuerdos sociales abusivos y reestructuración societaria homologada”, *RdS*, n.º 44, 2015, p. 89.

<sup>43</sup> Entre otros, v. PAZ-ARES, J. C., “Negocios sobre las propias acciones”, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital* (coord. ALONSO UREBA, A., CHICO ORTIZ, J. M. y LUCAS FERNÁNDEZ, F.), Civitas, Madrid, 1987, pp. 562-565; PORFIRIO CARPIO, L. J., *Las acciones sin voto en la Sociedad Anónima*, La Ley, Las Rozas, 1991, pp. 364-375; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., “La adquisición por la sociedad anónima de sus propias acciones”, *AAMN*, t. XXXI, 1992, pp. 206-208; JUSTE MENCÍA, J., *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 396; VÁZQUEZ CUETO, J. C., *Régimen jurídico de la autocartera*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 538-544; y LÓPEZ ORTEGA, R., *Los dividendos pasivos*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 313-314.

<sup>44</sup> En este mismo sentido v. DÍAZ MORENO, A., *op. cit.*, pp. 552-553; y las SSTs de 30-1-2002 (RJ 2002/2311) y de 18-6-2012 (RJ 2012/6850). En contra v. FARRANDO MIGUEL, I., *op. cit.*, MASSAGUER, J., *op. cit.*, pp. 256.

<sup>45</sup> En contra v. DÍAZ MORENO, A., *op. cit.*, p. 553, quien, aunque con menos claridad que en el supuesto anterior, se muestra partidario de entender legitimado al socio que no llega al umbral previsto por haber transmitido voluntariamente parte de sus participaciones en cuanto mantiene un interés legítimo.



secuencia de él) el umbral mínimo con lo que estará legitimado activamente para impugnarlo. Y es que el socio que antes no lograba alcanzar la participación requerida lo consigue agrupando en su patrimonio la que tenía con la que adquiere, habida cuenta que la obtención del porcentaje mínimo puede hacerse individual o conjuntamente<sup>46</sup>.

Por lo demás, para alcanzar la cifra mínima de capital social representado por el socio o socios no se han de computar las acciones o participaciones pertenecientes a aquél que haya sido privado del derecho de impugnación, como ocurre con quien haya incumplido la obligación de formular una oferta pública de adquisición (arts. 132.1 LMV y 27.1 del RD 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores)<sup>47</sup> o con quien no haya cumplido la obligación de comunicar previamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en lo sucesivo, CNMV) la adquisición de una participación significativa en una empresa de servicios de inversión española (art. 175 LMV) o, incluso habiéndosela notificado, no hubiera transcurrido todavía el plazo previsto en el art. 176.3 LMV o si mediara la oposición expresa de dicho Organismo de Supervisión [art. 178.a) LMV].

### 3.1.4.2. *Derecho de los socios que no alcancen el mínimo de capital establecido al resarcimiento del daño ocasionado por el acuerdo*

Reducido el elenco de socios con derecho a impugnación a aquellos que individual o conjuntamente representen el mínimo de capital establecido legal o estatutariamente, el legislador pretende la satisfacción de los socios que no alcancen el umbral mediante el reconocimiento del “*derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado*”. Esta posibilidad tiene especial relevancia para quienes no lleguen al mínimo de capital previsto, pues para ellos el acuerdo social en cuestión no es impugnado. Pero tal reconocimiento no debe entenderse de manera que impida a los socios que sí alcance el umbral establecido reclamar tal indemnización en su demanda de impugnación o con posterioridad a ella (una vez declarada la antijuridicidad del acuerdo o antes, según se vayan conociendo los efectos perjudiciales –art. 400 LEC–)<sup>48</sup>.

Se articula así el mismo cauce procesal previsto con anterioridad para el caso de las fusiones ya inscritas, que devienen inimpugnables (art. 47.1 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles)<sup>49</sup>. Y que ahora también se establece, de un lado, para la vulneración del derecho de información en la sociedad anónima, previsto en el nuevo art. 197.2 LSC, en el que tras facultar al accionista a exigir a los administradores el cumplimiento de la obligación de información se le reconoce la posibilidad de reclamar “*los daños y perjuicios que se le hayan podido causar*”, pero se niega que tal vulneración sea causa de impugnación de la junta general (art. 197.5 LSC); y, de otro, para los acuerdos revocados o sustituidos por otro válido después de la interposición de la demanda de impugnación, que conllevan la terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto, aun cuando se reconoce al socio el derecho a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera causado mientras estuvo en vigor, derecho que también debe extenderse a quien viese desestimada la demanda de impugnación por la previa revocación o sustitución del acuerdo (art. 204.2 LSC).

Se ha afirmado con acierto<sup>50</sup> que con esta previsión legal no se trata de dar una compensación especial al socio por la privación de la legitimación para impugnar los acuerdos sociales sino de un recordatorio del derecho que tiene todo perjudicado (socio o tercero) de ser resarcido de las

<sup>46</sup> En este sentido, v. MASSAGUER, J., *op. cit.*, pp. 255-256.

<sup>47</sup> V. DÍAZ MORENO, A., *op. cit.*, p. 552.

<sup>48</sup> V. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 285, que estudia la polivalencia funcional del denominado *resarcimiento patrimonial* conexo a la impugnación.

<sup>49</sup> Sobre las diferencias con éste v. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *ibid.*, p. 274; y CABANAS TREJO, R., “Cambios en el régimen de la junta general de las sociedades de capital en la reforma del gobierno corporativo (Ley 31/2014, de 3 de diciembre)”, *Diario LL*, n.º 8896/2014, p. 9.

<sup>50</sup> V. MASSAGUER, J., *op. cit.*, pp. 267-268.

consecuencias indemnizables que le cause la sociedad por su actuación (daño emergente y lucro cesante). Si bien en opinión de otros la nueva regulación relaja los requisitos de la responsabilidad general, pues al perjudicado le bastará con la prueba de la infracción legal o estatutaria, en su caso referida al conflicto de intereses lesivo, y la acreditación del daño resarcible, en relación causal con aquél, pero sin entrar en cuestiones de culpabilidad<sup>51</sup>. Cuestión diferente es si a quién solicita el resarcimiento de le ha de exigir una actitud contraria al mismo o al menos que no hubiera votado a favor de su adopción, lo cual parece razonable<sup>52</sup>.

Así, el socio que supere el umbral de participación establecido podrá reclamar tanto la eliminación del acuerdo (reparación del daño *in natura*) como la reclamación de los daños a él producidos (reparación por el equivalente), bien en la misma demanda o bien en una posterior, algo que también se permite a los terceros que acrediten un interés legítimo, pero el socio que no alcance tal participación sólo puede solicitar la indemnización de los daños a él producidos. En este último caso la sentencia que declare el derecho al resarcimiento de daños (y perjuicios) podrá apreciar la antijuridicidad del acuerdo pero no podrá declarar su ineficacia, más allá de como presupuesto para la indemnización, aunque en buena lógica y para evitar acciones de responsabilidad los administradores deberán, en tales casos, promover la revocación o sustitución de dicho acuerdo<sup>53</sup>.

Nada se dice, sin embargo, sobre el procedimiento a seguir para tal resarcimiento que, por lo demás, lógicamente no sólo ha de ser de daños sino también de perjuicios; respecto a la legitimación pasiva (sin duda, necesariamente siempre estará legitimada pasivamente la sociedad, pero también pueden estarlo los administradores respecto a los que se presente una acción individual de responsabilidad si han promovido la adopción o ejecutado el acuerdo si se alega que concurre en ellos culpa); ni de los plazos que hay para reclamarlo pues, en ausencia de norma expresa, no parece oportuno aplicar a ello el mismo plazo de caducidad de un año (art. 205.1 LSC) o, en el caso de las sociedades cotizadas de tres meses [art. 495.2.c) LSC], previsto para la impugnación, si bien hubiera sido lo adecuado pues con ello se logra la estabilidad social pretendida con la reducción de la legitimación para la impugnación. Al respecto, como el daño (o perjuicio) deriva del incumplimiento del contrato social se ha postulado que la acción de responsabilidad contra la sociedad por la adopción del acuerdo se extingue en el plazo de tres años desde que el socio pierda su condición de socio, por aplicación de lo dispuesto en el art. 947, párr. 1.º, C. de c. (que contempla los supuestos de la separación del socio, su exclusión o la disolución de la sociedad, y cuyo cómputo se inicia desde la inscripción en el Registro Mercantil de la separación, exclusión o disolución –art. 947, párr. 2.º, C. de c.–)<sup>54</sup>; y la acción individual o social contra los administradores a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse (art. 241 bis LSC). Y para los supuestos no comprendidos en tales preceptos pudiera ser aplicable el art. 947, párr. 3.º, C. de c., en el que se prevé la prescripción de la acción a los cinco años desde el día señalado para su cobro del específico derecho a percibir dividendos o pagos; o, el más general, art. 1964 del Código Civil, en el que se dispone que para las acciones personales que no tenga fijado término especial de prescripción ésta será a los cinco años.

### 3.1.4.3. *Inexigibilidad de asistencia a la junta general o de constancia en acta de la oposición del socio al acuerdo o de la acreditación de privación ilegítima del derecho de voto*

Tras la reforma introducida por la Ley 31/2014, una vez demostrada la condición de socio y de la participación mínima requerida, resultan irrelevantes otros hechos, cuya acreditación era

<sup>51</sup> V. CABANAS TREJO, R., *op. cit.*, p. 9.

<sup>52</sup> En este mismo sentido, v. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>53</sup> V. VIÑUELAS SANZ, M., “El derecho de impugnación de los acuerdos sociales. Impugnación de acuerdos del consejo de administración”, *El accionista minoritario en la sociedad cotizada (Libro Blanco del accionista minoritario)* (dir. PEINADO GRACIA, J. I. y CREMADES GARCÍA, J.), La Ley, Las Rozas, 2012, pp. 321-324; ALFARO, J., “La impugnación de acuerdos sociales”, [http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014\\_06\\_01\\_archive.html](http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014_06_01_archive.html), 30 de julio 2014, sin paginar; y MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 268.

<sup>54</sup> V. MASSAGUER, J., *ibid.*, pp. 268-269.

exigida antes de dicha Ley, en relación con la impugnación de acuerdos pretendidamente anulables, en concreto: la constancia en acta de la oposición del socio al acuerdo, la falta de asistencia a la junta o la privación ilegítima del derecho de voto.

Al unificarse la legitimación del socio sobre la base de la más amplia conferida previamente respecto a los acuerdos pretendidamente nulos, desaparece con la reforma introducida por la Ley 31/2014, el previo requisito de la constancia en el acta de la junta general de la oposición del socio impugnante al acuerdo, previsto para la impugnación de acuerdos anulables en el modificado art. 206.2 LSC. Esto supone admitir la antes negada legitimación para impugnar el acuerdo social en cuestión del socio que hubiera votado a favor del mismo o se hubiera abstenido de hacerlo, o de quien no pudiera demostrar su oposición por no constar ésta en el acta<sup>55</sup>.

Y como el derecho de impugnación se reconoce a los socios respecto a todo tipo de acuerdos con independencia al derecho de asistencia, no tiene consecuencias a efectos de impugnación la asistencia o no a la junta general. Ni que, en su caso, la ausencia sea voluntaria o se deba a circunstancias como el no alcanzar el mínimo exigido en los estatutos para ello (art. 179.2 LSC, aplicable únicamente a las sociedades anónimas), la falta de cumplimiento de las condiciones de legitimación anticipada establecidas para asistir a la junta (art. 179.3 LSC, relativo a las sociedades anónimas), o la falta de reconocimiento de la condición de socio por causa de la indebida negativa del órgano de administración de inscribir tempestivamente al socio en el libro-registro de socios o de la indebida rectificación del libro-registro que impida al socio ejercer su derecho de asistencia<sup>56</sup>.

Y tampoco resulta necesaria ahora, a efectos de legitimación para impugnar el acuerdo social en cuestión, la prueba de la ilegítima privación del derecho de voto del socio asistente, cuando este hecho se diera<sup>57</sup>.

### 3.2. Legitimación de los administradores

La legitimación de los administradores de la sociedad para impugnar acuerdos sociales ya era reconocida tanto en las derogadas LSA de 1951 (art. 69) y de 1989 (art. 117) y LSRL de 1953 y 1995 (en cuyos arts. 15.3 –en su redacción dada por la Ley 19/1989, de 25 de julio– y 56, respectivamente, se remiten a lo regulado en la LSA) como en el ahora reformado art. 206 LSC. Las únicas diferencias destacables entre el régimen actual y el texto de las leyes derogadas es, de un lado, la supresión de la precisión contenida en el art. 69 LSA de 1951, de atribuir legitimación de los administradores “*aunque no sean accionistas*”, con la que se pretendía despejar las dudas que pudieran existir sobre la legitimación de quien siendo administrador no fuera accionista, algo posible con aquella Ley y también con la vigente (art. 212.2 LSC); y, de otro, la introducción por la ley 31/2014 de la expresión “*cualquiera de los administradores*”, que debe interpretarse como la legitimación singular (*uti singuli*) de cada uno de los administradores (ocupen o no un cargo en el consejo, ostenten o no facultades representativas) para impugnar los acuerdos sociales, y no del órgano colegiado al que pertenecen. Sin que tenga tal legitimación el secretario no consejero<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> V. nuestra monografía *Legitimación...*, *op. cit.*, pp. 142-166, y jurisprudencia citada. Entre otros también v. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, pp. 20-21; y FARRANDO MIGUEL, I., *op. cit.*, pp. 440-441 y 446, quien sigue manteniendo la falta de legitimación de quien votó a favor en el caso de los actos contrarios a los estatutos, el reglamento de la junta o que lesiones el interés, aunque les reconoce la legitimación para impugnar actos contrarios al orden público.

<sup>56</sup> Al respecto, v. MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 254; y la STS de 17-3-2006 (RJ 2006/1886).

<sup>57</sup> V. nuestra monografía *Legitimación...*, *op. cit.*, pp. 171-176.

<sup>58</sup> Entre otros, v. SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores. Artículos 123 a 143”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), t. IV, Edersa, Madrid, 1994, p. 543; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., *Los acuerdos del consejo de administración. Especial referencia a su régimen de impugnación*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 292; EMBID IRUJO, J. M., “Artículo 143: Impugnación de acuerdos”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (coord. ARROYO, I., EMBID, J.M. y GÓRRIZ, C.), 2.ª edic., vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, p. 1671; SALELLES CLIMENT, J. R., “Impugnación de acuerdos del consejo de administración (artículo 251)”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (dir. ROJO, Á. y BELTRÁN, E.), t. I, Civitas, Madrid, 2011, p. 1814; y DÍAZ MORENO, A., *op. cit.*, p. 550.

El fundamento de la legitimación de los administradores lo encontramos, tanto en el deber de diligente administración (“*deberán desempeñar el cargo y cumplir con los deberes impuestos por la leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*”), recogido en el reformado art. 225.1 LSC; como en el interés de los administradores en sustraerse de eventuales responsabilidades. Los administradores tienen la facultad de actuar, aun cuando no ostenten la cualidad de accionistas, por un lado, para cumplir su obligación de velar por el interés social, intentando evitar que existan acuerdos sociales antijurídicos cuya ejecución o mera existencia pueda perjudicar a la sociedad<sup>59</sup>. Y, por otro, por su interés en no ejecutar acuerdos viciados, lo cual podría depararles responsabilidad frente a la sociedad, a los accionistas (si bien parece difícil de justificar la exigibilidad de responsabilidad de los administradores por los socios que votaron a favor del acuerdo<sup>60</sup>) y a los acreedores sociales, en función del daño que causen por actos contrarios a la ley, a los estatutos o al reglamento de la junta o por los que lesiones el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo (art. 236.1 LSC). Responsabilidad de la que no quedarían exentos por la circunstancia de que el acto o el acuerdo lesivo hubiera sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general (art. 236.2 LSC)<sup>61</sup>.

Sin embargo no existe en la LSC, con carácter general, una exigencia expresa de la obligación por parte de los administradores de impugnar los acuerdos pretendidamente viciados<sup>62</sup>. Pero la declaración de responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración que hubieran adoptado el acuerdo (si se trata de un acuerdo de órgano colegiado de administración) o realizaron el acto lesivo (en ejecución del acuerdo de la junta general), menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o que, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél (art. 237 LSC)<sup>63</sup>, tiene los mismos efectos prácticos que el establecimiento expreso de la indicada obligación, cuyo incumplimiento también determinaría la responsabilidad del administrador.

Por lo demás la doctrina ya había recibido con aplauso el establecimiento por la LSA 1951 de la legitimación de los administradores para la impugnación de acuerdos sociales, pues con ella se puede paliar la debilidad que muestra la posición de los socios minoritarios debida, más que a la ausencia de medios jurídicos para proteger sus intereses, al hecho de que el ejercicio de los mismos lleva consigo una serie de cargas, cuya desproporción con los beneficios que pudieran reportarles dicho ejercicio les desanima a actuar. Y es que la obligación, directa o indirecta, impuesta a los administradores de impugnar los acuerdos sociales antijurídicos puede ser una solución adecuada para la defensa de los intereses de tales socios minoritarios<sup>64</sup>.

Ya antes de la reforma de la LSC por la Ley 31/2014 la doctrina mayoritaria se manifestaba partidaria de considerar que los administradores están legitimados singularmente (*uti singuli*) para impugnar los acuerdos sociales (actuando en nombre propio y no en el de la sociedad, pero

<sup>59</sup> Al respecto, entre otros, v. DE LA PLAZA, M., “Las acciones de impugnación contra los acuerdos sociales”, en *RDP*, 1948, pp. 418-419; FAIREN GUILLÉN, V., *El Proceso en la Ley de Sociedades Anónimas (Estudio sobre los artículos 67 a 70)*, Bosch, Barcelona, 1954, pp. 46-47; RUBIO, J., *Curso de derecho de sociedades anónimas*, 3.ª edic., Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1974, pp. 261-262; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *op. cit.*, p. 35; MARTÍNEZ MULERO, V., *El control de los administradores y la impugnación de sus acuerdos*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 263-265; y ROJO, Á., *op. cit.*, pp. 1454-1455.

<sup>60</sup> V. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *op. cit.*, p. 357.

<sup>61</sup> V. sobre el fundamento de esta legitimación de los administradores y su relación con el régimen de responsabilidad, entre otros, v. ALCALÁ DÍAZ, M. Á., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 397-412.

<sup>62</sup> V. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *op. cit.*, p. 357.

<sup>63</sup> Si bien en algunos casos de especial trascendencia puede no ser suficiente una mera oposición formal que buscare exonerar de responsabilidad al administrador que se beneficia de la operación o que tiene solvencia patrimonial suficiente para hacer frente a una eventual responsabilidad originada en el acto o acuerdo ilegal. Al respecto v. ARANGUREN URRIZA, F. J., “Los órganos de la sociedad anónima”, AA.VV., *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, 3.ª edic., Trivium, Madrid, 1990, p. 561; BERCOVITZ, A., “Los acuerdos...”, *op. cit.*, p. 396, e “Impugnación...”, *op. cit.*, p. 352; y EMBID IRUJO, J. M., “Artículo 70: Impugnación de acuerdos”, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (coord. ARROYO, I., EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), 2.ª edic., vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, p. 858.

<sup>64</sup> V. DUQUE, J., *op. cit.*, p. 39; y URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *op. cit.*, pp. 357-358.

en defensa del interés social y no del interés propio), y, sin embargo, no lo está el órgano colegiado al que pertenecen<sup>65</sup>. En nuestra opinión ésta era la interpretación que, conforme a los criterios contenidos en el art. 3.º.1 CC., procedía hacer del término “*los administradores*” del art. 117.1 LSA de 1989 y del texto originario del art. 206.1 LSC. Exégesis ahora reforzada con la expresión “*cualquiera de los administradores*” introducida por la Ley 31/2014 en dicho art. 206.1 LSC. La cuestión no es baladí, pues el reconocimiento de la legitimación individual de los administradores implica una ampliación de la legitimación activa a todos los miembros del órgano de administración, una auténtica multiplicación de los legitimados, sin que sea necesaria la reunión del colegio de administradores y la adopción del acuerdo de impugnar en el seno del órgano colegiado. Y, si se diera tal reunión y se llegara a semejante acuerdo, el órgano colegiado en sí no estaría legitimado para impugnar, sino que tendría que servirse de un legitimado para hacerlo: un socio que alcance el umbral de participación establecido, un administrador o un tercero que acredite interés legítimo. Pues de admitirse la legitimación del órgano de administración en representación de la sociedad se llegaría al absurdo de que demandante y demandado serían la misma persona jurídica, y es que en materia de impugnación de sus acuerdos sociales la sociedad es siempre la demandada (la legitimada pasiva) y nunca puede ser la demandante<sup>66</sup>. Es más, si el administrador que impugna tuviese la representación exclusiva de la sociedad, en caso de que la junta no hubiera designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la causa debe nombrar la persona que ha de representar a la sociedad en el proceso, eligiéndola entre los socios que votaron a favor del acuerdo (art. 206.3 LSC). Legitimación individual de los administradores que, por lo demás, enlaza con la responsabilidad individual, aunque solidaria cuando se integren en un órgano colegiado de administración, de éstos (art. 237 LSC).

Por otra parte la doctrina procesalista ha cuestionado el carácter de dicha legitimación, dudando entre si se trata de una legitimación ordinaria o directa (ejercicio del derecho en nombre propio) o el ejercicio en nombre propio de un derecho que pertenece, bien a la sociedad (para que mediante su intervención pueda controlar judicialmente sus propios actos), o bien a los socios, en cuyo caso habría de admitirse el fenómeno de la sustitución procesal. Aun cuando parece más adecuado hablar de una legitimación directa (en nombre propio y no en el de la sociedad, aunque en defensa del interés social y no del particular), algunas opiniones autorizadas consideran la conveniencia de mantener la tesis de la legitimación extraordinaria, indirecta o por sustitución, pues con ello se evita que recaiga sobre los administradores la carga de afrontar los gastos y demás inconvenientes que provoca el ejercicio de la acción de nulidad ante los tribunales, carga que asumiría la sociedad<sup>67</sup>.

Y si bien no hay duda de que está legitimado quien era administrador cuando se adoptó el acuerdo y lo sigue siendo cuando lo impugna y se resuelve la cuestión judicialmente, no está tan claro si también está legitimado el administrador designado tras la adopción del acuerdo social (aunque sea en la misma junta<sup>68</sup>) o el que ostenta el cargo cuando se adoptó el acuerdo pero deja de serlo en el momento de impugnar o antes de dictarse la sentencia al pleito planteado. Cuestión que tiene menos interés práctico con la legitimación reconocida a los terceros que acrediten interés legítimo (y parece claro que los nuevos administradores o los que dejan de serlo podrán justificar tal interés si tienen un interés legítimo diferente al que tenían como administradores) y la concedida con carácter general a los socios que alcance el mínimo de capital establecido para poder impugnar (condición que en muchas ocasiones también tienen los administradores).

A favor de admitir la legitimación del administrador designado después de adoptado el

<sup>65</sup> Por todos, v. RUBIO, J., *op. cit.*, p. 262; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *op. cit.*, pp. 356-357; y BERCOVITZ, A., “Impugnación...”, *op. cit.*, p. 326.

<sup>66</sup> V. la SSTs de 15-12-1992 (RJ 1992/10493) y de 20-11-1996 (RJ 1996/8214).

A la legitimación pasiva le dedicamos un estudio más detallado en nuestro trabajo “Legitimación activa y pasiva...”, *op. cit.*, pp. 561-563.

<sup>67</sup> V. DUQUE, J., *op. cit.*, p. 39; y DAMIÁN MORENO, J. y ARIZA COLMENAREJO, M. J., *op. cit.*, p. 56.

<sup>68</sup> V. ARROYO, I., “Artículo 56: Impugnación de los acuerdos de la Junta General”, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (coord. ARROYO, I. y EMBID, J. M.), Tecnos, Madrid, 2009, p. 725.



acuerdo social se alega que al estar obligado a ejecutarlo también está interesado en su legalidad, por lo que si duda de ella debe facilitarse su impugnación legitimándolo al efecto<sup>69</sup>.

Más complejo es el supuesto de quien ya no ostenta la condición de administrador al impugnar el acuerdo o al dictarse sentencia sobre el mismo. La necesaria proscripción de los acuerdos antijurídicos debe llevarnos a facilitar la legitimación activa para su impugnación, postura que también se ve apoyada por el hecho de que el legislador no distinga sobre el momento en que se debe ser administrador. Esta persistencia en la legitimación es especialmente necesaria para el caso de impugnaciones ya en curso, pues si se vinculara la legitimación al cargo bastaría con destituir al administrador para evitar la prosecución de la demanda de impugnación<sup>70</sup>. No desconocemos sin embargo los riesgos que esta tesis extensiva tiene en manos de administradores interesados en perjudicar a la sociedad, por lo que parece adecuado observar la legitimación de los que han dejado de ser administradores a través del prisma del interés legítimo<sup>71</sup>, de manera que no goce de legitimación el antiguo administrador que no demuestre su legítimo interés en el acuerdo que impugna y sí aquél a quien el acuerdo pueda depararle consecuencias adversas, como su responsabilidad.

Por lo demás la legitimación del administrador en el caso de los acuerdos pretendidamente antijurídicos, al igual que la del accionista, no debe verse afectada por su relación previa con el acuerdo. De modo que el hecho de que el administrador que impugna sea uno de los que hubiera propuesto el acuerdo social cuestionado o de los que lo votaran a favor no impide su impugnación, pues por esta vía se logra mejor el objetivo de la eliminación de los acuerdos viciados. Postura que, por lo demás, es coherente con la idea defendida de que la legitimación se concede al administrador para la defensa del interés social y no de su interés particular<sup>72</sup>. Así, en algunos casos (sería ingenuo pensar que en todos) el cambio de criterio del administrador impugnante puede ser de buena fe (v. gr. cuando advierta sobrevenidamente las consecuencias negativas del acuerdo y no cuente con la mayoría necesaria para su revocación o sustitución), debiendo, para ellos, prevalecer el argumento de la defensa del interés social frente a la doctrina de los actos propios, pues el remedio para luchar contra las consecuencias de las impugnaciones de mala fe (los gastos y perjuicios que puedan ocasionar a la sociedad) no ha de ser una restricción en la legitimación del administrador que favoreció la adopción del acuerdo, no establecida expresamente por el legislador, sino la posibilidad de exigir su responsabilidad si el juez resolviera la validez del acuerdo<sup>73</sup>.

Y ha de afirmarse que, si bien el administrador no ha de demostrar su interés legítimo en el acuerdo que impugna, pues se presume de su condición de administrador, sí ha de acreditar su estatus mediante la certificación del acta en la que se recoge el acuerdo de su nombramiento y su aceptación del cargo (momento desde el que surte efecto el nombramiento) o, dada la obligación de la presentación a inscripción en el Registro Mercantil, la certificación oportuna del encargado del registro competente (art. 215 LSC; y arts. 94.1.4.º, 141.1 y 192 RRM). Pero tal prueba puede ser innecesaria si la sociedad demanda no se opone a su legitimación, pues comúnmente no puede desconocer la condición del administrador demandante.

Por último, aunque en la LSC no se contemple expresamente, la legitimación de los administradores ha de entenderse extensiva a quienes los sustituyan en caso de liquidación o concurso, de modo que también estarán legitimados en los mismos términos que ellos (y a título individual) los liquidadores (art. 375.2 LSC) y los administradores concursales. Estos últimos tanto en el caso de que el juez del concurso declare la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de ad-

<sup>69</sup> V. BERCOVITZ, A., "Impugnación...", *op. cit.*, p. 327; en contra v. ARROYO, I., *op. cit.*, p. 725.

<sup>70</sup> Así, v. SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, p. 202; y BERCOVITZ, A., "Impugnación...", *op. cit.*, p. 327.

<sup>71</sup> V. arts. 22.1 y 413.1 LEC; y MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 257.

<sup>72</sup> V. FRIGOLA i RIERA, A. (2008), "El consejo de administración: la impugnación de los acuerdos del consejo", *Órganos de la sociedad de capital* (dir. GARRIDO, L. y GIMÉNO-BAYÓN, R.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 1394-1395; y DÍAZ MORENO, A., *op. cit.*, p. 551.

<sup>73</sup> Con otra opinión, v. FARRANDO MIGUEL, I., *op. cit.*, p. 425.



ministración y disposición de su patrimonio a través de su órgano de administración y su sustitución por la administración concursal (arts. 40.1 a 4 y 48.1 y 3 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en adelante LC), como en la fase de liquidación (art. 145.3 LC), pues si el juez sólo decretara la mera intervención de las facultades por la administración concursal, los administradores concursales sólo estarían legitimados para impugnar acuerdos en condición de terceros que acrediten un interés legítimo, el cual concurre en el administrador concursal.

### 3.3. Legitimación de los terceros

La legitimación de los terceros que acrediten un interés legítimo se reconocía ya en el art. 117.1 LSA de 1989 y en el modificado art. 206.1 de la LSC, pero sólo para la impugnación de acuerdos pretendidamente nulos. La ampliación de la legitimación de tales terceros a todo tipo de acuerdos antijurídicos producida con la reforma introducida por la Ley 31/2014 debe ser entendida como el resultado de la extensión de la tesis del carácter benéfico de la finalidad perseguida: la proscripción de los acuerdos antijurídicos. Fundamento que debe inducir a considerar de manera generosa la legitimación activa para dicha impugnación; además de ser el cauce para el ejercicio del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva<sup>74</sup>. La introducción de este grupo nuevo de legitimados sirve, por lo demás, de fórmula de cierre del sistema en caso de duda: están legitimados todos los que acrediten un interés legítimo, si bien éste no requiere ser demostrado por los socios que representen el mínimo de capital establecido ni por los administradores, pues se presume para ellos.

Hasta la entrada en vigor de la LSA de 1989 la jurisprudencia del TS negaba mayoritariamente la legitimación a los terceros interesados<sup>75</sup>, si bien desde la doctrina más autorizada se propugnaba su admisión con base en los principios generales en materia de nulidad de los contratos y en la doctrina jurisprudencial que afirma la legitimación de los terceros que puedan verse afectados por los actos o negocios nulos<sup>76</sup>.

La LSC no ofrece un concepto de interés legítimo a los efectos de la legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales, por lo que su apreciación queda en manos de los tribunales caso por caso. Al respecto hemos de mostrarnos de acuerdo con quienes afirman que no siempre es fácil apreciar cuándo el interés del tercero es susceptible de ser tutelado y cuándo no, pues hemos de admitir que la excesiva ampliación de la legitimación a favor de los terceros conlleva el riesgo de que casi cualquiera pueda fiscalizar externamente la vida de la sociedad. Y es que resulta ingenuo creer que cuando un tercero actúa lo hace siempre, además de por el propio interés, por el interés de la sociedad<sup>77</sup>.

Por lo demás, la LSC no se refiere a un *interés directo*, sino que considera suficiente un *interés legítimo*<sup>78</sup>, sin que ello deba llevar a interpretaciones tan extensivas que conviertan la acción de impugnación en una acción prácticamente pública. Se afirma así que debiera ser suficiente que quien pretenda estar legitimado posea un interés individual o personal en la impugnación del acuerdo social, porque éste tenga o pudiera tener alguna repercusión sobre el impugnante al afectar a sus derechos personales o sociales o a su patrimonio, y no que necesariamente implique la existencia

<sup>74</sup> V. SAP de Sevilla de 13-10-1993 (RGD, n.ºs 598-599, 1994, pp. 8987-8990).

<sup>75</sup> V. las SSTs de 18-6-1963 (RJ 1963/3383), de 17-3-1967 (RJ 1967/1524), de 24-10-1967 (RJ 1967/4032) y de 27-6-1988 (RJ 1988/5135).

<sup>76</sup> Por todos, v. DE LA PLAZA, M., *op. cit.*, p. 420; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952, p. 330; y URÍA, R., *op. cit.*, p. 777.

<sup>77</sup> Entre otros, v. DAMIÁN MORENO, J. y ARIZA COLMENAREJO, M. J., *op. cit.*, p. 57.

<sup>78</sup> V. BERCOVITZ, A., "Impugnación...", *op. cit.*, p. 329; y STS de 14-2-2018 (RJ 2018/542), que hemos comentado en "Legitimación activa para impugnar acuerdos de los terceros...", *op. cit.*, pp. 1-15; y que ha estudiado CARRASCO PERERA, Á., "La (im)procedencia de impugnar acuerdos societarios sobre la base del abuso del derecho de los socios", *Diario La Ley*, n.º 9180, de 18 de abril de 2018, versión electrónica, pp. 1-6. En contra, v. MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 258, mantiene que debe darse un interés propio, objetivo y directo del tercero.

de un perjuicio<sup>79</sup>. Además, en nuestra opinión este interés existe en los terceros que hayan sufrido ya daños o perjuicios como consecuencia del acuerdo impugnado, pero también en aquellos a los que tales consecuencias negativas puedan llegar a afectar en el futuro. No obstante, la limitación introducida por la Ley 31/2014 a la legitimación del socio, que ahora debe ostentar la participación mínima establecida, es un criterio interpretativo que debe conducir, por coherencia, a exigir en el interés legítimo del tercero una intensidad o relevancia suficiente, quedándole al tercero siempre la vía de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios para los supuestos menos significativos. Argumento que también lleva a exigir a quien se postule como tercero y sea o haya sido socio la participación mínima legal o estatutaria requerida a los socios, salvo que alegue un interés legítimo para la ineficacia del acuerdo distinto del que tiene o tuvo como socio<sup>80</sup>.

Entre los supuestos indubitados de legitimación activa se encuentran los de: 1) los trabajadores, considerados tanto individual como colectivamente a través de los representantes sindicales, respecto a los acuerdos que afecten a sus condiciones laborales (aunque hemos de ser conscientes de la amplitud de esta expresión, pues todo acuerdo que repercuta en la marcha de la sociedad puede incidir de manera directa o indirecta en las condiciones laborales e interesar a los trabajadores); 2) los obligacionistas, que en su condición de acreedores de la sociedad están interesados en el buen funcionamiento de la sociedad, así como su representante, el comisario del sindicato de obligacionistas; 3) los copropietarios de acciones o participaciones y los cotitulares de derechos reales sobre acciones o participaciones a los que no se confiera el derecho de impugnación en representación de la comunidad; 4) los nudos propietarios o usufructuarios, los acreedores pignoratícios o socios pignorantes, socios embargados o depositarios judiciales de las acciones o participaciones embargadas, a los que la ley o los estatutos no adjudiquen el derecho de impugnar acuerdos sociales; 5) los interventores judiciales de la herencia (arts. 791 y 792 LEC); y 6) los administradores concursales individualmente considerados si la persona jurídica concursada no tuviera sus facultades suspendidas (pues de tenerlas la administración concursal sustituiría al órgano de administración y cada administrador concursal estaría individualmente legitimado para impugnar los acuerdos pretendidamente antijurídicos en su condición de administrador –arts. 40.1 a 4 y 48.1 LC–).

También puede ser apreciada la legitimación activa respecto de algunas personas a las que se niegue el carácter de socio y demuestren un interés legítimo, como pueden ser: 1) los que no probaron su estatus de socio adecuadamente, 2) los privados de la condición de socio por estar viciado de nulidad su título (*v. gr.*: cuando se rechace el estatus de socio con base en una autorización de transmisión de acciones declarada nula por ser contraria a la ley o al orden público, pues este acuerdo social nulo le impide acceder a la condición de socio), 3) los titulares del derecho de contravalor de sus aportaciones dinerarias, 4) los socios que adquirieron este estatus después de celebrada la junta (como ocurre con los accionistas “nuevos” de la sociedad absorbente en caso de fusión de sociedades), o que dejaron de serlo después de ella o los titulares de acciones o participaciones pendientes de atribución. Así como los administradores a los que se niegue su legitimación en cuanto tales, bien por no haber acreditado adecuadamente su condición, bien por rechazarse su legitimación por haber dejado de ostentar su cargo en el momento de impugnar o de dictarse la sentencia o por haber sido adquirido tal estatus tras la junta, debiendo en todos estos supuestos demostrar su interés legítimo en el acuerdo que se impugna.

También pueden estar legitimados, de acreditar su interés legítimo: 1) los acreedores de la sociedad (entre los que también se encuentra la Administración pública); 2) los socios, administradores y acreedores de las sociedades participadas por la sociedad cuyo acuerdo se impugna; 3) los directores, gerentes y demás personas autorizadas por los estatutos o el presidente a asistir a la reunión por su interés en la buena marcha de los asuntos sociales (art. 181 LSC) u otros auxiliares

<sup>79</sup> V. GIMENO SENDRA, J. V., *op. cit.*, p. 30; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y DE LA OLIVA, A., *op. cit.*, p. 1061; y DAMIÁN MORENO, J. y ARIZA COLMENAREJO, M. J., *op. cit.*, pp. 58-59.

<sup>80</sup> V. MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 258.

o colaboradores del empresario, que mantengan con la sociedad una relación laboral (común o de alta dirección) o no (agentes, concesionarios, franquiciados, etc.); y 4) los auditores revocados ilegalmente respecto del acuerdo revocatorio de su designación<sup>81</sup>.

Pero, además, la consideración como tercero con interés legítimo puede venir determinada por la clase de sociedad en la que se adopte el acuerdo. Así en las sociedades cotizadas puede reconocerse la legitimación a las asociaciones de accionistas independientes en representación de sus asociados (art. 11.2 LEC), sean éstos socios o terceros, siempre que, en el caso de los socios, representen, individual o conjuntamente, el porcentaje de capital determinado para ello y, en el caso de los terceros, acrediten un interés legítimo; o a la propia CNMV en materias en las que no esté expresamente legitimada<sup>82</sup>. Y es que, en algunas normas especiales se reconoce la legitimación activa para impugnar determinados acuerdos sociales a ciertos organismos de Derecho público, terceros cuyo interés se presume legítimo *iuris et de iure ex lege*, y que tiene su fundamento en que es atribuida a organismos de supervisión de mercados, como el Banco de España o la CNMV<sup>83</sup>.

Además, se ha discutido en la doctrina si está también legitimado el tercero de buena fe que haya adquirido derechos a consecuencia del acuerdo impugnado y antes de que se declare su antijuridicidad<sup>84</sup>. En nuestra opinión no se debe rechazar la legitimación del tercero de buena fe con el argumento de que la sentencia no tendría efectos sobre los derechos adquiridos por el impugnante, puesto que la pretendida ausencia de efectos es algo siempre teórico, porque puede darse el supuesto, *v. gr.*, de que un tercero de buena fe preocupado ante la incertidumbre de una segunda venta de un bien registrado a su nombre adquirido a la sociedad incurra en gastos al solicitar el consejo profesional de un letrado; o de que un tercero de buena fe por razones de imagen desee impugnar un acto que le afecte por muy amparado legalmente que estuviera su interés. Y es que la protección de los intereses legítimos del tercero debe llevar a permitirle desarrollar las estrategias de defensa jurídica que considere oportunas, siempre que sean conformes a la buena fe.

Por último hemos de afirmar que la carga de la prueba del interés legítimo incumbe a quien pretenda estar legitimado, si bien éste no tiene porqué demostrar necesariamente su interés al presentar la demanda, sino que puede hacerlo a lo largo del procedimiento, e incluso puede no tener que hacerlo nunca si la sociedad demandada no le niega la legitimación por medio de la oportuna excepción o el juez no le exige su acreditación de oficio (art. 282 de la LEC).

<sup>81</sup> Al respecto entre otros *v. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., op. cit.*, pp. 349 y 352-353; nuestra monografía *Legitimación...*, *op. cit.*, pp. 126-129; y MASSAGUER, J., *op. cit.*, pp. 258-259.

<sup>82</sup> *V. ALCALÁ DÍAZ, M. Á., op. cit.*, pp. 131-170, y TAPIA HERMIDA, A. J., "La Junta General de Accionistas de la Sociedad Anónima cotizada", *Homenaje a Sánchez Calero*, vol. III, McGraw-Hill, Madrid, 2002, p. 2947.

<sup>83</sup> *V. DÍAZ LEZCANO SEVILLANO, N., op. cit.*, pp. 307-316; ROJO, Á., *op. cit.*, p. 1457; MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 259; y DÍAZ MORENO, A., *op. cit.*, pp. 554-555.

Así en el art. 20.a) de la Ley 10/2014, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito, se reconoce la legitimación del Banco de España para impugnar los acuerdos adoptados con los votos emitidos de quienes sean titulares de acciones adquiridas infringiendo la prohibición de adquisición de participaciones significativas en entidades de crédito españolas sin notificación al Banco de España o con dicha notificación pero sin haber transcurrido el plazo para su evaluación o con la oposición expresa del Banco de España, habida cuenta que sus titulares carecían los derechos políticos correspondientes a las participaciones adquiridas irregularmente y que los votos emitidos en contravención con lo anterior eran nulos y los acuerdos adoptados impugnables en vía judicial siempre que los votos correspondientes a las participaciones irregularmente adquiridas hubieran sido determinantes para su adopción.

Por su parte en el art. 132.4 LMV se dispone que la CNMV estará legitimada para el ejercicio de las correspondientes acciones de impugnación contra los acuerdos que hayan sido adoptados en las sociedades cotizadas domiciliadas en España incumpliendo las normas sobre obligación de formular ofertas públicas de adquisición (en que incurrirán quien no la presente, la presente fuera del plazo máximo establecido o con irregularidades esenciales), en el plazo de un año a contar desde que tenga conocimiento del acuerdo. Y en el art. 178.a) LMV se declara la competencia de la CNMV para impugnar los acuerdos que se hubieran adoptado con la participación determinante de aquellos socios que contravinieron la prohibición de ejercer derechos políticos respecto de las participaciones significativas de sociedades de servicios de inversión españolas adquiridas irregularmente.

<sup>84</sup> Entre otros, *v. URÍA, R., op. cit.*, p. 770; GIMENO SENDRA, J. V., *op. cit.*, pp. 74-75; DAMIÁN MORENO, J. y ARIZA COLME-NAREJO, M. J., *op. cit.*, p. 59; y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *op. cit.*, pp. 350-351.

#### 4. LEGITIMACIÓN AMPLIADA PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS CONTRARIOS AL ORDEN PÚBLICO

La Ley 31/2014 introduce también un nuevo apdo. 2 del art. 206 LSC, con el que ofrece una muy amplia legitimación para la impugnación de los acuerdos contrarios al orden público, al disponer que estará legitimado “*cualquier socio, aunque hubiere adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero*”. De manera que se extiende la legitimación a cualquier socio, a cualquier administrador y, sólo aparentemente (pues no estamos ante una legitimación ilimitada, pública), a cualquier tercero. Así, si el actor es un socio no importa cuándo adquirió la condición de socio ni la participación que ostente en el capital social. Si es un administrador no es relevante desde cuándo sea administrador. Y si el demandante es un tercero no se le requiere que acredite un interés legítimo, si bien más que ante una falta de exigencia de interés legítimo del actor estamos ante una inversión de la carga de la prueba, que lleva a que sea la sociedad la que tenga que demostrar que el demandante carece de interés legítimo para impugnar o que dicho interés está falto de la intensidad o relevancia suficiente<sup>85</sup>.

Antes de esta reforma la doctrina se había referido a la contravención del orden público como la auténtica causa de nulidad acuerdos<sup>86</sup>. Y, al respecto, aunque resulta difícil de ofrecer un concepto de “orden público”, *grosso modo* entendemos que éste comprende los principios que en cada momento informan las instituciones jurídicas, que con carácter general se encuentran recogidos en la Constitución española y, en el ámbito de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, en los principios configuradores del tipo social a los que se refieren el art. 28 LSC<sup>87</sup>. Unidos a la contravención del orden público, aunque no deben confundirse con ella, se encuentran otros posibles fundamentos de las acciones de revisión como son la desviación de poder, el abuso de derecho<sup>88</sup>, el fraude de ley<sup>89</sup> y la violación de las bases esenciales de la sociedad o violación de la causa o fin de la sociedad<sup>90</sup>.

No resulta, sin embargo novedoso el carácter imprescriptible de la impugnación de los acuerdos contrarios al orden público (art. 205.1 LSC), pues ya estaba reconocido en el precepto del mismo número de la ley reformada, si bien en el texto previo se hacía referencia a los acuerdos que por “*su causa o contenido*” sean contrarios al orden público y ahora se hace a “*sus circunstancias, causa o contenido*”, con una clara intención de dar mayor amplitud a la protección frente a la contravención del orden público (cuyo antecedente lo encontramos en el Anteproyecto de Ley de

<sup>85</sup> V. MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 263.

<sup>86</sup> Entre otros, v. BERCOVITZ, A., “Impugnación...”, *op. cit.*, pp. 388-389; ALCALÁ DÍAZ, M. Á., *op. cit.*, pp. 438-449; y ARROYO, I., *op. cit.*, pp. 715-718.

<sup>87</sup> Entre otros, v. ARANGUREN URRIZA, F. J., *op. cit.*, pp. 1195-1197; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *op. cit.*, p. 326; BERCOVITZ, A., “Impugnación...”, *op. cit.*, p. 301; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima (STS de 30 de mayo de 2007)”, *Derecho de Sociedades I. Comentarios a la jurisprudencia* (dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.), vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1401-1470; PERDICES HUETOS, A., “Retorno a la impugnación de acuerdos de la junta de accionistas”, *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del bien gobierno de las sociedades* (dir. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 131; y ALFARO, J., “Artículo 204. Acuerdos impugnables (apartados 1 a 10)”, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)* (coord. JUSTE MENCÍA, J.), Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 184-185. En la jurisprudencia, entre otras, v. las SSTs 18-5-2000 (RJ 2000/3934), 5-2-2002 (RJ 2006/1600), 11-4-2003 (RJ 2003/3269), 28-11-2005 (RJ 2005/1233), 21-2-2006 (RJ 2006/827), 26-9-2006 (RJ 2006/7477), 30-5-2007 (RJ 2997/3608), 19-7-2007 (RJ 2007/5092), 29-11-2007 (RJ 2008/32), 29-10-2008 (2008/7692) y 19-4-2010 (RJ 2010/3538).

<sup>88</sup> V. la STS de 14-2-2018 (RJ 2018/542) citada, en la cual se considera el abuso de derecho como una conducta contraria a la ley susceptible de impugnación por vía societaria. Al respecto hemos apuntado (v. “Legitimación activa para impugnar acuerdos de los terceros...”, *op. cit.*, pp. 9) que en la sentencia echamos de menos una reflexión adicional sobre las consecuencias prácticas de la decisión señalada, que a nuestro entender son radicales: todos los supuestos de acuerdos sociales en los que exista abuso de derecho (y por extensión también otros supuestos análogos, como los de fraude de ley o los adoptados con mala fe) que perjudique a terceros tendrán como vía para su eliminación la de la impugnación de acuerdos sociales, pues en todos ellos se habrá producido una conducta contraria a la ley.

El abuso de derecho también ha sido estudiado en la STS de 15-2-2018 (RJ 2018/473). Al respecto v. ALFARO, J., quien le dedica un entrada fechada el 28-2-2018 de su blog *Almacén de Derecho*, disponible en <http://derechomercantiles.es/2018/02/caducidad-de-la-impugnacion-de-los.html#more> (última consulta: diciembre de 2018).

<sup>89</sup> V. BERCOVITZ, A., “Los acuerdos...”, *op. cit.*, pp. 386-387; y ALFARO, J., “La impugnación...”, *op. cit.*, pp. 194-202.

<sup>90</sup> V. GIRÓN, J., *op. cit.*, pp. 323-325.

Código Mercantil). Una muestra de tales acuerdos contrarios al orden público lo ofrece la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo en su Estudio de 14 de octubre de 2013 cuando expresa que “*el caso ejemplar es el de aquellos acuerdos que simplemente no se han tomado porque no se ha celebrado o, ni siquiera se ha convocado, la junta general*”<sup>91</sup>, respecto a los cuales afirma que “*(l)os acuerdos inexistentes no pueden sobrevivir con el paso del tiempo*”.

---

<sup>91</sup> V. STS de 30-5-2007 (RJ 2000/3608).

# ALGUNAS NOTAS SOBRE EL TRATAMIENTO DEL RUIDO EN CHILE

## SOME NOTES ABOUT NOISE REGULATIONS IN CHILE

CHRISTOFHER ELSON KOTZING\*  
UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO

**RESUMEN:** El presente artículo tiene por objeto ofrecer un panorama general sobre la regulación del ruido en Chile, tomando en consideración el estatuto vigente y algunos problemas prácticos que resultan de su aplicación. Lo anterior sin dejar de lado las reglas generales presentes en el Código Civil frente a molestias que puedan ocasionarse a consecuencia de ruidos que impliquen una turbación en el uso de la propiedad. Proponiendo entonces y como lo han hecho otros autores, el reconocimiento de la teoría de la inmisión como un sistema que permita una interpretación amplia del campo de aplicación de las acciones posesorias, atendido el desfase que presenta nuestro Código frente a hechos que no impliquen desposeimiento.

**PALABRAS CLAVE:** Ruido, responsabilidad civil, función preventiva, acciones posesorias, teoría de las inmisiones.

**ABSTRACT:** *The aims of this article is to provide a general overview on noise regulation in Chile, taking into account the current status and some practical problems resulting from this application. This analysis also considered the general rules present in the Civil Code, about the inconveniences which could be caused as a result of noise that imply a disturbance in the use of property. The author proposed, as others, the recognition of the theory of inmission as a system that allows a broad interpretation of the application field of possessory actions to grant a broader preventive objective, all due to the gap that our Code presents when it comes to facts that do not imply dispossession*

**KEY WORDS:** *Noise, civil liability, preventive function, possessory actions, theory of inmissions.*

---

\* Abogado, Magíster en Responsabilidad Jurídica USS, docente del área del Derecho Privado de la Universidad Andrés Bello. Dirección: Autopista Concepción – Talcahuano N°7100, comuna de Talcahuano. Correo electrónico [christopher.elson@unab.cl](mailto:christopher.elson@unab.cl)



## INTRODUCCIÓN

Con el crecimiento de la población y la demanda de nuevas tecnologías la posibilidad de dañar a otro ha crecido de forma exponencial, de tal forma que, actualmente, el deber de no dañar a otro no puede centrarse en una víctima determinada, sino que más bien en la sociedad toda, prueba de ello ha sido la especialización de la rama del Derecho Ambiental obligando al Estado a tener un rol más activo en cuanto a velar por los intereses de la población en cumplimiento de lo establecido en nuestra Carta Fundamental.

Es en este aspecto donde el daño o riesgo de contaminación ha tenido en el último tiempo un mayor estudio desde el ámbito del derecho. Sin embargo, por el hecho de vivir en sociedad, estamos diariamente en presencia de un elemento no tangible que puede crear un perjuicio a la población, este es el ruido, que cumpliendo ciertos requisitos puede ser catalogado como un tipo de contaminación y un agente de daño. En presente artículo tiene por objeto dar una visión panorámica de su recogimiento en el ordenamiento jurídico centrándose principalmente en su marco administrativo regulatorio y su compatibilidad con las normas establecidas en el Código Civil.

### Parte I. Un concepto y una breve reseña a la evolución de la norma

Dentro de los distintos factores de contaminación que pueden afectar a la población, el ruido es uno de aquellos que menos tratamiento tiene en el ordenamiento jurídico Chileno, al punto de que, en nuestro diario vivir llega a ser un compañero que estamos tolerando sin tener la claridad de sus límites, como tampoco de su regulación y protección ante el mismo.

Como cuestión previa podemos decir que el concepto de ruido (que es una especie de sonido)<sup>1</sup> no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico, sin embargo para la Real Academia Española se entiende como un “Sonido inarticulado, por lo general desagradable”<sup>2</sup>, por tanto, ya tenemos un primer punto a considerar y que corresponde a la subjetividad del concepto, atendido a que un sonido no necesariamente va a generar daño a la población o a un individuo y, desde otro punto de vista, para algunas personas este puede ser considerado un ruido.

En cuanto a normas relacionadas con el ruido en Chile podemos indicar que su evolución a la actual normativa se puede centrar en los siguientes aspectos. En primer lugar el Código Sanitario en su artículo 89 letra b establece que un reglamento del Servicio Nacional de Salud comprenderá las normas que se refieren a “la protección de la salud, seguridad y bienestar de los ocupantes de edificios o locales de cualquier naturaleza, del vecindario y de la población en general, así como la de los animales domésticos y de los bienes, contra los perjuicios, peligros e inconvenientes de carácter mental o material que provengan de la producción de **ruidos**, vibraciones o trepidaciones molestos, cualquiera que sea su origen”, sin embargo el Decreto N° 286 de 1984 fue la primera normativa especial que regulaba las emisiones de ruido estableciendo los límites máximos permitidos de aquel. Los órganos competentes para su fiscalización eran los Servicios de Salud y las Municipalidades en vista del cumplimiento de sus respectivas ordenanzas municipales, estableciendo un procedimiento de medición y los instrumentos idóneos para ello.

Posteriormente, mediante el Decreto N° 93 de 1995 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia se dictó el Reglamento para la dictación de las normas de calidad ambiental y de emisión con la intención de establecer un procedimiento para establecer normas de calidad am-

<sup>1</sup> Definido como una “Sensación producida en el órgano del oído por el movimiento vibratorio de los cuerpos, transmitido por un medio elástico, como el aire”. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española 22ed.* Disponible en web <http://dle.rae.es/?id=YMV5HqJ>. (Consulta 15 de noviembre de 2018).

<sup>2</sup> *Ibidem.*

biental primarias (donde el sujeto pasivo es la población) y secundarias (donde el sujeto pasivo es el medioambiente) junto a un sistema de criterios de revisión de las mismas, estableciendo niveles de concentraciones o periodos máximos de exposición a ellas y donde encontramos al ruido como uno de los agentes a considerar, unido además al establecer este decreto un procedimiento de reclamo. Particularmente esta norma se colocó en la situación de que, atendidas las necesidades de la población y el crecimiento de la ciudad, toda norma de calidad ambiental y de emisión será revisada cada cinco años de acuerdo con los criterios establecidos en ella sin perjuicio de adelantar el procedimiento de revisión.

Luego, y con el objeto de dar cumplimiento a lo establecido anteriormente se dictó el decreto N° 146 de 1997 del Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia que comenzó a regir el 17 de julio de 1998 y que vino a establecer una actualización a la normativa relacionada con el ruido molesto, estableciendo que, correspondía a los Servicios de Salud del país fiscalizar su cumplimiento. Nótese que, a diferencia de la normativa anteriormente descrita, el presente decreto estableció primordialmente la misma escala máxima de ruido (del decreto N° 286 antes indicado) que puede ser emitido por una “fuente fija” entendida esta, de acuerdo con su artículo 3 letra d como “*Toda fuente emisora de ruido diseñada para operar en un lugar fijo o determinado. No pierden su calidad de tal las fuentes que se hallen montadas sobre un vehículo transportador para facilitar su desplazamiento*”, salvo el caso del ruido emitido por una fuente fija ubicada en una Zona IV (entendida esta como una zona cuyo uso de suelo permitido de acuerdo a los instrumentos de planificación territorial corresponde a industrial, con industria inofensiva y/o molesta) donde se aumentó en cinco decibeles en horario nocturno además de establecer límites a la emisión de ruido en zonas rurales, atendido a que dicha norma solo era aplicable a las fuentes emisoras dentro del radio urbano. Con la entrada en vigencia de esta norma, se derogó el ya mencionado decreto N° 286 de 1984.

Finalmente, en el año 2011 se dictó el decreto N° 38 del Ministerio del Medio Ambiente, el cual comenzó a regir el 13 de junio del año 2014, estableciendo la normativa actualmente vigente y que vino nuevamente en servir de actualización a los requerimientos de tipo preventivos que vienen en proteger la salud de la población. Sin embargo, del estudio de esta norma y la finalidad de ella se pueden realizar la siguiente descripción y comentarios.

### **Algunos comentarios al Decreto Supremo N° 38**

Como podemos apreciar, el objetivo de la actual norma es establecer un instrumento idóneo y actualizado con el claro objetivo de prevenir daños a la salud de la población. En virtud de ello podemos indicar que el principio preventivo en materia de daños se hace presente atendido a que este mismo decreto nace a propósito de un estudio realizado por la Organización Mundial de la Salud, donde se puede concluir los efectos adversos a la exposición de ruido nocturno. En consecuencia, la norma busca establecer un límite máximo de exposición a ruidos por parte de un sujeto y con la finalidad única de evitar daños a la salud. Por tanto, toda actividad económica se debe realizar teniendo presente lo anterior y, en caso de no cumplir con aquello, se establece un procedimiento de fiscalización y reclamo ante la Superintendencia del Medio Ambiente. Sin perjuicio de lo anterior y con el objeto de otorgar un campo más amplio de acción a la fiscalización de fuentes emisoras de ruido, se establece en el presente decreto la eliminación del concepto de “fuentes fijas” para evitar así la discusión que generaba dilucidar si el antiguo decreto supremo N° 146 consideraba otras fuentes emisoras que no tuvieran tal calidad, de la cual la Corte Suprema ya había resuelto que la intención del legislador nunca fue restringirla, de tal manera que “*si una actividad no fuera descrita no significada que se le eximiera de la aplicación de aquel cuerpo normativo*”<sup>3</sup>. De tal manera que, al día de hoy, pasamos de un concepto de “fuente fija” a “fuente emisora de ruido” independiente

<sup>3</sup> Corte Suprema, SOC. INGEN.Y CONST. ICAFAL LTDA. / SOTO RODRIGUEZ IRMA ELENA DEL CARMEN, 6 de Marzo de 2017. Santiago, Chile.

de su movilidad. En vista de ello, el presente decreto también es aplicable en caso de emisiones de ruido generado por dispositivos ubicados en una vivienda como también a las unidades de un edificio o condominio por ruido generado ya sea en espacio comunes como en unidades exclusivas. Debemos hacer presente que al utilizar el término “dispositivo” se amplía favorablemente las fuentes de emisión que pueden ser fiscalizadas para cumplir con el fin preventivo de esta norma.

Por otro lado, el decreto antes indicado establece, en su artículo 5, una serie de fuentes que no son objetos de aplicación de la presente norma. Tales son: A) La circulación a través de las redes de infraestructura de transporte, como, por ejemplo, el tránsito vehicular, ferroviario y marítimo; B) El tránsito aéreo; C) La actividad propia del uso de viviendas y edificaciones habitacionales, tales como voces, circulación y reunión de personas, mascotas, electrodomésticos, arreglos, reparaciones domésticas y similares realizadas en este tipo de viviendas; D) El uso del espacio público, como la circulación vehicular y peatonal, eventos, actos, manifestaciones, propaganda, ferias libres, comercio ambulante, u otros similares; E) Sistemas de alarma y de emergencia y F) Voladuras y/o tronaduras.

En la misma línea estimamos que, el hecho de indicarse en el presente decreto que fuentes no son objeto de regulación, no implica necesariamente una liberación de cumplir con la obligación de regular sus emisiones sonoras, al contrario, por tratarse de casos especiales tienen algunas de ellas sus propias normas reguladores, como por ejemplo el Decreto N° 129 del Ministerio de Transportes y Comunicaciones del año 2002 que establece las normas de emisión de ruidos para locomoción colectiva urbana y rural estableciendo una interesante escala descendiente en orden a los vehículos de locomoción colectiva que soliciten su primera inscripción de acuerdo al momento en que esta fue solicitada, siendo por tanto más exigente para los vehículos nuevos. En el mismo sentido el Decreto Supremo N° 594 del año 2000 del Ministerio de Salud que aprueba el reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo, estableciendo en su artículos 73 y siguientes distintas escalas de exposición a ruidos estableciendo límites máximos dependiendo de su protección o falta de ella<sup>4</sup>. En el ámbito del derecho administrativo podemos señalar también las ordenanzas municipales que rigen en cada comuna que viene a regular las actividades señaladas en la letra D y, finalmente, la ley 19.537 sobre copropiedad inmobiliaria donde en su artículo N° 32 establece indirectamente límites en cuanto a la emisión de ruidos por parte de cualquier ocupante de una unidad o espacio común, exigiendo un uso de la unidad de forma “tranquila y ordenada” como también la prohibición de realizar acto que comprometa la “salubridad” del condominio como también el no provocar ruidos en las horas que ordinariamente se destinan a descanso.

En lo que interesa para este artículo, los límites de presión sonora permitidos por la norma son variables dependiendo de la zona donde se ubica el receptor o individuo de ellas, siendo estas más exigentes, a lo menos en el horario nocturno, que el antiguo decreto N° 146. Para este efecto y en uso del instrumento de planificación territorial respectivo, estos límites rigen para las 24 horas del día y son los siguientes:

Zona	De 7 a 21 horas	De 21 a 7 horas
I	55 db <sup>5</sup>	45 db
II	60 db	45 db
III	65 db	50 db
IV	70 db	70 db

<sup>4</sup> Como se puede apreciar en el mencionado Decreto, el Ministerio de Salud fija distintas tablas donde establece el tiempo máximo a que un trabajador puede verse expuesto a ruidos dependiente de su tipo, fijando desde ya que frente a un ruido continuo (como una maquinaria) o impulsivo (como una tronadura).

<sup>5</sup> Decibel: Que de acuerdo con el artículo 6 número 6 del decreto en estudio es la unidad adimensional usada para expresar 10 veces el logaritmo de la razón entre una cantidad medida y una cantidad de referencia.

Para las áreas rurales se aplicará el menor valor entre el ruido de fondo mas 10 db y el nivel de presión sonora corregido de la zona III.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 11 y siguientes del decreto N° 38 ya referido se establece un procedimiento de medición que establece básicamente las siguientes reglas:

El nivel de emisión de ruido debe ser medido en la propiedad donde se encuentre el receptor y en el lugar y momento de mayor exposición del ruido.

El instrumento idóneo para su medición será un sonómetro integrador que cumpla con los requisitos señalados en el presente decreto sin perjuicio de poder ser usados otros instrumentos que cumplan las mismas exigencias<sup>6</sup>.

En virtud de lo antes expuesto podemos ver que lo importante es determinar el nivel de ruido medido desde el lugar del receptor y no desde la fuente misma, en vista de ello se pueden generar los siguientes problemas jurídicos que el presente decreto no resuelve. El primero de ellos obedece a la posibilidad de que la fuente de audio cumpla con los requisitos para operar, a modo de ejemplo, en una zona IV (donde el uso del suelo permite solo actividades productivas y/o de infraestructura) pero que el receptor se encuentra ubicado en una Zona III (que permite el uso habitacional, de equipamiento y de actividades productivas y/o de infraestructura) o, por otro lado, y teniendo presente los límites comunales que en ciertos casos son difusos, como una simple calle que separa a dos comunas, puede darse la situación de que un comerciante explote un centro de eventos que cumple con la respectiva ordenanza municipal y el decreto en estudio pero nuevamente, donde está ubicado el receptor el ruido, se sobrepasan los límites de emisión en dicha comuna. Por otra parte, este decreto basa su procedimiento frente a ruidos emitidos desde una o más fuentes ubicadas en la misma propiedad ya sea individual o colectiva (Artículo 3), pero, ¿que ocurre si el ruido que percibe el receptor supera los márgenes establecidos en este pero como consecuencia de dos fuentes que se encuentran en propiedades distintas?, bajo este aspecto el decreto nada dice y por tanto puede darse la situación de que ambas fuentes cumplen la norma aunque el receptor se ve expuesto a mas emisiones de las que debe tolerar y, finalmente, las mediciones deben realizarse en condiciones “habituales” del uso del lugar (Artículo 17) lo cual parece correcto atendido al hecho de que el ruido para ser catalogado como molesto supone, en principio, cierta idea de estabilidad en el tiempo. En vista de lo explicado, estimo que en este aspecto lamentablemente el fin preventivo de la norma no cumpliría su función en atención a la extensión de la aplicación de las propias ordenanzas (la comuna misma) unida a la limitación del decreto en estudio que obliga a medir el nivel de emisión de ruido en el lugar del receptor.

Otro problema que podemos detectar en el decreto aludido dice relación con la limitación que se establece en cuanto al procedimiento de medición con un instrumento específico. Si bien entendemos que la finalidad consiste en buscar un parámetro objetivo de medición se priva, por otra parte, a la eventual víctima de acreditar un hipotético o real perjuicio, a consecuencia de la exposición de ruido, por otro medio probatorio. Sin perjuicio de lo anterior debemos hacer presente que la norma no exige que sea un ente en específico que realice la medición, por tanto cualquier persona,

<sup>6</sup> Artículo 11°.- *Las mediciones se efectuarán con un sonómetro integrador - promediador que cumpla con las exigencias señaladas para las clases 1 ó 2, establecidas en la norma IEC 61672/1:2002 “Sonómetros” (“Sound Level Meters”). Lo anterior se deberá respaldar mediante la presentación de un Certificado de Calibración Periódica vigente.*

Artículo 12°.- *El sonómetro integrador-promediador deberá contar, además de lo dispuesto en el artículo anterior, con su respectivo calibrador acústico específico para cada marca y modelo, el cual cumpla con las exigencias señaladas para la clase 1 ó 2, en la norma IEC 60942:2003 “Electroacústica - Calibradores acústicos” (“Electroacoustics-Sound calibrators”). Lo anterior se deberá respaldar mediante la presentación de un Certificado de Calibración Periódica vigente.*

Artículo 13°.- *Las exigencias relativas a los certificados de calibración periódica, respecto a su contenido, periodo de vigencia, trazabilidad y otros aspectos técnicos, tanto para los sonómetros integradores-promediadores como para sus respectivos calibradores acústicos, se sujetarán a las normas técnicas que para tales efectos dicte el Ministerio de Salud.*

Artículo 14°.- *Se podrán realizar mediciones con otros instrumentos, siempre que cumplan con las exigencias señaladas en los artículos 11° y 12°.*

incluso el receptor mismo en la medida que cuente con el instrumento idóneo puede, ajustándose al procedimiento, establecer el nivel de presión sonora a que se encuentra afecto. Por tanto, lo que importa para estos efectos es determinar el nivel de ruido que soportaría la víctima, sin tomar en consideración quien realice tal medición, “*pudiendo ser el mismo denunciante o un tercero desinteresado e independiente, no siendo motivo de reproche al actuar de la entidad fiscalizadora a dicho respecto*”<sup>7</sup>. Sin perjuicio de lo expuesto, debemos hacer presente que lo anterior puede ser solucionado en vista de lo establecido en el artículo N° 51 de la Ley 20.417 que crea la Superintendencia del Medio ambiente, donde posibilita que “*los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica*”. De tal manera que, “*cualquier informe acompañado al expediente, aun cuando sea elaborado por el mismo denunciante, es un medio de prueba válido, en la medida que cumpla con los requisitos legales y/o lex artis a su respecto*”<sup>8</sup>

## Parte II. Algunas ideas sobre el tratamiento del ruido desde la perspectiva del Derecho Civil

El ruido, desde el prisma del Código Civil, no posee un tratamiento como tal<sup>9</sup> sin perjuicio de que, su falta de regulación y protección ante este, no queda excluida de la aplicación de las reglas generales que dicen relación con la protección de la posesión a través del ejercicio de las acciones posesorias contempladas en los artículos 916 y siguientes de libro segundo del Código Civil.

Bajo esa premisa podemos indicar que, fuera de la regulación del ruido desde el ámbito derecho público atendido a los decretos ya mencionados, unido a la posibilidad de fiscalización del cumplimiento de sus márgenes de emisión por parte de los municipios, no debemos descartar que, el perjudicado, se encuentra también habilitado para ejercer las acciones posesorias reguladas en título XIII del libro segundo del Código Civil, normas que si bien se centran en situaciones de turbación de la posesión por actos materiales sobre bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre ellos no quedan, de plano, excluidas de su aplicación por actos de tipo inmaterial sobre los mismos. Bajo este aspecto debemos tener presente que “*la posesión consiste básicamente en la detentación material de la cosa, la cual se traduce en el ejercicio de actos posesorios en ella, es decir de actividades donde de hecho se ejerzan las facultades del dominio, sean de uso, goce o disposición. Turbar la posesión no es sólo despojar al detentador del bien, sino también impedirle de hecho el ejercicio de dichos actos posesorios*”<sup>10</sup>. Por tanto, la turbación o amenaza en la posesión de un sujeto no debe centrarse necesariamente en actos que signifiquen, necesariamente, en un actuar directo que venga a significar despojo del inmueble, sino que por el contrario, una interpretación más amplia de las finalidades de estas acciones posesorias nos lleva a llevar su campo de aplicación a impedir el daño que puedan provocarse, incluso, por actos de tipo inmaterial como lo sería el ruido molesto. En vista de lo indicado y teniendo presente que su regulación tiene un fin netamente preventivo, una aplicación de las acciones posesorias sobre actos inmateriales vendría en servir como una herramienta óptima para aquellos casos en que, por razones de falta de entendimiento o convivencia en las relaciones de vecindad, se provoque un perjuicio que no pueda ser solucionado solo por la aplicación del D.S. N° 38 ya aludido o por una falta de fiscalización del municipio respectivo.

Como hemos mencionado, la protección de un sujeto a la exposición de ruidos desde el

<sup>7</sup> Segundo Tribunal ambiental, RVC Inmobiliaria Spa / Superintendencia del Medio Ambiente Rol R-108-2016, 15 de noviembre de 2016. Santiago, Chile.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> No ocurre lo mismo en otras legislaciones, así, el Código Civil de Catalunya establece en su artículo 546-13 en razón a la regulación de las relaciones de vecindad una idea clara de reconocimiento de inmisión señalando que “*Las inmisiones de humo, ruido, gases, vapores, olor, calor, temblor, ondas electromagnéticas y luz y demás similares producidas por actos ilegítimos de vecinos y que causan daños a la finca o a las personas que habitan en la misma quedan prohibidas y generan responsabilidad por el daño causado*”.

<sup>10</sup> AMUNATEGUI PERELLO, CARLOS FELIPE; “Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 38, Primer semestre Año 2012, pág. 106. Disponible en web <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/810/752>. (Consulta 10 de agosto de 2018).



punto de vista de la posesión es un asunto que, en principio, no queda muy claro toda vez que, el tratamiento de la protección de esta se encuentra vinculado más bien a actos que puedan ser ejercidos contra el poseedor pero siempre desde un punto de vista material, prueba de ello es el tratamiento de la querrela de amparo que tiene por objeto conservar la posesión frente a actos que consistan en turbaciones de hecho o derecho y que, por tanto, el ejercicio de la acción busca “*impedir o poner término a la turbación o embarazo, que en ciertos casos, de continuar, pudieren concluir en un despojo o privación de la posesión*”<sup>11</sup>, Es más, la jurisprudencia ha entendido como turbación “*todo acto o hecho voluntario, ejecutado de buena o mala fe que, sin despojar a otro de su posesión, supone disputar o controvertir el derecho de ejercerla que pretende tener el poseedor*”<sup>12</sup>.

De acuerdo con lo descrito, las acciones posesorias tienen un claro elemento material para justificar su accionar. Por tanto, con el objeto de dar a la víctima del ruido una protección frente a actos inmateriales que perjudique el libre ejercicio de su posesión, se ha propuesto incorporar en Chile la idea de reconocer a las inmisiones como una vía para permitir la protección frente a actos que no consistan necesariamente en actos materiales directos sobre el objeto, por ello “*la teoría de las inmisiones es una idea innovadora que quiebra con el tratamiento histórico de la doctrina y la jurisprudencia nacional en torno a este tipo de perturbaciones prediales. Resulta trascendente en materia de ruidos, pues al ser un supuesto de inmisión, faculta al poseedor de un inmueble o a quienes tienen derechos reales constituidos en él a solicitar el cese de la actividad o la indemnización pertinente por concepto de turbación o molestia de la posesión*”<sup>13</sup>. Bajo este aspecto, debemos entender la inmisión como “*Una perturbación posesoria de carácter indirecto que, sin disputar la tenencia material del bien, proyecta influencias sobre el mismo de tal naturaleza que le impiden, le dificultan o le hacen incómodo a su titular el ejercicio de actos posesorios sobre el mismo producto de la acción de un tercero sobre sus propios bienes*”<sup>14</sup>, también se le ha definido como “*toda injerencia, invasión o interferencia en la esfera jurídica ajena, por medio de la realización de actividades molestas, insalubres y nocivas o a través de propagación de actos perturbadores de cualquier género, que repercuten negativamente en el conjunto de derechos de los particulares afectados por esos actos o actividades, con una cierta reiteración por encima del nivel de tolerancia generalmente aceptado en término de lo que viene a ser una relación normal de vecindad*”<sup>15</sup>, como también en la jurisprudencia comparada, en particular la Sentencia de la Audiencia Provincial de León la definió como “*la injerencia en la esfera jurídica ajena mediante la propagación de sustancias nocivas o perturbadoras, comprendiendo también la realización de aquellos actos que tienen lugar en el inmueble propio, pero que repercuten negativamente en el ajeno, de forma que lesionan en grado no tolerable para el hombre medio (según las circunstancias y lugar), el disfrute de derechos personales (derecho al descanso, intimidación, bienestar o patrimoniales)*”<sup>16</sup>.

La inmisión también ha sido clasificada como material e inmaterial, siendo para efectos de este artículo relevante la última y entendida esta como “*aquellas que se originan en el fundo propio y se propagan al ajeno (humo, calor, olores, vibraciones, polvillo en suspensión, ruidos, luz excesiva, etc.)*”<sup>17</sup> De tal manera que, de acuerdo con lo expuesto, todo acto material realizado suelo

<sup>11</sup> PEÑAILILLO AREVALO, DANIEL; *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile año 2006, Santiago Chile. Pág. 555.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> TISNÉ NIEMANN JORGE. “La Teoría de las Inmisiones como fundamento dogmático de la protección privada ante el ruido”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 40, Primer semestre Año 2013, pág. 123. Disponible en web <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpuvcv/n40/a05.pdf> (consulta 7 de julio de 2018).

<sup>14</sup> AMUNATEGUI PERELLO, CARLOS FELIPE. “Hacia un concepto de Inmisiones en el Derecho Chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, volumen 40 N° 1, primer semestre 2013, pág. 73. Disponible en Web <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000100003>. Santiago, Chile. (Consulta 15 de junio de 2018).

<sup>15</sup> CORSSARI NELSON, Citado por GARRIDO CORDOBERA, LIDIA. *El riesgo ambiental*, Editorial Ubijus, 2014, Madrid, España. Pág. 100.

<sup>16</sup> MARTI, JOSÉ JOAQUÍN, *La defensa frente a la contaminación acústica y otras inmisiones*. Editorial J.M. Bosch 2008, Pág. 137.

<sup>17</sup> SAUX EDGARDO en GARRIDO CORDOBERA, LIDIA “El Problema De Las Inmisiones Inmateriales Y El Derecho: El Exceso A La Normal Tolerancia Entre Vecinos”. Publicado en *Obra colectiva del Bicentenario del Colegio de Abogados de Mercedes*, Buenos Aires, Argentina, Pág. 5, disponible en web <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-problema-de-las-inmisiones-inmateriales-y-el> (consulta 1 de agosto de 2018).



propio, pero que repercute en propiedad ajena por una consecuencia de carácter inmaterial, puede ser detenido o prevenido a través del acogimiento de la teoría de la inmisión. En vista de ello, “*La teoría de las inmisiones no dice relación con la usurpación, despojo o tenencia de una cosa ajena. Simplemente es la imposibilidad de poder ejercer una posesión tranquila en un inmueble por alguna molestia causada en predio ajeno y de la cual no existe derecho para realizarla o tolerarla*”<sup>18</sup>.

Con algunos matices, otros autores opinando favorablemente en torno a otorgar una mejor protección al poseedor, vienen en proponer en plantear un concepto mas amplio que la inmisión denominado “*interferencias no desposesorias, a fin de que contrastarlas con aquellas hipótesis de interferencias en las que hay un despojo o privación del inmueble*”. Así el profesor Arturo Ibañez León, manifiesta la ventaja de aquel concepto a través de dos grandes razones “*En primer lugar porque la denominación de interferencias no desposesorias es lo suficientemente genérica para dar cuenta de todas las hipótesis imaginables que tienen como característica esencial el de consistir en ataques al dominio inmueble en los que no hay despojo o privación, comprendiéndose por tanto en dicho concepto a la inmisión y, en segundo lugar la querrela de amparo, procede tanto contra interferencias no desposesorias directas como indirectas*”<sup>19</sup>.

Si bien la inmisión es una herramienta útil que viene en solucionar y prevenir los conflictos entre vecinos a consecuencia del crecimiento de la población, unido las necesidades que esta trae aparejada, no ha tenido al menos en Chile un estudio tan acucioso, siendo que la teoría en comento no es reciente puesto que, ya en el Derecho Romano se habían planteado soluciones mediante su aplicación con relación al humo que un productor de quesos generaba por la realización de esta actividad y que molestaba a su vecino del piso superior, es así como en el Digesto se indicaba que “*Respondió Aristón a Cerelio Vital que él no opinaba que con derecho pueda echarse el humo de una fábrica de quesos a los edificios superiores, si no admite tal servidumbre para esto. Y dice el mismo: tampoco es lícito echar agua, ni otra cualquier cosa, de uno superior a los inferiores; porque en tanto le es lícito a uno hacer alguna cosa en lo suyo, en cuanto no introduzca nada en lo ajeno, y la introducción del humo es como la del agua; y que por consiguiente puede el superior reclamar contra el inferior; que él no tiene derecho para hacer esto. Finalmente dice que escribe Alfeno, que así se puede reclamar que él no tiene derecho para extraer piedra en su pertenencia, de suerte que caigan en mi fundo los fragmentos; en su consecuencia, dice Aniston, que al que tomó en arrendamiento a los Minturnenses una fábrica de queso, puede prohibírsele por el vecino superior que le echo el humo, pero que los Minturnenses le quedan obligados por el arrendamiento; y dice que así puede reclamarse contra aquel que le eche el humo, que no tiene derecho para introducirle el humo; luego por el contrario podrá reclamarse que hay derecho para echar el humo, lo que le parece a Ariston que también lo aprueba el mismo. Pero podrá tener lugar también el interdicto Uti Possidetis (como poseéis), si a alguno se le prohibiera usar de lo suyo del modo que quiera*”<sup>20</sup>.

En virtud de lo expuesto podemos concluir que, si emito ruidos desde mi propiedad y que generan molestia a mi vecino soy, y a la vez puedo ser obligado, a restringir el campo de aplicación de mi derecho con el objeto de no turbar la propiedad o posesión del otro. Lo anterior viene en significar que, si aceptamos la aplicación de la teoría de la inmisión, viene esta en ser una medida de protección para el tercero desde el punto de vista de la prevención, a raíz de cualquier acto que venga a turbarle un ejercicio legítimo de su posesión y, a su vez, una restricción del dominio para el dueño de la propiedad donde se encuentra la fuente que genera la molestia, todo lo anterior basado en el artículo 582 de nuestro Código Civil, el cual al darnos un concepto de dominio, nos indica desde que su uso se encuentra limitado a la ley o al derecho ajeno. Por ello, una primera limitación

<sup>18</sup> TISNÉ NIEMANN, *ob cit* pág 10.

<sup>19</sup> IBÁÑEZ LEÓN, ARTURO. “Defendiéndose de las interferencias con el uso y goce de inmuebles en las que no hay despojo o privación de la posesión del inmueble: Aspectos problemáticos que presenta la querrela de amparo”, en *Estudios de Derecho Civil XIII*, Editorial Thompson Reuters, Santiago, Chile, año 2018, Pág. 21.

<sup>20</sup> DIGESTO 8, 5, 8, 5, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano Primera parte Instituta Digesto*, traducido del latín al castellano y publicado por los hermanos KRIEGLER, HERMANN Y OSERBRÜGGEN. Editor Jaime Molinas, Barcelona 1889, pág. 560.

legal sería el cumplimiento de lo establecido en el D.S. 38 reiteradamente aludido u otras normas especiales dependiendo del objeto de la propiedad, donde se le exige al propietario de la fuente abstenerse de emitir sonidos que vengán en perjudicar a su vecino mediato o inmediato y, por otro lado, una segunda limitación sería abstenerse de realizar alguna actividad que signifique una inmisión que turbe la posesión tranquila o el derecho de otro. Debemos también tener presente que el dominio otorga la denominada “facultad de excluir” donde podemos “impedir cualquier intromisión jurídica y material<sup>21</sup>”, ahora bien, teniendo en vista lo anterior, ¿por qué no aceptar que también pueda, con el uso de esta facultad, permitirse al titular la posibilidad de evitar las intromisiones jurídicas de tipo inmaterial?, creemos que con el avance de la sociedad existen y pueden darse otras situaciones donde la protección de la propiedad, y más aún de la posesión, no debe centrarse en aspectos ligados necesariamente al despojo o a la turbación de hecho por un acto material, sino que por el contrario, el daño o molestia también puede ser originado por un hecho que, en principio puede ser lícito pero que indirectamente perjudique a otro.

A lo anteriormente planteado surgen las siguientes interrogantes; ¿Quién sería el titular de la acción y el sujeto pasivo de la misma?; ¿Qué parámetros deberían tomarse en consideración para entender turbada la posesión por un acto inmaterial? y, finalmente ¿Cuál sería la acción idónea?

El titular de la acción debe ser, teniendo presente que la teoría de la inmisión busca un fin preventivo, todo individuo que se encuentre en posesión o tenencia de un inmueble y el sujeto pasivo debe aquel que, teniendo igual calidad jurídica que el autor de la molestia, se vea privado de la posesión o tenencia de ella. En igual sentido se pronuncia Pablo Surroca Casas al indicar que “*La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación y abstención (en particular, la negatoria) debería corresponder a los moradores de la vivienda o usuarios del espacio físico perturbado por el ruido, haciendo abstracción de la titularidad dominical o de cualquier otro derecho real de goce o disfrute, pues lo relevante a efectos jurídicos es quién sufre el perjuicio*<sup>22</sup>”. Estimamos entonces que no debe acreditarse dominio para ejercer la acción pero sí un título que justifique la tenencia o posesión del bien. En esta idea seguimos la misma idea que ya se había planteado en el Digesto.

Cuestión aparte sería precisar que los actos deben ser tomados en consideración para una inmisión por ruido serían aquellos que sean permanentes o, a lo menos estables en el tiempo. Por tanto una molesta temporal o transitoria, como una sierra que se utiliza para cortar un árbol, un ruido de taladro para colgar un artículo a la pared o, un concierto que se realizará en una fecha determinada, no son suficientes para dar cabida a la protección por inmisión, como por el contrario y a modo de ejemplo lo sería, el ruido producido por un club nocturno o un aserradero establecido, así, en sentencia del Segundo Tribunal ambiental y a propósito de la fiscalización de las actividades realizadas en un autódromo se indicó que “*el riesgo para la salud de la población se produce por la constante superación de la norma de ruido*<sup>23</sup>”. Por tanto, para dar cabida a una protección ante el ruido tendría que cumplir este con el requisito de ser estable o, a lo menos, ocasional pero teniendo claro una época donde este pueda producirse, como lo sería una actividad festiva.

En razón de lo anterior, se ha propuesto incluso un sistema de criterios “*que apunten a despersonalizar, en la medida de lo posible, las decisiones judiciales y, asimismo, garantizar la seguridad jurídica de los conflictos de vecindad*<sup>24</sup>”. Lo anterior, de acuerdo a su autor, a través de cuatro escalones lógicos que debería seguir el razonamiento judicial hasta determinar si la actividad es

<sup>21</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, Ob cit pág. 129.

<sup>22</sup> SURROCA CASAS, PABLO, “La protección Civil frente al ruido”, en *Revista electrónica de Derecho Ambiental* N° 18, enero 2009, disponible en web <https://huespedes.cica.es/gimadus/18/07.html>. (consulta 12 de septiembre 2018).

<sup>23</sup> Segundo Tribunal ambiental, Inversiones La Estancilla S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente, Rol 95-2016, 17 de noviembre de 2016. Santiago, Chile.

<sup>24</sup> TISNÉ NIEMANN, JORGE. *Las Inmisiones, protección de la propiedad frente a ruidos, humos, olores y otros conflictos de vecindad*. Editorial Legal Publishing 2017. Santiago, Chile, pág. 280.

inmisiva o no. Dichos factores serían: “*La existencia de limitaciones a la propiedad, control de legalidad de la actividad inmitente, presupuestos de relaciones de vecindad, en caso de cumplirse lo anterior se deberá distinguir entre invasión directa o no a la propiedad, para que el juez finalmente deba ponderar la tolerabilidad de la molestia conforme a los criterios de normal tolerancia*”<sup>25</sup>.

Finalmente, ¿cuál sería esta acción compatible con la idea de la protección de la inmisión por ruido?

En este punto debemos tener presente que el supuesto se basa en un acto que no implica privación de la posesión, sino que más bien una molestia que trae consigo el no poder utilizar tranquilamente el inmueble. En vista de ello, el Código Civil regula dentro de su apartado de acciones posesorias aquellas denominadas especiales “*donde su función parece más bien preventiva. Así autores como Claro Solar refieren que estas acciones tienen como finalidad evitar los daños o conflictos que la libertad de goce de los propietarios pudiera ocasionar*”<sup>26</sup>.

De acuerdo a lo antes expresado, estimamos que la única acción compatible y directa contemplada en el Código Civil, que sirva como medida de prevención frente a ruidos que impliquen una turbación al poseedor sería la del artículo 937, la cual nos señala que “*ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso*”. En vista de ello, si tenemos presente que todo sonido o ruido se propaga (entre otros medios) por el aire y, que atendido a sus características lo torna dañoso en la medida que sea molesto, la acción en cuestión sería, haciendo una interpretación amplia a dicha norma, un mecanismo apropiado de protección.

En consecuencia, enfatizamos que su aplicación no debe abocarse a la calidad del aire propiamente tal sino que también a todo aquello que se transporta por medio de este, así, con esta lectura podría tener cabida cualquier acto que signifique una molestia a la posesión de la víctima y que se transporte por este medio, cumpliéndose así con el fin preventivo de esta norma sin tener la necesidad de recurrir a una instancia administrativa, haciendo presente que “*la prevención y reparación de lesiones de derechos subjetivos es, en cierto modo, independiente del ejercicio legítimo de un derecho concedido por la administración, pues los criterios de responsabilidad por daños en uno y otro ámbito son diferentes*”<sup>27</sup>. Aunque no se ha entendido así por nuestros tribunales<sup>28</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos sin embargo tener presente que toda norma reguladora del ruido debe también ser atenuada con la posibilidad de ejercer alguna actividad que permita a un sujeto desarrollar una actividad lícita. En vista de ello y por vivir en sociedad, debemos tener presente que existirán molestias que debemos tolerar y de las cuales no se podrá pedir su reparación, por tanto, nuestros tribunales al momento de conocer de algún hecho donde se discuta una eventual protección al ruido, deberán tomar en consideración distintos parámetros para determinar si se ha excedido este margen de admisibilidad que, en sí mismo, es variable de acuerdo a diversos factores que deberán analizarse caso a caso. De esta manera, el principio general sería el siguiente: “*la condición de vecino exige soportar continuas molestias e incomodidades, siempre y cuando ellas no se eleven por sobre los niveles de tolerabilidad normal u ordinaria*”<sup>29</sup> y es ahí donde también debemos incluir al ruido.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> CARDENAS VILLARREAL, HUGO. “Función y alcance de los interdictos posesorios especiales en el actual contexto normativo ambiental”, *Estudios de Derecho Civil XI*, Editorial Legal Publishing, año 2016, Santiago, Chile, Pág. 290.

<sup>27</sup> DIAZ ROMERO, MARÍA DEL ROSARIO. “Inmisiones: Relación de causalidad entre la actividad inmitente y el daño. Actuación conforme a la normativa administrativa. Medios de defensa jurídico-civiles” en *Revista jurídica universidad autónoma de Madrid*, N° 15, año 2007, pág. 312. Disponible en web <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6118/6581> (consulta 5 de noviembre de 2018).

<sup>28</sup> Así, la Corte de Apelaciones de La Serena en autos sobre recurso de protección Rol 478-2017 indicó, a propósito del ejercicio de una acción de protección sobre contaminación acústica y lumínica que “*existen procedimientos administrativos y judiciales tendientes a la fiscalización de hechos que se han señalado constituyen actos de contaminación acústica, visual, lumínica y que también aplica al tratamiento inadecuado de basuras, no existiendo un derecho cierto y determinado que justifique la vía recursiva intentada en estos antecedentes*”.

<sup>29</sup> LACRUZ BERDEJO, citado por CESPEDES MUÑOZ, CARLOS, *El daño lícito*, Editorial La ley, España, 2016, p. 73.

## CONCLUSIONES

Con el avance del tiempo el legislador ha tomado en consideración que, el ruido, es un agente que puede provocar daño a otro.

El estatuto jurídico del ruido permite determinar los límites máximos frente a una exposición que cause molestia a un individuo. Sin embargo se puede afirmar que el actual Decreto Supremo N° 38 posee algunos puntos dudosos en cuanto a su aplicación.

El Decreto antes mencionado se encuentra restringido a los actos que el mismo describe y con las condiciones ahí señaladas. Sin embargo, el hecho que su regulación contemple casos donde no puede ser aplicado, no significa que dicha conducta se encuentre eximida de la obligación de no ocasionar molestia, lo anterior de acuerdo al principio general consistente en no dañar a otro.

Hacemos presente que la normativa relacionada con el ruido establece procedimientos especiales de medición a los que la entidad fiscalizadora debe sujetarse, pudiendo la víctima probar la molestia o turbación por cualquier otro medio de acuerdo con las reglas de la ley 20.417 que crea la Superintendencia de Medio Ambiente.

Nuestro Código Civil no se encuentra preparado idóneamente frente a turbaciones a la posesión por actos que no impliquen una acción directa sobre el predio en cuestión, debiendo recurrirse a la teoría de la inmisión o interferencias no desposesorias para lograr el fin preventivo que se busca.

Sin perjuicio de ello debemos hacer presente que las acciones posesorias reguladas en nuestro Código Civil requieren de una revisión urgente o, a lo menos, de una nueva lectura en cuanto a su campo de aplicación, lo anterior atendido los avances y nuevos factores de riesgo que se van generando en un mundo cada vez más desarrollado.

Proponemos como mecanismo ideal dentro de las acciones posesorias la regla del artículo 937 por ser aquella que se encuentra dentro de las acciones preventivas populares, evitando así cualquier conflicto que pueda generar la aplicación de la querrela de amparo. Sin embargo, estimamos que dicha propuesta resulta de una lectura amplia de lo que debe entenderse como aire conocidamente dañoso.

En la misma línea, nuestro Código Civil no contempla un estatuto protector de la persona frente a molestias por ruido, debiendo esta recurrir solo a las reglas generales de la responsabilidad extracontractual para evitar o reparar el daño causado, lo anterior, con todas las desventajas que implica un modelo de responsabilidad subjetiva y con un procedimiento declarativo común.

## BIBLIOGRAFÍA

AMUNATEGUI PERELLO, CARLOS FELIPE; "Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 38, Primer semestre Año 2012, disponible en web <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/810/752>. (Consulta 10 de agosto de 2018).

AMUNATEGUI PERELLO, CARLOS FELIPE. "Hacia un concepto de Inmisiones en el Derecho Chileno". *Revista Chilena de Derecho*, volumen 40 N° 1, primer semestre 2013, pág. 73, disponible en web <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000100003>. Santiago, Chile. (Consulta 15 de junio de 2018).

CARDENAS VILLARREAL, HUGO. “Función y alcance de los interdictos posesorios especiales en el actual contexto normativo ambiental”, *Estudios de Derecho Civil XI*, Editorial Legal Publishing, año 2016, Santiago, Chile.

CESPEDES MUÑOZ, CARLOS, *El daño lícito*, Editorial La ley, España, 2016.

DIAZ ROMERO, MARÍA DEL ROSARIO. “Inmisiones: Relación de causalidad entre la actividad inmitente y el daño. Actuación conforme a la normativa administrativa. Medios de defensa jurídico-civiles” *Revista jurídica universidad autónoma de Madrid*, N° 15, año 2007, Disponible en web <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6118/6581> (consulta 5 de noviembre de 2018).

DIGESTO 8, 5, 8, 5, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano Primera parte Instituta Digesto*, traducido del latín al castellano y publicado por los hermanos KRIEDEL, HERMANN Y OSERBRÜGGEN. Editor Jaime Molinas, Barcelona 1889.

GARRIDO CORDOBERA, LIDIA. *El riesgo ambiental*, Editorial Ubijus, 2014, Madrid, España.

IBÁÑEZ LEÓN, ARTURO. “Defendiéndose de las interferencias con el uso y goce de inmuebles en las que no hay despojo o privación de la posesión del inmueble: Aspectos problemáticos que presenta la querrela de amparo”, en *Estudios de Derecho Civil XIII*, Editorial Thompson Reuters, Santiago, Chile, año 2018.

MARTI, JOSÉ JOAQUÍN, *La defensa frente a la contaminación acústica y otras inmisiones*. Editorial J.M. Bosch 2008.

PEÑAILILLO AREVALO, DANIEL; *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile año 2006, Santiago Chile.

SAUX EDGARDO en GARRIDO CORDOBERA, LIDIA “El Problema De Las Inmisiones Inmateriales Y El Derecho: El Exceso A La Normal Tolerancia Entre Vecinos”. Publicado en *Obra colectiva del Bicentenario del Colegio de Abogados de Mercedes*, Buenos Aires, Argentina, disponible en web <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-problema-de-las-inmisiones-inmateriales-y-el> (consulta 1 de agosto de 2018).

SURROCA CASAS, PABLO, “La protección Civil frente al ruido”, en *Revista electrónica de Derecho Ambiental* N° 18, enero 2009, disponible en web <https://huespedes.cica.es/gimadus/18/07.html>. (consulta 12 de septiembre 2018).

TISNÉ NIEMANN JORGE. “La Teoría de las Inmisiones como fundamento dogmático de la protección privada ante el ruido”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 40, Primer semestre Año 2013, Disponible en web <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n40/a05.pdf> (consulta 7 de julio de 2018).

TISNÉ NIEMANN, JORGE. *Inmisiones, protección de la propiedad frente a ruidos, humos, olores y otros conflictos de vecindad*, Editorial Legal Publishing 2017. Santiago, Chile, pág. 280.



# NOTAS PARA LA ADMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL POR DECLARACIÓN UNILATERAL Y RECEPCIA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

## NOTES FOR THE ADMISSION OF THE EXTRAJUDICIAL RESOLUTION BY MEANS OF A DECLARATION THAT IS UNILATERAL IN NATURE AND REQUIRES COMMUNICATION AND RECEIPT TO BECOME EFFECTIVE INTO THE CHILEAN CIVIL CODE

NICOLÁS MAURICIO OLIVA LEAL\*  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

ARTÍCULO PUBLICADO POR HABER OBTENIDO PRIMER LUGAR EN CONGRESO REGIONAL ESTUDIANTIL DE DERECHO CIVIL, AÑO 2018, ORGANIZADO POR ALUMNOS DE GRUPO INTERMEDIO IURA NOVIT DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

**RESUMEN:** La dispersa y precaria reglamentación de la resolución por incumplimiento, sumada a la pretendida hegemonía que nuestra doctrina y jurisprudencia atribuyen al ejercicio judicial de la resolución, no armoniza con las actuales condiciones del tráfico jurídico. Los costos, falencias y discusiones asociados a dicho modelo, provocan que, lejos de dar tranquilidad al acreedor, sólo obtenga un pesar de incertidumbres mientras espera el resultado del juicio. Otras tantas desgracias sobrevienen al

**ABSTRACT:** *The disperse and precarious regulations of the termination due to breach, together with the alleged hegemony that our doctrine and precedent attribute to the judicial exercise of the resolution, are not compatible with the current state of legal transactions. In point of fact, far from reassuring the creditor, the costs, shortcomings and discussions associated to said approach actually cause the creditor to experience uncertainty whilst awaiting for the resolution of the trial. Another hardship experienced by the*

\* Egresado (2017), alumno ayudante de la cátedra de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, U. Católica de la Santísima Concepción; correo postal: Salas 445, departamento 1411, Concepción, Chile; correo electrónico: noliva@derecho.ucec.cl.

Abreviaturas: BGB: *Bürgerliches Gesetzbuch*; CC: Código Civil; CCo: Código de Comercio; CCyCo: Código Civil y Comercial argentino; CESL: *Common European Sales Law*; CPC: Código de Procedimiento Civil chileno; CVCIM: Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; DCFR: *Draft Common Frame of Reference*; LAPU: Ley N° 18.101, sobre arrendamientos de predios urbanos; PECL: *Principles of European Contracts Law*; PICC: *Unidroid Principles of international commercial contracts*; PLDC: Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos; PMDOC = Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos al código civil español; ULIS = *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods*.



acreedor que, creyendo reforzar su crédito estipulando una cláusula de resolución automática, descubre que sólo conculcó su derecho de opción, empeorando la tutela de su derecho de crédito. Por ello, en este trabajo se postularán algunas ideas encaminadas a admitir, en nuestro Código Civil, el modelo de resolución por declaración unilateral y recepticia (o por cuenta y riesgo del acreedor).

*creditor occurs when attempting to build up the credit by stipulating a clause for an automatic termination of the contract, only to later find out that the right of option has been infringed, thus jeopardising the protection of the creditor's credit claim. On the grounds of the hereby presented facts, this paper puts forward a few ideas which have the purpose of admitting the model of a resolution by means of a declaration that is unilateral in nature and requires communication and receipt to become effective (or at the creditor's own risk and responsibility), into our Civil Code.*

**PALABRAS CLAVE:** Incumplimiento contractual, resolución extrajudicial, resolución unilateral, derecho de desistimiento, extinción unilateral del contrato, cláusula de resolución automática.

**KEY WORDS:** *Breach of contract, extrajudicial resolution, unilateral resolution, right of withdrawal, unilateral contract termination, automatic termination of contract clause.*

## I. INTRODUCCIÓN

La resolución por incumplimiento de un contrato sinalagmático es una de las materias que más controversias provoca en el Derecho de Obligaciones. Las discusiones son tantas, que podemos atestiguar que ellas abarcan todos los aspectos de la resolución, desde su naturaleza jurídica y fundamento<sup>1</sup>; pasando por todos y cada uno de sus requisitos de procedencia<sup>2</sup>; la producción de sus efectos *ex tunc* o *ex nunc*<sup>3</sup>; su reglamentación especial en diversos contratos<sup>4</sup>; su coordinación con otras figuras, tales como la acción redhibitoria<sup>5</sup>, la acción indemnizatoria<sup>6</sup> y la

<sup>1</sup> Sobre el particular, v.: FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 292-301; Rivera, José, *Del derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual*, memoria para optar al grado de doctor, dirigida por Anguita, Luis, Universidad Complutense de Madrid, España, 2015, pp. 44-108.

<sup>2</sup> Para una exposición de los requisitos en la doctrina tradicional y reciente, v.: CONTARDO, Juan Ignacio, *Indemnización y resolución por incumplimiento*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2015, pp. 193-216; y, MEJÍAS, Claudia, "El incumplimiento que faculta a resolver el contrato a la luz de las disposiciones del Código Civil", en: DE LA MAZA, Iñigo (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, t. VII: Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, pp. 171-212.

<sup>3</sup> Sobre las críticas al efecto retroactivo de la resolución, v.: BÉCAR, Emilio, "Revisión crítica de la retroactividad como factor operativo de la resolución del contrato", en: *Revista de Derecho y Humanidades*, N° 16, Vol. 2, Santiago, 2010, pp. 133-152; PIZARRO, Carlos, "Contra el efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento contractual", en: ELORRIAGA, Fabián (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2012, pp. 449-460; MEJÍAS, Claudia, "Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución", en: *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N° 1, Talca, 2016, pp. 295-306; PANTALEÓN, Fernando, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, fascículo 4º, Madrid, 1993, p. 1734. Este último autor indica que "no puede quedar lugar a dudas sobre que la resolución no afecta, por ejemplo, a las estipulaciones contractuales relativas a solución de conflictos, o que disciplinan los derechos y deberes de las partes en caso de resolución...". En este sentido, v.: art. 1230 CC francés; art. 1078(h) CCyCo argentino; art. 1202 PMDOC; art. 81.1 CVCIM; art. 99 PLDC; art. 9:305(2) PECL; art. 7.3.5(3) PICC; art. III.3:509(2) DCFR; art. 8(1) CESL.

<sup>4</sup> *Vid.*: en la donación entre vivos (arts. 1426, 1427 y 1432 CC), en la compraventa (arts. 1826, 1832, 1833, 1834, 1873, 1875 y 1876 CC), en el arrendamiento de cosas (arts. 1925, 1926, 1938, 1939, 1977, 1978, 1979 CC), en la confección de una obra material (art. 1999 CC), en la sociedad (art. 2101 CC), sin perjuicio de los preceptos que reglamentan al pacto comisorio, la cláusula resolutoria en las asignaciones modales y la acción redhibitoria.

<sup>5</sup> Acerca de la coordinación entre la acción resolutoria y redhibitoria, y, en particular, sobre la doctrina del *aliud pro alio*, v.: CAPRILE, Bruno, "Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual y la tendencia al deber de conformidad en el derecho privado", en: CORRAL, Hernán y RODRÍGUEZ, María Sara (coords.), *Estudios de Derecho Civil II*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 640-649; DE LA MAZA, Iñigo, "El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa", en: *Revista chilena de Derecho*, Vol. 39, N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2012, pp. 638-644. Respecto a la naturaleza jurídica de la acción redhibitoria, v.: LÓPEZ DÍAZ, Patricia, "La naturaleza jurídica de la acción redhibitoria en el código civil chileno: ¿nulidad relativa, resolución por incumplimiento o rescisión propiamente tal?", en: *Revista chilena de Derecho*, Vol. 44, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2017, pp. 423-459; FENOY, Nieves, *Falta de conformidad del objeto, modelo de compraventa y sistema de acciones. Evolución del ordenamiento español*, tesis doctoral bajo la dirección de MORALES, Antonio, Universidad Autónoma de Madrid, España, 1993, pp. 163-241.

<sup>6</sup> El principal problema consiste en determinar si el acreedor que resuelve el contrato tiene o no derecho al resarcimiento de perjuicios (v. gr.: § 325 BGB que, en su texto previo a la reforma de 2002, establecía una incompatibilidad entre ambos remedios), y, en caso de tenerlo, determinar cuál es el *interés contractual* que se le debe indemnizar; sobre el particular, v.: CONTARDO, Juan Ignacio, "Los criterios de interés

cláusula penal<sup>7</sup>); su aplicación en caso de cumplimientos imperfectos (cumplimiento parcial y retardo en la ejecución)<sup>8</sup>, entre otros problemas<sup>9</sup>, y, por supuesto, el asunto que nos convoca: los modelos de ejercicio de la resolución por incumplimiento.

El tema ha recibido varias denominaciones: modalidades<sup>10</sup>, clases<sup>11</sup>, tipos<sup>12</sup> o modelos<sup>13</sup> de resolución, o, más descriptivamente, modo en que opera<sup>14</sup>, formas de actuación<sup>15</sup>, de ejercicio<sup>16</sup> o de hacer valer la resolución<sup>17</sup>. Generalmente, la mayoría de los textos legales contemplan (al menos implícitamente) dos grandes modelos o formas de ejercicio del remedio resolutorio: (i) una judicial, mediante la interposición de la acción resolutoria<sup>18</sup>, y, (ii) otra extrajudicial, que puede tener lugar por medio de una declaración unilateral y recepticia del acreedor, o, incluso, en forma automática por el solo hecho de sobrevenir un incumplimiento.

Previo al estudio de dichos modelos, debemos hacer una breve referencia a las fuentes que determinan la forma de ejercicio de la facultad resolutoria. Por un lado, tenemos la *fuentes legal* (art. 1489 CC), que concede al acreedor perjudicado por el incumplimiento un *ius electionis* o derecho de opción entre diversos medios de tutela del crédito, uno de los cuales, es la resolución. Por otro lado, está la *fuentes convencional*, basada en el principio de la libertad contractual, en virtud del cual los contratantes son libres de fijar el contenido interno del contrato, añadiendo los pactos o cláusulas que estimen pertinentes, respetando los límites impuestos por la ley, el orden público, la

---

contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, N° 1, pp. 85-118; CONTARDO, Juan Ignacio, “Indemnización...” cit. (n° 2), pp. 299-334; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. II: Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 725-727; MORALES, Antonio, “Evolución del concepto de obligación en el Derecho Español”, en MORALES, Antonio, *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Ed. Thompson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 43-44; PANTALEÓN, Fernando, “Resolución por incumplimiento e indemnización”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 42, fascículo 4º, Madrid, 1989, pp. 1143-1168.

<sup>7</sup> Acerca del problema de determinar si el efecto retroactivo de la resolución alcanza o no a la cláusula penal, v.: CORRAL, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 253-274; MEJÍAS, Claudia, “Una revisión crítica...” cit. (n° 3), pp. 298-302. Sobre su compatibilidad en la resolución *ex nunc* (terminación) de un contrato de arrendamiento, v. *Jorge Tordecillas Puentes con Lino Ponce Ibarra* (SCA de San Miguel, 18.05.2018, rol N° 1677-2017), considerando 16º.

<sup>8</sup> *Vid.*: DIEZ-PICAZO, Luis, “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, en: *Anuario de Derecho Civil*, vol. 22, fascículo 2º, Madrid, 1969, pp. 383 y ss.; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. II: Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 712-715. También, v.: § 323(5) BGB; arts. 1083 y 1088(a) CCyCo argentino; art. 1604 inc. 2 CC de Quebec; art. 9:301(2) en relación con el art. 8:106(3) PECL; art. 7.3.1(3) PICC; arts. 92 y 95 PLDC; y, art. 1200 PMDOC. El tema se relaciona con la gravedad del incumplimiento como requisito fundamental de la resolución.

<sup>9</sup> Otros problemas serán referenciados más adelante. Sobre el anacronismo de nuestra reglamentación de la resolución y la necesidad de reforma, v. PEÑAILILLO, Daniel, “La reforma del Código Civil francés en Derecho de Obligaciones, y el Código Civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2007, p. 244-246; PEÑAILILLO, Daniel, “Algunas reformas a la resolución por incumplimiento”, en: *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 231-232, año LXXX, Concepción, 2012, p. 7-60.

<sup>10</sup> TORRES, Miguel, “Pacto comisorio, resolución por incumplimiento e intimación resolutoria”, en: *Revista Ius et Veritas*, N° 4, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, pp. 62 y ss.; RONQUILLO, Jimmy, “La resolución por incumplimiento y algunos desaciertos en su actuación a nivel judicial”, en: TORRES, Manuel (coord.), *Los Contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*, Ed. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2013, pp. 360-361.

<sup>11</sup> Fueyo, Fernando, *ob. cit.* (n° 1), pp. 314 y ss.

<sup>12</sup> PIZARRO, Carlos, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del Derecho de contratos”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, t. XXXVI, Valparaíso, 2011, p. 132.

<sup>13</sup> CÁRDENAS, Hugo, y REVECO, Ricardo, *Remedios Contractuales*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2018, pp. 323 y ss.; SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial: modelos de derecho comparado y evolución del derecho español*, trabajo presentado para la obtención del grado de doctor, dirigida por MORALES, Antonio, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2003, pp. 3-4; PALADINI, Mauro, “Nuevas perspectivas en materia de resolución del contrato por incumplimiento”, en *Revista IUSTA*, N° 30, Vol. 1, Bogotá, 2009, p. 132.

<sup>14</sup> GREGORACI, Beatriz, *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 28.

<sup>15</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los Contratos, t. I: Parte General*, 4ª ed., Ed. Zavalia, Buenos Aires, 1997, pp. 623-624.

<sup>16</sup> CAPRILE, Bruno, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 39, Valparaíso, 2012, pp. 69-70, nota n° 36; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...cit.* (n° 8), vol. 2º, p. 722; PEÑAILILLO, Daniel, “Algunas reformas...” cit. (n° 9), p. 33; VIDAL, Álvaro, “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en PIZARRO, Carlos (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 349 y 368.

<sup>17</sup> BARROS BOURIE, Enrique, “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en: GUZMÁN, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 423; MORALES, Antonio, “Evolución...” cit. (n° 6), p. 46.

<sup>18</sup> Además de la acción resolutoria, la resolución judicial puede tener lugar por medio de la acción comisorio, exclusiva del pacto comisorio típico, que presenta importantes diferencias con la acción resolutoria: un plazo de prescripción inferior, que se cuenta desde la fecha del acto o contrato; además, en el pacto “calificado”, el deudor puede pagar dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda, enervando la resolución.

moral y las buenas costumbres<sup>19</sup>, y, los exigidos por la buena fe (art. 1546 CC). En nuestro medio, no obstante no indicarlo de forma expresa el art. 1489 CC, se ha entendido –en forma casi unánime– que la facultad resolutoria de fuente legal sólo puede ejercerse judicialmente. Entonces, para su ejercicio extrajudicial, se requerirá siempre de una estipulación expresa de los contratantes, es decir, se exige de fuente convencional. Esta visión tan limitada de la resolución por inejecución que tiene nuestra doctrina y jurisprudencia, es paulatinamente abandonada en Derecho Comparado y en los instrumentos de *Soft Law*. Por ello, pretendemos dar algunas propuestas de relectura de varios textos del Código Civil, con la finalidad de desincentivar el uso de la resolución automática, por un lado, y motivar la admisión de la resolución unilateral recepticia, por el otro.

Por ello, en lo que sigue, revisaremos brevemente las falencias del ejercicio judicial de la resolución (II); continuando con la exposición del modelo extrajudicial (III), en el cual distinguiremos entre la resolución automática o *ipso facto* (§ 1) y la resolución unilateral por declaración recepticia del acreedor (§ 2). Luego de reseñados los diversos modelos de ejercicio del remedio resolutorio, nos referiremos a la posibilidad de admitir la resolución por declaración unilateral y recepticia en nuestro Código Civil (IV). Finalmente, consignaremos nuestras conclusiones (V).

## II. EJERCICIO JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN

La resolución provocada a través del ejercicio de la acción resolutoria es el modelo tradicional entre las codificaciones decimonónicas seguidoras del sistema francés de resolución judicial, entre las cuales se cuenta nuestro Código Civil.

A diferencia del antiguo art. 1184 CC francés<sup>20</sup>, nuestro art. 1489 CC no exige expresamente la presencia de un juez o tribunal que decrete la resolución. Sin embargo, tanto doctrina y jurisprudencia<sup>21</sup> han entendido que la resolución requiere declaración judicial, esgrimiendo como argumentos la historia de la ley<sup>22</sup> y las expresiones “*pero en tal caso*”<sup>23</sup> y “*pedir*”<sup>24</sup> que utilizó don Andrés Bello en la redacción de nuestra llamada condición resolutoria tácita o sobreentendida.

En este modelo, el rol del juez es controlar *ex ante* que el acreedor no abuse del remedio resolutorio, verificando que se den los supuestos que dan lugar a la resolución<sup>25</sup>. Esta sería la principal ventaja de la resolución por declaración judicial.

<sup>19</sup> Se refieren a estos límites, entre otros, los arts. 1461 inc. final, 1467 inc. 2, 1475, 1478 y 1887 CC chileno. Iguales límites reconocen los arts. 1518, 1524 y 1532 CC colombiano; arts. 6, 1255 y 1275 CC español; arts. 6, 1102 y 1162 CC francés; arts. 6 y 1133 CC de Luxemburgo; arts. 6 y 1133 CC belga; art. 1332 CC italiano; arts. 12, 279, 386, 958, 1004 y 1014 CCyCo argentino; art. V, 1354, 1355 y 1356 CC peruano; art. 1:102 PECL; art. 5 PLDC; art. 1237 PMDOC. Acerca de éstos límites en legislaciones orientales, v. LÓPEZ, Jorge, *Los Contratos, Parte General*, 5ª ed., Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 214, nota n° 404.

<sup>20</sup> También hacen expresa referencia al ejercicio judicial de la resolución, entre otros, el art. 1124 CC español; art. 1431 CC uruguayo; art. 1184 CC de Luxemburgo y art. 1184 CC belga.

<sup>21</sup> *Vid.*: jurisprudencia del art. 1489 CC en *Repertorio de Legislación y jurisprudencia chilenas, Código civil y leyes complementarias*, t. V, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 160 y 161.

<sup>22</sup> En este sentido, Arturo ALESSANDRI señala que “[l]a historia fidedigna del establecimiento del artículo 1489 corrobora ampliamente la doctrina sustentada; este artículo es una reproducción casi literal del artículo 1184 del C. francés, y en él se dispone expresamente que la resolución no se produce de pleno derecho, sino en virtud de una sentencia judicial; lo único que ha hecho el legislador chileno es dar a esta disposición una forma más elegante, pero en el fondo es igual”, ALESSANDRI, Arturo, *Teoría de las Obligaciones*, Ed. Jurídica Ediar-ConoSur Ltda, Santiago, 1988, p. 199.

<sup>23</sup> La voz “*pero*” importa contraposición con la idea anteriormente expresada: la reglamentación de la condición resolutoria ordinaria, la cual opera de pleno derecho; *cfr.*: *Ibidem* y CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, Vol. X, De las Obligaciones*, Ed. Nascimento, Santiago, 1936, pp. 176-177.

<sup>24</sup> La palabra “*pedir*” se explica en el sentido que, como al acreedor aún le es posible pedir el cumplimiento, ello es porque el contrato no se resolvió de pleno derecho; *cfr.*: ABELIUK, René, *Las Obligaciones*, t. I, 6ª ed., Ed. Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 658; CLARO SOLAR, Luis, *ob. cit.* (nº. 23), p. 176; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil, 2º año, 1ª parte: De las obligaciones en general*, 4ª ed., Ed. Nascimento, Santiago, 1932, p. 135-136.

<sup>25</sup> SAN MIGUEL, Lis Paula, “La modernización del Derecho de Obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno”, en: *Cuadernos de análisis jurídico, t. VII: Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, p. 156.

Sin embargo, este modelo resolutorio no está exento de problemas.

Algunos de ellos son los aparejados a todo proceso judicial, tales como, los gastos económicos, la duración del procedimiento ordinario y su fácil dilación. A éstos, debemos agregar otros problemas netamente jurídicos, los cuales sólo aumentan la incertidumbre del acreedor; así, por ejemplo, doctrina y jurisprudencia tienen vacilaciones sobre si, el deudor demandado, en caso de incumplimientos recíprocos, puede atajar la resolución oponiendo la excepción de contrato no cumplido<sup>26</sup> o alegando una compensación o purga de la mora<sup>27-28</sup>; tampoco hay acuerdo sobre si, en la cesión o legado del crédito, se entiende incluida la acción resolutoria, por lo que el demandado podría alegar la falta de legitimación activa del actor<sup>29</sup>; o, también, la falta de consenso acerca del momento en que se produce la resolución<sup>30</sup>, lo cual repercute

<sup>26</sup> Sobre la *exceptio non adimpleti contractus* y su relación con la resolución por inejecución, v.: ALCALDE, Enrique, “La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido”, en: *Revista Actualidad Jurídica*, N° 8, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2004, pp. 68-82; CAPRILE, Bruno, “Algunos problemas...” *cit.*, (n° 16), pp. 53-93; MEJÍAS, Claudia, “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el Código Civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2013, pp. 389-412.

<sup>27</sup> Sobre la situación en que ambos contratantes incumplidores ejercitan la acción resolutoria y los criterios que debe tener en cuenta el juez para decidir cuál derecho debe prevalecer, v.: DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...* *cit.* (n° 8), vol. II, p. 721. Para un caso que resolvieron nuestros tribunales, v.: *Repertorio de Legislación y jurisprudencia chilenas. Código civil y leyes complementarias*, t. VII, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 368.

<sup>28</sup> Nuestra jurisprudencia, en una primera etapa, sostenía la improcedencia de la resolución en caso de incumplimiento o mora de los dos contratantes [cfr.: *Repertorio, ob. cit.* (n° 21), t. V, p. 156]. Con posterioridad, se ha sostenido que, en caso de incumplimientos recíprocos, existe una laguna jurídica, y, como ninguno de los contratantes está dispuesto a cumplir el contrato, procede la resolución, pero sin indemnización de perjuicios [v.: sentencias citadas en ABELIUK, René, *ob. cit.* (n° 24), t. I, p. 657, nota n° 702]. En este último sentido, se agrega, como fundamento a favor de la procedencia de la resolución, el carácter temporal de la obligación, cfr.: PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones, Teoría General y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 414-415.

Otra alternativa, postulada en Derecho Comparado, es que, en caso de incumplimientos recíprocos, habría un mutuo disenso tácito de los contratantes, cfr.: CAPRILE, Bruno, “Algunos problemas...” *cit.*, (n° 16), pp. 70-72.

Por nuestra parte, creemos que la resolución procede perfectamente en caso de incumplimiento recíproco, sin necesidad de recurrir a la artimaña de la laguna legal. Estimamos que todo se debe a un problema de comprensión de los requisitos de la resolución, cuestión que, una vez despejada, permite aceptarla sin trabas. En primer lugar, la mora no es un requisito de la resolución, por lo que el demandado no podrá oponer la purga o compensación de moras (la cual sólo tiene por función enervar la pretensión indemnizatoria, ex art. 1552 CC). En segundo lugar, estimamos que tampoco es requisito de la resolución que el acreedor haya cumplido o esté llano a cumplir su propia obligación, en consecuencia, la excepción de contrato no cumplido tampoco es apta para enervar la resolución; la *exceptio non adimpleti contractus* sólo paraliza o suspende la pretensión de cumplimiento, más no la resolución (advertimos que, en todo caso, su función aún es discutida). Por lo anterior, en los casos de incumplimiento recíproco, cualquiera de las partes podrá liberarse del contrato, extinguiendo la relación obligatoria, por medio del ejercicio de la resolución, haciéndose las restituciones que correspondan. Sobre el rechazo a la indemnización de perjuicios en los incumplimientos recíprocos, no es esta la ocasión de tratar el tema en detalle, sólo me limitare a señalar que la mora debe restringirse a ser un requisito de la indemnización “moratoria”, por lo que, la compensación de moras (art. 1552 CC) sólo cancela los daños provocados por el retardo “moroso”. En conclusión, entendidos de esta forma los requisitos de la resolución (esto es, sin confundirlos o asimilarlos con los presupuestos de los demás remedios, y, comprendiendo que el incumplimiento resolutorio es un hecho objetivo o neutro) nunca se dará aquella nefasta situación de dos partes eternamente atadas (a lo menos hasta opere la prescripción) a un contrato que no pretenden cumplir.

En sentido similar al aquí planteado, v.: AGUAD, Alejandra, “Algunas reflexiones sobre los efectos del incumplimiento recíproco frente a la acción resolutoria”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 6, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, pp. 9-28; CAPRILE, Bruno, “Algunos problemas...” *cit.*, (n° 16), pp. 53-93; MEJÍAS, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011, pp. 29-36; VIDAL, Álvaro, “El incumplimiento...” *cit.* (n° 16), pp. 351-352; YÚSARI, Tarek, *Los remedios contractuales frente al incumplimiento recíproco del contrato bilateral*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por PIZARRO, Carlos, Universidad de Chile, Santiago, 2011, pp.153-220. También, v.: art. 97(2) PLDC. Acerca de lo dicho sobre la función de la mora, v.: ABELIUK, René, *ob. cit.* (n° 24), t. II, pp. 1000-1001 y 1009-1010; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *ob. cit.* (n° 24), pp. 65-67; y, en particular, por su directa relación con el caso de incumplimientos recíprocos, v.: CAPRILE, Bruno, “Algunos problemas...” *cit.*, (n° 16), pp. 88-90.

<sup>29</sup> Para un escueto resumen de la discusión sobre su transferencia y transmisión, v.: OLIVA, Nicolás, *Las cláusulas resolutorias. Sobre la validez o ineficacia de las cláusulas resolutorias en el contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos*, tesina para optar al egreso de la carrera de Licenciatura en Derecho, dirigida por BARDISA, Carolina, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción, 2017, pp. 32-33.

<sup>30</sup> El problema consiste en determinar si la sentencia que decreta la resolución es declarativa de una resolución ya producida (al momento de la notificación de la demanda), o es constitutiva de la extinción del contrato.

Si bien hoy parece existir mayor consenso en que la sentencia es declarativa [cfr.: PEÑAILILLO, Daniel, “Algunas reformas...” *cit.* (n° 9), p. 37], ello no es compartido por todos. Así, Christophe PAULIN, en el derecho francés, indica que la resolución resulta de la decisión judicial, no de la voluntad del acreedor [citado por SAN MIGUEL, Lis Paula, “La modernización...” *cit.* (n° 25), p. 157, nota n° 153]. También, han sostenido que la sentencia es constitutiva, entre otros: SANABRIA, Arturo, “La resolución en el derecho colombiano”, en: GAITÁN, José. y MANTILLA, Fabricio (directores), *La terminación del contrato. Nuevas tendencias del derecho comparado*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 162; FORNO, Hugo, “La resolución por incumplimiento”, en: DE LA PUENTE, Manuel y MUÑIZ, Jorge, *Temas de Derecho Contractual*, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1987, p. 107.

Nuestros tribunales han resuelto que: “como la resolución del contrato no se produce mientras no es declarada por sentencia judicial, el deudor puede pagar la obligación impidiendo la resolución hasta el momento en que se dicte la sentencia respectiva”, en: *Agrícola y Comercial Chileno con Bocaz Contreras* (SCA de Chillán, 14.11.2008, rol N° 212-2008), considerando 4°. También, se ha fallado que: “...en tanto no se hubiera dictado sentencia, el contrato de compraventa de la *litis* subsistía, por lo que la demandada de autos podía enervar la acción resolutoria enderezada en su contra, pagando lo adeudado. Entenderlo de otra manera, sería igual a considerar que la sentencia tiene el carácter de una



en otras materias<sup>31</sup>, tales como la posibilidad del deudor de cumplir su obligación durante el desarrollo del juicio (mediante la excepción de pago, *ex art. 310 CPC*)<sup>32</sup>, o, en la posibilidad del acreedor de ejercer su *ius variandi*<sup>33</sup> una vez elegido uno de los remedios contractuales. A todo ello, sumémosle que la jurisprudencia sigue exigiendo culpa y mora del deudor, y que el acreedor cumpla o esté llano a cumplir su propia obligación, como requisitos de operatividad de la resolución<sup>34</sup>.

Por los problemas y trabas indicados, creemos que es necesario que junto al modelo judicial subsista otro modelo, de carácter extrajudicial, que satisfaga de mejor manera los intereses del acreedor que opta por desligarse del contrato.

### III. EJERCICIO EXTRAJUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN

En su sentido natural y obvio, la voz “*extrajudicial*” designa aquello “que se hace o trata

---

mera declaración de certeza y, según ya se ha visto, ello no es así”, en: *Emden Blumer con Ivanyi Gaspar* (SCS, 14.01.2010, rol 5431-2008), considerando 11°. Además, v.: *Repertorio, ob. cit. (nº 21)*, t. V, pp. 162-163.

El problema se acentúa en el pacto comisorio calificado típico, que concede al deudor un plazo de 24 horas para pagar. Transcurrido dicho plazo sin cumplir ¿cuándo se produce la resolución? Sobre las alternativas posibles, v. PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit. (nº 28)*, p. 423; y, con mención de los autores de cada postura: *Repertorio, ob. cit. (nº 27)*, t. VII, p. 389, en nota nº 2.

<sup>31</sup> Cfr. SAN MIGUEL, Lis Paula, “La modernización...” *cit. (nº 25)*, pp. 164 a 166. La autora española agrega la facultad del juez de otorgar un plazo de gracia al deudor para que cumpla, existente en el antiguo art. 1184 CC francés y en el art. 1124 CC español. En nuestro CC, en cambio, no tiene el juez tal facultad, por la regla del art. 1494 CC, según la cual el juez no puede señalar plazo para el cumplimiento, salvo en los casos especiales que la ley designe, cfr. CLARO SOLAR, Luis, *ob. cit. (nº 23)*, p. 180.

<sup>32</sup> La doctrina y jurisprudencia tradicional sostenían que el deudor podía cumplir su obligación mientras la resolución no era declarada por el juez, en los momentos que indica el art. 310 CPC. En este sentido, ABELIUK, René, *ob. cit. (nº 24)*, t. I, p. 659; ALESSANDRI, Arturo, *Teoría... cit. (nº 22)*, p. 200; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *ob. cit. (nº 24)*, p. 136; CLARO SOLAR, Luis, *ob. cit. (nº 23)*, p. 209. En todo caso, esta doctrina reconoce como excepción la estipulación del pacto comisorio calificado típico (*ex art. 1879 CC*), pues, con tal cláusula, el deudor sólo podría pagar el precio dentro las 24 horas siguientes a la notificación judicial de la demanda; de esta forma, queda limitado su derecho a pagar durante el desarrollo del juicio, cfr.: CLARO SOLAR, Luis, *ob. cit. (nº 23)*, p. 207-210. Para jurisprudencia que sigue esta postura, v.: *supra*, nota nº 30.

La postura tradicional puede deberse a su devoción por la doctrina francesa anterior al *Code*. En este sentido, Joseph POTHIER, en su *Traité du contrat de vente*, indicaba que: “Por derecho romano la rescisión del contrato en virtud del pacto comisorio se verificaba de pleno derecho, si el comprador no pagaba dentro del término convenido; de suerte que no podía el comprador impedir la rescisión cualesquiera que fuesen los ofrecimientos de pago que hiciese después de espirado el plazo. [...] Según nuestra jurisprudencia la falta de pago dentro el tiempo prefijado no rescinde de pleno derecho la venta celebrada con el pacto comisorio; solo compete al vendedor en tal caso una acción para pedir la rescisión del contrato, la cual no se verifica hasta que se haya dado la sentencia declarándole rescindido. Podrá pues el comprador antes de la sentencia, por más que haya espirado el plazo impedir la rescisión del contrato ofreciendo debidamente el precio”. POTHIER, Joseph, *Tratado del contrato de compra y venta*, traducción al español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Imprenta y Lit. de J. Roger, Barcelona, 1841, Nº 460, p. 233.

En contra: BARROS BOURIE, Enrique, “Finalidad...” *cit. (nº 17)*, pp. 425-426; GALAZ, Sergio, “¿Puede el deudor demandado enervar la acción resolutoria, pagando?”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, Nº 12, Concepción, 2004, pp. 111-127; PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit. (nº 28)*, pp. 416-418. La jurisprudencia mayoritaria reciente se inclina por esta última doctrina [v. OLIVA, Nicolás, *ob. cit. (nº 29)*, p. 34]. También, es útil recordar la postura, en ese entonces minoritaria, de don Ruperto BAHAMONTE, quien sostenía que la resolución se produce al solicitarse, limitándose la sentencia judicial a constatar la resolución ya producida, lo que tendría como consecuencia que el pago posterior a la solicitud del acreedor no enervaría la acción resolutoria; cfr.: ABELIUK, René, *ob. cit. (nº 24)*, t. I, p. 657, nota nº 704.

En todo caso, aún aparecen fallos que aceptan el pago durante el juicio; v.: *Martínez Morales Bernardo con Dávila Díaz Juan Carlos* (SCA de Arica, 27.06.2018, rol Nº 169-2017, civil).

<sup>33</sup> Es el llamado “derecho de mudar de pretensión”, cfr.: SÁNCHEZ, Julio y TINTI, Guillermo, “El pacto comisorio. Su consideración en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, en el Código Civil y en los proyectos de reforma”, en: MOISSET, Luis (editor), *Homenaje a los congresos de Derecho civil*, t. II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2009, p. 1220.

Nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritaria postula que es posible desistirse de la acción resolutoria y luego pretender el cumplimiento forzado y viceversa. En este sentido: ABELIUK, René, *ob. cit. (nº 24)*, t. I, p. 670; Fueyo, Fernando, *ob. cit. (nº 1)*, pp. 312 a 314; PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit. (nº 28)*, pp. 432 y 433; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *ob. cit. (nº 24)*, p. 136-137. Además, v.: *Repertorio, ob. cit. (nº 21)*, t. V, pp. 157-158 y *Repertorio, ob. cit. (nº 27)*, t. VII, pp. 289-290 y 364. Una opinión aislada sostiene que el art. 1489 CC otorga un derecho alternativo sujeto a preclusión, por lo que si se opta por el cumplimiento se extingue el derecho a pedir la resolución (y viceversa). Solicitar una y otra cosa, aun subsidiariamente, es un contrasentido, pues no se puede optar por ambas a la vez, cfr.: RODRIGUEZ GREZ, Pablo, *Extinción no convencional de las obligaciones*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 236 y 237.

La cuestión es diferente en Derecho Comparado: v. *gr.*: art. 1453 CC italiano; art. 1124 inc. 2º CC español, a *contrario sensu*; art. 725 CC paraguay; art. 568 inc. 2 CC boliviano; arts. 1078 e), f), g) y 1085 CCyCo argentino y art. 1204 inc. 4 del anterior CC argentino; preceptos que establecen que demandado el cumplimiento, el acreedor aún tiene el remedio resolutorio, pero, una vez solicitada la resolución, pierde la facultad de desistirse y pedir el cumplimiento.

Como explican unos comentaristas del anterior CC argentino, “la demanda [de resolución] extingue la relación, por lo que no parece lógico que el deudor quede sujeto a las variaciones del interés del acreedor, quien al tiempo de decidir su voluntad a resolver, debe ponderar plenamente las drásticas consecuencias que ello implica”, PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Vol. 2: Cumplimiento, tutela satisfactiva, conservatoria, resolutoria y resarcitoria del crédito. Teoría general del incumplimiento obligatorio*, Ed. Hammurabi SRL, Buenos Aires, 1999, p. 268.

<sup>34</sup> *Vid.*: OLIVA, Nicolás, *ob. cit. (nº 29)*, pp. 27-28.

fuera de la vía judicial<sup>35</sup>”. La resolución extrajudicial se puede provocar por, al menos, dos mecanismos: (§1) la extinción automática del contrato por haberse incumplido la obligación precisada en un pacto que previó tal efecto, y, (§ 2) la extinción del contrato provocada por una declaración unilateral y recepticia del acreedor.

### § 1. Resolución automática o *ipso facto* por el hecho del incumplimiento

Esta forma de operar la resolución tiene aplicación por medio de la estipulación contractual denominada “pacto comisorio calificado atípico<sup>36</sup>”, en virtud del cual, en caso de incumplimiento de la obligación especificada en el pacto, el contrato quedará resuelto automáticamente, sin necesidad de declaración del acreedor o del tribunal. La resolución, por tanto, “opera *ope legis*, al margen de la voluntad de las partes<sup>37</sup>”.

La expresión “*automática*”, de entre sus varias acepciones, tiene dos que nos interesan para una mejor comprensión de este pacto: (i) “dicho de un mecanismo: que funciona en todo o en parte por sí solo<sup>38</sup>”, y, (ii) aquello “producido sin necesidad de la intervención directa del interesado<sup>39</sup>”. La aclaración es necesaria, porque, lo que caracteriza a este modelo resolutorio, es la extinción del contrato con prescindencia de la elección del acreedor; ella se produce *ipso facto* por el hecho del incumplimiento fijado en la cláusula. Como se entenderá, este efecto automático de la resolución del contrato es el generador de graves y variados problemas.

En primer lugar, se ha sostenido, que la naturaleza jurídica del pacto es la de una condición resolutoria ordinaria, debido a que la resolución en virtud de esta estipulación opera “de pleno derecho” por el mero incumplimiento<sup>40</sup>.

Luego, se agrega que sería una condición potestativa que depende de la mera voluntad de la persona que se obliga, y, como sabemos, nuestro art. 1478 inc. 1 CC declara nula tal condición. En todo caso, tal afirmación ha sido refutada: se trataría de una condición consistente en un hecho

<sup>35</sup> ALEMANY, José, *Nuevo diccionario ilustrado Sopena de la lengua española*, Ed. Ramón Sopena S.A, Barcelona, 1967, p. 482.

<sup>36</sup> El adjetivo “atípico” lo usamos en contraposición al pacto comisorio reglamentado (típico) en los arts. 1877 a 1880 CC, el cual es de necesario ejercicio judicial (*ex art.* 1879 CC). No pretendemos ni nos es posible exponer aquí la reglamentación y problemas del pacto comisorio típico. Sobre el particular, v.: ALESSANDRI, Arturo, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta, t. II, vol. 1º*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 457-513; MEJIAS, Claudia y SEVERIN, Gonzalo, “La justificación funcional del pacto comisorio en la compraventa”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXX, N° 2, Valdivia, 2017, pp. 87-109; PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit.* (n° 28), pp. 419-428.

Por nuestra parte, creemos que la expresión “pacto comisorio” debe reservarse exclusivamente para el pacto típico. Los atípicos simplemente no son pactos comisórios, son cláusulas resolutorias (en un sentido amplio) o cláusulas de resolución por incumplimiento. Lo anterior, lo proponemos para evitar confusiones y discusiones sobre la pretendida extensión por analogía de las reglas de los primeros a los segundos, sobre todo teniendo presente su defectuosa reglamentación y su carácter de excepcional (en varias materias) a las reglas generales de la resolución por incumplimiento. Además, el nombre “pacto comisorio” es equivoco, pues, puede referirse tanto a aquella cláusula de resolución *ipso facto* por incumplimiento del contrato, como al pacto por el cual un acreedor prendario o hipotecario adquiere de pleno derecho el dominio del bien empeñado o hipotecado, por no cumplir el deudor principal la obligación garantizada con dichos bienes (incluso, en el Derecho español, admite una tercera acepción: el comiso del censo enfiteúutico, *ex arts.* 1648 a 1650 CC español, *cfr.*: MOLL DE ALBA, Chantal, “El pacto comisorio en el Código Civil”, en: *Revista de Derecho vLex*, N° 10, Ed. vLex, España, 2003). Por último, la palabra “comisorio” no explica satisfactoriamente la función de tal estipulación. Por todo ello, creemos que, en los casos en que –por ausencia de una reglamentación legal– prima la autonomía privada, debe abandonarse el nombre de pacto comisorio; se tratará de pactos o cláusulas innominadas y atípicas, por lo que, de darle un nombre, que sea uno que no lleve aparejado tantos problemas como los dados por el pacto comisorio. En un sentido similar: ÁLVAREZ CID, Carlos, “¿El pacto comisorio simple no es más que la condición resolutoria tácita expresada?”, en: DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (COORD.), *Estudios de Derecho Civil V*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 451 y 453; y, MOLINA, Rafner, “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 17, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 88-89.

<sup>37</sup> SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (n° 13), p. 29. En contra, podrá sostenerse que no opera con prescindencia de la voluntad de las partes, pues fueron ellas quienes, en su tiempo, así lo estipularon y previeron la situación que se produciría, *cfr.*: PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit.* (n° 28), p. 427.

<sup>38</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Diccionario del español jurídico*, dirigido por MUÑOZ, Santiago, Ed. Espasa, Madrid, 2016.

<sup>39</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición, Ed. Espasa, Madrid, 2014.

<sup>40</sup> Así: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Extinción... cit.* (n° 33), p. 245; ÁLVAREZ CID, Carlos, *ob. cit.* (n° 36), p. 452. En contra: ALESSANDRI, Arturo, *Teoría... cit.* (n° 22), p. 203; BOTTESELLE, Andrea, “El pacto comisorio como manifestación de la facultad resolutoria”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, pp. 90-91. En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en varias ocasiones, a calificado tal cláusula como una condición resolutoria expresa, *cfr.*: GREGORACI, Beatriz, *ob. cit.* (n° 14), pp. 28-29, en nota n° 4.



voluntario (el incumplimiento), y que, por tanto, es una condición válida, conforme al art. 1478 inc. 2 CC<sup>41</sup>.

En tercer lugar, como la resolución opera con prescindencia de la voluntad del acreedor, es correcto decir que éste carece del *ius electionis*. Por ello, perseverar en el contrato le estaría vedado, pues el solo incumplimiento provocó el efecto liberatorio de la resolución, extinguiendo, en consecuencia, las obligaciones que emanaban del contrato. Por tanto, el pacto comisorio calificado atípico importa una renuncia a la pretensión de cumplimiento<sup>42</sup> y a la acción resolutoria<sup>43</sup>.

En cuarto lugar, se ha controvertido si el acreedor puede renunciar a la resolución ya producida. El argumento de texto a favor de la renuncia es el art. 1487 CC, pero la aplicación de tal precepto a la resolución por incumplimiento es discutible<sup>44</sup>.

En quinto lugar, si luego del incumplimiento (*ergo*, luego de la resolución), los contratantes continuaron con la ejecución del contrato, surge la interrogante de determinar la naturaleza jurídica de aquella relación (*cuasi*)contractual<sup>45</sup>.

Por último, se ha controvertido el carácter automático de la resolución<sup>46</sup>. En este sentido, nuestra jurisprudencia en varias ocasiones ha resuelto que, no obstante la estipulación de un pacto comisorio *ipso facto*, el acreedor debe necesariamente optar por la resolución y comunicárselo a su deudor, aduciendo los siguientes argumentos: i) históricamente, la resolución por *lex commissoria*

<sup>41</sup> Cfr.: PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit.* (n° 28), pp. 426-427, en especial, nota n° 783, donde expone agudos argumentos en contra de la pretendida nulidad de tal estipulación. En el mismo sentido, Pizarro, Carlos, "Las cláusulas resolutorias en el Derecho civil chileno", en: De la Maza, Iñigo (editor), *Cuadernos de Análisis Jurídico, III: Temas de Contratos*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, p. 253.

<sup>42</sup> Así: PIZARRO, Carlos, "Cláusula resolutoria y pacto comisorio calificado. Tan lejos tan cerca", en Domínguez, Carmen *et al* (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 363-364; PIZARRO, Carlos, "Comentarios de jurisprudencia. Pacto comisorio calificado. Necesidad de un acto recepticio por el acreedor (Corte Suprema, 21 de enero de 2013, rol 5504-2011)", en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013, p. 341; implícitamente, PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit.* (n° 28), p. 427, en nota n° 784.

En contra: CLARO SOLAR, Luis, *ob. cit.* (n° 23), p. 207-210. El autor señala que, las expresiones utilizadas en el pacto (de pleno derecho, sin sentencia, sin requerimiento, etcétera) son cláusulas manifiestamente conminatorias. Ellas no modifican los derechos que esencial y naturalmente emanan del contrato; por lo que no privan al acreedor de su derecho a la ejecución efectiva del contrato. Por su parte, MEJIAS, Claudia y SEVERIN, Gonzalo, *ob. cit.* (n° 36), pp. 106-107, sostienen que, "toda obligación presupone un vínculo jurídico, siendo inherente a él la posibilidad del acreedor de exigir el cumplimiento de la prestación. Su fundamento radica en el contrato válidamente celebrado, en particular, en el derecho que aquel crea para el acreedor. Su renuncia, al momento de contratar, implica que ese derecho no nace, y, al mismo tiempo y necesariamente, que no exista la obligación correlativa. [...] Si no existe obligación, no podemos hablar de incumplimiento, que es presupuesto fundamental para que pueda operar cualquier mecanismo de tutela". También, ABELIUK, René, *ob. cit.* (n° 24), t. I, p. 667; RUIZ, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil, t. II, Obligaciones*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 209-210.

<sup>43</sup> En *Banco Security con Sociedad de Transportes San Marcos* (SCS, 09.12.2008, rol N° 5821-2007), la Corte Suprema resolvió que la estipulación de un pacto comisorio calificado no impide que el acreedor diligente pueda ejercer la acción resolutoria que nace del art. 1489 CC. Sin embargo, en este caso la Corte cometió una impropiedad en la calificación del pacto: lo estipulado por las partes no fue una cláusula de resolución *ipso facto*, sino una cláusula resolutoria con acto recepticio, pues, para que operara la resolución, las partes establecieron como mecanismo de operatividad el envío de una carta certificada o entregada por notario comunicando la resolución.

<sup>44</sup> Cfr.: PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit.* (n° 28), p. 427, en nota n° 784, en relación con ABELIUK, René, *ob. cit.* (n° 24), t. I, p. 667. Hay jurisprudencia que acepta la renuncia del pacto comisorio calificado: *Agrícola y Comercial Chilenu con Bocaz Contreras* (SCA de Chillán, 14.11.2008, rol N° 212-2008), considerando 1°. Por nuestra parte, creemos que no es posible la renuncia de la resolución. El art. 1487 CC, es una regla de las obligaciones condicionales, y, la resolución por incumplimiento, aún la que tiene lugar por un pacto comisorio, no constituye manifestación del cumplimiento de una condición. Además, de aceptarse la renuncia de la resolución ya producida, implicaría que un negocio que ya feneció, reviva.

<sup>45</sup> Cfr. KUNCAR, Andrés, "Cláusulas convencionales de resolución unilateral del contrato", en: DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 554; Pizarro, Carlos, "Las cláusulas resolutorias..." *cit.* (n° 41), p. 254; PIZARRO, Carlos, "Comentarios..." *cit.* (n° 42), pp. 341-342. Los autores dan las siguientes alternativas: i) se verifica un precario (art. 2195 inc. 2 CC), o, ii) si el contrato era un arrendamiento, tendrá aplicación lo dispuesto en el art. 1956 CC; iii) importa una renovación del contrato; iv) debe entenderse que se ha celebrado un nuevo contrato; v) se renunció a la resolución; vi) se rescindió el pacto comisorio.

<sup>46</sup> A favor de su operatividad automática o *ipso facto*: ABELIUK, René, *ob. cit.* (n° 24), t. I, p. 667 y 672; ÁLVAREZ CID, Carlos, *ob. cit.* (n° 36), p. 451; PIZARRO, Carlos, "Cláusula resolutoria y pacto comisorio..." *cit.* (n° 42), pp. 363-365. En contra: BORDA, Alejandro, "Capítulo XIII: Efectos Particulares", en: BORDA, Alejandro (dir.) *Derecho Civil, Contratos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 195; BOTTESELLE, Andrea, *ob. cit.* (n° 40), pp. 90-94; PANTALEÓN, Fernando, "Las nuevas bases..." *cit.* (n° 3), pp. 1731-1732 (éste último autor rechaza la resolución automática en todo evento, no sólo cuando se estipule el pacto en comento, sino incluso cuando la resolución tiene lugar por la imposibilidad sobrevinida definitiva e inimputable al deudor). Para un breve resumen de la discusión en la doctrina y jurisprudencia nacional, v.: OLIVA, Nicolás, *ob. cit.* (n° 29), pp. 40-42.

no operaba de pleno derecho por el incumplimiento, sino que daba al vendedor la facultad de optar por ella<sup>47</sup>; ii) dejaría la suerte del contrato en manos del contratante incumplidor, a quien le bastará con incumplir para desligarse del contrato<sup>48</sup>; iii) tal pacto importaría una condición resolutoria ordinaria, lo que contradice el sinalagma funcional característico de los contratos bilaterales; y, iv) va en contra de la evolución que, en Derecho Comparado, a tenido la institución, que exige al acreedor declarar su decisión de valerse de la cláusula por un acto unilateral recepticio<sup>49</sup>.

Por nuestra parte, estimamos que debe vedarse a los particulares la facultad de establecer pactos de resolución automática por inejecución. Dichas cláusulas, según vimos, sólo provocan problemas, sobre todo al acreedor víctima del incumplimiento, quien podría preferir hacer subsistir el contrato demandando la ejecución en naturaleza de la obligación<sup>50</sup>, pero que, por haber operado *ipso facto* la extinción del contrato, malamente podrá prosperar dicha pretensión. Añadamos que el deudor incumplidor, en ciertos casos, podrá no saber que el contrato ya se encuentra resuelto (por la falta de comunicación) o no habrá claridad del momento exacto en que ocurrió el incumplimiento (por ejemplo, si la obligación estaba sujeta a un plazo tácito o el plazo no era esencial para el acreedor)<sup>51</sup>. A todo lo recién dicho, queremos agregar otros argumentos, que no sólo valdrán para rechazar la resolución automática, sino que, a la vez, servirán de base para la aceptación de la resolución unilateral y recepticia sin cláusula resolutoria. En efecto, estimamos que, de varias reglas de nuestro Código Civil, se desprende que éste repudia la resolución automática.

En primer lugar, el art. 1879 CC nos demuestra que, aun estipulándose la cláusula de resolución *ipso facto* por no cumplir el deudor en el plazo convenido, el acreedor insatisfecho deberá, no obstante, demandar judicialmente la resolución. Si bien la norma es excepcional (por el plazo de 24 horas que tiene el deudor para pagar<sup>52</sup>), la proscripción del modelo automático consignada en este artículo, es manifestación de un principio general ya consagrado en el art. 1489 CC<sup>53</sup>.

En segundo lugar, al utilizar –el legislador– la expresión “pero<sup>54</sup>” en la redacción del art. 1489 CC, revela que su intención es contraponer la operatividad de los efectos de la resolución por incumplimiento, con el efecto automático (o de pleno derecho) de la resolución derivada del cumplimiento de una condición resolutoria ordinaria.

En tercer lugar, el art. 1487 CC, a propósito del cumplimiento de la condición resolutoria ordinaria, permite al acreedor renunciar a la resolución ya producida, y, en tal caso, como el deudor

<sup>47</sup> Alejandro GUZMÁN BRITO enseña que “la resolución no opera *ipso iure*, y queda al arbitrio del vendedor el uso de la alternativa entre pedir aquélla o exigir el pago del precio. De lo contrario el destino del negocio quedaría al arbitrio del comprador, a quien bastaría abstenerse de pagar para que compraventa no hubiera” (v. Digesto 18,3,2), GUZMÁN, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, t. II, 2ª ed., Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 170.

<sup>48</sup> En este sentido, Rafael ÁLVAREZ VIGARAY citado por GREGORACI, Beatriz, *ob. cit.* (nº 14), p. 29, nota nº 6; BOTTESELLE, Andrea, *ob. cit.* (nº 40), p. 90.

<sup>49</sup> Cfr.: Roa Longueira, Fernando y otros con Tapia Hermanos Limitada (SCS, 30.12.2009, rol Nº 5817-2008), considerando 12º [comentada por PIZARRO, Carlos, “Cláusula resolutoria y pacto comisorio...” *cit.* (nº 42), pp. 363-365]; Matta Krumenacker Elena María con Matta Fuenzalida Guillermo, Fuenzalida Lamas Carmen, Matta Fuenzalida Hernán y otros (SCS, 21.01.2013, rol Nº 5504-2011), considerando 9º [comentada por PIZARRO, Carlos, “Comentarios...” *cit.* (nº 42), pp. 339-342]; Mollo Olmos Bestecindo con Labra López María Ondina (SCA de La Serena, 3.12.2013, rol Nº 478-2013); Sociedad inmobiliaria e inversiones Doña Olga Ltda. con Instituto Tecnológico del Aconcagua Ltda (SCA de Valparaíso, 17.11.2016, rol Nº 1891-2016), considerando 7º; Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile con Figueroa Huidobro, Marcelo (SCA de Temuco, 31.03.2015, rol Nº 1371-2014), considerando 6º, [citadas en OLIVA, Nicolás, *ob. cit.* (nº 29), pp. 41-42].

<sup>50</sup> Cfr.: KUNCAR, Andrés, “Cláusulas...” *cit.* (nº 45), p. 554.

<sup>51</sup> En efecto, la ausencia de comunicación o declaración del acreedor, que manifiesta que opta por la resolución del contrato incumplido, impide al deudor adoptar las “medidas inmediatas para atenuar las graves consecuencias que le ocasiona la resolución (como puede ser, cesar la fabricación, el embalaje o la expedición de las mercaderías, y en el caso de que éstas ya hayan sido entregadas, recuperar su posesión o hacer lo necesario para que tengan salida)”, SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial...* *cit.* (nº 13), pp. 282-283.

<sup>52</sup> El plazo de 24 horas es un derecho del deudor para corregir o subsanar el incumplimiento, *cfr.*: CÁRDENAS, Hugo y REVECO, Ricardo, *ob. cit.* (nº 13), pp. 199-201. Sobre el “derecho a subsanar” en los instrumentos de *soft law*, v.: CONTARDO, Juan Ignacio, “El derecho del deudor a la subsanación o corrección del cumplimiento no conforme (*right to cure*). Acercamiento desde los instrumentos de derecho contractual uniforme hacia el derecho chileno de contratos”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 23º, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2017, pp. 153-194. También, v.: art. 48 CVCIM; art. 8:104 PECL; art. 7.1.4 PICC; arts. III.3:201 a III.3.205 DCFR; art. 93 PLDC.

<sup>53</sup> Incluso, podría sostenerse que, al ser la compraventa el paradigma de los contratos bilaterales onerosos, su aplicación, sólo en esa materia (ineficacia de la resolución *ipso facto*) puede ser tomada como regla general, extrapolable a los demás contratos.

<sup>54</sup> *Vid.*: *supra*, nota nº 23.

queda en absoluta incertidumbre, éste puede exigir al acreedor que declare su determinación, para despejar toda duda al respecto. Este precepto es clara manifestación que, aun en el caso más evidente de resolución automática, el legislador, por el repudio que le tiene, atenuó su operatividad *ipso facto*, permitiendo su renuncia y reglamentando, como efecto de ésta, la obligación del acreedor de declarar su decisión.

Por todo lo anterior, la resolución *ipso facto* por el hecho del incumplimiento, no puede ni debe tener lugar entre nosotros<sup>55</sup>, ni aún mediante la estipulación de una cláusula o pacto comisorio. Por lo demás, la mayoría de los Códigos modernos y los instrumentos de *Soft Law*<sup>56</sup> no consagran el modelo automático, sino que, al contrario, reglamentan como modelo por defecto, al extrajudicial por acto o declaración unilateral y recepticia<sup>57</sup>.

Por último, si en los hechos se estipula un pacto comisorio calificado, éste no será totalmente ineficaz, sólo habrá nulidad parcial en aquella parte de la cláusula que establece la resolución *ipso facto*, pero dejará subsistente las demás menciones de la cláusula que reglamenten otros aspectos de la resolución, por ejemplo, las indicaciones sobre los incumplimientos que deberán ser considerados resolutorios, o las reglas sobre liquidación del contrato que tendrán lugar después de la resolución. Por tanto, de estipularse, habrá una “reducción interna de la cláusula<sup>58</sup>”.

## § 2. Resolución extrajudicial por declaración unilateral y recepticia

### i) Generalidades

Esta especie de resolución extrajudicial también se denomina “resolución por autoridad”,

<sup>55</sup> En igual sentido, una autora nacional señala: “[n]ótese que nuestro Código Civil tampoco admite la resolución automática, en atención a dos consideraciones; en primer lugar, no existe una norma que la admita expresamente; en segundo lugar, admitir la resolución automática conculcaría el derecho de opción del acreedor reconocido en el artículo 1489 y otras normas especiales, tales como los artículos 1537, 1553 N° 3, 1555, 1861 e inciso segundo de los artículos 1590, 1814, 1938 y 2002”, LÓPEZ DÍAZ, Patricia, “El término esencial y su incidencia en la determinación de las acciones o remedios por incumplimiento contractual del acreedor a la luz del artículo 1489 del Código Civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013, p. 79, nota n° 75.

Igualmente, el decano ALESSANDRI sostenía que “el estudio de todas las reglas que se refieren al pacto comisorio y a la condición resolutoria tácita, nos permiten ver que en ningún caso de infracción de las obligaciones que el contrato impone, el legislador ha aceptado que se resuelva de pleno derecho, porque, como lo hemos dicho, la ley no ha querido dejar entregada la suerte del contrato en manos del contratante negligente o de mala fe que falta a su obligación. En ninguna parte la ley ha equiparado el pacto comisorio a la condición ordinaria, y pensar de otra manera sería contrariar los propósitos del legislador”, ALESSANDRI, Arturo, *Teoría... cit.* (n° 22), p. 203.

<sup>56</sup> Los textos serán citados más adelante. En todo caso, dentro de los instrumentos de Derecho Uniforme, la ULIS contempla la resolución *ipso facto* (arts. 25, 26, 30, 61 y 62 ULIS). Sin embargo, tal decisión fue duramente criticada por la doctrina, pues, la resolución automática iba incluso en contra del interés del propio acreedor que podía preferir optar por otro remedio. Ello explica la eliminación de la resolución automática en la posterior CVCIM. *Cfr.*: SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (n° 13), p. 282, nota n° 538; pp. 254-257 y 316-320.

Entre los códigos modernos, el art. 569 CC boliviano admite la resolución de pleno derecho por medio de una cláusula resolutoria expresa; y, luego, el art. 570 CC boliviano regula la resolución por requerimiento con plazo para subsanar, transcurrido el cual, se resolverá de pleno derecho el contrato. El art. 1454 CC italiano, a propósito de la intimación para cumplir, establece que si, transcurrido el plazo suplementario sin que se cumpla el contrato, éste quedará resuelto de derecho. Otro tanto ocurre con la cláusula resolutoria expresa del art. 1430 CC peruano, que también hace referencia a una resolución “de pleno derecho”, lo que dado lugar a la discusión sobre si, en estos supuestos, la resolución se produce automáticamente por el incumplimiento, o bien, opera “de pleno derecho” (extrajudicialmente) luego de la comunicación del acreedor. Sobre esto último, v.: NAVARRETE, Joe, “La resolución por cláusula resolutoria expresa”, en: TORRES, Manuel (coord.), *Los Contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*, Ed. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2013, pp. 434-437.

<sup>57</sup> Tal vez la mayor excepción a este principio, en los Códigos modernos e instrumentos de Derecho uniforme, es la institución del término esencial en su modalidad “propio” o “absoluto”. Creemos que, entre nosotros, sólo podría tener cabida el término esencial “impropio” o “relativo”, pues en él, el acreedor, aun después de ocurrido el incumplimiento, tiene un breve plazo para optar por la subsistencia del contrato, comunicándolo al deudor. En caso que nada comunique, el contrato se resuelve automáticamente, transcurrido el plazo que tenía para optar. La diferencia que nos permite admitir el plazo esencial impropio, estriba en que, en este caso, no es el incumplimiento lo que provoca la extinción automática, sino que es el transcurso del plazo adicional que tiene el acreedor (por disposición de la ley, de la convención o de la naturaleza y contexto del negocio) para hacer subsistir el contrato. En todo caso, aún en el plazo esencial absoluto, existe discusión sobre si realmente opera en forma automática. Sobre la resolución por término esencial, v.: FENOY, Nieves, “La Nachfrist, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 68, fascículo 3º, Madrid, 2015, en especial, pp. 1037-1054 y la nota n° 447; LÓPEZ DÍAZ, Patricia, “El término esencial...” *cit.* (n° 55), pp. 51-103; SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (n° 13), pp. 216-306. También, v.: art. 1457 CC italiano; §§ 323(2) y 326(5) BGB; art. 571 CC boliviano.

<sup>58</sup> Luigi CARIOTA FERRARA, citado por VIAL, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, 5ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 301. Además, recordemos lo dicho más arriba: nuestra jurisprudencia reciente ha exigido que, no obstante la estipulación de la cláusula de resolución automática, el acreedor deba comunicar al deudor su decisión de resolver el contrato.

“por requerimiento”, “por intimación” o “por cuenta y riesgo del acreedor”.

Su aceptación no reviste mayores problemas cuando tiene como fuente la propia convención, a través de la estipulación de una cláusula resolutoria, salvo en los contratos de adhesión regidos por la Ley N° 19.496<sup>59</sup>, y, en los contratos que, por una norma legal imperativa o de orden público, el legislador impone forzosamente el modelo judicial. Así ocurrirá, por ejemplo, con la estipulación de la cláusula de resolución *ipso facto* en la compraventa para el caso de no pagarse el precio al tiempo convenido (*ex art.* 1879 CC<sup>60</sup>); o, con la estipulación de un pacto comisorio calificado o de una cláusula resolutoria para el evento de no pagarse la renta en los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos regidos por la ley de arrendamientos de predios urbanos (por lo prescrito en los arts. 10 y 19 LAPU en relación con lo dispuesto en el art. 1977 CC<sup>61-62</sup>).

<sup>59</sup> En virtud de lo prescrito en el art. 16 a) de dicha Ley, *cf.*: KUNCAR, Andrés, “Cláusulas...” *cit.* (n° 45), p. 555. En este caso, la ley estableció que las cláusulas infractoras “no producirán efecto alguno”, expresión que permite sostener que estamos ante un supuesto de nulidad originaria y no saneable, *cf.*: BARAONA, Jorge, “La regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2014, pp. 395 y ss.

<sup>60</sup> Sin embargo, estimamos que, aun en la compraventa y respecto de la obligación de pagar el precio, sí es válida la cláusula resolutoria con acto recepticio. El art. 1879 CC es una norma que sólo repudia la resolución automática o *ipso facto*; además, es una norma excepcional (por el plazo de 24 horas para detener la resolución), por lo que su interpretación debe ser restrictiva. En virtud de esta especie de interpretación, el forzoso ejercicio judicial sólo debe reservarse para el caso que los contratantes hayan estipulado una cláusula de resolución automática, que es la situación que expresamente regula el precepto, no pudiendo ampliarse aquella sanción a otras cláusulas que, si bien provocan una resolución extrajudicial, no lo hacen en forma automática, sino previa decisión del acreedor, comunicada al deudor.

<sup>61</sup> Aquí, a diferencia del art. 1879 CC, sostenemos que son ineficaces tanto la cláusula de resolución *ipso facto* como las cláusulas resolutorias con acto recepticio o con intimación. En la regla de la compraventa, la norma sólo sanciona la estipulación de la resolución automática, dejando a salvo la resolución extrajudicial por comunicación. En cambio, el art. 10 LAPU exige imperativamente que deba practicarse la segunda reconvencción en la audiencia de contestación; la redacción del precepto y su carácter de irrenunciable para el arrendatario impide la resolución extrajudicial, ya sea automática o bien por requerimiento, por lo que no podrá sortearse lícitamente aquella exigencia de forma alguna.

<sup>62</sup> Sobre las cláusulas resolutorias en el arrendamiento de inmuebles urbanos y la discusión sobre su validez, v.: OLIVA, Nicolás, *ob. cit.* (n° 29), p. 67 a 80. Sólo haremos una adición a lo allí sostenido: de estimarse que la legislación imperativa (arts. 10 y 19 LAPU) impide la eficacia del pacto comisorio calificado o de la cláusula resolutoria, y, no obstante aquello, las partes agregan al texto del contrato dicha estipulación, la reacción adecuada es tener tal cláusula como *no escrita* [*cf. ibid.*, p. 68, 69 y 79]. Que una cláusula se tenga por “no escrita” equivale a decir que ella, por una ficción, es *inexistente*, o, mejor: *nula de pleno derecho* (de nulidad originaria o radical) por infringir una norma legal imperativa (de orden público, indisponible, de observancia forzosa o de *ius cogens*), pues, tal pacto, importa la renuncia de un derecho irrenunciable. Ante tal situación, en que la autonomía privada transgredió sus límites, el ordenamiento jurídico impone en el contenido del contrato –automáticamente y en sustitución de la cláusula incompatible– lo prescrito por la norma indisponible vulnerada. Dicho de otra forma, desde el momento mismo del perfeccionamiento del contrato, la nulidad radical impide que la cláusula infractora despliegue sus efectos; la ley imperativa, en cuanto fuente primaria de integración del contenido del contrato, suplió inmediatamente el vacío dejado por la cláusula nula, depurando, de esta forma, la regla contractual [*cf. ibid.* pp. 49-51 y 78; y, también, VIDAL, Álvaro, “La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, Valparaíso, 2000, pp. 213 y 214].

Sostenemos lo anterior en base a los siguientes argumentos: i) el art. 19 LAPU consagra el carácter dirigido del arrendamiento regido por dicha ley, al establecer la irrenunciabilidad de los derechos que ella confiere al arrendatario; se está en presencia, por tanto, de una norma imperativa o indisponible (opuesta a la norma dispositiva o supletoria, la cual puede ser derogada por la autonomía privada), a la vez que, según la clasificación de las leyes del art. 1 CC, es una ley prohibitiva, pues, no permite –bajo ningún respecto– la renuncia de los derechos del arrendatario; ii) el art. 10 LAPU establece, como derecho del arrendatario, que, cuando se pida la terminación por no pago de la renta, la segunda de las reconvencciones (exigidas por el art. 1977 CC) deba practicarse en la audiencia de contestación de la demanda; iii) establecer cualquier pacto de resolución extrajudicial, importa renunciar al derecho del arrendatario a ser reconvenido en la audiencia de contestación; iv) tal estipulación es una renuncia que la ley prohíbe expresamente (art. 19 LAPU en relación con el art. 12 CC); v) la cláusula infractora es, por tanto, un acto prohibido por la ley, y, según el art. 10 CC, tales actos “son nulos y de ningún valor”, y, la expresión categórica de ésta última norma da a entender que el acto contrario a la ley es nulo *ab initio e ipso iure*, esto es, por el solo ministerio de la ley; vi) la sanción mencionada se ve reconocida implícitamente en el art. 11 CC, al prescribir “cuando la ley declara nulo algún acto...” (como lo hace notar RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y nulidad en el código civil chileno. Teoría bimembre de la nulidad*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 153) y por el art. 1469 CC: “los actos o contratos que la ley declara inválidos”; vii) tal pacto, además, al importar una renuncia implícita de una ley imperativa, configura un acto en fraude a la ley, pues, tal cláusula de resolución extrajudicial, en general lícita, “constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa” (v. art. 1344 CC italiano), y, el acto en fraude a la ley se equipara a los actos *contra legem* (v. art. 6 N° 4 CC español).

En contra, podría sostenerse que, tal cláusula, es, en sí misma, un contrato (convención creadora del derecho a resolver el contrato); con dicha calificación, la norma aplicable sería el art. 1466 parte final CC: se trataría de un contrato prohibido por la ley, por lo que adolece de objeto ilícito, y, como sabemos, la sanción para el objeto ilícito es la nulidad absoluta (art. 1682 CC), la cual debe ser declarada judicialmente (art. 1683 CC); o bien, argumentando que, por ser un acto en contrario a la ley (o en fraude a la ley) adolece de causa ilícita, la cual también conduce a la nulidad absoluta. Por nuestra parte, estimamos que la nulidad absoluta no es satisfactoria en estos casos: i) el acto que adolece de un vicio de nulidad goza de una presunción de validez (el acto no es nulo, sino anulable), produciendo todos sus efectos jurídicos como si fuese válido, hasta que se declare judicialmente su nulidad, lo cual, como es obvio, es un grave inconveniente; ii) la nulidad absoluta puede sanearse por el transcurso del tiempo, lo que podría significar que, cumplido el plazo de prescripción de la acción de nulidad, deba reconocerse validez a un acto o cláusula ineficaz por infringir una norma de orden público, lo cual carece de total sensatez; iii) Lo anterior se agrava si se entiende que el plazo de prescripción se computa desde la fecha del acto o contrato, sobre todo teniendo en cuenta que no es difícil imaginar un arrendamiento que exceda dicha duración (sin ir más lejos, piénsese en el gran número de estudiantes de Derecho provenientes de regiones foráneas, y que, por lo mismo, arriendan una habitación o inmueble por todo el año, y cuyos contratos se renuevan automáticamente; a ello,



En cambio, si causa controversia la posibilidad de reconocerle al acreedor un derecho a resolver extrajudicialmente el contrato, mediante una declaración unilateral, sin una cláusula que autorice tal facultad, principalmente por contravenir el principio de la fuerza obligatoria del contrato (*ex art.* 1545 CC).

Antes de explicar la resolución unilateral sin cláusula resolutoria, es obligatoria la referencia a un tema previo comprensivo tanto de ésta como de otras figuras, cuya similitud podría llevar a confundirlas, sobre todo por compartir importantes caracteres comunes.

## ii) Una precisión previa: la extinción del contrato por declaración unilateral

La extinción del contrato por declaración unilateral o ruptura unilateral del contrato, consiste en el ejercicio de un derecho potestativo, que tiene una o ambas partes, para provocar la extinción de la relación obligatoria, cumpliéndose con ciertas cargas o deberes exigidos por la ley, la convención o la buena fe<sup>63</sup>.

La ruptura unilateral, en sentido amplio, admite una bifurcación, según se requiera o no de justificación para extinguir el contrato. Por tanto, se debe distinguir entre la extinción unilateral *ad nutum* o discrecional<sup>64-65</sup> y la extinción unilateral con justa causa o motivada<sup>66</sup>.

sumémosle la duración real de la carrera); iv) como el acto es presuntivamente válido, no podrá tener lugar la integración automática de la norma imperativa, pues, deberá esperarse su declaración de nulidad, momento en el cual el juez fijará el contenido del contrato. Por todo ello, consideramos mejor alternativa la nulidad originaria, en la cual tiene plena aplicación el adagio “*quod nullum fuit ab initio non convalescit tractu temporis nec ratificatur*”. Como sostiene un catedrático español, “la condición de inexistente o de contrario a la ley no se borra por la inacción de los interesados, como tampoco por la acción de éstos (confirmación)”, DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1985, § 530, p. 480 (también, v.: art. 6 N° 3 CC español y art. 1296 N° 1 y 3 PMDOC).

Una postura intermedia, sería estimar que, frente a actos o cláusulas que adolecen de vicios de objeto o causa ilícita que se mantienen vigentes en el tiempo, no comience a correr la prescripción de la acción de nulidad absoluta hasta una vez cesado el vicio (recordemos que el Código no menciona desde cuando se computa el saneamiento de la nulidad absoluta), [cfr.: CORRAL, Hernán, “Falsos exonerados”, en: *Derecho y Academia, El blog de Hernán Corral*, 2016, disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/2016/08/28/falsos-exonerados/> (fecha de consulta: 5 de septiembre de 2018)]. También, como otra postura intermedia, se ha sostenido que el plazo de prescripción de la nulidad absoluta sólo alcanza lo meramente patrimonial, a fin de consolidar los desplazamientos que se hayan hecho, por lo que la prescripción sólo se aplica a la acción patrimonial de tipo restitutorio o reivindicatoria que sigue a la declaración de nulidad absoluta, más dicho plazo no subsana la nulidad del acto o contrato, cfr.: BARAONA, Jorge, “La nulidad de los actos administrativos y la nulidad de los actos y contratos del Código Civil: ¿Son tan distintas?”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2007, p. 98.

En cualquier caso, lo único claro es que la nulidad será de carácter parcial.

Acerca de la nulidad *ab initio* e *in radice*, v.: CORRAL, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2018, pp. 114-118, 667-678, 707-709; DE CASTRO, Federico, *ob. cit.* (n° 62), pp. 461 y ss.; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ª ed., Ed. Tecnos S.A, Madrid, 1989, pp. 109 a 116; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y nulidad... cit.* (n° 62), pp. 128 y ss.

Sobre la noma imperativa o indisponible, v. BONET, José, “Los actos contrarios a las normas y sus sanciones”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 29, fascículo 2º, Madrid, 1976, pp. 309 a 336; y respecto de la preeminencia de la normativa imperativa por sobre las normas fijadas por la autonomía privada, v.: DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. I: Introducción. Teoría General del Contrato*, 5ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 362-363; HINESTROSA, Fernando, “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 26, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 28-32; VIDAL, Álvaro, “La construcción...” *cit.* (n° 62), pp. 213-214. También, v.: arts. 962 a 964 CCyCo argentino (que consagran el orden de prelación del contenido del contrato); arts. 1339 y 1419 CC italiano (que consagran la inserción automática [*di diritto*] de cláusulas imperativas, en substitución de las estipulaciones incompatibles añadidas por los particulares), y, art. II.7:302(1) DCFR (sobre contratos que infringen normas imperativas).

<sup>63</sup> Las cargas pueden ser heterónomas o negociales: *heterónomas* son las exigidas por ley o por la buena fe; *negociales* son las estipuladas en el contrato, DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...cit.* (n° 8), vol. 2º, p. 111.

<sup>64</sup> Sobre la extinción unilateral *ad nutum*, v.: CAPRILE, Bruno, “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de contratos”, en: FIGUEROA, Gonzalo *et al* (coord.), *Estudios de Derecho Civil VI*, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2011; MOLINA, Rafner, “La terminación unilateral del contrato *ad nutum*”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006; SEVERIN, Gonzalo, “El desistimiento del cliente en los contratos de servicio: un derecho *ad nutum*. Bases normativas en el Código Civil chileno”, en CORRAL, Hernán y MANTEROLA, Pablo, *Estudios de Derecho Civil XII*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2017.

En Derecho comparado, v.: arts. 1210 y 1211 CC francés; art. 1373 CC italiano; 1261 CCyCo argentino. En los instrumentos de Derecho Uniforme, v.: art. 5.1.8 PICC; arts. 40-47 CESL; arts. II.5:101-II.5:202 DCFR

<sup>65</sup> Se han propuesto algunas definiciones: DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema... cit.* (n° 62), p. 247, señalan que la decisión unilateral es una facultad de cualquiera de las partes de poner fin a la relación obligatoria mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial; CAPRILE, Bruno, “El desistimiento...” *cit.* (n° 64), p. 271, define el desistimiento unilateral o renuncia como “la facultad concedida por la ley o por la convención a una o ambas partes para romper unilateralmente el contrato, por su sola voluntad, sin necesidad de un incumplimiento de la contraria, bastando su ejercicio de buena fe y noticiarla con un preaviso razonable a la contraria, so pena de indemnizar los perjuicios en caso de ejercicio irregular”.

<sup>66</sup> La clasificación ha sido propuesta, entre otros, por GÁLVEZ, Antonio, “El derecho a desistimiento en los contratos indefinidos y en los

En la ruptura unilateral *ad nutum*, el declarante no tiene que expresar motivo alguno que funde su decisión de dar por finalizado el contrato; dicho de otra forma, se trata de una facultad cuyo ejercicio queda al arbitrio del titular<sup>67-68</sup>.

En cambio, en la ruptura unilateral con justa causa, para que se destruya la relación obligatoria sin ulterior responsabilidad del declarante, es necesario que éste justifique la causal que da lugar a la extinción del contrato, y, en caso que el deudor no esté de acuerdo con la justificación, éste podrá recurrir al juez para que constate si se dieron o no los supuestos de la ruptura<sup>69</sup>.

El tratamiento conjunto de ambas categorías obedece a que comparten ciertos elementos comunes: i) suponen el ejercicio de un derecho potestativo de carácter extintivo<sup>70</sup>, por ende, ii) producen la destrucción del contrato; iii) se hacen valer en forma extrajudicial; iv) su ejercicio debe efectuarse de buena fe. De este último elemento se desprenden otros: v) debe comunicarse la decisión a la otra parte<sup>71</sup>; vi) la extinción producirá sus efectos desde que es recibida la comunicación (carácter recepticio); vii) la necesidad de dar aviso de la decisión con cierta anticipación (que no sea intempestiva<sup>72</sup>), o, viii) prolongar el contrato por un plazo, ya sea para que la otra parte se organice y afronte adecuadamente la extinción, o bien, en los casos de incumplimientos imperfectos, para que el deudor lo subsane o corrija<sup>73</sup>; y, por último, ix) el ejercicio abusivo de la facultad extintiva da lugar a indemnización conforme a las reglas de responsabilidad contractual<sup>74</sup>.

---

contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código Civil”, en: ALBIEZ, Klaus (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011, pp. 511-512, y, MOLINA, Rafner, “La terminación... ad nutum”, *cit.* (n° 64), p. 127. El tratamiento unitario a las diversas formas de extinción unilateral se reconoce expresamente en los arts. 1077 a 1080 CCyCo argentino, que establecen reglas comunes a la revocación, rescisión unilateral y resolución, sin perjuicio que, en los artículos siguientes, se establezcan reglas particulares para cada uno de dichos modos de extinción.

<sup>67</sup> El Código y otras leyes han establecido varias manifestaciones de la extinción unilateral *ad nutum*, así, por ej.: la renuncia del socio (2108-2113 CC) o del mandatario (2167 CC); revocación del mandante (arts. 2163 N° 3, 2164-2166 CC); desahucio en el arrendamiento (arts. 1951-1953, 1955, 1976, 1985, 1992, 2009 CC y art. 3° LAPU); También v.: art. 3 bis Ley N° 19.496 y los arts. 537 inc. 3 y 538 CCo. Tienen aplicación especialmente en los contratos de duración indefinida (por el rechazo a vínculos perpetuos) o de confianza (como en el mandato y sociedad), y, en los casos no legislados, en virtud de una cláusula de desistimiento o pacto de salida.

<sup>68</sup> Más dudosa es la calificación de la facultad consagrada por el art. 1999 inc. 2 CC que, a propósito del contrato para la confección de obra material, señala que, el que encargó la obra podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho. Lo que provoca confusión, es que el inc. 1 del precepto se refiere al incumplimiento y al retardo en el cumplimiento, y, acto seguido, el inc. 2 comienza empleando la expresión “[p]or consiguiente”, como queriendo indicar que la facultad de hacer cesar la obra es a consecuencia del incumplimiento. Una interpretación exegética de la norma inclina la balanza en el sentido que se trata de una extinción unilateral causada. En contra, se ha sostenido que el inc. 2 consagra un derecho extintivo *ad nutum*, *cf.*: SEVERIN, Gonzalo, “El desistimiento...” *cit.* (n° 64) pp. 383-386; ERBETTA, Andrés, “La cesación unilateral del contrato de obra prevista en el art. 1999 inc. 2° del Código Civil”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2017, pp. 9-51.

<sup>69</sup> Ejemplos de extinción por declaración unilateral con justa causa, son, por ej.: el desistimiento del mandatario, por causa del incumplimiento del mandante (art. 2159 CC), la restitución anticipada en el comodato, motivada por sobrevenirle al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa (art. 2189 N° 2 CC), o por incumplimiento del comodatario (art. 2177 CC); la resolución por inexecución que exige, como justa causa, el incumplimiento grave de una obligación (art. 1489 CC en relación al art. 1590 inc. 2 CC).

<sup>70</sup> Derechos potestativos o de configuración jurídica son “aquellos derechos que consisten en la facultad para hacer algo, de manera unilateral, que modifica o altera una situación jurídica previa”, CORRAL, Hernán, *Curso...* *cit.* (n° 62), p. 476. Por su parte, el profesor PEÑAILLO enseña que “se entiende por derecho potestativo el poder que tiene el sujeto para provocar, por su exclusiva voluntad (acto unilateral) un cambio en la situación jurídica del sujeto pasivo, el cual no puede sino resignarse a soportar las consecuencias de aquella manifestación de voluntad”, PEÑAILLO, Daniel, *Obligaciones...* *cit.* (n° 28), p. 78.

Los derechos potestativos pueden ser constitutivos, modificatorios o extintivos.

La facultad resolutoria es un derecho potestativo extintivo, pues el cambio provocado por ella consiste en la destrucción de la relación jurídica, *cf.*: PEÑAILLO, Daniel, “Algunas reformas...” *cit.* (n° 9), pp. 32-33; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...* *cit.* (n° 8), vol. 2°, p. 705; ALBIEZ, Klaus, “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 55, fascículo 3°, Madrid, 2002, p. 1177.

Dicha calificación de derecho de configuración jurídica cancelatorio, extintivo o liberatorio es extrapolable a los demás modos de extinguir por decisión unilateral (v. gr.: revocación, renuncia, desahucio), *cf.*: GÁLVEZ, Antonio, “El derecho a desistimiento...” *cit.* (n° 66), p. 510, y; CAPRILE, Bruno, “El desistimiento...” *cit.* (n° 64), p. 291.

<sup>71</sup> *Cf.*: DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema...* *cit.* (n° 62), p. 247; CAPRILE, Bruno, “El desistimiento...” *cit.* (n° 64), p. 293; PIZARRO, Carlos, “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, en: *Revista Ius et Praxis*, año 13, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2007, p. 25.

<sup>72</sup> V. gr.: art. 2011 CC (arrendamiento de servicios inmateriales) y arts. 2110-2112 CC (renuncia del socio).

<sup>73</sup> Excepcionalmente, puede omitirse el plazo por una causa grave, v. gr.: el § 314 BGB, titulado “desistimiento de relaciones obligatorias duraderas por causa importante”, permite, en su apartado (1), desistirse a cualquiera de las partes sin tener que respetar un plazo para desistir, siempre que invoque una causa importante.

<sup>74</sup> *Cf.*: CAPRILE, Bruno, “El desistimiento...” *cit.* (n° 64), pp. 295-296; KUNCAR, Andrés, “Cláusulas...” *cit.* (n° 45), pp. 561-562; MOLINA, Rafner, “La terminación... ad nutum”, *cit.* (n° 64), pp. 154-158; MOLINA, Rafner, “La terminación... por incumplimiento”, *cit.* (n° 36), p. 105; PIZARRO, Carlos, “¿Puede el acreedor...” *cit.* (n° 71), pp. 26-27.



Como se podrá deducir, la resolución extrajudicial por declaración unilateral y recepticia, pertenece a las formas de extinción unilateral causadas, siendo el incumplimiento grave de una obligación sinalagmática, la justificación que autoriza al acreedor a resolver extrajudicialmente<sup>75</sup>.

### iii) *Nociones generales de la resolución por cuenta y riesgo del acreedor*

El elemento distintivo de éste modelo es el ejercicio de la facultad resolutoria por medio de una declaración de voluntad del acreedor insatisfecho, en virtud de la cual, comunica a su deudor su decisión de dar por terminada la relación obligatoria, por el incumplimiento grave de una obligación sinalagmática.

Esta declaración presenta las siguientes características: a) es un acto jurídico unilateral<sup>76</sup>; b) de carácter recepticio<sup>77</sup> y dirigido al deudor incumplidor<sup>78</sup>; c) no está sujeta a formalidades<sup>79</sup>; d) es irrevocable una vez que el destinatario toma conocimiento de la declaración<sup>80</sup>.

El contenido esencial de la declaración es la voluntad clara e inequívoca del acreedor de dar por resuelto el contrato por el incumplimiento grave del deudor.<sup>81</sup>

Además, por regla general, en la declaración debe otorgarse un plazo al deudor<sup>82</sup>. La función del término puede variar dependiendo de la entidad del incumplimiento, la duración, naturaleza y contexto del contrato, la reglamentación legal (de existir) o convencional (cláusula resolutoria

<sup>75</sup> Para las diferencias entre la resolución y la extinción unilateral *ad nutum* (o rescisión unilateral, según la nomenclatura argentina), v.: FREYTES, Alejandro, "La rescisión unilateral y los contratos de duración", en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, vol. 2º, Nº 2, 2011), pp. 152-154.

<sup>76</sup> En este sentido: SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (nº 13), pp. 437-438; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *ob. cit.* (nº 15), pp. 629-630.

<sup>77</sup> "Acto recepticio es aquel que está destinado a ser conocido de otra persona, de manera que sin ese conocimiento no produce efectos", COURT, Eduardo, *Curso de Derecho Civil: Teoría General del Acto Jurídico*, 2ª ed., Ed. Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 16. A favor del carácter recepticio: PEÑAILILLO, Daniel, "Algunas reformas..." *cit.* (nº 9), p. 34; SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (nº 13), pp. 441-445; PIZARRO, Carlos, "Cláusula resolutoria y pacto comisorio..." *cit.* (nº 42), p. 365; NAVARRETE, Joe, *ob. cit.* (nº 56), p. 431-434.

En nuestro Código Civil, el art. 2165 CC, a propósito de la revocación, señala que ésta "produce su efecto desde el día que el mandatario ha tenido conocimiento de ella". Creemos que dicha norma es extrapolable a las otras formas de extinción del contrato por voluntad unilateral, entre ellas, a la resolución unilateral. Estimamos que no son aplicables las reglas sobre el momento en que se forma el consentimiento, contenidas en nuestro Código de Comercio; la razón es obvia: el consentimiento es propio de los actos jurídicos bilaterales, en cambio, aquí, estamos frente a un acto jurídico unilateral. Por ello, no compartimos la interpretación que SAN MIGUEL da a los arts. 1247 y 1257 PMDOC, v.: SAN MIGUEL, 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*, vol. 64, fascículo 4º, Madrid, 2011, p. 1717, en nota nº 116.

<sup>78</sup> Se refieren al carácter recepticio y dirigido al deudor: art. 26 CVCIM; art. 7.3.1 PICC; art. 9:303 PECL [citados por SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (nº 13), p. 439]; art. 1199 inc. 2 PMDOC; art. III.3:507(1) DCFR; art. 728 CC paraguay; arts. 1078(a) y 1088(c) CCyCo argentino. La doctrina se ha inclinado en este sentido: FENOY, Nieves, "El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta Española de Modernización del Código Civil de 2009", en: DE LA MAZA, Iñigo (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, t. VII: Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, p. 40; PEÑAILILLO, Daniel, "Algunas reformas..." *cit.* (nº 9), p. 34.

<sup>79</sup> "A pesar de la ausencia de formalismo, es importante que el contratante que declara la resolución se asegure la posibilidad de probar la existencia de la voluntad resolutoria", SAN MIGUEL, Lis Paula, "La resolución por incumplimiento..." *cit.* (nº 77), p. 1717. En el mismo sentido: MOLINA, Rafner, "La terminación... ad nutum", *cit.* (nº 64), p. 98; PIZARRO, Carlos, "¿Puede el acreedor..." *cit.* (nº 71), p. 25; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos... cit.* (nº 8), vol. 2º, p. 722.

La ausencia de formalidad legal no obsta que, los contratantes, en una cláusula resolutoria, señalen el mecanismo preciso que será eficaz para comunicar la resolución, debiendo observarse aquella formalidad pactada.

Algunas legislaciones han establecido formalidades: art. 6:267 CC holandés (declaración escrita); art. 1429 CC peruano (carta por vía notarial); art. 570 CC boliviano (nota diligenciada notarialmente); art. 1454 CC italiano (intimar por escrito); también, v.: art. 98 PLDC (comunicación escrita).

El art. 1086 CCyCo argentino, en cambio, se limita a exigir que la comunicación deba hacerse "en forma fehaciente", lo cual, importa "que exista un emplazamiento, es decir, de modo que constituya una prueba segura, en la cual se pueda depositar fe. Cualquier duda acerca de si la comunicación ha sido hecha o no, debe resolverse en el sentido de que no lo fue, ya que pudiendo utilizar el interesado una forma que no arroje dudas (telegrama, sea o no colacionado, notificación por escribano, etc.) ha utilizado un medio menos seguro". BORDA, Alejandro, *ob. cit.*, (nº 46), p. 195.

<sup>80</sup> El fundamento de la irrevocabilidad es que, una vez recibida por el deudor la declaración de resolución, éste "pueda contar a partir de ese momento con que ya no tiene que realizar tareas encaminadas a realizar su prestación, incluso pueda disponer de ella y que el acreedor unilateralmente no pueda, con posterioridad, frustrar esas expectativas" SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (nº 13), pp. 473-474.

<sup>81</sup> SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (nº 13), p. 476.

<sup>82</sup> Cfr.: PIZARRO, Carlos, "¿Puede el acreedor..." *cit.* (nº 71), p. 25.

condicionada al plazo de subsanación) del ejercicio resolutorio<sup>83</sup>. Así, por ejemplo, en caso de un incumplimiento respecto del cual el acreedor no tiene la certeza absoluta que dicha inexecución sea de carácter resolutorio, le convendrá –al momento de comunicar su decisión de resolver– otorgar al deudor un plazo suplementario para que corrija la prestación no conforme, supeditando la operatividad de la resolución para el caso que no se verifique el cumplimiento en dicho plazo<sup>84-85</sup>. Sin embargo, en caso de un incumplimiento que, sin lugar a dudas, provoca la insatisfacción del acreedor, el plazo otorgado no será “para cumplir con el contrato, sino para organizar las consecuencias de la ruptura de forma que ésta no signifique un daño innecesario<sup>86</sup>”. Excepcionalmente, no será necesario otorgar plazo alguno al deudor incumplidor; así, a modo ilustrativo, el § 323(2) BGB establece que: “La fijación de un plazo es innecesaria si [...] 1. El deudor deniega seria y definitivamente la prestación; [...] 2. El deudor no cumple la prestación en el término fijado en el contrato o dentro del plazo determinado y el acreedor ha vinculado en el contrato el mantenimiento de su interés en la prestación a la tempestividad de la prestación, o; [...] 3. Existen circunstancias especiales que justifican la inmediata resolución ponderando los intereses de ambas partes”.

Por último, destaquemos que, el carácter extrajudicial de la resolución unilateral, no inhibe el control judicial; sin embargo, éste sólo será eventual y posterior al ejercicio del derecho potestativo. Generalmente será el deudor quien acuda a los tribunales de justicia para que estos constaten si el ejercicio del acreedor fue justificado o, por el contrario, abusó de su derecho<sup>87</sup>. En efecto, el deudor, además de la facultad de liberarse de su obligación, tiene otras, entre las cuales se cuenta la de enervar toda pretensión extralimitada o abusiva<sup>88</sup>.

También, puede ocurrir que sea el acreedor quien recurra a la justicia ordinaria (con posterioridad al ejercicio extrajudicial), bien sea para reclamar las indemnizaciones o cláusulas penales que se le deban, o bien, para exigir la devolución de las especies o mercaderías que están en poder del deudor y que se niega a restituir<sup>89-90</sup>.

<sup>83</sup> Es el llamado *Nachfrist*, que “consiste en que, habiendo incumplido el deudor, [el acreedor] fije [al deudor] un nuevo y adecuado plazo para cumplir y si este último vuelve a incumplir, el legislador atribuye al acreedor el remedio de la resolución” FENOY, Nieves, “La *Nachfrist*...” *cit.* (n° 57), p. 809 (lo agregado entre corchetes es nuestro). Dicha figura, como indica la autora citada, ha tenido recepción en el § 323(1) BGB; arts. 47, 49.1.b), 63 y 64.1.b) CVCIM; art. 7.1.5 PICC; art. 8:106 y 9:301(2) PECL; arts. III.3:103 y III.3:503 III.3:507 DCFR; arts. 115 y 135 CESL. También, agreguemos el art. 1454 CC italiano y el art. 570 CC boliviano.

<sup>84</sup> La conveniencia de dar el plazo de subsanación es evitar que su ejercicio sea calificado “abusivo” posteriormente (esta resolución es “por cuenta y riesgo” del acreedor).

<sup>85</sup> Aquí surge la discusión sobre si, transcurrido el plazo, debe el acreedor por segunda ocasión declarar que opta por la resolución. Para algunos, cumplido el plazo sin verificarse el cumplimiento, se produce inexorablemente la resolución. En contra, otros sostienen que vencido el plazo del requerimiento, recién llega la oportunidad para que el acreedor insatisfecho opte por la resolución o el cumplimiento; incluso, para algunos el requerimiento con plazo de subsanación es un paso previo para activar el derecho de opción; *cf.*: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *ob. cit.* (n° 15), p. 635, nota n° 30. Por su parte, DIEZ-PICAZO señala que “no existe inconveniente especial en que la declaración de resolución extrajudicial quede condicionada a la falta de cumplimiento en el nuevo plazo que se otorga” [...]. “Si el requerimiento resolutorio se produjera en tales términos, desde el punto de vista jurídico no es necesaria la posterior constatación de la falta de cumplimiento, ni la reiteración de la resolución, aunque en la práctica puede resultar aconsejable”. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...cit.* (n° 8), vol. 2°, p. 722.

La situación se torna más dudosa si durante el plazo de gracia el deudor cumplió, pero imperfectamente. Creemos que lo adecuado será evitar la resolución automática por la sola llegada del plazo. Por ello, lo ideal será que el plazo de gracia sea entendido como un término esencial impropio o como un *nachfrist*, por lo que transcurrido el plazo suplementario sin que se verifique el pago íntegro, el acreedor disponga de un breve plazo para, si así lo prefiere, hacer subsistir el contrato, comunicándolo al deudor (*v.* *supra*, notas n° 57 y 84).

<sup>86</sup> PIZARRO, Carlos, “¿Puede el acreedor...” *cit.* (n° 71), p. 25.

<sup>87</sup> El ejercicio de la facultad resolutoria debe hacerse conforme a la buena fe. Si incurre en un ejercicio abusivo, deberá resarcir los daños provocados por la extinción del contrato. La responsabilidad será contractual, por cuanto la extinción injustificada del contrato importa un incumplimiento imputable a la parte que empleo abusivamente la resolución; su ejercicio fue por su cuenta y riesgo, debiendo, por tanto, asumir éstos últimos.

<sup>88</sup> *Cfr.*: DIEZ-PICAZO, Luis, “El contenido de la relación obligatoria”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 17, fascículo 2°, Madrid, 1964, p. 365.

<sup>89</sup> *Cfr.*: PIZARRO, Carlos, “¿Puede el acreedor...” *cit.* (n° 71), p. 26; PIZARRO, Carlos, “Cláusula resolutoria y pacto comisorio...” *cit.* (n° 42), pp. 367-368; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...cit.* (n° 8), vol. 2°, p. 722.

<sup>90</sup> Esta misma sanción al abuso de facultades unilaterales está presente en otras materias del recién reformado *Code Civil*, como en la determinación del precio, *v.*: art. 1164 CC francés (contratos-marco) y art. 1165 CC francés (contratos de prestación de servicios), *cf.*: SAVAUX, Eric, “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 69, fascículo 3°, Madrid, 2016, p. 736.

#### IV. BASES PARA ACEPTAR LA RESOLUCIÓN UNILATERAL EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Expondremos, en esta última parte, algunos argumentos a favor de la admisión del modelo de resolución extrajudicial por declaración unilateral y recepticia del acreedor.

##### § 1. LOS DÉBILES ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMO MODELO POR DEFECTO

Recordemos que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria consagran como modelo de resolución de derecho común al judicial, por argumentos históricos, y principalmente, por las expresiones “pero” y “pedir” que utiliza el art. 1489 CC<sup>91</sup>.

En cuanto a la historia de la ley de nuestro art. 1489 CC, cierto es que tomó como fuente de inspiración al antiguo art. 1184 CC francés, precepto que es parte importante de la historia fidedigna del establecimiento del art. 1489 CC, y, por tanto, un elemento de interpretación de la ley que no podemos soslayar (art. 19 CC). Sin embargo, la redacción de ambos preceptos no es idéntica, por lo que el argumento histórico puede ser un arma de doble filo, pues, la decisión del legislador de no incluir en nuestra condición resolutoria tácita la regla del inciso final del art. 1184 CC francés, que expresamente indicaba que la resolución debía ser demandada judicialmente<sup>92</sup>, es un argumento que atenúa, en nuestro Derecho, la necesidad de ejercicio judicial de la resolución por inejecución.

Con respecto a la expresión “pero”, ya indicamos al revisar la resolución automática, que el alcance de dicha palabra es proscribir la resolución extrajudicial de pleno derecho; pero lo anterior no significa necesariamente la prohibición de toda clase de resolución extrajudicial, como ocurre con la resolución por declaración unilateral y recepticia, la cual no conculca de ninguna forma el derecho de opción del acreedor, sino que lo refuerza, ni provoca los graves problemas de la resolución que opera *ipso iure* por el incumplimiento.

Por último, la voz “pedir”, siguiendo la misma línea anterior, lo que indica es que el acreedor, frente a un incumplimiento, tiene un *ius electionis*, en virtud del cual podrá optar por uno u otro remedio, y, la existencia de ese derecho de opción, significa que el incumplimiento no es apto para producir la resolución *ipso facto*. Nuevamente, la expresión empleada por la ley busca evitar la resolución automática.

En síntesis, si bien compartimos que ambas expresiones importan que la resolución por incumplimiento no opera automáticamente; ello no significa que la única alternativa posible sea la resolución mediante una sentencia judicial.

##### § 2. El Código Civil sólo prohíbe la resolución automática

Los arts. 1489, 1879 y 1487 CC son manifestaciones de un principio que implícitamente recoge nuestro Código: el repudio a la resolución automática. Para evitar repeticiones, nos remitimos a lo dicho más arriba.

##### § 3. Casos particulares de resolución unilateral en nuestro Código Civil

Estimamos que nuestro Código Civil no es ajeno a este modelo, pues, por medio de una relectura de sus normas, podemos encontrar varios casos en los cuales el legislador civil contempla implícitamente la resolución unilateral como un remedio contractual del acreedor.

<sup>91</sup> V.: *supra*, notas n° 22, 23 y 24.

<sup>92</sup> Antiguo art. 1184 inc. final CC francés: “La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances”.

### i) Derecho de desistimiento (típico)

En primer lugar, en la mayoría de los casos en que el Código Civil utilizó la expresión “*desistir*”, se refirió a situaciones en que se autoriza a uno de los contratantes a extinguir el contrato por incurrir la otra parte en un incumplimiento de sus obligaciones (v. gr.: arts. 1814, 1822, 1826 inc. 2, 1832, 1925, 1926 y 2159 CC). El desistimiento tipificado por el Código Civil es un derecho potestativo extintivo que requiere de una justificación para su ejercicio (el incumplimiento), por lo que, en esta materia, se apartó el legislador del autentico sentido que se le atribuye al desistimiento, que importa una causal de extinción unilateral *ad nutum* del contrato.

Sostenemos que el ejercicio del desistimiento típico es extrajudicial, pues, en varios de los preceptos recién indicados, se menciona expresamente que, el acreedor tendrá, además, la acción indemnizatoria “*según las reglas generales*” (arts. 1826, 1832 CC) o “*quedándole a salvo la indemnización de perjuicios*” (art. 1926 CC). Las expresiones recién citadas, fueron redactadas para que no quede ninguna duda que, no obstante haberse resuelto o terminado el contrato extrajudicialmente, el acreedor insatisfecho de todas formas tendrá derecho a ser indemnizado, pero para obtener dicha reparación necesariamente tendrá que acudir a la justicia ordinaria.

Por tanto, el “desistimiento” reglamentado por el Código de Bello, no es otra cosa que la resolución unilateral con otro nombre.

El art. 1925 CC es el precepto que, de su contexto, más destaca el ejercicio extrajudicial de la resolución (terminación). El artículo regula la situación en que, por un hecho o culpa del arrendador, éste se ve en la imposibilidad de entregar la cosa al arrendatario ¿No parece ilógico que, el arrendatario, antes de entrar siquiera en el goce de la cosa arrendada y verificado que ya no será posible en un futuro, debido a un hecho o culpa de su deudor (arrendador), tenga que demandar judicialmente la terminación de dicho contrato? Nos parece que no. Igual explicación sirve para el art. 1926 CC, en que el retardo en la entrega de la cosa arrendada fue tal, que disminuyó notablemente la utilidad del contrato para el arrendatario, o, simplemente, ya cesaron las circunstancias que lo motivaron a celebrar el arriendo, por lo que, es lógico que el arrendatario pueda desistirse del contrato, sin tener que recurrir a tribunales. Otro tanto ocurre en el retardo de la entrega de la cosa vendida (art. 1826 CC<sup>93</sup>); o con la venta de una cosa inexistente en una parte considerable (art. 1814 CC<sup>94</sup>); o el incumplimiento del mandante, que provoca una desconfianza tal en el mandatario, que lleva a éste a desistir del encargo (art. 2159 CC<sup>95</sup>).

<sup>93</sup> Notable es la interpretación que la jurisprudencia colombiana ha efectuado al art. 1882 CC colombiano, texto de redacción idéntica a nuestro art. 1826 CC. En efecto, un autor colombiano señala que “podría pensarse que el inciso 2.º artículo 1882 CC no es más que una reiteración del artículo 1546 CC [equivalente al art. 1489 CC chileno], lo que implicaría que el comprador debe necesariamente acudir ante el juez para hacer efectivo el desistimiento; en sentencia del 9 de junio de 1971, la Corte Suprema aclaró que el desistimiento de que trata el artículo 1882 CC es un derecho potestativo del comprador que no requiere pronunciamiento alguno del juez”. MOLINA, Rafner, “La terminación...ad nutum”, cit. (nº 64), p. 130, en nota nº 10 (lo entre corchetes es nuestro).

La sentencia afirma que “[...] Existe notable diferencia entre la acción resolutoria prevista por el artículo 1546 del Código Civil y el desistimiento del que tratan los artículos 1882 y 1878 de la misma obra. Aquella requiere sentencia judicial en que se decrete la resolución del contrato, en tanto que el derecho de desistir de la compraventa, en caso de que el vendedor por hecho o culpa suya haya retrasado la entrega de la cosa vendida, es un derecho potestativo del comprador que no requiere pronunciamiento alguno del Juez. Puede el comprador desistir por sí y ante el mero hecho de haber incurrido el vendedor en mora, y pedir la indemnización que los citados artículos le reconocen” [citada por PALADINI, Mauro, ob. cit. (nº 13), p. 139]. Este último autor luego añade: “si no entiendo mal, ésta concepción del desistimiento es bastante cercana al derecho potestativo de resolución, que muchos códigos europeos y textos de derecho europeo afirman y reconocen”, *ibidem*. Vid. Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 9 de junio de 1971, sala de casación, en: *Gaceta Judicial*, t. CXXXVIII, Bogotá, D.E., 1973, p. 382, disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CXXXVIII%20n.%202340-2345%20\(1971\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CXXXVIII%20n.%202340-2345%20(1971).pdf)

<sup>94</sup> Vid.: Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 30 de agosto de 2011, sala de casación, nº del proceso: 11001-3103-012-1999-01957-01 (ID-vLex: 316765778), p. 26.

<sup>95</sup> STITCHKIN señala que el desistimiento del art. 2159 CC “es un derecho que la ley confiere al mandatario fundado en el incumplimiento de las obligaciones correlativas del mandante y por eso debe obtenerse una declaración judicial en ese sentido, ya que nadie puede hacerse justicia por sí mismo. En otros términos, el desistimiento a que se refiere el art. 2159 equivale a la condición resolutoria que va incorporada en todo contrato bilateral y que autoriza a la parte cumplidora para pedir la terminación del contrato, salvo que el desistimiento no opera con efectos retroactivos, dada la naturaleza especial del mandato”, STITCHKIN, David, *El mandato civil*, 5ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 419. Como se puede apreciar, el autor citado considera al desistimiento como una especie de resolución por incumplimiento, con-

## ii) Cesación inmediata del arrendamiento

También consideramos que son casos especiales de resolución extrajudicial, los preceptos que autorizan a una de las partes a “*cesar inmediatamente*” el contrato. En este sentido, el art. 1972, confiere al arrendador el derecho para hacer “cesar inmediatamente el arriendo en casos graves”. Iguales expresiones emplea el art. 1979 CC en caso que el colono no goce del fundo como un buen padre de familia. En ambos preceptos, la expresión “*cesar inmediatamente*” nos parece decisiva: la sola comunicación de la decisión del arrendador de cesar inmediatamente el arriendo, será eficaz para terminar el contrato.

Este derecho de cese del contrato también es recogido en los arts. 1977 y 1999 CC. Sin embargo, en estos dos casos, la cuestión aquí se vuelve mucho más discutible<sup>96</sup>.

## iii) Disolución de la sociedad colectiva por incumplimiento

Otro caso de resolución unilateral contemplada en nuestro Código Civil es la *disolución de la sociedad por incumplimiento* (art. 2101 CC).

El precepto es categórico al indicar que, frente al incumplimiento contractual de uno de los socios, “los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta<sup>97</sup>”.

## iv) Derecho a exigir el retiro forzoso del socio colectivo

Por último, podemos agregar como otro caso de resolución unilateral, el poder o facultad que tienen los socios colectivos para exigir el *retiro forzoso de otro socio*, por no consentir en aumentar el monto del aporte cuando, por una mutación de circunstancias, no pudiese obtenerse el objeto de la sociedad (art. 2087 CC)<sup>98</sup>.

### § 4. Consagración de la resolución unilateral en leyes especiales

#### i) Terminación y rescisión en el contrato de seguro

En el nuevo Derecho de Seguros se consagran casos de resolución (o terminación) unilateral. Así lo confirma el art. 528 inc. 1 CCo, el cual, por su claridad, preferimos transcribirlo: “La falta de pago de la prima producirá *la terminación del contrato a la expiración del plazo de 15 días contado desde la fecha de envío de la comunicación que, con ese objeto, dirija el asegurador al asegurado* y dará derecho a aquél para exigir que se le pague la prima devengada hasta la fecha de terminación y los gastos de formalización del contrato” (énfasis añadido).

---

clusión que compartimos parcialmente, sólo en el sentido que, los casos de desistimiento son hipótesis de resolución por incumplimiento, pero agregamos que, dichos casos tienen como peculiaridad su ejercicio extrajudicial, bastando la comunicación al deudor incumplidor de la decisión de resolver el contrato. Por ello, no compartimos la exigencia que el citado autor añade, en relación a que el mandatario que desiste debe obtener una declaración judicial.

<sup>96</sup> Sobre el art. 1999 CC, lo discutible es determinar si se trata de un derecho *ad nutum* o requiere de un incumplimiento. Cualquiera sea la alternativa, creemos que su ejercicio es extrajudicial (v.: *supra*, nota n° 68). Con respecto al art. 1977 CC, podría sostenerse que el precepto permite la resolución extrajudicial, pero será necesario que se efectúen los dos requerimientos que exige. Sin embargo, lo anterior sólo podrá tener aplicación si se trata de un arrendamiento de inmueble urbano que no esté regido por la LAPU, pues, ya mencionamos que, por el carácter dirigido de esta última ley, el ejercicio judicial de la resolución (o terminación) es forzoso (v.: *supra*, notas n° 61 y 62).

<sup>97</sup> En contra, SANDOVAL señala que la disolución “no opera de pleno derecho, como pareciera deducirse de esta disposición, que adolece de fallas técnicas en su redacción; es necesario que ella se declare por resolución judicial”, SANDOVAL, Ricardo, *Derecho Comercial*, t. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2015, p. 410. En igual sentido, JEQUIER, Eduardo, *Curso de Derecho Comercial*, t. II, vol. 1, 2ª ed., Ed. Legal Publishing, Santiago, 2017, p. 244, quien indica que se trata de “una facultad aparentemente potestativa”, que requiere de sentencia judicial o laudo arbitral que declare la disolución.

<sup>98</sup> El art. 2087 CC podría configurar un curioso caso de resolución extrajudicial de eficacia parcial: no se destruye el contrato en su integridad, sino sólo el vínculo entre el socio y la sociedad) cuya justificación es la negativa de efectuar un aumento del aporte debido a una variación de las circunstancias vigentes al contratar, por lo que, en cierta medida, estamos frente a una manifestación de la teoría de la imprevisión.



También, el derecho a “rescindir” el contrato de seguro, que tiene el asegurador frente a ciertos incumplimientos, es manifestación del modelo de resolución unilateral. Por tanto, la *rescisión* que concede el art. 525 inc. 3 CCo (declaración sobre el estado del riesgo)<sup>99</sup> y el art. 526 CCo (agravación de riesgos asegurados)<sup>100</sup> no es sino clara evidencia de la consagración de la resolución por cuenta y riesgo del acreedor.

### ii) Derecho de excluir al socio o accionista

Entre las reglas de nuestro Derecho Societario, además de las ya mencionadas en el Código Civil, encontramos el *derecho de excluir al socio* en la sociedad colectiva comercial, ya sea por retardo en la entrega del aporte (art. 379 CCo) o por aplicar los fondos comunes a sus negocios particulares y usar en éstos de la firma social (art. 404 N° 2 CCo), situaciones que, reglamentado casos de incumplimientos de obligaciones sociales, permiten la resolución parcial de la sociedad, mediante una “declaración en escritura pública sin necesidad de intervención judicial<sup>101</sup>” (art. 350 inc. 2 CCo). Otro tanto acontece con el *derecho de excluir al accionista* en la sociedad anónima por no pagar oportunamente el todo o parte de las acciones por él suscritas (art. 17 de la Ley N° 18.046). Los derechos recién mencionados son casos de resolución unilateral, aunque de eficacia parcial, pues, por tratarse de contratos plurilaterales o asociativos, la resolución no operará necesariamente extinguiendo la totalidad del contrato, sino solo el vínculo que unía al socio o accionista con la sociedad<sup>102</sup>.

### iii) Resolución por comunicación en la compraventa internacional de mercaderías

Por último, la CVCIM (Decreto N° 544, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicada en el D.O. 3 de octubre de 1990) consagra expresamente en nuestro Ordenamiento Jurídico la resolución por declaración unilateral y recepticia, en su art. 26 CVCIM: “*La declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte*<sup>103</sup>”.

### § 5. Es el modelo adoptado por el llamado “Nuevo Derecho de la Contratación”:

#### Estado actual en Derecho Comparado y Derecho Internacional Uniforme

<sup>99</sup> El art. 525 inciso 3° CCo es destacable porque aplica, en cierta medida, la distinción entre los casos en que se puede o no prescindir del otorgamiento de un plazo al deudor incumplidor. En efecto, en la primera parte del inciso 3°, no otorga plazo alguno al otro contratante, sólo se limita a otorgarle al asegurador el derecho a rescindir el contrato, cuando el tomador “hubiere incurrido *inexcusablemente* en errores, retenciones o inexactitudes *determinantes* del riesgo asegurado”. En cambio, “si los errores, retenciones o inexactitudes sobre el contratante no revisten alguna de dichas características” [no son inexcusables ni determinantes] “el asegurador podrá proponer una modificación a los términos del contrato, para adecuar la prima o las condiciones de la cobertura a las circunstancias no informadas”. Luego, si el asegurado rechaza la proposición del asegurador o no le da contestación dentro del plazo de 10 días contado desde la fecha de envío de la misma, el asegurador “podrá rescindir el contrato. En este último caso, *la rescisión se producirá a la expiración del plazo de 30 días contado desde la fecha de envío de la respectiva comunicación*”.

<sup>100</sup> El art. 526 inciso 2° CCo, en la parte pertinente, establece: “Si el siniestro no se ha producido, el asegurador, dentro del plazo de 30 días a contar del momento en que hubiere tomado conocimiento de la agravación de los riesgos, deberá comunicar al asegurado su *decisión de rescindir el contrato* o proponer una modificación a los términos del mismo para adecuar la prima o las condiciones de la cobertura de la póliza. Si el asegurado rechaza la proposición del asegurador o no le da contestación dentro del plazo de 10 días contado desde la fecha de envío de la misma, este último podrá dar por rescindido el contrato. En este último caso, *la rescisión se producirá a la expiración del plazo de 30 días contado desde la fecha de envío de la respectiva comunicación*”. Confirma que se trata de un caso de resolución extrajudicial, el inciso 5°: “Salvo en caso de agravación dolosa de los riesgos, en todas las situaciones en que, de acuerdo a los incisos anteriores, *haya lugar a la terminación del contrato, el asegurador deberá devolver al asegurado la proporción de prima* correspondiente al período en que, como consecuencia de ella, quede liberado de los riesgos”.

<sup>101</sup> PIZARRO, Carlos, “¿Puede el acreedor...” *cit.* (n° 71), p. 17. En contra, JEQUIER, Eduardo, *ob. cit.* (n° 97), pp. 84-85, señala que la exclusión del socio moroso presupone en todo caso un pronunciamiento jurisdiccional en tal sentido.

<sup>102</sup> *Cfr.*: ABELIUK, René, *ob. cit.* (n° 24), t. I, p. 85; LÓPEZ, Jorge, *Los Contratos...* *cit.* (n° 18), pp. 82-84. Sobre la especial forma de operar las ineficacias tratándose de contratos plurilaterales, v. art. 574 CC boliviano; arts. 1458, 1420, 1446 y 1466 CC italiano; y, art. 1443 CCyCo argentino.

Para más antecedentes sobre el derecho a excluir a un socio, v.: VELASCO ALESSANDRI, José, *La exclusión de un socio en el Derecho Societario chileno*, memoria de prueba para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, dirigida por PALMA JARA, Juan, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

<sup>103</sup> Además, reglamentan esta forma de resolución los artículos 49, 51(b), 72, 73, 75 y 76 CVCIM.



En las legislaciones extranjeras, incluso, en aquellas que sus textos positivos consagran expresamente la resolución judicial, tanto su jurisprudencia y doctrina han logrado, a través de una mayor flexibilidad de sus textos, incorporar el modelo de resolución por cuenta y riesgo del acreedor. Así, en España, en que “la idea de que la resolución es judicial impregna el texto del art. 1124<sup>104</sup>” CC español<sup>105</sup>, existe, sin embargo, abundante jurisprudencia que admite el ejercicio de la facultad resolutoria en forma extrajudicial, y, la doctrina también así lo ha reconocido<sup>106-107</sup>.

En Francia, previo a la reforma de 2016, donde había “norma expresa de que la resolución se produce sentencia judicial (art. 1184 CC francés), la jurisprudencia ha estimado que la terminación se produce por la sola declaración del acreedor si así se ha pactado o si el acreedor tiene urgencia en poner término al contrato<sup>108</sup>”. Luego de la reforma, la resolución fue reglamentada junto con los demás remedios contractuales, en forma unitaria y coherente, en los arts. 1224 a 1230 CC francés. El art. 1226 CC francés reglamenta la resolución unilateral o por cuenta y riesgo del acreedor<sup>109</sup>. Sin perjuicio de aquello, el art. 1227 CC francés permite que, en todo caso, la resolución pueda demandarse judicialmente.

En el nuevo CC y Co argentino de 2014, el art. 1078, que contiene disposiciones comunes para la extinción por declaración de una de las partes (resolución, rescisión unilateral y revocación), establece en su letra (a), que: “El derecho se ejerce mediante comunicación a la otra parte...”, y, en la letra (b), agrega: “la extinción del contrato puede declararse extrajudicialmente o demandarse ante un juez...<sup>110</sup>”.

Otro tanto reconocen los arts. 570 y 571 CC boliviano; art. 1429 CC peruano; art. 728 CC paraguayo; §§ 323 y ss. BGB; art. 6:267 CC holandés; art. 1605 CC de Quebec, entre otros.

En los PLDC, el art. 97 (3) indica que: “La resolución puede ser judicial o por comunicación”, y, acto seguido, el art. 98 PLDC señala: “La resolución opera mediante comunicación escrita a la otra parte y produce efectos desde su recepción<sup>111</sup>”.

En el DCFR, se regula orgánicamente el remedio resolutorio en los arts. III.3:501 a III.3:514 DCFR. Entre dichos preceptos, el art. III.3:507(1) DCFR establece que: “El derecho a la resolución en virtud de lo dispuesto en esta Sección se ejercerá por medio de notificación al deudor”.

En los PECL, se reglamenta la resolución del contrato en sus arts. 9:301 a 9:309. El art. 9:303(1) indica que: “El ejercicio del derecho de resolución del contrato requiere una comunicación al respecto a la otra parte<sup>112</sup>”.

<sup>104</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...cit.* (n° 8), vol. 2º, p. 703.

<sup>105</sup> Art. 1124 inc. 3 CC español: “El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”.

<sup>106</sup> Cfr.: DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema... cit.* (n° 62), p. 248; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...cit.* (n° 8), vol. 2º, p. 703 y 722; MORALES, Antonio, “Evolución...” *cit.* (n° 6), pp. 46-47; SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (n° 13), pp. 429 y ss.; PANTALEÓN, Fernando, “Las nuevas bases...” *cit.* (n° 3), pp. 1731-1732.

<sup>107</sup> En la PMDOC los arts. 1199 a 1204 pretenden consagrar en el CC español la resolución por acto recepticio. Así, el art. 1199 inc. 2 PMDOC prescribe: “La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte”.

<sup>108</sup> BARRÓS BOURIE, Enrique, “Finalidad...” *cit.* (n° 17), p. 424, en nota. También Fueyo, Fernando, *ob. cit.* (n° 1), p. 314, indica: “la doctrina y jurisprudencia francesa han admitido en ciertos casos de excepción la ruptura del contrato sin intervención del juez”.

<sup>109</sup> Art. 1226 CC francés: “Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. [...] La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. [...] Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. [...] Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution”.

<sup>110</sup> *Id.*: arts. 1077, 1079, 1080, 1081, 1083 y 1088 a 1089 CCyCo argentino.

<sup>111</sup> *Id.*: arts. 99 a 101 PLDC.

<sup>112</sup> Sobre la forma y efectos de la comunicación o “notice”, v.: art. 1:303 PECL.

En los PICC, sus arts. 7.3.1 a 7.3.7 se refieren a la resolución. El art. 7.3.2(1) PICC prescribe: “*El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte*”<sup>113</sup>.

Finalmente, en la CESL, sus arts. 114 a 119 y 134 a 139 regulan la resolución del contrato por incumplimiento del vendedor y del comprador, respectivamente. El art. 118 CESL señala: “*El derecho a la resolución en virtud de lo dispuesto en la presente sección se ejercerá previa notificación al vendedor*”. Repite lo anterior, términos casi idénticos, el art. 138 CESL, pero referido a la notificación al comprador<sup>114</sup>.

### § 6. Las cargas del acreedor declarante son impuestas por la buena fe

Como ni la ley ni el contrato han detallado la forma en que deberá efectuarse la declaración, corresponderá a la buena fe (art. 1546 CC) en su función integradora o creadora de deberes especiales de conducta, suplir aquel vacío. Lo hará, por cierto, en términos similares a los reseñados en el párrafo sobre nociones generales de este modelo resolutorio. Así, la comunicación deberá ser dirigida al deudor, y, en principio, deberá producir sus efectos desde que es conocida por el destinatario (salvo los casos en que la ley expresamente dispone una regla diversa, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de seguro); dicha carga de comunicar la decisión al deudor, “tiene como fundamento un deber de colaboración, que entre otras cosas obliga a cada una de las partes a informar a la otra de todo aquello que pudiese interesarle con ocasión de la ejecución del contrato”<sup>115</sup>. También, en principio, salvo norma legal o estipulación en contrario, la declaración carece de formalidades, pero el acreedor deberá comunicarla por un medio idóneo y expedito, debiendo otorgar, por regla general, un plazo al deudor, ya sea para subsanar el incumplimiento, ya sea para que el deudor pueda prepararse frente a la resolución y buscar un contrato de reemplazo, según los mismos criterios ya mencionados. Por último, siempre quedará a salvo el control judicial posterior<sup>116</sup>.

<sup>113</sup> Respecto al sentido de la expresión “notificación”, v.: art. 1.10 PICC.

<sup>114</sup> Sobre la forma y efectos de la notificación, v.: art. 10 CESL.

<sup>115</sup> MOLINA, Rafner, “La terminación...ad nutum”, *cit.* (n° 64), p. 98.

<sup>116</sup> Con respecto a su función integrativa, Emilio BETTI señala que “la buena fe entra en juego en la fase patológica del incumplimiento, en la que ya no se trata de satisfacer las recíprocas expectativas, y, por tanto, la buena fe ya no puede jugar con función positiva, como compromiso de cumplir, pero sin embargo sigue existiendo un contacto social entre las dos esferas de intereses contiguas del acreedor y del deudor; al acreedor aún cuando queden insatisfechas sus expectativas, no puede considerarse, en cierto modo, como en estado de guerra con el deudor y comportarse de tal modo que aumente el daño del incumplimiento, desinteresándose de las consecuencias perjudiciales que su indeferencia produce en la esfera de los intereses de la otra parte. Hay aquí una exigencia de corrección que le impone, incluso en esta fase, buscar el modo de limitar los daños derivados del incumplimiento”. (Emilio BETTI citado por BOETSCH, Cristián, *La buena fe contractual*, Ediciones UC, Santiago, 2015, p. 130). Éste último autor (*ibid.*, p. 132) cita una sentencia de la Corte Suprema que, a propósito de las manifestaciones de la buena fe, señala: “...incluso después de terminar la relación contractual, durante las fases de liquidación del contrato el principio en estudio se mantiene, imponiendo deberes que dependerán de las circunstancias. Regla general es impedir cualquier conducta de entre las cuales una parte pudiera disminuir las ventajas patrimoniales legítimas de la otra” [*Muebles López y López Limitada con Banco Itaú Chile* (SCS, 02.09.2014, rol 14243-2013), considerando 10°]. Las citas precedentes parecen recoger implícitamente lo que, en el derecho alemán, se denomina “deberes de protección” (*Schutzpflichten*), los cuales fueron recogidos expresamente en el § 241(2) BGB, que señala: “El contenido de la relación obligatoria puede obligar a que cada parte tenga en consideración los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte” (traducido por VIVES, María, “Traducción de la Reforma 2002 del BGB”, en: *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, fascículo 3°, Madrid, 2002, p. 1238); la infracción de estos deberes puede dar lugar a la resolución (§ 324 BGB) y a la indemnización (§ 282 BGB).

Como enseña MORALES MORENO, “en la relación obligatoria contractual debemos diferenciar dos tipos de contenidos: los deberes de la prestación y los denominados deberes de protección o de cuidado. [...] Los deberes de prestación se orientan, prioritariamente, a la satisfacción del interés en la realización o cumplimiento del contrato. [...] Los deberes de protección se dirigen a preservar el denominado interés de integridad (*Integritätsinteresse*): el interés de cada contratante en no sufrir daño en sus bienes (personales o patrimoniales) con ocasión del desenvolvimiento de la relación contractual; o, dicho de otro modo, en mantener su *statu quo* personal y patrimonial”, MORALES, Antonio, “Indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato”, en: DE LA MAZA, Iñigo (editor), *Cuadernos de Análisis Jurídico, VII: Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, p. 274.

El art. III.-1:103 DCFR (buena fe contractual) establece que toda persona debe actuar de acuerdo con el principio de buena fe en el cumplimiento de una obligación, en el ejercicio de su derecho a reclamar el cumplimiento, en el ejercicio de los remedios por incumplimiento y en el ejercicio del derecho a resolver una obligación o relación contractual. Este deber no puede excluirse o limitarse por contrato u otro acto jurídico.

Por último, el art. 77 CVCIM establece que: “la parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”.

Sobre los deberes de protección, v.: BOETSCH, Cristián, *ob. cit.* (n° 116), pp. 124-126; RODRÍGUEZ, Javier, “Deberes de protección, ‘aun frente

### § 7. ¿Y la fuerza obligatoria del contrato?

Nuestro art. 1545 CC establece que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Uno de los problemas que enfrenta la resolución unilateral es la aparente falta de “causa legal” que permita la extinción del contrato.

Reiteremos que, en las cláusulas resolutorias, no se da el problema, pues son los propios contratantes quienes, de mutuo acuerdo y previa negociación, incorporan tales estipulaciones al contenido del contrato, y, como forman parte integrante del mismo, son obligatorias para ellos.

Volviendo a la resolución unilateral, estimamos que la fuente legal que autoriza la extinción por comunicación es el propio art. 1489 CC que, como ya hemos manifestado, no consagra expresa y forzosamente el modelo de resolución judicial, es más, el precepto no regula la forma en que debe ejercerse el remedio resolutorio, limitándose a consagrar el derecho de opción del acreedor insatisfecho y vetar implícitamente la resolución automática.

Además, consideramos que los casos específicos antes referidos (desistimiento, cesación, etcétera) son manifestaciones particulares de una forma de ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria, que puede entenderse como de aplicación general y que coexiste con el régimen judicial de resolución.

## V. CONCLUSIONES

El modelo de resolución judicial, debido a sus costos, duración y el número de discrepancias que existen tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, no armoniza con las necesidades actuales del tráfico jurídico.

El artículo 1489 CC no consagra de forma expresa el modelo de resolución judicial, por lo que no debe ser impuesto forzosamente tal forma de ejercicio del remedio resolutorio. La función del artículo indicado, además de otorgar el derecho de opción al acreedor insatisfecho, es proscribir la resolución automática o *ipso facto* por el mero incumplimiento.

El repudio al modelo de resolución automática se manifiesta, además, en otras reglas del Código Civil, como ocurre con los artículos 1879 y 1487 CC. Por los gravísimos problemas (teóricos y prácticos) que trae aparejado este modelo, y especialmente, por conculcar el régimen de remedios contractuales del acreedor, abogamos por su desuso, y, de *lege ferenda*, por la prohibición del pacto de resolución automática.

El ejercicio de la resolución por medio de una declaración de voluntad unilateral del acreedor es la forma que, mayoritariamente, ha sido adoptada por los ordenamientos jurídicos modernos, y también por los diversos instrumentos de Derecho Privado Internacional Uniforme.

Nuestro Código Civil reglamenta situaciones especiales que reconocen el modelo de resolución unilateral en los casos que concede el derecho de desistimiento del contrato, de cesación inmediata del arrendamiento, de disolución de la sociedad colectiva civil por incumplimiento y de exigir el retiro forzoso del socio por la negativa a aumentar el aporte en caso de variación de las

a terceros”, en la dogmática alemana”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 307-321.

Acerca de la integración de los contratos, v.: BOETSCH, Cristián, *ob. cit.* (n° 116), pp. 93-97 y pp. 122-132; DOMÍNGUEZ, Carmen, “Aspectos de la integración del contrato”, en: FIGUEROA, Gonzalo *et al* (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011, pp. 251-262; VIDAL, Álvaro, *La construcción... cit.* (n° 62), pp. 209-227.

circunstancias. Sin embargo, no debe pensarse que este modelo resolutorio queda limitado a estas pocas situaciones; ellas son manifestación de un modelo de ejercicio que debe entenderse comprendido en la facultad resolutoria que otorga el artículo 1489 CC, y, por tanto, de aplicación general.

Finalmente, la recepción del modelo de resolución por declaración unilateral o por cuenta y riesgo del acreedor puede tener lugar mediante el reconocimiento jurisprudencial; pero, admitiendo lo improbable de aquello, de *lege ferenda*, conviene incluir expresamente dicho modelo en la letra del Código Civil, para despejar cualquier duda sobre su procedencia y validez.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. Obras generales y monografías

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las Obligaciones*, t. I, 6ª ed., Ed. Legal Publishing, Santiago, 2014.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *Teoría de las Obligaciones*, Ed. Jurídica Ediar-ConoSur Ltda, Santiago, 1988.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, t. II, vol. 1º, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

BARROS ERRAZURIZ, ALFREDO, *Curso de Derecho Civil, Segundo año, primera parte: de las obligaciones en general*, 4ª ed., Ed. Nascimento, Santiago, 1932.

BOETSCH, CRISTIÁN, *La buena fe contractual*, Ediciones UC, Santiago, 2015.

CÁRDENAS VILLARREAL, HUGO Y REVECO URZÚA, RICARDO, *Remedios Contractuales*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2018.

CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, Vol. X, De las Obligaciones*, Ed. Nascimento, Santiago, 1936.

CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN, *Indemnización y resolución por incumplimiento*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2015.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Contratos y daños por incumplimiento*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2018.

COURT MURASSO, EDUARDO, *Curso de Derecho Civil: Teoría General del Acto Jurídico*, 2ª edición, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2009.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1985.

DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ª ed., Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1989.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. I: Introducción. Teoría General del Contrato*, 5ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. II: Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996.

FUEYO LANERI, FERNANDO, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

GREGORACI, BEATRIZ, *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Derecho Privado Romano*, t. II, 2ª ed.: Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2013.

JEQUIER LEHUEDÉ, EDUARDO, *Curso de Derecho Comercial*, t. II, vol. 1, 2ª ed., Ed. Legal Publishing, Santiago, 2017.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO *Teoría de los Contratos, t. I: Parte General*, 4ª ed., Ed. Zavalia, Buenos Aires, 1997.

LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Los Contratos. Parte General*, 5ª ed., actualizada por Elorriaga, Fabián, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010.

MEJÍAS ALONSO, CLAUDIA, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011.

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *Obligaciones, Teoría General y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

PIZARRO, RAMÓN Y VALLESPINOS, CARLOS, *Instituciones de Derecho Privdo. Obligaciones. Vol. 2: Cumplimiento, tutela satisfactiva, conservatoria, resolutoria y resarcitoria del crédito. Teoría general del incumplimiento obligacional*, Ed. Hammurabi SRL, Buenos Aires, 1999.

POTHIER, JOSEPH, *Tratado del contrato de compra y venta*, traducción al español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores,; Imprenta y Lit. de J. Roger, Barcelona, 1841. Disponible en: <http://www.bne.es/es/Catalogos/BibliotecaDigitalHispanica/Inicio/index.html> [fecha de consulta: 19 de agosto de 2018].

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Inexistencia y nulidad en el código civil chileno. Teoría bímembre de la nulidad*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Extinción no convencional de las obligaciones*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

RUZ LÁRTIGA, GONZALO, *Explicaciones de Derecho Civil, t. II, Obligaciones*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011.

SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Derecho Comercial*, t. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2015.

STITCHKIN BRANOVER, DAVID, *El mandato civil*, 5ª edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008.



VIAL DEL RÍO, VÍCTOR, *Teoría General del Acto Jurídico*, 5ª edición actualizada y aumentada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

## II. Artículos doctrinarios en revistas u obras colectivas

AGUAD DEIK, ALEJANDRA, “Algunas reflexiones sobre los efectos del incumplimiento recíproco frente a la acción resolutoria”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 6, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006.

ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS, “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 55, fascículo 3º, Madrid, 2002.

ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE, “La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido”, en: *Revista Actualidad Jurídica*, año IV, nº 8, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2004.

ÁLVAREZ CID, CARLOS, “¿El pacto comisorio simple no es más que la condición resolutoria tácita expresada?”, en: DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010.

BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, “La nulidad de los actos administrativos y la nulidad de los actos y contratos del Código Civil: ¿Son tan distintas?”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 8, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2007.

BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, “La regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, Nº 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2014.

BARROS BOURIE, ENRIQUE, “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en: GUZMÁN, Alejandro (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2008.

BÉCAR LABRAÑA, EMILIO, “Revisión crítica de la retroactividad como factor operativo de la resolución del contrato”, en: *Revista de Derecho y Humanidades*, Nº 16, Vol. 2, Santiago, 2010.

BONET CORREA, JOSÉ, “Los actos contrarios a las normas y sus sanciones”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 29, fascículo 2º, Madrid, 1976.

BORDA, ALEJANDRO, “Capítulo XIII: Efectos Particulares”, en: BORDA, Alejandro (dir.) *Derecho Civil, Contratos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016.

BOTTESELLE, ANDREA, “El pacto comisorio como manifestación de la facultad resolutoria”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 17, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.

CAPRILE BIERMANN, BRUNO, “Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual y la tendencia al deber de conformidad en el derecho privado”, en: CORRAL, Hernán y RODRÍGUEZ, María Sara (coords.), *Estudios de Derecho Civil II*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007.

CAPRILE BIERMANN, BRUNO, “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de contratos”, en: FIGUEROA, Gonzalo *et al* (coord.), *Estudios de Derecho Civil VI*, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2011.



CAPRILE BIERMANN, BRUNO, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 39, Valparaíso, 2012.

CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN, “Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, N° 1, Antofagasta, 2011.

CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN, “El derecho del deudor a la subsanación o corrección del cumplimiento no conforme (right to cure). Acercamiento desde los instrumentos de derecho contractual uniforme hacia el derecho chileno de contratos”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 23°, N° 1, Universidad de Talca, Talca, 2017.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN: “Falsos exonerados”, en: *Derecho y Academia, El blog de Hernán Corral*, 2016, disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/prescripcion-de-la-accion-de-nulidad-absoluta/> [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2018].

DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO, “El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 39, N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2012.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, “El contenido de la relación obligatoria”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 17, fascículo 2°, Madrid, 1964.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 22, fascículo 2°, Madrid, 1969.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, “Aspectos de la integración del contrato”, en: FIGUEROA, Gonzalo *et al* (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011.

ERBETTA, ANDRÉS, “La cesación unilateral del contrato de obra prevista en el art. 1999 inc. 2° del Código Civil”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2017.

FENOY PICÓN, NIEVES, “El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta Española de Modernización del Código Civil de 2009”, en: DE LA MAZA, Iñigo (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, t. VII: Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.

FENOY PICÓN, NIEVES, “La Nachfrist, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 68, fascículo 3°, Madrid, 2015.

FORNO FLOREZ, HUGO, “La resolución por incumplimiento”, en: DE LA PUENTE, Manuel y

MUÑIZ, JORGE, *Temas de Derecho Contractual*, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1987.

FREYTES, ALEJANDRO, “La rescisión unilateral y los contratos de duración”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, vol. 2°, N° 2, Córdoba, 2011.

GALAZ RAMÍREZ, SERGIO, “¿Puede el deudor demandado enervar la acción resolutoria, pagando?”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 12, Concepción, 2004.

GÁLVEZ CRIADO, ANTONIO: “El derecho a desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código Civil”.

ALBIEZ, KLAUS (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011.

HINESTROSA, FERNANDO, “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 26, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

KUNCAR ONETO, ANDRÉS “Cláusulas convencionales de resolución unilateral del contrato”, en: DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010.

LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA, “El término esencial y su incidencia en la determinación de las acciones o remedios por incumplimiento contractual del acreedor a la luz del artículo 1489 del Código Civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013.

LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA, “La naturaleza jurídica de la acción redhibitoria en el código civil chileno: ¿nulidad relativa, resolución por incumplimiento o rescisión propiamente tal?”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2017.

MEJÍAS ALONSO, CLAUDIA, “El incumplimiento que faculta a resolver el contrato a la luz de las disposiciones del Código Civil”, en: DE LA MAZA, I. (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, t. VII: Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.

MEJÍAS ALONSO, CLAUDIA, “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2013.

MEJÍAS ALONZO, CLAUDIA, “Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N° 1, Universidad de Talca, Talca, 2016.

MEJÍAS ALONZO, CLAUDIA Y SEVERIN FUSTER, GONZALO, “La justificación funcional del pacto comisorio en la compraventa”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXX, N° 2, Valdivia, 2017.

MOLINA MORALES, RAFNER, “La terminación unilateral del contrato ad nutum”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

MOLINA MORALES, RAFNER: “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 17, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009

MOLL DE ALBA LACUVE, CHANTAL, “El pacto comisorio en el Código Civil”, en: *Revista de Derecho vLex*, N° 10, Ed. vLex, España, 2003, disponible en: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/pacto-comisorio-codigo-civil-189446> [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2018].

MORALES MORENO, ANTONIO, “Evolución del concepto de obligación en el Derecho Español”, en MORALES MORENO, Antonio, *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

MORALES MORENO, ANTONIO, “Indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato”, en: DE LA MAZA, Iñigo (editor) *Cuadernos de Análisis Jurídico, VII: Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.

NAVARRETE, JOE, “La resolución por cláusula resolutoria expresa”, en: TORRES, Manuel (coord.), *Los Contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*, Ed. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2013.

PALADINI, MAURO, “Nuevas perspectivas en materia de resolución del contrato por incumplimiento”, en *Revista IUSTA*, N° 30, Vol. 1, Bogotá, 2009.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “Resolución por incumplimiento e indemnización”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 42, fascículo 4º, Madrid, 1989.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, fascículo 4º, Madrid, 1993.

Peñailillo Arévalo, Daniel, “La reforma del Código Civil francés en Derecho de Obligaciones, y el Código Civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2007.

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, “Algunas reformas a la resolución por incumplimiento”, en: *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 231-232, año LXXX, Concepción, 2012.

PIZARRO WILSON, CARLOS, “Las cláusulas resolutorias en el Derecho civil chileno”, en: *De la Maza, Iñigo (editor), Cuadernos de Análisis Jurídico, III: Temas de Contratos*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2006.

PIZARRO WILSON, CARLOS, “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, en: *Revista Ius et Praxis*, año 13, N° 1, Universidad de Talca, Talca, 2007.

PIZARRO WILSON, CARLOS, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del Derecho de contratos”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, t. XXXVI, Valparaíso, 2011.

PIZARRO WILSON, CARLOS, “Contra el efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento contractual”, en: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2012.

PIZARRO WILSON, CARLOS, “Cláusula resolutoria y pacto comisorio calificado. Tan lejos tan cerca”, en *Domínguez Hidalgo et al (coordinadores), Estudios de Derecho Civil VIII*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013.

PIZARRO WILSON, CARLOS, “Comentarios de jurisprudencia. Pacto comisorio calificado. Necesidad de un acto recepticio por el acreedor (Corte Suprema, 21 de enero de 2013, rol 5504-2011)”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013.

RODRÍGUEZ OLMOS, JAVIER, “Deberes de protección, ‘aun frente a terceros’, en la dogmática alemana”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

RONQUILLO, JIMMY, “La resolución por incumplimiento y algunos desaciertos en su actuación a nivel judicial”, en: TORRES, Manuel (coord.), *Los Contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*, Ed. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2013.

SAN MIGUEL, 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*, Vol. 64, fascículo 4º, Madrid, 2011.

SAN MIGUEL, LIS PAULA, “La modernización del Derecho de Obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno”, en: *Cuadernos de análisis jurídico, t. VII: Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.

SANABRIA GÓMEZ, ARTURO, “La resolución en el derecho colombiano”, en: GAITÁN, José y

MANTILLA, FABRICIO (directores), *La terminación del contrato. Nuevas tendencias del derecho comparado*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

SÁNCHEZ, JULIO Y TINTI, GUILLERMO, “El pacto comisorio. Su consideración en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, en el Código Civil y en los proyectos de reforma”, en: MOISSET, Luis (editor), *Homenaje a los congresos de Derecho civil, t. II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba, 2009.

SAVAUX, ERIC, “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 69, fascículo 3º, Madrid, 2016.

SEVERIN FUSTER, GONZALO, “El desistimiento del cliente en los contratos de servicio: un derecho ad nutum. Bases normativas en el Código Civil chileno”.

MANTEROLA, PABLO, *Estudios de Derecho Civil XII, Ponencias presentadas en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2017.

TORRES MÉNDEZ, MIGUEL, “Pacto comisorio, resolución por incumplimiento e intimación resolutoria”, en: *Revista Ius et Veritas*, N° 4, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, “La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, Valparaíso, 2000.

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en PIZARRO, Carlos (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2009.

VIVES MONTERO, MARÍA, “Traducción de la Reforma 2002 del BGB”, en: *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, fascículo 3º, Madrid, 2002.

### III. Tesis de Doctorado

FENOY PICÓN, NIEVES, *Falta de conformidad del objeto, modelo de compraventa y sistema de acciones. Evolución del ordenamiento español*, tesis doctoral.

MORENO, ANTONIO, Universidad Autónoma de Madrid, España, 1993, disponible en: <http://hdl.handle.net/10486/4550> [fecha de consulta: 27 de agosto de 2018]

RIVERA RESTREPO, JOSÉ, *Del derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual*, memoria para optar al grado de doctor, dirigida por Anguita Villanueva, Luis, Universidad Complutense de Madrid, España, 2015, disponible en: <http://eprints.ucm.es/33853/> [fecha de consulta: 14 de agosto de 2018].

SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA, *La resolución extrajudicial: modelos de derecho comparado y evolución del derecho español*, tesis para obtener el grado de Doctor, dirigida por MORALES MORENO, Antonio, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2003, disponible en: <http://hdl.handle.net/10486/4343> [fecha de consulta: 14 de agosto de 2018].

#### IV. Tesis de licenciatura

OLIVA LEAL, NICOLÁS, *Las cláusulas resolutorias. Sobre la validez o ineficacia de las cláusulas resolutorias en el contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos*, tesina para optar al egreso de la carrera de Licenciatura en Derecho, dirigida por BARDISA ELGUETA, Carolina, U. Católica de la Santísima Concepción, Concepción, 2017.

VELASCO ALESSANDRI, JOSÉ, *La exclusión de un socio en el Derecho Societario chileno*, memoria de prueba para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, dirigida por PALMA JARA, Juan, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

YÚSARI KHALILYEH, TAREK, *Los remedios contractuales frente al incumplimiento recíproco del contrato bilateral*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por PIZARRO WILSON, Carlos, Universidad de Chile, Santiago, 2011.

#### V. Jurisprudencia nacional

*AGRÍCOLA Y COMERCIAL CHILENUT CON BOCAZ CONTRERAS*, SCA de Chillán, de 14 de noviembre de 2008, rol N° 212-2008, cita *Westlaw*: CL/JUR/4089/2008.

*BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA CHILE CON FIGUEROA HUIDOBRO, MARCELO*, SCA de Temuco, de 31 de marzo de 2015, rol N° 1371-2014, ID-vLex: 563283250.

*BANCO SECURITY CON SOCIEDAD DE TRANSPORTES SAN MARCOS*, SCS, de 09 de diciembre de 2008, rol N° 5821-2007, cita *Westlaw*: CL/JUR/6929/2008.

*EMDEN BLUMER CON IVANYI GASPAR*, SCS, de 14 de enero de 2010, rol 5431-2008, cita *Westlaw*: L/JUR/792/2010

*JORGE TORDECILLAS PUENTES CON LINO PONCE IBARRA*, SCA de San Miguel, de 18 de mayo 2018, rol N° 1677-2017, cita *Westlaw*: CL/JUR/2518/2018.

*MARTÍNEZ MORALES BERNARDO CON DÁVILA DÍAZ JUAN CARLOS*, SCA de Arica, de 27 de junio de 2018, rol N° 169-2017 (civil).

*MATTA KRUMENACKER ELENA MARÍA CON MATTA FUENZALIDA GUILLERMO, FUENZALIDA LAMAS CARMEN, MATTA FUENZALIDA HERNÁN Y OTROS*, SCS, de 21 de enero de 2013, rol N° 5504-2011, ID-vLex: 436280890.



*MOLLO OLMOS BESTECINDO CON LABRA LÓPEZ MARÍA ONDINA, SCA de La Serena, de 3 de diciembre de 2013, rol N° 478-2013 (civil), ID-vLex: 641012037.*

*MUEBLES LÓPEZ Y LÓPEZ LIMITADA CON BANCO ITAÚ CHILE, SCS, de 02 de septiembre de 2014, rol N° 14243-2013, cita Westlaw: CL/JUR/6172/2014.*

*ROA LONGUEIRA, FERNANDO Y OTROS CON TAPIA HERMANOS LIMITADA, SCS, de 30 de diciembre de 2009, rol N° 5817-2008.*

*SOCIEDAD INMOBILIARIA E INVERSIONES DOÑA OLGA LTDA. CON INSTITUTO TECNOLÓGICO DEL ACONCAGUA LTDA, SCA de Valparaíso, de 17 de noviembre de 2016, rol N° 1891-2016 (civil), ID-vLex: 653447665.*

*Repertorio de Legislación y jurisprudencia chilenas, Código civil y leyes complementarias, t. V, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.*

*Repertorio de Legislación y jurisprudencia chilenas, Código civil y leyes complementarias, t. VII, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.*

#### VI. Jurisprudencia extranjera

*Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 9 de junio de 1971, sala de casación civil, en: Gaceta Judicial, t. CXXXVIII, Bogotá D.E., 1973, disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta Judicial/GJ CXXXVIII n.º 2340-2345 \(1971\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CXXXVIII%20n.%202340-2345%20(1971).pdf)*

*Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 30 de agosto de 2011, sala de casación civil, n° de referencia del proceso: 11001-3103-012-1999-01957-01, (ID-vLex: 316765778).*

#### VII. Diccionarios

ALEMANY Y BOLUFER, José, *Nuevo diccionario ilustrado Sopena de la lengua española*, Editorial Ramón Sopena, S.A., Barcelona, 1967.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., Ed. Espasa, Madrid, 2014, disponible en: <http://dle.rae.es> [consulta: 29 de agosto, 2018].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Diccionario del español jurídico*, dirigido por MUÑOZ MACHADO, Santiago, Ed. Espasa, Madrid, 2016, disponible en: <http://dej.rae.es> [fecha de consulta: 29 de agosto, 2018].

# LOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DEL DERECHO DEL CONSUMO

## THE HISTORICAL FOUNDATIONS OF CONSUMER LAW

MARINA ROJO GALLEGO-BURÍN\*  
UNIVERSIDAD DE GRANADA

**RESUMEN:** En este trabajo estudiamos el origen histórico del Derecho del Consumo, desde el Derecho Romano pre-clásico hasta el Derecho Común. A lo largo de este devenir ponemos de manifiesto que los orígenes de la protección a los consumidores y usuarios puede situarse en tiempos más pretéritos al siglo XIX o XX, como suele afirmarse. Esto nos conduce a considerar el sistema de protección que dictaba el Derecho clásico, postclásico y la compilación de Justiniano. Así como, aproximarnos hasta el Derecho germánico y el Real de Castilla. Lo cual, nos va a permitir determinar las reminiscencias de aquellos Derechos que aún perviven en nuestro actual Derecho del Consumo.

**PALABRAS CLAVE:** Consumo, Roma, Derecho Romano clásico, Derecho Común.

**ABSTRACT:** *In this paper, we have analyzed the historical-legal origin of consumer law, from the Classical Law to Common Law. We have tried to prove that ancient Rome had laws that protected buyers. We are going to analyze the laws of classic Roman law, postclassic and the Justinian Compilation. In addition, we will study the consumption in the Germanic Law and in the Royal Law of Castile. All this, will allow us to know the reminiscences of our current Law.*

**KEY WORDS:** *Consumption, Rome, classical Roman Law, Common Law.*

---

\* Doctora en Ciencias Jurídicas. Universidad de Granada. Correo electrónico:marogabu@ugr.es . Dirección Avda. del Hospicio, 18071 Granada, España.

## I. INTRODUCCIÓN

En nuestra contemporaneidad proliferan normas, doctrinas y manuales dedicados a la protección de los consumidores y usuarios; la sociedad necesita de una regulación que la proteja en el ámbito del consumo. Suele ser habitual situar el origen de la legislación dedicada a estas cuestiones en Estados Unidos con el inicio de los movimientos asociativos, en 1891 con la Liga de Consumidores de Nueva York, desde la publicación del libro *Your money's Whorth* en 1927 por S. Chase y F.J. Schlink<sup>1</sup> o también a partir de las palabras del presidente estadounidense John Fitzgerald Kennedy cuando en marzo de 1962 pronunció su célebre frase: “Todos somos consumidores”, en un discurso donde aludía a los cuatro derechos básicos del consumidor: seguridad, información, elección y audiencia<sup>2</sup>. De hecho, fue a partir de los años sesenta, del pasado siglo, cuando se han multiplicado las normas dedicadas a la protección de los consumidores y usuarios, Inglaterra fue uno de los primeros países que se ocuparon de esta materia en 1961 con la *Consumer Protection Act*, continuando con otras leyes como la *Trade Descriptions Act* de 1968 u otra *Consumer Protection Act* de 1971. Alemania también en 1965, modificando la normativa de competencia desleal, se ocupó de esta problemática. Un asunto que no sólo preocupaba a Europa y Estados Unidos, sino que se trataba de un movimiento a nivel global, prueba de ello es la ley japonesa de 30 de mayo de 1968 dedicada a la protección de los consumidores<sup>3</sup>.

Pareciera que este tipo de conflictos hubieran comenzado a suscitarse en tiempos recientes, sin embargo estas problemáticas se han producido de un modo continuo en todas las sociedades. Como ha afirmado la profesora de León Arce: “La historia de los problemas derivados del consumo humano es tan antigua como la de la propia sociedad<sup>4</sup>”. A pesar de que alusiones expresas a los consumidores o al consumo sólo vamos a encontrarlas en nuestra contemporaneidad –de hecho, los Códigos Civiles decimonónicos no aluden ni a consumidores ni a usuarios, sino a partes contratantes<sup>5</sup>, precedentes a ellas hay en tiempos muchos más pretéritos.

## II. *OBLIGATIO ROMANA* Y COMPRADORES *VERSUS* ACTO DE CONSUMO Y CONSUMIDORES

Emprendemos la empresa de realizar una mejor comprensión histórica del Derecho del Consumo. Este tipo de normativa es una creación moderna, pero su historia y antecedentes pueden retrotraerse a tiempos más vetustos. Muchas de las problemáticas que regula el vigente Derecho del Consumo ya fueron abordadas en la antigua Roma. Nuestro punto de partida es determinar el concepto de acto de consumo y qué es lo que convierte al individuo en consumidor, lo cual nos va a permitir inquirir sus antecedentes histórico-jurídicos. Lasarte define acto de consumo como “Acto jurídico que permite al consumidor entrar en posesión de un bien o disfrutar de un servicio. Se caracteriza también por ser un acto material consistente en utilizar el bien o el servicio, objeto de contrato. El criterio tenido en cuenta no es el del «contrato de consumo» que es demasiado restringido, reservando la cualidad de consumidor solamente a la persona que compra o más generalmente, la que contrata<sup>6</sup>”. Dada esta definición, dicho acto de consumo lo podríamos comparar con una *obligatio* de Derecho Romano, aquella definida como “El vínculo de derecho entre dos personas determinadas, independientes entre sí, en virtud del que la una, el acreedor, tiene derecho a exigir que la otra, el deudor, haga o preste alguna cosa *dare, facere, praestare*”, con la condición de que dicha prestación sea lícita, determinada y con carácter patrimonial<sup>8</sup>. En otras palabras, un sujeto se obliga

<sup>1</sup> DE LEÓN (2007), Tomo I, p. 50.

<sup>2</sup> LASARTE, (2015) p. 11.

<sup>3</sup> BERCOVITZ (1978) pp. 9-12.

<sup>4</sup> DE LEÓN (2007) Tomo I, p. 43.

<sup>5</sup> LASARTE (2015) p. 74.

<sup>6</sup> LASARTE (2015) p. 54.

<sup>7</sup> *Instituta* 3.13.

<sup>8</sup> CELSO, *libro octavo Digestorum*; D. 50.17.185

frente a otro o bien a entregarle un bien o a prestarle un servicio. Por tanto, podíamos considerar la *obligatio* romana como un antecedente del acto de consumo.

Por otra parte, si atendemos al concepto de consumidor, hay que definirlo como todo aquel que realiza un acto de consumo. En el Derecho Romano no encontramos una definición de este tipo, pero dicha definición la podemos confrontar con ejercitar una obligación en Roma, vale decir, celebrar un contrato. No obstante, por los caracteres y la regulación que se da de la compraventa<sup>9</sup>, como iremos analizando, se puede relacionar la figura del comprador romano a la del consumidor.

### III. EL PRELUDIO DE LA PROTECCIÓN DEL COMPRADOR COMO PARTE DÉBIL DEL CONTRATO EN EL PERIODO PRE-CLÁSICO Y CLÁSICO DEL DERECHO ROMANO

Con anterioridad, hemos formulado un paralelismo entre la institución del comprador romano y el consumidor. En la antigua Roma la compraventa se configura como un negocio obligacional que instituye obligaciones tanto para el comprador, el *emptor*, como para el vendedor, el *venditor*. El primero se obliga al pago del precio y el segundo a la entrega de la cosa y su posesión definitiva, *habere licere*<sup>10</sup>. El contrato de venta, como creador de obligaciones para las partes contratantes que es, concede una serie de acciones que se pueden ejercitar frente a la otra parte. Con la pretensión de armonizar los intereses de las dos partes, a la parte vendedora se le confiere como mecanismo de defensa la *actio venditi* y a la compradora la *actio empti*.

En la etapa preclásica del Derecho Romano hallamos alusiones concernientes a las problemáticas que suscita la compraventa. En esta época ya se aprecia la preocupación de proteger a la parte compradora, aquella que se encuentra en una posición inferior en relación con su co-contratante. En el año 44 a.C., Marco Tulio Cicerón en su obra *De Officiis* se cuestiona si pecaría contra la justicia la compraventa con vicios ocultos<sup>11</sup>. Se pregunta si sería una necesidad del vendedor declarar las faltas de la cosa vendida. Controversia que Cicerón resuelve al afirmar que el Derecho Civil, respecto a los bienes raíces, estipula que el vendedor tiene que declarar todos los vicios de aquello que vende, porque según la Ley de las XII Tablas es de obligado cumplimiento lo que se promete, a lo que hay que añadirle la doctrina de los jurisconsultos, por la cual el vendedor es responsable de las faltas que conociéndolas, no las declare en el momento de la venta. Además, esto se apoya en una sentencia de Marco Catón, por la cual se decía que el vendedor estaba obligado a resarcir el daño causado, pues para la buena fe es necesario “que el vendedor declare á el que compra las faltas de lo que vende<sup>12</sup>”. Por lo que desde la época preclásica del Derecho Romano nos encontramos ante los primeros síntomas de amparar a los compradores frente a los vendedores y de reprimir los posibles abusos de éstos.

En la época del Derecho Romano clásico, en referencia a las *res rústica* la obra de Marco Terencio Varron, expone como el comprador preguntaba al vendedor sobre el estado de los animales que iba a comprar, sobre si adolecía de vicios ocultos y sobre si podría disfrutar de la posesión pacífica de ello, con la pretensión de que el vendedor quedara obligado<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> *Vid.* sobre la compraventa romana: ARANGIO-RUIZ (1954).

<sup>10</sup> IGLESIAS (1990) pp. 395-404.

<sup>11</sup> Supongamos que un hombre de bien vende casa por algunas faltas que tiene, que solo él las sabe, y los demás ignoran; como que es enferma, y la tienen por saludable; que se crían sabandijas en todas sus piezas; que está mal edificada, y que amenaza ruina del edificio; pero todo esto nadie lo sabe sino su dueño. Pregunto ¿si el vendedor no lo ha adquirido a quien la quiere comprar, y la vendiere en mucho más de lo que él se imaginaba, pecará contra la justicia? *Vid.* CICERÓN, *De Officiis* (1778) Tomo 3, XIII, 54, p. 488.

<sup>12</sup> CICERÓN, *De Officiis* (1778) Tomo 3, XVI, 66, p. 506.

<sup>13</sup> En lo concerniente a los aspectos legales de la compraventa afirma que estaba estipulado de la siguiente forma: “¿prometes que estas ovejas de las que tratamos están bien sanas como ganado ovino que está bien sano excepto por ser tuertas, sordas o *minae*, o sea, de vientre lampiño, que no vienen de ganado enfermo, que es lícito poseerlas legalmente y que todo esto se hace correctamente?”. *Vid.*, VARRON, *Rerum Rusticarum Libri III*, (2.2.6), Ed. Utilizada de CUBERO (2010) p. 157.

La antigua Roma contaba con un mecanismo para que el vendedor declarará solemnemente cuales eran las características de aquello que iba a vender, que no iba a resultar defectuoso, no padecía vicios ocultos, y que el comprador no se vería afectado por la evicción, *habere licere*. Este mecanismo era la *stipulatio*. Un negocio jurídico que, al decir de Núñez Lagos, arranca con las Doce Tablas (según el testimonio de Gayo) y continuó tras el Imperio Romano y la Edad Media, hasta nuestros días<sup>14</sup>. Este negocio jurídico es considerado por Zimmerman como el contrato verbal más importante, una de las creaciones originales de Roma, fundamentado en la “*fides romana*”<sup>15</sup>. Asimismo, García Garrido concibe la estipulación como un “Acto abstracto que se adaptaba a los diversos negocios del tráfico comercial”, y la valora como “una de las más logradas creaciones del genio jurídico romano”<sup>16</sup>. La *stipulatio* era un contrato que fue evolucionando y transformándose según las necesidades del momento. Una de las características más notorias de este tipo de negocio jurídico es que se singularizaba por su carácter versátil, disfrutaba de múltiples y variadas funciones. Era utilizado para una variada casuística: promesa de matrimonio, dote (*dotis prmissio*), de comparecencia, desarrollo y ejecución de un proceso, de sometimiento a la resolución de un árbitro (*compromissum*) y un largo etcétera. En este trabajo deseamos poner nuestra atención al empleo de la *stipulatio* en el ámbito de la compraventa. El estipulante, el vendedor, adopta un compromiso, se convierte en acreedor y se obliga a indemnizar al comprador cuando aquello que había prometido se viera incumplido, por lo que se concibe como un mecanismo protector de los compradores.

No existe unanimidad en la doctrina sobre el origen de esta figura, las tesis tradicionales sostienen que es un contrato que deriva de la *sponsio*, un primitivo contrato verbal, que emerge en los contratos celebrados por la comunidad religiosa, que se encontraba en la Ley de las XII Tablas. Tras un proceso de secularización fue cuando apareció la *stipulatio*, el sentido religioso y carácter mágico o cuasimágico –se exigía el pronunciamiento de las palabras exactas, para que tuviera efectos jurídicos<sup>17</sup>– de las palabras se reemplazan por otros parámetros como la buena fe, lealtad y el respeto a la palabra dada<sup>18</sup>.

A través de la *Instituta* de Gayo conocemos, como en la época clásica, esta estipulación presentaba un carácter oral y solemne, se exigía para su validez que las dos partes contratantes tuvieran capacidad suficiente para expresarse y entenderse mutuamente, que se formalizara en un único acto, por lo que se requería la presencia de las partes, y que se diera una absoluta congruencia entre la pregunta y la respuesta. Con ella, el vendedor se obligaba a través de este contrato oral, por medio de una serie de preguntas, *interrogatio* y *responsio*: ¿Prometes dar? Prometo; ¿Darás? Daré; ¿Te comprometes? Me comprometo<sup>19</sup>. Dicha *stipulatio*, se presentaba como una garantía para el comprador, el vendedor aseguraba, prometía que aquello que iba a ser objeto de compra no presentaba vicios ocultos, declaraba cuales eran sus características<sup>20</sup> y que no sería reclamado por un tercero.

En definitiva, si bien se trataba de una figura rígida por el pronunciamiento de esas palabras, también es flexible porque se podía utilizar para múltiples utilidades, de ahí que tuviera una importancia inusitada en el Derecho Romano clásico. En el término de la Roma clásica esta estipulación fue virando, continúa perfeccionándose verbalmente, sin embargo en esos momentos se acompañaba con la redacción de un documento, *cautio*. Es decir, a la *stipulatio* se le suma una

<sup>14</sup> NÚÑEZ (1950) p. 14.

<sup>15</sup> ZIMMERMANN (1996) p. 68.

<sup>16</sup> GARCÍA (2003) p. 407.

<sup>17</sup> Gayo, cuando se refiere a las acciones de la ley que utilizaban los antiguos relataba el supuesto de que “uno al reclamar sus cepas cortadas, hubiese usado en la acción la palabra cepas, han decidido los juriconsultos (*responsum est*) que habría perdido la cosa reclamadas, fundados en que debiera haber empleado la palabra árboles, porque la ley de las Doce Tablas, de donde en este caso procedía la acción, habla en general de árboles cortados”. *Vid.*, GAYO, *Instituta*, 4,11.

<sup>18</sup> COCH (2005) pp. 11 y ss.

<sup>19</sup> “Las obligaciones por palabras se contrae por medio de preguntas y respuestas, tales como: ¿PROMETES DAR? DARÉ, ¿TE COMPROMETES? ME COMPROMETO: ¿EMPEÑÁS FIELMENTE TU PALABRA? LA EMPEÑO FIELMENTE: ¿TE CONSTITUYES FIADOR? ME CONSTITUYO FIADOR: ¿HARÁS? HARÉ”. *Vid.* GAYO, *Instituta*, 3, 92.

<sup>20</sup> D’ORS (1981) pp. 488 y 489.



garantía más, pero de esta *cautio* no surgen obligaciones, tenía como finalidad dar fe de su celebración, es meramente probatoria<sup>21</sup>. Por tanto, la *stipulatio* seguía dependiendo de la solemnidad del acto oral y *ex intervallo* el documento se plasma por escrito, como afirma Moreno Navarrete: “el Ordenamiento romano no atribuyó una posición jurídica al documento<sup>22</sup>”. La última Jurisprudencia clásica reconoce que dada la costumbre de estipular por evicción se convirtió en un elemento más del contrato, y que ejercitando la *actio empti* se podía exigir la responsabilidad al vendedor aunque no se hubiese celebrado estipulación alguna con anterioridad<sup>23</sup>.

#### IV. LA PROTECCIÓN DEL COMPRADOR EN LA ROMA CLÁSICA

La *iurisprudencia* romana clásica expresó su preocupación por proteger al comprador. Defendían que el adquirente tuviera la facultad para resolver el contrato de compra en el caso de que no le hubiese satisfecho lo comprado. No obstante, para ejercitar dicha acción era preciso que se hubiese pactado<sup>24</sup>, *pactum displicentiae* o *de retrovendendo*.

Por otra parte, es apreciable el interés por la protección de la seguridad y la salud de la sociedad. En el Derecho que fue compilado por Justiniano hallamos referencias a las *merx* prohibidas para vender, además de bienes públicos<sup>25</sup> u objetos robados<sup>26</sup> tampoco pueden ser objeto de venta los bienes tóxicos, “cosas criminosas”, venenos<sup>27</sup>. En cuanto a otra serie de problemáticas en materia de consumo que se contemplan, puede mencionarse el supuesto de que el objeto de contrato se perdiera pero el comprador hubiese manifestado con anterioridad su voluntad de ejercitar la acción redhibitoria, según Paulo el vendedor se hallaba obligado a la devolución del precio<sup>28</sup> pese haberse producido la pérdida de la cosa.

Entre las obligaciones que tiene el vendedor hay que destacar la de informar previamente a que se efectúe la compra, de los vicios de que adolece el bien<sup>29</sup>, a semejanza de la información precontractual. Ello se hacía posible a través de la *stipulatio*, que se presentaba como una garantía para el comprador, y a la que nos referimos con anterioridad. Para los supuestos en que el vendedor prometiera que el adquirente no se iba a ver afectado por la evicción, si esta se produjera la indemnización al comprador podía ir desde lo que determinara el juez por los daños causados, *stipulatio habere licere*, hasta el doble del precio, *stipulatio duplae*, para los objetos de gran valor económico<sup>30</sup>.

<sup>21</sup> IGLESIAS (1990) p. 420.

<sup>22</sup> MORENO NAVARRETE (2001) p. 49.

<sup>23</sup> D'ORS (1981) p. 494.

<sup>24</sup> “Si se convino que la cosa que se vende se devuelva, si dentro de cierto tiempo hubiese desagradado, hay la acción de compra, como juzga Sabino, o se da la del hecho, próxima a la de compra”. PAULO, *Comentarios al Edicto*, libro II, *Digesto* 18,5,6.

<sup>25</sup> “(...) a sabiendas no puedes tu comprar un hombre libre, y que no hay enajenación, si lo supieras, de una cosa cualquiera; como lugares sagrados y religiosos, o de las que no haya comercio, como las públicas, que no se tienen en el caudal del pueblo, sino para uso público” POMPONIO, *Comentarios a Sabino*, libro IX, *Digesto*. 18,1,6.

<sup>26</sup> “(...) Si también el comprador, y el vendedor saben que es hurtado lo que se vende, no se contrae obligación por ninguna de las dos partes. Si solo el comprador lo sabe, no se obligará el vendedor, pero tampoco obtiene cosa alguna por la venta, si voluntariamente no diera lo que hubiere convenido; pero si lo sabe el vendedor, y lo ignoró el comprador, contrae obligación por una y otra parte”. PAULO, *Comentarios al Edicto*, libro XXXIII, *Digesto* 18,1, 34.3.

<sup>27</sup> “Algunos opinan que no se realiza compra de venenos malos, porque ni la sociedad ni el mandato para cosa criminal tiene fuerza alguna; cuya opinión puede ciertamente considerarse verdadera respecto de aquellas cosas que de ningún modo podemos usar con la agregación de otra materia, pero respecto de aquellas que mezcladas con otras materias pierden de tal modo su naturaleza nociva, que con ellas se hacen antidotos y algunos otros medicamentos saludables, puede decirse otra cosa”. GAYO, *Comentarios al Edicto provincial*, libro X, *Digesto* 18,1, 35.2.

<sup>28</sup> “Si el esclavo que estaba en poder del comprador huyó, y se hubiere declarado que estaba comprendido en caso de redhibición (...) el vendedor ha de ser obligado a restituir no solamente el precio del esclavo, sino también la estimación de las cosas quitada”. PAULO, *Respuestas*, libro V, *Digesto* 21,1, 58.

<sup>29</sup> “Lo que se dice en las ventas por la vía de recomendación, si apareciera manifiesto, no obliga al vendedor (...) mas si hubiere dicho que el esclavo es literato, o artifice, debe responder de ello, porque por esto mismo lo vendió en más” Florentino; *Instituta*, libro VIII, *Digesto* 18,1, 43; “Si a sabiendas me hubieres vendido, a mi que lo ignoraba, un esclavo ladrón o delincuente, aunque hayas prometido el duplo, me quedas obligado por la acción de compra a cuanto me interesare haberlo sabido” Paulo; *Comentarios a Sabino*, libro V, D. 19,1, 4; “El que vendió un esclavo ladrón o fugitivo, si verdaderamente a sabiendas, deberá responder de cuanto le importó al comprador no ser engañado”, ULPIANO, *Comentarios al Edicto*, libro XXXII, *Digesto* 19,1,13.

<sup>30</sup> “Mas lo que hemos dicho de que debe prometerse el duplo, se habrá de entender de modo que no lo entendamos respecto de toda cosa,

Una de las peculiaridades de los *iura* es que se concede la posibilidad de renunciar a esta tipología de garantías; el vendedor que no quisiera asumir dicha responsabilidad podía verse eximida de ella a través del pacto *de non praestanda evictione*.

#### IV.1. Los vicios ocultos

El elemento esencial del contrato de compraventa es el consentimiento de las partes. Además, la compraventa romana es un contrato presidido por el principio de buena fe, la *bona fides*, de ahí que se castigue la existencia de vicios ocultos. Una problemática que se convirtió en una cuestión relevante para el Derecho de esta época. En el *Corpus Iuris Civilis* pueden distinguirse dos sistemas diferentes de protección al comprador, uno más garantista que otro. Al comprador se le iban a ofrecer dos tipos de acciones para resolver sus problemas concernientes al mercado, por una parte podría ejercitar la *actio empti* y por otra parte, las que permitía el Edicto de los Curules, –incluido en el *Digesto*– y que se utilizaba para la compraventa de esclavos y animales, lo que hacía de él que tuviera un ámbito de aplicación acotado.

Si bien en la doctrina no existe unanimidad sobre si el vendedor está obligado a la custodia del bien<sup>31</sup>, *periculum emptoris*, si existía unanimidad en cuanto a que el vendedor es el responsable de los defectos o vicios de la cosa vendida. En Roma, se consideraba nulo el contrato cuando existe error sobre las cualidades esenciales de la cosa vendida, pero no cuando el error recaía sobre las cualidades accidentales o la calidad. Se estimaba válida la venta de aquel oro que fuera de una calidad inferior a lo que considera el comprador<sup>32</sup>, al tratarse de la misma sustancia y materia es perfecta la compra. Incluso si se vendiesen los bienes de segunda mano como nuevos sería válida la compra, el comprador estaría obligado al pago. Si lo ignoraba el vendedor, quedaría obligado a la entrega de la cosa, y si lo sabía, también por el daño que por ello sobrevino<sup>33</sup>.

El contrato de compraventa romano era nulo cuando existía error en el precio<sup>34</sup> de la cosa vendida, en la sustancia o materia del objeto del contrato, *error in substantia*. Según Ulpiano, es nula la venta del vinagre por vino, bronce por oro, plomo por plata<sup>35</sup>. El Derecho de Roma, en cuanto a estos problemas de error o vicios de la cosa vendida, preveía medidas para determinar la nulidad o no del contrato, ejercitando la *actio empti*<sup>36</sup> para resolver el contrato, y un sistema de acciones de saneamiento con las que exigir responsabilidad al vendedor por dichos defectos. El ejercicio de estas acciones no se entendía como que el vendedor hubiese incumplido el contrato, el *emptor* se obligaba a entregar la cosa pero no estaba obligado a entregar el objeto de la compra sin defectos<sup>37</sup>. Caso distinto era aquel en el que el vendedor hubiese declarado expresa y solemnemente que el bien

sino de aquellas cosas que sean más preciosas, por ejemplo, si se vendiera una margarita, u ornamentos preciosos, o un vestido de seda, o alguna otra cosa no despreciable”. ULPIANO, *Comentarios al Edicto*, libro XXXII, *Digesto* 21, 2, 37.1.

<sup>31</sup> NAVARRO ZAMORANO *et al* (1842) Tomo III, p. 288.

<sup>32</sup> “Si ciertamente hubiere sido oro, pero peor que juzgase el comprador, porque entonces es válida la compra” Paulo, *Comentarios a Sabino*, libro V, *Digesto* 18, 1, 10; “(...) Es sabido que hay venta, por esto, porque tuvo algo de oro; porque si alguna cosa fuera dorada, aunque yo la crea de oro, es válida la venta, pero si el bronce se vendiera por oro, no es válida”. ULPIANO, *Comentarios a Sabino*, libro XXVIII, *Digesto* 18, 1, 14.

<sup>33</sup> “Escribe Labeón en el libro de los Posteriores, que si alguno hubiere comprado, por nuevos, vestidos recompuestos, pareciale bien a Trebacio, que se ha de pagar al comprador lo que le importa, de este modo, si los hubiere comprado ignorando que eran recompuestos; cuya opinión aprueba también Pomponio, en la que conviene asimismo Juliano, el cual dice, que si verdaderamente lo ignoraba el vendedor, queda obligado por razón de la misma cosa, y si lo sabía, también por el daño que por ello sobrevino, a la manera que si, ignorándolo, hubiere vendido como de oro un vaso de latón, está obligado a entregar el de oro que vendió”. MARCIANO, *Reglas*, libro IV, *Digesto* 18, 1, 45.

<sup>34</sup> “Es sabido que en las ventas y compras debe mediar consentimiento, pero si disintieran, o en la misma compra, o en el precio, o en alguna otra cosa, la compra queda imperfecta”. ULPIANO, *Comentarios a Sabino*, libro XXVIII, *Digesto* 18, 1, 9.

<sup>35</sup> “Si no se errase sobre el objeto mismo, sino que el error estuviera en la sustancia, como si se vendiera vinagre por vino, bronce por oro, o por plata plomo, o alguna otra cosa semejante a plata, si habrá compra y venta. Marcelo escribió en el libro sexto del *Digesto*, que hay compra y venta, porque se consintió respecto al objeto, aunque se haya errado en la materia; yo ciertamente consiento en cuando al vino se agrió; pero si el vino no se agrió, sino que desde el principio fue vinagre, como el adobo, se considera que se vendió una cosa por otra; mas respecto a las demas opino que es nula la venta, siempre que se yerra en la materia”. ULPIANO, *Comentarios a Sabino*, libro XXVIII, *Digesto* 18, 1, 9.2

<sup>36</sup> “Si a sabiendas me hubieres vendido, a mi que lo ignoraba, un esclavo ladrón o delincuente, aunque hayas prometido el duplo, me quedas obligado por la acción de compra a cuanto me interesare haberlo sabido”. PAULO, *Comentarios a Sabino*, libro V, *Digesto* 19, 1, 4.

<sup>37</sup> OVIEDO (2014) p. 206.

carecía de dichos defectos o que tenía unas características determinadas –*dicta et promissa*–, supuesto en el cual, teniendo como fundamento el dolo, el vendedor no responderá por esas anomalías sino por la inexactitud de sus afirmaciones u ocultaciones, del “engaño<sup>38</sup>”. De modo que si existe dolo en el vendedor este tendrá que responder de todos los perjuicios causados al comprador por haber celebrado el contrato. El comprador sería indemnizado por los daños y perjuicios, pero sobre la cuantía de dicha indemnización no existe unanimidad entre la doctrina, si bien algunos sectores doctrinales aseveran que ella comprendía sólo el precio que se había pagado de más, para otro sector este resarcimiento abarcaría tanto la cuantía anterior como otra a razón de los daños indirectos, los padecidos por el comprador por haber adquirido algo defectuoso<sup>39</sup>. Conforme a la casuística romana si el vendedor ignoraba los defectos de aquello que vendía podrá el comprador pedir una rebaja del precio, hasta el valor que hubiera pagado de haber conocido el estado real<sup>40</sup>.

Así, ante la existencia de vicios ocultos el comprador contaba con la potestad de ejercitar la acción de compra, la *actio empti*, con la ventaja de que esta no se encontraba sujeta a plazos prescriptivos tan perentorios –treinta años era el tiempo habitual de prescripción en el Derecho Justiniano–, si el vendedor era consciente de la existencia de los defectos de la cosa. Pero si este los ignoraba, el comprador podía exigir la resolución del contrato o la reducción del precio. Por ende, independientemente de que las partes contratantes hubiesen celebrado *stipulatio* previa, el vendedor tendría una responsabilidad deducida de su dolo silencioso. A lo que hay que añadir que en el supuesto de que se hubiera celebrado la *stipulatio* y el vendedor hubiera incumplido lo prometido, también se podría exigir un resarcimiento por su incumplimiento.

Por tanto, el primer sistema de protección para el comprador al que nos hemos referido, es el derivado del ejercicio de la *actio empti*. Una acción que a grandes rasgos se podría utilizar para que el vendedor respondiera de los defectos de lo vendido, por incumplimiento de lo prometido sobre las cualidades o ausencia de vicios ocultos, con esta acción también se le exigiría responsabilidad al *emptor* por el dolo, por su silencio doloso, haber ocultado los defectos de que era consciente.

El segundo sistema de protección al comprador, que hemos mencionado, fue incluido en el *Digesto* a través del Edicto de los Ediles Curules<sup>41</sup>, pues eran estos Ediles los competentes para resolver las controversias comerciales suscitadas en los mercados públicos<sup>42</sup> y específico para ese ámbito restringido de compraventa de esclavos y animales. El propio Edicto determina que su finalidad y pretensión es: “Poner coto a las falacias de los vendedores, y amparar a los compradores, cualesquiera que hubieran sido engañados por los vendedores<sup>43</sup>”. Lo más reseñable de este Edicto fue la creación de la acción redhibitoria y la acción  *quanti minoris*, que aún hoy día se conocen como acciones edilicias y se han erigido como el elemento fundamental para proteger al comprador frente a los vicios del objeto de compra<sup>44</sup>. Se puede afirmar que lo que regulaba son los que actualmente denominamos productos defectuosos, pero no se refiere a los defectos relativos a la fabricación o al diseño, sino a los defectos en la información<sup>45</sup>. Este edicto es tajante, exige que al comprador se le ofrezca una información completa sobre aquello que compra, en el supuesto contrario, al adquirente se le facultará para que devuelva la compra, y se le concede al comprador el derecho a exigir que el vendedor responda por lo que ha dicho o prometido<sup>46</sup>. Aquello que el ven-

<sup>38</sup> “El vendedor debe responder de que no hay en él dolo malo; en el cual se halla solamente en aquel que para engañar habla con oscuridad, sino también en el que insidiosamente y con oscuridad disimula”. FLORENTINO; Instituta, libro VIII. *Digesto* 18,1, 43.2.

<sup>39</sup> MORALES (1980) p. 595.

<sup>40</sup> “El que vendió ganado enfermo, o un madero defectuoso, si verdaderamente lo hizo con ignorancia, ha de ser responsable por la acción de compra solo de cuanto por menos lo hubiese yo de haber comprado, si yo hubiese sabido que estaba así. Pero si sabiéndolo se calló, y engañó al comprador, habrá de responderle de todos los perjuicios que el comprador hubiere experimentado por aquella compra”. ULPIANO, *Comentarios al Edicto*, libro XXXII, *Digesto* 19, 1, 13.

<sup>41</sup> ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules*, *Digesto* 21, 1.

<sup>42</sup> GARCÍA (2003) p. 480.

<sup>43</sup> ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules*, *Digesto* 21, 1, 2.

<sup>44</sup> MORALES (1980) p. 596.

<sup>45</sup> LASARTE (2015) p. 227.

<sup>46</sup> “Los que venden esclavos, hagan sabedores a los compradores de la enfermedad o vicio a los compradores de la enfermedad o vicio que

dedor promete, la promesa, se concibe como una promesa vinculante<sup>47</sup>. En este Edicto hallamos un sistema de responsabilidad objetiva, no se va a tener en cuenta la existencia de una intencionalidad, si existe o no dolo, para exigirle al vendedor responsabilidad<sup>48</sup>.

Este Edicto establecía tres condiciones para que el comprador pudiera reclamar al vendedor por los vicios: estos tenían que ser graves<sup>49</sup>, hasta el extremo que causen una disminución del valor o utilidad de lo vendido<sup>50</sup>. Además es necesario que sea oculto, no observable<sup>51</sup> –no puede tratarse de un vicio manifiesto– y que existiera con anterioridad a efectuar la compra y que el comprador lo desconociera<sup>52</sup>.

El Edicto de los Ediles Curules otorgaba al comprador la potestad de ejercitar dos acciones frente al vendedor por los vicios ocultos que padecía el bien. Estas eran la *actio redhibitoria*<sup>53</sup> y la *actio aestimatoria* o *quanti minoris*<sup>54</sup>. Para solicitar la redhibición existía un plazo de dos meses si el vendedor no diera la estipulación o de seis meses hábiles, “útiles”, si el bien no presentara las características prometidas o resultara defectuoso<sup>55</sup>, y para la *quanto minoris* se fijaba un año como tiempo máximo. Tiempo que se comenzaba a computar desde que se hubiera efectuado la compra o desde que se hubiera prometido algo<sup>56</sup>.

Por su parte, la *actio aestimatoria* o *quanti minoris* consistía en solicitar como precio el menor valor de lo vendido. En cuanto a la *actio redhibitoria*, esta recibe una regulación mayor, hay que partir de que era el derecho que tenía el comprador de devolver aquello que había comprado<sup>57</sup>, retrotrayéndose la situación hasta el momento anterior a haberse celebrado la compra<sup>58</sup>, “se devuelve todo por completo, lo mismo que si no hubiera mediado ni compra, ni venta<sup>59</sup>”, cuando su defecto sea de tal intensidad que produzca la inutilidad total del uso y servicio del bien. Se pretende que el comprador quede “indemne<sup>60</sup>”. Si la tara fuese menor, el comprador no podría ejercitar dicho derecho. Con esta acción al comprador se le devolvía el precio junto a sus intereses, pero además se

---

tenga (...) expresen todas estas cosas claramente y con verdad. (...) Mas si contraviniendo esto hubiese sido vendido un esclavo, o lo hubiese sido contra lo que hubiere dicho o prometido, cuando se vendiese, por lo que se dijere que debe respondersele daremos acción al comprador”. ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21,1, 1.

<sup>47</sup> ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules*, libro I, *Digesto* 21,1, 19. 2.

<sup>48</sup> “(...) sepamos que el vendedor, aunque haya ignorado lo que mandan los Ediles que se haga, debe no obstante quedar obligado. Y esto no es injusto, porque pudo saberlo el vendedor; porque nada importa al comprador por qué sea engañado, si por ignorancia, o por astucia del vendedor”. ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21,1, 2.

<sup>49</sup> “Si hubiere habido algún vicio o enfermedad tal, que impida el uso y el servicio del hombre, dará lugar a la redhibición, con tal que hayamos tenido presente, que cualquier cosa sumamente leve no hace ciertamente que sea considerado enfermo o defectuoso”. Ulpiano, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21, 1,1.8: “(...) una lijera calenturilla no se comprende en el tenor de este Edicto”. ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21, 1, 4.6.

<sup>50</sup> “(...) si hubiere habido algún vicio o enfermedad tal, que impida el uso y el servicio del hombre, dará lugar a la redhibición”. ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21, 1,1.8.

<sup>51</sup> “Si se conociera el vicio o la enfermedad del esclavo, como muchas veces suelen manifestarse los defectos por algunas señales, puede decirse que no tiene aplicación el Edicto, porque solamente se ha de atender a esto, a que no sea engañado el comprador”. ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21, 1,1.6.

<sup>52</sup> “No ha lugar a la acción redhibitoria, si hubiere huido el esclavo comprado con buenas condiciones, que antes no había huido”. PAPIANIANO, *Respuestas*, libro IV, *Digesto* 21, 1,54.

<sup>53</sup> ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules*, libro I, *Digesto* 21,1, 23; POMPONIO; *Comentarios a Sabino*, libro XXIII, *Digesto* 21,1, 48. 8; GAYO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules*, libro I, *Digesto* 21,1, 45.

<sup>54</sup> ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules*, libro I, *Digesto* 21, 1,31, 16.

<sup>55</sup> “Si el vendedor no diera caución de las cosas que se contienen en el Edicto de los Ediles, prometen contra él la acción redhibitoria dentro de dos meses, o la de cuanto importe al comprador, dentro de seis meses”. GAYO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules*, libro I, *Digesto* 21,1, 28.

<sup>56</sup> “Mas el tiempo de la redhibición tiene seis meses útiles; pero si no fuera objeto de redhibición el esclavo, sino que se ejercita la acción quanto minoris, hay un año útil; mas el tiempo de la redhibición corre desde el día de la venta, o si se dijo o se prometió alguna cosa, desde que alguna cosa se dijo o se prometió”. ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21, 1,19.6

<sup>57</sup> “Si hubiere habido algún vicio o enfermedad tal, que impida el uso y el servicio del hombre, dará lugar a la redhibición”. ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21, 1, 1.8; “Redhibir es hacer que el vendedor tenga de nuevo lo que hubiere tenido, y como esto se hacía devolviéndolo, por esto se llamó como devolución”. ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21, 1, 21.

<sup>58</sup> “(...) de suerte que, disuelta la compra, no reciban uno y otro nada mas que lo que no tendría, sino se hubiese hecho la venta”. ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21,1, 21.1.

<sup>59</sup> PAULO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21,1, 60.

<sup>60</sup> ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21,1, 27.

le embolsaría todos aquellos gastos que le hubiera supuesto efectuar la compra, siempre que ellos hubieran surgido por voluntad del vendedor<sup>61</sup>. Empero al vendedor se le reembolsaría el bien junto a los frutos que hubiese dado, y si lo que devuelve ha sufrido desperfectos después de la venta y entrega, el adquirente se va a ver obligado a responder frente al vendedor.

Al referirse a esta acción redhibitoria el Edicto de los Ediles Curules, se observa como el comprador recibe una mayor protección que el vendedor, era un sistema garantista para la parte débil del contrato. El *venditor* podría llegar a ser condenado a la pena del duplo, en el caso de que no le devolviera al comprador el precio de la cosa y la accesión<sup>62</sup>.

Afirma la doctrina que con posterioridad al aunarse en el Derecho de Justiniano el *Ius Civile* con el derecho del Edicto de los Ediles Curules la *actio redhibitoria* y la *quantum minoris* se extendió a la compraventa de todo tipo de objetos y bienes, más allá de esclavos y animales<sup>63</sup>. Se produjo un “entrecruzamiento de remedios”, se superponen al sistema de protección civil las acciones edilicias, que pervivirán en los tiempos venideros<sup>64</sup>. Ello tuvo una consecuencia inmediata y fue que al comprador se le facultaba a ejercitar tres acciones: la *actio empti*, para que fuese indemnizado cuando existiera mala fe en el vendedor, la *actio redhibitoria* para declarar la nulidad del contrato en el plazo de seis meses y la *actio quantum minoris* para la rebaja del precio con un plazo de prescripción de un año<sup>65</sup>. Por otra parte, es preciso destacar cómo el comprador frente a quien tiene que ejercer sus acciones no es al fabricante del bien, sino al vendedor. El responsable de los vicios ocultos del bien no iba a ser el fabricante, sino el vendedor, que en ocasiones es mero intermediario.

## V. EL COMPRADOR EN EL PERIODO POSTCLÁSICO Y EN DERECHO JUSTINIANO

El ordenamiento jurídico del Derecho postclásico se erige como un sistema normativo que continúa con la tendencia anterior de ofrecer medidas protectoras para el comprador. Los emperadores Diocleciano y Maximiano también dictaron normas en defensa de los vendedores, como la *laesio enormis*<sup>66</sup>, lesión enorme, por la cual si el vendedor vendiera un bien por un precio “defectuoso”, menos de la mitad de su verdadero valor, podría el juez dictar que el comprador le devolviera la cosa vendida o que entregue lo que faltara para el justo precio, concediéndole al comprador la facultad de elegir entre una y otra opción. Refiriéndonos a la estipulación en la época del Derecho Romano postclásico la situación cambia notablemente, cayó en desuso la *stipulatio*. Es reseñable cómo en este tiempo del Dominado llega a su fin la severidad de las formas y de las palabras que habían invadido el mundo jurídico. Desde Diocleciano el procedimiento formular empieza a abandonarse, hasta que el emperador Constancio II abolió todas las fórmulas jurídicas<sup>67</sup>. Esto fue consecuencia de que en el territorio Oriental del Imperio nunca fue utilizada la *stipulatio* mayoritariamente, debido a que la costumbre en este territorio era la de escribir los actos jurídicos, transformándose en una cláusula, que se integraba en otros negocios, aunque no fuera necesaria. Por su parte, en la zona Occidental del Imperio se vivía una época de “vulgarización” de la vida jurídica<sup>68</sup>. Prueba de esto es la Constitución imperial de León que ve la luz en el año 469, que más tarde pasó al Código de

<sup>61</sup> ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21,1, 27.

<sup>62</sup> “La acción redhibitoria tiene una doble condena, pues el vendedor es condenado unas veces en el duplo, y otras en el simple importe. Porque si no pagara ni el precio, ni la accesión, ni liberase al que por tal título se hubiere obligado, se manda que sea condenado en el duplo del precio y de la accesión; pero si devolviera el precio y la accesión, o liberase al que por tal título se obligó, parece que es condenado en el simple importe”. GAYO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21,1, 45.

<sup>63</sup> “Se ha de saber, que este Edicto es aplicable únicamente a las ventas, no tan solo de esclavos, sino también de las demás cosas”. ULPIANO, *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Digesto* 21, 1, 63.

<sup>64</sup> MORALES (1980) p. 594.

<sup>65</sup> OVIEDO (2014) pp. 214 y 215.

<sup>66</sup> “Si tu o tu padre hubiereis vendido por menor precio una cosa de precio mayor, es humano, o que, restituyendo tu el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediando la autoridad del juez, o que, si el comprador lo prefiriere, recibas lo que le falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiera pagado la mitad del verdadero precio”. Los Emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustos, á Lupo, *Codex* IV, XLIV.II

<sup>67</sup> “Juris formulæ, aucupatione syllabarum insidiantes cunctorem actibus, radicibus amputentur”. *Id.* ORTOLAN (1869) pp. 364-365.

<sup>68</sup> GUZMÁN (2007), p. 397.



Justiniano, y declara válida la estipulación aunque no respetara ni formulario ni solemnidad alguna.

De este tiempo prejustiniano se han conservado documentos que dan constancia de la práctica de la época, es el caso de la *Fragmenta Vaticana*, una recopilación privada de *leges e iura*, constituciones imperiales y Jurisprudencia<sup>69</sup>. En esta colección se incluye una Constitución del año 337<sup>70</sup>, por la que se establecían una serie de obligaciones formales para celebrar un contrato de compraventa, entre ellas hacerlo constar documentalmente, *contractus sollemniter explicatur*. Por suma, afirma la doctrina que en esta época existía una tendencia a celebrar la venta por escrito, tanto de los bienes muebles como inmuebles<sup>71</sup>. Lo cual, tenemos que interpretarlo cómo la introducción de un nuevo mecanismo de protección para los contratantes.

Es preciso hacer referencia a ciertas novedades que introdujo el Emperador Justiniano, además de recopilar la normativa ya vista, son reseñables ciertas cuestiones. Siguiendo la doctrina de Gayo, tal y como hemos visto, el vendedor aseguraba, prometía, que aquello que iba a ser objeto de compra no presentaba vicios ocultos, declaraba cuales eran sus características<sup>72</sup> y que no sería reclamado por un tercero. Pero ahora es el *animus* lo que le otorga validez a la estipulación, que se puede plasmar por escrito o expresarse de forma oral. En el *Codex* se regula el modo de formalizar el contrato por escrito, se determina que el documento no es válido hasta que no hubieren sido “puestos en limpio y confirmados con las firmas de las partes, y si se escribieran por notario, hasta que también hayan sido completados por el mismo<sup>73</sup>”. Por tanto, las partes pueden celebrar el negocio jurídico de la estipulación oralmente, pero si deciden materializarlo en un documento o acudiendo al notario, la *stipulatio* se perfeccionaría con el documento. El documento adquiere carácter constitutivo del negocio. Como afirmó Núñez Lagos, “negocio y documento se perfeccionan, no *ex intervallo*, sino *in continenti*<sup>74</sup>”.

El vendedor adoptaba un compromiso, se hacía acreedor y se obligaba a indemnizar al comprador si incumpliera aquello que prometió. En el supuesto de que no se viera respetado el compromiso adoptado respecto a las características del bien, nos referiremos a ello cuando aludamos a los vicios ocultos. Pero en el caso de evicción, es decir, si un tercero, titular de algún derecho real sobre el bien objeto de compra, reclama en juicio y vence, imponiéndose al comprador procesalmente e imposibilitándole de tener la plena disponibilidad del bien<sup>75</sup>.

## VI. EL CONSUMO EN EL DERECHO GERMÁNICO

Continuando en este devenir jurídico, fijamos nuestra atención en el *Breviario de Alarico*, el Derecho Romano Vulgar, de la época romana tardía. Un Derecho que se sustentaba en el Derecho clásico, que hemos visto con anterioridad, pero que emerge de la práctica, como un Derecho consuetudinario hasta imponerse a las normas y al poder legislativo<sup>76</sup>. En esta época hallamos una protección más somera a la figura del comprador. De acuerdo a la interpretación que se hace ahora de la doctrina de Paulo, lo relevante de la compraventa es el precio y no el documento:

Paulo, *Sententiae* 2,18,10: *In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum obligatio sine causa demonstratur, si quo modo voluntas de fide contractus possit ostendi.*

<sup>69</sup> BETANCOURT (1997) p. 464.

<sup>70</sup> *Fragmenta Vaticana. Mosaicarum et Romanarum Legum collatio*. Ed. Utilizada de MOMMSEN (1890) fragmento 35.

<sup>71</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR (1955) p. 335.

<sup>72</sup> D'ORS pp. 488 y 489.

<sup>73</sup> *El Emperador Justiniano, Augusto a Menna, Prefecto del Pretorio, Codex IV, XXI, 17.*

<sup>74</sup> NÚÑEZ (1950) p. 18.

<sup>75</sup> *Ibidem* pp. 494-496.

<sup>76</sup> KASER (1960) p. 622.

*Interpretatione: “In contractibus emti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci”<sup>77</sup>”.*

En cuanto a la *stipulatio*, los germanos la asimilaron y le otorgaron la denominación de *wadia*, la celebraban y formalizaban por escrito, *cautio*, erigiéndose la escritura como prueba del acto. Pero pese a ello, no existía impedimento alguno para realizar negocios jurídicos de forma oral, y son los juristas visigodos quienes, interpretando a Paulo, defienden el carácter oral de la *stipulatio*, y que el deudor quede obligado aunque no se conserve documento acreditativo alguno<sup>78</sup>:

Paulo, *Sententiae* 2, 3, 1: *Stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet: velut, spondes? spondeo: dabis? Dabo: promettis? promitto: fidei tuae erit? fidei meae erit. Et tam pure quam sub conditione concipi potest. fidei meae erit.*

*“Stipulatio est inter praesentes haec verba, quibus se invicem partes obligare possunt: ubi necesse est, ut interrogatione petendur pulsatur ad interrogata respondeat. Veluti si quis pro alio fideiussorem se dicat accederé: qui quum se hac responsione obligaverit, ad solutionem etiam sine scriptura poterit retineri”<sup>79</sup>”.*

El mencionado Derecho Romano Vulgar va a ejercer una fuerte influencia sobre la legislación de la etapa posterior. De hecho, el origen de la compraventa visigoda no se halla en el Derecho Romano clásico, sino en el Derecho Romano Vulgar<sup>80</sup>. A partir de este tiempo se exigen una serie de requisitos para la validez de este tipo de contratos. El *Código de Eurico* introduce nuevos mecanismos garantistas para las partes, establece que no va a ser suficiente el consentimiento de las partes, ahora es preciso que se formalice por escrito, y en su defecto que exista publicidad, haya testigos que puedan comprobar y dar fe de que se ha producido la entrega del precio.

Para conocer la legislación relativa al consumo en el Derecho Germánico, podemos acercarnos a las *Fórmulas Visigodas*<sup>81</sup>, cuya redacción se sitúan en el siglo VII, en Córdoba, bajo el reinado del rey Sisibuto. La relevancia de dichas fórmulas radica en que ellas nos descubren la práctica jurídica de su tiempo. Estas eran un total de 46 fórmulas, tres de ellas dedicadas a la compraventa. Pero a nosotros, por su contenido nos interesa sólo una de ellas<sup>82</sup>. Esta fórmula es la concerniente a la compra de un esclavo, en la cual, como afirma la doctrina, aunque exista cierta confusión en los términos *–non causarium, non fugitivum, non vexaticium neque aliquod vitio in se habentem nec cuiuslibet alterius dominio pertinentem–*, condena la evicción y prohíbe la venta de lo que adolezca de vicios ocultos. *A sensu contrario*, no se indica que garantía se le concede al comprador para su protección<sup>83</sup>. Por otra parte, hay que destacar también que dichas fórmulas nos descubren también que la *stipulatio* continuaba utilizándose<sup>84</sup>.

<sup>77</sup> *Lex Romana Visigothorum*, Ed. Utilizada: Gustavus Haenel, *Sumptibus et Typis B.G. teubneri* (1849), Paulo, *Sententiae* 2,18,10. *Interpretatione*, p. 364.

<sup>78</sup> MORENO NAVARRETE (2001) p. 83.

<sup>79</sup> Paulo *Sententiae* 2, 3, *Interpretatione*, p. 356.

<sup>80</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR (1955) p. 339.

<sup>81</sup> *Formules Wisigothiques inédites publiées d’après un manuscrit de la Bibliothèque de Madrid, par EUGÈNE DE RIZIÈRE, M.*, Paris, Auguste Durand, Libraire, 1854.

<sup>82</sup> La fórmula 11 dice así: “(...) annorum circiter tot numeri, illum., qui nobis ex comparato ab illo iure noscitur advenisse. Definito igitur et accepto a vobis omne praetium, quod in placitum venit nostrum, id est auri solidi numeri tot, quos a te datos et a me acceptos per omnia manet certissimum, nihil penitus de eodem praetio apud te remansisse polliceor. Et tradidi tibi supramemoratum servum, non causarium, non fugitivum, non vexaticium neque aliquod vitio in se habentem nec cuiuslibet alterius dominio pertinentem; quem ex hac die habeas, teneas et possideas, iure tuo in perpetuum vindices ac defendas, vel quicquid de suprafati servi personam facere volueris, liberam in omnibus habeas potestatem. Quod etiam iuratione confirmo”.

<sup>83</sup> CÓRCOLES (2008), pp. 315-318.

<sup>84</sup> La fórmula 23 es prueba de ello cuando afirma: “(...) *In quam rem, vi doloque secluso, stipulatione adnixor, subter manus nostras robore firmabimus et testibus pari voluntate pro firmitate suscribendum tradimus*”.

## VII. LA PROTECCIÓN DEL COMPRADOR EN EL DERECHO COMÚN

### VII.1. *El consumo en el Derecho Real de Castilla*

Es preciso analizar la primera obra de Alfonso X, *El Fuero Real*<sup>85</sup>. Un texto en el que existe una regulación más amplia de la compraventa que en el *Liber Iudiciorum* y en el *Fuero Viejo* de Castilla, que le precedieron, aunque hallamos carencias como la de alusiones a los vicios ocultos. Este texto alfonsino establece en su título X, *de las vendidas e de las compras*, medidas garantistas para el comprador. De hecho, la primera de sus leyes se trata de una norma que venía a paliar uno de los problemas habituales de los mercados: el fraude de los pesos y medidas<sup>86</sup>, una defraudación que podría llegar a ser penada con el destierro de la villa.

El contrato de compraventa como un contrato real, adolece de antinomia<sup>87</sup>. En el supuesto de que el contrato fuese celebrado por escrito, este sólo va a ser válido cuando se formalice. Pero en el caso de que no fuera hecho por escrito, las partes podrían deshacer la compraventa antes de que todo o parte del precio fuese entregado<sup>88</sup>. Por suma, aquí la vinculación contractual comienza a partir de un acto material, bien la redacción de un texto bien la entrega del precio. Pese a ello, en la práctica el contrato no se entendía perfeccionado hasta que no se entregara la cosa<sup>89</sup>. Además, se aprecia en el *Fuero Real* la consolidación del documento y la pérdida de confianza en la palabra dada, exige que cuando el contrato de compraventa se formalice por escrito se realice por medio de una *carta* ante escribano o, en su defecto, ante la presencia de tres testigos<sup>90</sup>, lo cual nos recuerda a lo dispuesto por el *Código de Eurico*. Y se indica lo que tendría que concurrir en dicho documento cuando lo oficializara el escribano<sup>91</sup>. Esto no es más que establecer mecanismos para proteger a las partes contratantes, lo que en la actualidad diríamos que da lugar a una relación de consumo.

El *Fuero Real* recoge la tradición del Derecho Romano vulgar, de prohibición de la venta de cosa ajena, de evicción. El vendedor es el responsable de responder frente a cualquier demanda<sup>92</sup>. Dentro de este supuesto se pueden diferenciar dos supuestos distintos: uno, que el comprador tuviera conocimiento de ello y, otro, que lo desconociera. Si el comprador es consciente de que está adquiriendo algo que no es propiedad del vendedor, la compraventa se declara nula, y tanto comprador como vendedor van a tener que indemnizar al verdadero propietario con el mismo precio de aquello que se había vendido ilícitamente<sup>93</sup>. Para la hipótesis de que el comprador no conociera que el objeto de venta era una cosa ajena, este iba a ser protegido e indemnizado. Dicho comprador no va a ser considerado responsable y el vendedor le tendrá que devolver el precio abonado, junto aquello que hubiera invertido en mejorar el bien y le indemnizaría por los daños causados. Y además, al verdadero propietario se le retornaría el bien y el precio de lo vendido ilícitamente<sup>94</sup>.

Por otra parte, el *Fuero Real* hace suya la normativa del *Codex* de Justiniano respecto la

<sup>85</sup> IGLESIAS FERREIRÓS (1980) p. 560.

<sup>86</sup> *Fuero Real* 3, 10, 1.

<sup>87</sup> DELL'AQUILA (1981) p. 100.

<sup>88</sup> “Toda vendida que fuer fecha por escripto vala después que el escripto fuer fecho; mas ante que el escripto sea fecho, qualquier de las partes puedalo desfacer, mas si non fuer fecha por escripto, puedala desfacer ante que el precio sea dado o parte dello: et esto si la vendida fuer fecha por voluntad de las partes, ca si fuer fecha por miedo o por fuerza non debe valer”. *Fuero Real* 3, 10, 3.

<sup>89</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR (1955) p. 377.

<sup>90</sup> “Todas las cartas que fueren fechas de compras de heredades, o de otras cosas, o de otros pleitos cualesquier por los escribanos públicos que fueren puestos, asi como manda la ley, faganse con tres testigos al menos sin el escribano, e valan. Et si por aventura morieren los testigos, non dexen de valer las cartas”. *Fuero Real* 2, 11, 1.

<sup>91</sup> “Los escribanos públicos pongan en las cartas que ficieren el año e el día en que las ficieren e su señal, e faganlas derechas en todas las otras cosas, asi como mandan las leyes, e si dotra guisa las ficieren, non valan”. *Fuero Real* 2, 11, 3.

<sup>92</sup> “Todo ome que alguna cosa vendiere a otro sea tenuto del defender con ella a derecho, quando quier que alguno ge la demandare, si el comprador ge lo dixere”. *Fuero Real* 3, 10, 7.

<sup>93</sup> “Mas qui a sabiendas comprare la cosa agena, tornela a su dueño con otro tanto de lo suyo”. *Fuero Real* 3, 10, 6.

<sup>94</sup> “Si algún ome vendiere cosa agena e el comprador non sopiere que es agena, non aya pena, e el vendedor torne el precio e peche la pena fuer puesta en la vendida e quanto meioró en la cosa comprada, e sanel todo el daño quel viniere por razon daquela vendida, e tome aquella cosa agena que vendiera a su dueño con otro tanto de lo suyo”. *Fuero Real* 3, 10, 6.

*laesio enormis*, posibilita que en el supuesto de que el vendedor vendiera la cosa por menos de la mitad del precio, el comprador puede elegir entre anular la compraventa o pagar el precio completo<sup>95</sup>. Pero, además, el *Fuero Real* añade un supuesto más de protección al comprador, pues también va a ser nula aquella venta en la que mediando el engaño del vendedor este vendiera el bien a un precio superior a su valor real<sup>96</sup>.

Sin embargo, esta normativa alfonsina no ofrece una protección completa al comprador, pues también lo hace responsable de ciertos riesgos, como en el caso de que la cosa vendida se perdiese por una causa fortuita, este riesgo lo tendría que asumir el adquirente, salvo que existiera culpa del vendedor<sup>97</sup>.

## VII.2. La protección del comprador en Las Partidas

Para conocer antecedentes histórico-jurídicos de la protección al comprador en el Derecho Real de Castilla debemos acudir al texto normativo de *Las Partidas*, de Alfonso X El Sabio. Un cuerpo normativo de fuerte influencia romana, del que García-Gallo afirmó que era la “magna suma enciclopédica del Derecho<sup>98</sup>”. Respecto a la *stipulatio*, la doctrina ha alcanzado la conclusión de que en la Edad Media fue un negocio jurídico que continuó utilizándose y que fue el tiempo en el que el documento consagró su valor<sup>99</sup>, como veremos a continuación.

*Las Partidas* ofrecen una amplia regulación de la compraventa, a la cual dedica el título quinto “De las vendidas et de las compras”, de la quinta partida. Esta constituye una extensa normativa de 67 leyes de Derecho castellano que protege a la parte débil del contrato, al comprador.

En este compendio, siguiendo al Derecho Romano mandado compilar por Justiniano, se incluye la protección de la seguridad y la salud; se prohíbe la venta y la compra de sustancias cuyo consumo pudiera causar la muerte, salvo que se emplearan con una finalidad medicinal<sup>100</sup>. En este texto también es abordada la *stipulatio*, a la que nos hemos referido con anterioridad, pero ahora lo hace otorgándole otra denominación, la de *promissio*, a la que le dedica el título XI de la quinta Partida, pero por su configuración se trata de la *stipulatio* de Derecho Romano clásico. En el Código de las Siete Partidas la *promissio* se define igual que la *stipulatio* de Derecho Romano clásico: “Promision es otorgamiento que facen los homes unos a otros por palabras con entencion de obligarse, aveniéndose sobre alguna cosa cierta que deban dar o facer unos a otros<sup>101</sup>”. Es decir, con dicha *promissio*, al igual que su antecesora, el vendedor se comprometía a que aquello que iba a vender no adolecía de vicios ocultos y que disfrutaría de la posesión pacífica del bien. Las

<sup>95</sup> “Ningun ome non pueda desfacer vendida que faga por decir que vendió mal su cosa, maguer que sea verdat, fueras ende si la cosa valia quando le vendió mas de dos tanto de por quanto la dio, ca por tal razon bien se debe desfacer toda vendida si el comprador non quisiere cumplir el precio derecho, ca en poder es del comprador, o desfacer la vendida, o de dar el derecho precio e retener lo que compró”. *Fuero Real* 3, 10, 5.

<sup>96</sup> “Qui quier que alguna cosa comprare si el vendedor non fuer raigado, reciba buen fiador e vala la vendida, fuera si fuer fecha por engaño que faga el comprador porque faga vender la cosa, que non quiere vender su dueño, como si dixo mintrosamiento que tenia su caballo, que el rey mandava que ningun caballo non valiese mas de cient maravedis, e él consejava quel vendiese ante que llegase el mandado del rey, o dixo otra cosa semeiable por engaño. Et esto mismo mandamos si el vendedor por tal engaño vendiere sus cosas mas que non valien”. *Fuero Real* 3, 10, 4.

<sup>97</sup> “Sy algun ome vendiere casa, o caballo, o otra cosa qualquier, si después que la vendida fuere complida la casa ardiere o cayere, o el caballo se moriere, u otro daño qualquier le viniere, antes que la aya recebido el comprador, el daño sea de aquel que la compró, e el pro otrosi, si en alguna cosa meiorare la cosa vendida: et esto sea si el vendedor non alongó de dar la cosa vendida, o si non se perdió por su culpa, o sil non fizo pleito que si se perdiese o se dañase, que el daño fuese suyo e non del comprador, ca en estas tres cosas el vendedor debe aver el daño e non el comprador: pero si algun pro y viniere, sea del comprador”. *Fuero Real* 3, 10, 7.

<sup>98</sup> GARCÍA-GALLO (1976) p. 644.

<sup>99</sup> NÚÑEZ (1950) p. 25.

<sup>100</sup> “Como ningunt home non debe venter pozon nin yerbas con que podiesen a otro matar. Pozon, o yerbas, o venino o otra cosa mala de aquellas con que podiesen home matar comiéndola o bebiéndola, non las debe ninguno vender nin comprar. Pero especias hi ha algunas que han en si parte de venino que las pueden vender et comprar, asi como la escamonia o otras cosas semeiantes della, que maguer sean tan natura, usan los homes dellas en las melecinas, porque aquella maldat que han en si puédengela facer perder mezclándolas con otras cosas” *Partidas* 5,5, XVII.

<sup>101</sup> *Partidas* 5, 11, I.

similitudes también se aprecian respecto a la formalidad de estas dos figuras jurídicas, pues ambas obligaciones nacían de un acto oral de pregunta/respuesta<sup>102</sup>, exigiéndose la presencia de las dos partes en el mismo acto en el que emergería la *obligatio* y la capacidad de entenderse de ambas<sup>103</sup>. Dichas disposiciones como afirma Núñez Lagos entran en contradicción con la de la Partida tercera pues la *promissio* se incluye en la carta de compraventa por escrito<sup>104</sup>.

Una parte relevante de esta quinta partida, es la dedicada a la regulación de la responsabilidad por evicción o saneamiento, como afirmaron Gómez de la Serna y Montalbán al referirse a ella, esta es “la garantía de derecho y natural” al contrato de compraventa, que tenía un doble objeto: “asegurar al comprador en la posesión pacífica de lo que adquiere, y de responder de sus defectos y cargas, que ignoró al tiempo del contrato<sup>105</sup>”. Este cuerpo normativo quiere garantizar que el comprador no se vea perturbado por ningún tercero que reclame algún derecho sobre el objeto de venta<sup>106</sup>, se le concede al comprador el derecho a disfrutar de la posesión pacífica del bien. Para evitar perturbaciones, las *Partidas* le conceden al adquirente garantías y se le indica el procedimiento que tendría que seguir en ese caso. De modo que si alguien reclamara el bien, tendría que informar al que se lo vendió, en caso contrario perdería la acción de reclamación. Pues el vendedor puede amparar al comprador, obligándose a defender el bien como si él continuara poseyéndolo<sup>107</sup>. En la hipótesis de que el vendedor, una vez informado, no amparase al comprador, tendrá que indemnizarlo con la suma del precio más otra cantidad por todos los daños y perjuicios padecidos. Y se le impondría al vendedor la pena del doble, si así se hubiese estipulado cuando se celebró el contrato<sup>108</sup>. También es cierto que no se ofrece para este supuesto de saneamiento por evicción una protección ilimitada al comprador, sino que se formula una relación de casos en los que el vendedor nunca sería responsable: como hemos visto, si el comprador no informase al vendedor antes de que se abriese el juicio, si por su culpa perdiese la posesión del bien, si la cosa la perdió, o si el comprador fuese declarado en rebeldía en el momento de dictarse sentencia<sup>109</sup>.

Por otra parte, el Código de las Siete Partidas, como medida protectora de la voluntad de la parte compradora, dictamina la nulidad de toda compraventa realizada por miedo o fuerza<sup>110</sup> para el adquirente. Ello es consecuencia de que uno de los principios constitutivos del contrato de compraventa, de la regulación alfonsina, es el consentimiento de ambas partes, consentimiento que tiene que versar tanto respecto del precio como del objeto. Esto no es óbice para que, tal y como señalan de la Serna y Montalbán, el consentimiento aparente surta los mismo efectos que el legítimo, hasta que no se probase causa de nulidad por el que se pueda rescindir.<sup>111</sup> Asimismo, las *Partidas* claman por la justicia del precio de compraventa: disponen un procedimiento para asegurarse la proporcionalidad del precio, en el que podían intervenir “hombres buenos” para establecerlo y se declara nulo el precio fijado sólo por una de las partes, por lo que se puede afirmar que se condena la adhesión<sup>112</sup>.

<sup>102</sup> “Pregunta et respuesta ha meester que sea fecha en a promisión por palabras con entendimiento de se obligar; et quando esto fecieren non deben entremeter otras palabras. Mas quando la una parte preguntare, debe luego responder la otra sil place o non; et si por aventura fuere fecha la promisión en esta manera diciendo, prometedesme de dar o de fazer tal cosa nombrándola, si el otro responde que non, tambien sinca obligado por tal palabra como esta, como si dixise, que si prometie, mas si aquel á quien fecha la pregunta respondiese bien será o bien se fará, entonce decimos que non serie obligado por tales palabras. Otro si decimos que si quando le preguntase non respondiese nada, mas que moviese la cabeza o feciese otra señal alguna, non diciendo si, nin non, nin otra palabra ninguna, entonce non fincarie obligado; ca tal obligacion como esta que se debe fazer por palabras non se puede fazer por señales” *Partidas* 5, 11, II.

<sup>103</sup> “Et fácese desta manera, estando presentes amos los que quieren fazer el pleito de la promisión, et diciendo el uno al otro, prometedesme de dar o de fazer tal cosa, decióndola señaladamente, et el otro respondiendome que sí promete ó que se otorga de lo cumplir; ca respondiendome por estas palabras ó por otras semejantes dellas, sinca por ende obligado, et es tenuto de cumplir lo que otorga ó promete de dar o fazer” *Partidas* 5, 11, I.

<sup>104</sup> *Partidas* 3, 18, LVI.

<sup>105</sup> GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN (1841) Tomo II, p.59.

<sup>106</sup> “Quita et libre de todo embargo debe ser entregada la cosa vendida al comprador, de manera que si algunt otro gela quisiere embargar o moverle pleyto sobre ella, que gela debe fazer sana” *Partidas* 5,5, XXXII.

<sup>107</sup> *Partidas* 5,5, XXXIII.

<sup>108</sup> *Partidas* 5,5, XXXII.

<sup>109</sup> *Partidas* 5,5, XXXVI.

<sup>110</sup> “Por miedo o por fuerza comprando o vendiendo algunt home cosa de otro, non debe valer, ante decimos que debe ser desfecha la compra, si fuere probado que la fuerza et el miedo fue atal que lo hobo de fazer maguer le pesase” *Partidas* 5,5, LVI.

<sup>111</sup> GÓMEZ Y MONTALBÁN (1841) Tomo II, p. 13.

<sup>112</sup> “Cierito debe seer el prescio en que se avienen el comprador et el vendedor para valer la vendida: ca si el vendedor dixiese asi, vendóte



En el texto alfoncino hallamos también protección para la parte vendedora, volvemos a encontrar la antigua *laesio enormis*, por la que se le otorga la capacidad para demandar al comprador, cuando exista un perjuicio de más de la mitad del precio, para que le entregue la cantidad correspondiente al precio real del bien o, en caso contrario, le devolviera el objeto de venta y el vendedor le restituyera el precio entregado. Es destacable como en las *Partidas* se contempla también el caso en el que el comprador pudiera probar que por la cosa que compró pagó más de la mitad del valor. Para dichos casos se le conceden al comprador el ejercicio de dos acciones: puede optar entre demandar para decretar la resolución de la compra o solicitar la devolución de la parte excesiva del precio entregado. Estas hipótesis sólo se darían cuando las partes contratantes no hubiesen estipulado que no se reclamarían, en este caso prevalece el pacto de las partes a su protección, por lo que conforme a las *Partidas* nos encontraríamos ante un derecho renunciabile<sup>113</sup>.

Continuando refiriéndonos a la protección al vendedor, la ley 57 de la partida quinta del título homónimo, declara la nulidad de toda compraventa que ha sido auspiciada por el engaño del comprador<sup>114</sup>. El comprador no es sólo un sujeto al que se le otorgan derechos y potestades, sino que además es también un sujeto al que le es exigible responsabilidad. Cuando se declara nula cualquier compraventa, tendrá que ser indemnizado el vendedor si la cosa se hubiera visto dañada por culpa del adquirente<sup>115</sup>.

Es reseñable como en Aragón el dolo no era considerado como un requisito para resolver el contrato de compraventa. Pero en Castilla, el Código de las Siete Partidas, que no sólo condena el engaño del comprador sino también del vendedor, lo hace al igual que el *Digesto*. Se considera nulo el contrato de compraventa cuando existiese *error in substantia*<sup>116</sup>, que lo ejemplificaba con la venta de bronce por oro, o de plata por plomo. Dicha situación hay que interpretarla como una falta de consentimiento, pues el comprador no otorga su conformidad a celebrar un contrato cuyo objeto de compraventa es diferente. Esta cuestión, de la falta de consentimiento por vicio de la cosa, es una problemática relevante en este cuerpo normativo, pero también es cierto que dicha normativa adolece de falta de unidad, no reciben el mismo tratamiento todos los tipos de bienes: se diferencian

---

esta cosa por quanto tú quisieres ó por quanto yo quisiere ; la vendita que en tal manera fuese fecha non valdrie. Pero si el comprador et el vendedor se avienen en otro home alguno metiéndolo en su mano que él señale el prescio por quanto sea vendita la cosa, entonce señalandó el prescio aquel en cuya mano lo ponen, valdrá la vendita : et si este en cuyo alvedrio lo meten , señalase el prescio desaguisadamente mucho mayor ó menor de lo que valie la cosa, entonce debe seer enderezado el prescio segunt alvedrio de homes bonos” *Partidas* 5,5, IX.

<sup>113</sup> “Otrosi decimos que se puede desfacer la vendida que fuese fecha por menos de la meytad del derecho prescio que podiera valer en la sazón que la ficieron; ca si el vendedor podiere esto probar, puede demandar al comprador que cumpla sobre aquello quel habie dado, tanto quanto la cosa podrie entonce valer segunt derecho: et si esto non quisiere facer el comprador, debe desamparar la cosa al vendedor, et rescebir dél el prescio quel habie dado por ella. Et por menos del derecho prescio serie fecha la vendita quando la cosa valiese diez maravedis, et fuese vendita por menos de cinco. Otrosi decimos que si el comprador podiese probar que dio por la cosa mas de la meytad del derecho prescio que podiera valer en aquella sazón que la compró, que puede demandar que se desfaga la compra ó que l baxen del prescio aquello que de mas dió: esto serie como si la cosa valiese diez maravedis, et diese por ella mas de quince. Et esto decimos que puede facer et demandar el vendedor ó el comprador, non seyendo la cosa que se vendió perdida, nin muerta nin mucho empeorada; ca si alguna destas cosas le acaesciese , non podrie despues facer tal demanda. Otrosi decimos que si el comprador ó el vendedor jurase quando ficiese la vendida ó la compra que maguer la cosa valiese mas ó menos, que nunca po diese demandar que fuese desatada la vendita, si fuere mayor de catorce años el que vendió quando la jura fizo, debe seer guardada la jura, et non se puede entonce desatar la compra nin la vendita por tal razon; mas si fuese menor de catorce años, non valdrie la jura, et desatarse hie la compra ó la vendita, tan bien como si non hobiese jurado”. *Partidas* 5,5, LVI.

<sup>114</sup> “Hereditat, ó casa, ó viña ó otra cosa qualquier habiendo algunt home en algunt logar do non estodiese nin sopiese quanto valie, nin la hobiese nunca vista, et non habiendo voluntat de la vender, si otro al guno moviese razones engañosamente, de manera que gela hobiese á vender; decimos que tal vendita como esta se puede desfacer, et non vale, quier sea fecha por menos de lo que vale quier non. Mas si este cuya fuese la cosa hobiese voluntad de la vender , et el comprador le ficiese engaño encobriendol alguna cosa de las que pertenescen á la hereditat ó á la cosa que vendic, ó faciendol creer engañosamente que ma guer algunas cosas pertenesciesen á la hereditat, dixiese que estaban en poder de alguno que eran malas de cobrar, ó que eran perdidas; enton ce decimos que valdrie la vendita, porquel vendedor hobo voluntad de la facer ; pero el comprador es tenuto de emendarle aquel engaño quel fizo, de manera que haya el prescio derecho que podrie valer aquella cosa quel vendió con las sus pertenencias quel fueron engañosamente encobiertas”. *Partidas* 5,5, LVII.

<sup>115</sup> “Otro si decimos que si la vendida se desfeciase, et la cosa fuese empeorada por culpa del comprador mientras que él la tovo, que es tenuto de mejorar al vendedor el empeoramiento”. *Partidas* 5,5, XXXVIII.

<sup>116</sup> Laton vendiendo un home a otro por oro, o estaño por plata u otro metal qualquier uno por otro, non valdrie tal vendita. Otro si decimos que si un home vendiese a otro algunt siervo, et fuese vendido a otro algunt siervo, et fuese fallado que era mujer, et el comprador cuidando que era varon lo comprase, que non valdrie tal vendita, maguer aquel que la vendiese sopiese que era mujer. Eso mesmo serie que non valdrie que lo non fuese; pero si él ficiese tal vendita como esta cuidando que era la mujer virgen, valdrie maguer que lo non fuese. Otro si decimos que habiendo alguno siervos, el uno de un meester et el otro de otro, si vendiese alguno dellos nombrando el nombre del uno et el meester del otro, si el señor era sabidor de los nombres dellos, aquel será vendido que nombró, maguer errase en el meester; mas si non fuese sabidor de los nombres, entonce aquel será vendido que señaló por su meester, maguer errase en el nombre. *Partidas* 5,5, XXI.

los inmuebles, los siervos y los animales, y además carece de regulación para los bienes muebles<sup>117</sup>. En la problemática de los vicios ocultos o la “tacha o maldat encobierta” va a intervenir la intencionalidad del vendedor, su dolo y engaño, del cual se puede valer para omitir u ocultar circunstancias que si las conociera el comprador no prestaría su consentimiento ni celebraría contrato alguno. Lo cual, pone de manifiesto que entre las obligaciones del vendedor se encuentra la de declarar, con anterioridad a la perfección del contrato, todos los gravámenes o defectos que el objeto de venta presenta, por ejemplo que cualquier bien inmueble cuenta con una servidumbre o el que en algún campo o prado crecieran malas hierbas, dañosas para el ganado o que el siervo padeciera alguna enfermedad<sup>118</sup>. De tal modo, si existen vicios ocultos en el objeto de venta, el comprador puede solicitar la disolución del contrato y ser indemnizado por los daños y perjuicios padecidos dependiendo de si existe dolo o engaño, buena fe o no, en el vendedor. Con otras palabras, el vendedor tendrá que indemnizar a la otra parte si conociendo los defectos, que debía haber puesto de manifiesto, no se los confesó al comprador<sup>119</sup>.

Para este tipo de supuestos de cargas o gravámenes de la cosa, no establecen las *Partidas* plazo perentorio alguno para ejercitar la acción de disolución del contrato o de pedir la correspondiente indemnización. Pero dicho plazo sí se contempla para otra casuística, como es el supuesto de compraventa de animales que padecieran alguna enfermedad o que por alguna otra razón su valor fuera inferior al abonado, se contaba un plazo de seis meses para devolver el animal y recuperar el precio, tiempo tras el cual contará de un año para pedir la rebaja del precio por vicio oculto, y transcurridos los cuales el comprador no podría formular reclamación alguna<sup>120</sup>. En cuanto al momento en que empieza a computarse dicho tiempo perentorio, Morales Moreno<sup>121</sup> destaca la poca claridad de las *Partidas* a este respecto, pues contiene afirmaciones no del todo coherentes, se habla tanto “desde el día en que fecha la vendida” como desde el instante en que “luego que el comprador entendiere aquella enfermedad”. Esta normativa nos retrotrae hasta la acción *redhibitoria* y  *quanti minoris* del Derecho Romano, las acciones edilicias, permaneciendo aquellos plazos de seis meses y un año. Como ha aseverado Morales Moreno, por esta normativa, teóricamente, podría parecer que al comprador se le concede la facultad de elegir entre ejercitar la acción por dolo o  *quanti minoris*, que pese a que ambas conducen a la indemnización del comprador, los efectos de la primera son más amplios que los de la segunda. Por tanto, la acción para la disminución del precio se relega para aquellos supuestos en que no existía mala fe del vendedor<sup>122</sup>. Lo mencionado tiene una consecuencia inmediata: si el vendedor declarase los vicios o defectos que sufre el bien, no se pueda deshacer la compraventa por la *tacha* que se trate, no se le faculta al adquirente para que reclame la disolución del contrato, la devolución del bien y la restitución del precio, tendría que asumir el consentimiento prestado, como lo disponen las *Partidas*<sup>123</sup>.

<sup>117</sup> MORALES (1980) p. 602.

<sup>118</sup> “Tacha o maldat habiendo el siervo que un home vendiese a otro, asi como si fuese ladron, o hobiese por costumbre de foir a su señor o otra maldat semejante destas, si el vendedor sabie esto et non lo dixo al comprador, tenuto es de rescebir el siervo, et tornarle el prescio con los daños et los menoscabos quel vinieron ende: et si non lo sabie, debe fincar et siervo al comprador. Pero tenuto es el vendedor de tonarle tanta parte del prescio quanto fuere fallado en verdad que valie menos por razón de aquella tacha. Eso mesmo decimos que serie si el siervo hobiese alguna enfermedad mala encobierta”. *Partidas* 5,5, LXIV.

<sup>119</sup> “Casa o torre que debe servidumbre a otra o que fuese tributaria vendiendo un home a otro, callando el vendedor et non apercebiendo dello a aquel que la compraba, por tal razon como esta puede desfacer el comprador la vendida, et es tenuto el vendedor de tornarle el prescio con todos los daños et los menoscabos quel vinieron por esta razon. Otrosi decimos que si vendiese un home a otro algunt campo o prado que sopiese que criaba malas yerbas et dañosas para las bestias que las pasciesen, et quando lo vendiese se callase que lo non quisiese decir al comprador, que es tenuto el vendedor por ende de tornar el prescio al comprador con todos los daños quel vinieron ende; mas si esto non sopiese el vendedor quando lo vendió, non serie tenuto de tornar mas del prescio tan solamente”. *Partidas* 5,5, LXIII.

<sup>120</sup> “Caballo, o mulo o otra bestia vendiendo un home a otro que hobiese alguna mala enfermedad o tacha por que valiese menos, si lo sabe el vendedor quando la vende, débelo decir; et si lo non dice, luego quel comprador entendiere aquella enfermedad o tacha fasta seis meses puédela tomar al vendedor et cobrar el prescio que dio por ella, et el vendedor es tenuto de la rescebir, et tornarle el prescio maguer non quiera. Et si fasta los seis meses non demandase le prescio, después non quiera. Et si fasta los seis meses non demandase el prescio, después non lo podrie demandar, et fincarie la vendida valedera, como quier que fasta un año pueda el comprador facer demanda a aquel que vendió la bestia quel peche o le torne tanta parte del prescio quanto fallasen en la verdat que valie menos por razon de la tacha o de la enfermedad que era en ella; et destos plazos adelante non podrie el comprador facer ninguna destas demandas. Et este tiempo de los seis meses et del año sobredicho se debe comenzar a contar desde el día que fue fecha la vendida”. *Partidas* 5,5, LXV.

<sup>121</sup> MORALES MORENO (1980) p. 608.

<sup>122</sup> MORALES MORENO (1980) p. 617.

<sup>123</sup> “Manifiestamente diciendo la tacha o la enfermedad al vendedor al comprador del siervo o de la bestia quel vende, si el comprador

Si nos adentramos en otro tipo de supuestos que otorgan al comprador el derecho a ser indemnizado se encuentra aquel en que el objeto de venta se destruyera no por completo, sino en una pequeña parte, antes de la entrega, caso en el cual se reduciría el precio. De nuevo se hace notoria la inspiración romana y se sitúa el *animus* del vendedor como determinante. Se plantea una excepción, si conociendo ese desperfecto el vendedor actuara con engaño diciendo que el bien no adolecía de ese menoscabo, aunque el contrato fuese ya nulo, se obligaría a indemnizar al comprador por los daños y perjuicios<sup>124</sup>.

Al referirnos al Derecho castellano medieval se presenta como ineludible mencionar a otro importante ordenamiento jurídico, el *Ordenamiento de Alcalá*, unas leyes que no sólo fueron relevantes para el Derecho Real castellano, sino también para el Derecho Europeo. Pues el *Ordenamiento de Alcalá*, que venía a derogar las Siete Partidas, introduce el principio de consensualismo<sup>125</sup> y vino a poner fin a la solemnidad que exigía la *promissio* de celebrarse de forma oral mediante pregunta y respuesta<sup>126</sup>. Pero adviértase que en la doctrina no existe unanimidad sobre ello; autores como Marichalar consideran de grave error aseverar que con el *Ordenamiento de Alcalá* la estipulación pase a convertirse de un contrato verbal a otro consensual, pues la ley lo único que hace es destruir o acabar con las formalidades externas, no se refiere al resto de contratos<sup>127</sup>. Independientemente de esta polémica, el *Ordenamiento de Alcalá* no nos retrotrae hasta las leyes alfonsinas sino hasta la constitución imperial de León que vió la luz en el año 469, que señalamos con anterioridad. Apartándose del Derecho Romano y las *Partidas*, el *Ordenamiento de Alcalá* pone fin a la estricta solemnidad de la *stipulatio*. Por ello, se afirma que la regulación de las *Partidas*, fue mera teoría, al menos desde el *Ordenamiento de Alcalá* se permitía, sin la rigurosidad del pasado, crear la misma obligación<sup>128</sup>. Es destacable que en este Ordenamiento la única ley dedicada a la compraventa versa sobre la lesión enorme, *laesio enormis*, la búsqueda del precio justo, aplicada al igual que en las

---

seyendo ende sabidor le place de la compra, et rescibe la cosa por suya et da el prescio por ella, si despues desto se quisiese repentir, non podrie, nin serie tenuto el vendedor de rescibir la cosa nin de tornar el prescio amos a dos, et fuese fecha la véndida en tal manera que por tacha que hobiese la bestia non la podiese desechar el comprador". *Partidas* 5,5, LXVI; "Et sobretodo debe decir [la carta] como gelo vendió por atal qual el caballo es, diciendo paladinamente que si habie en él alguna tacha entonce, o si se le descubriese dende adelante, que nol querie seer tenuto por ella: et que esta véndida le fizo por prescio de tantos maravedis que otorgó el vendedor que habie rescibido del comprador, et pasaron a su poder et fue dellos bien pagado, renunciando et quitándose de toda defensión et señaladamente que no podiese decir que este prescio nol fuera contado et pagado: et sobre todo prometió el vendedor al comprador de amparar et defender este caballo quel vendió en juicio et fuera dél de todo home que gelo quisiese contrallar o mover pleito sobrél, et de refacerle todo daño o despensa que ficiese en esta razón so pena del doblo del prescio sobredicho, obligando a si mesmo, et a sus herederos et a sus bienes al comprador en esta manera compró et rescibió el caballo por tal qual era asi como sobredicho es, otorgando et diciendo quel vendedor non fuese tenuto de responder dende adelante por tacha que el caballo hobiese dentro o fuera, quier paresciese o non. Otrosi prometió el comprador al vendedor que nunca le moverie el pleito en juicio por razón quel tomase el prescio que él habie dado, et rescibiese el caballo, nin por razón que dixiese quel caballo non valie tanto quanto gelo vendió: et renunció et quitose de toda ley et de todo fuero quel podiese ayudar en esta razón. Pero si acaesciese que un home vendiese a otro caballo o otra bestia por sana, entonce debe decir en la carta como gela vende por sana, et que gela desembargará en juicio et fuera dél de todo home que gela quisiese contrallar; et que si á la bestia se descubriese alguna tacha o costumbre mala que hobiese ante habido que gela él vendió, quel tornarie su prescio dandol la bestia". *Partidas* 3,18, LXV.

<sup>124</sup> "Vendiendo un home a otro alguna casa, o molino u otro edificio qualquier, si lo que asi vendiese fuese derribado, o quemado o destroido en alguna otra manera non lo sabiendo el comprador, non valdrie la vendida, maguer aquel lo vendiese cuidase que era sano quando lo vendio et non sopiese que era quemado nin derribado. Eso mesmo decimos que serie sil vendiese algunos arboles en esa mesma manera que fuesen en otro lugar, que non valdrie la vendida si los arboles fuesen cortados, o quemados o arrancados en la sazón que los vendió. Otro tal decimos que serie si aquella cosa que asi fuese vendida, fuese quemada o derribada la mayor partida della: mas si fuese la menor partida della quemada o derribada, entonce valdrie la vendida: pero deben sacar del precio quanto asmaren que vale la cosa menos por razon de aquello que era quemado o derribado a la sazón que fue fecha la compra. Pero si a sabiendas vendiese un home a otro alguna cosa que era toda quemada, o derribada, diciendo el que la vende que era sana, non vale la vendida, porque non se puede vender la que non es: pero este que la vendió asi, tenuto es de pechar al comprador todos los daños quel venieron por esta razón por el engaño quel fizo a sabiendas, vendiendo lo que sabia que non era. Mas si la cosa quel vendiese asi a sabiendas, fuese quemada o derribada della et non toda, entonce valdrie la vendida mas serie tenuto el vendedor de pechar al comprador el menoscabo et los daños quel venieron por ende, et debe ser creido sobrellos por su jura con estimación del judgador". *Partidas* 5,5, XIV.

<sup>125</sup> GUZMÁN (2007) p. 399.

<sup>126</sup> "Paresciendo que se quiso un ome obligar a otro por promision, o por algund contrato, o en alguna otra manera, sea tenuto de aquellos a quienes se obligó, e non pueda ser puesta excepción que non fue fecha estipulación, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho, o que fue fecha la obligación del contrato entre absentes; o que fue fecha a escribano publico, o a otra persona privada en nombre de otro entre absentes; o que se obligó uno de dar o de facer alguna cosa a otro; mas que sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en cualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar a otro, e facer contrato con él". Título 16, Ordenamiento de Alcalá.

<sup>127</sup> NÚÑEZ (1950) pp. 58 y 59.

<sup>128</sup> GUZMÁN (2007) pp. 399 y 400.

*Partidas* como medida protectora tanto para la parte compradora como vendedora<sup>129</sup>.

## VIII. LA PERVIVENCIA DEL DERECHO HISTÓRICO EN NUESTRO ACTUAL ORDENAMIENTO JURÍDICO

A lo largo de la evolución histórica realizada, desde el Derecho Romano clásico hasta el Derecho Común, hemos visto como muchas de las normas de nuestro actual Derecho del Consumo evocan el Derecho del pasado. La vigente normativa tiene una indudable deuda con nuestras antiguas leyes. Por ello, resulta interesante realizar ciertos paralelismos entre nuestro Derecho imperante y el histórico, para comprobar qué permanece.

En la primera parte de este trabajo comparamos el acto de consumo con la *obligatio* romana, con lo que comenzábamos a intuir la pervivencia del Derecho Romano en nuestra contemporaneidad. Asimismo, en la introducción se ha dicho que hay estudiosos que sitúan el origen del Derecho del Consumo en un discurso del presidente de los Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy, cuando se refirió a los cuatro derechos básicos del consumidor, entre ellos el de información. El artículo 51 de nuestra Constitución se refiere también a este derecho, de igual modo la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984 y su Texto Refundido establecen como un derecho básico de los consumidores y usuarios la información correcta sobre los diferentes productos o servicios<sup>130</sup>. Este derecho, desarrollado con posterioridad en el artículo 18 del Texto Refundido, pretende que el consumidor y usuario no sea inducido al error sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición... Así como que no se le atribuyan al bien o servicio efectos o propiedades que no posea. Esta preocupación que siente el actual legislador por el derecho a la información hemos comprobado como en la antigua Roma también se contempla de un modo parecido, pues desarrolló un mecanismo para que el vendedor declarara solemnemente cuales eran las características de aquello que iba a vender, que no iba a resultar defectuoso, no padecía de vicios ocultos y que el comprador no se viera afectado de la evicción. La cual hemos analizado al estudiar la *stipulatio*.

Igualmente, el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios establece primero en su artículo 60 que “El empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato”<sup>131</sup> y a continuación en el artículo 61 que “El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato”<sup>132</sup>. Es decir, el vendedor es responsable de aquello a lo que se ha comprometido, algo similar a lo que acontecía en Roma donde la promesa del vendedor gozaba de un excelso valor, le vinculaba y podría ser reclamado por su incumplimiento.

Por otra parte, es posible confrontar al comprador de la Roma antigua facultado para resolver el contrato de compra, en el caso de que lo comprado no le hubiese satisfecho, con el derecho de desistimiento que disfrutamos en la actualidad, contamos con catorce días para desistir del contrato, algo que ya se podía hacer en la antigua Roma. Pero existe una diferencia, mientras que nuestra

<sup>129</sup> “Si el vendedor, o comprador de la cosa dixere que fue engañado en mas de la meytad del derecho prescio, asi como si el vendedor dixiere, que lo que valia diez, que dio por ello mas de quince; mandamos que el comprador sea tenuto a cumplir el derecho prescio que valia la cosa, o de la dejar al vendedor, tornándole el vendedor el prescio, que rescibio, e el vendedor debe tornar al comprador lo que mas rescibio de la meytat del derecho prescio, o de tomar la cosa que vendio, e tomar el prescio que rescibio”. Título 17, Ordenamiento de Alcalá.

<sup>130</sup> art. 2.d) Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y art. 8 d) TRLCU.

<sup>131</sup> Art. 60.1 TRLCU

<sup>132</sup> Art. 61.2 TRLCU

legislación establece que es un derecho del consumidor irrenunciable<sup>133</sup>, en la antigüedad tenía que haber sido pactado, lo que hacía de él un sistema menos garantista. En Roma el mecanismo de la voluntariedad de las partes, posibilitaba que el comprador pudiera renunciar a ciertos mecanismos de defensa, esto en clara oposición al artículo 10 del Texto Refundido que insta a la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario, y se dicta la nulidad de todo acto de renuncia<sup>134</sup>.

Asimismo, se ha reseñado como Roma en su *Digesto* y Castilla a través de sus *Partidas* expresaban cierta preocupación por la protección de la seguridad y la salud, como también la manifestaba nuestro vigente Texto Refundido<sup>135</sup>. Desde la Roma arcaica del Derecho Romano compilado por Justiniano hallamos leyes que nos recuerdan a las de la protección de la seguridad y la salud de los consumidores, pues se prohibía la venta y la compra de sustancias cuyo consumo pudieran causar la muerte, salvo que se emplearan con una finalidad medicinal.

Además, se ha evidenciado como a lo largo del Derecho histórico, el contrato de compraventa exigía para su perfección el consentimiento de las partes, es el elemento esencial. Así se dictamina en la actualidad cuando se dice: “En la contratación con consumidores y usuarios debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato<sup>136</sup>”. De tal modo, a nadie se le puede obligar ni a comprar ni a vender. Si continuamos haciendo paralelismos entre nuestra normativa y la antecesora, hallamos que otro punto de conexión es el principio de buena fe, que se configura como una base rectora en esta materia, así lo establece el artículo 65 del TRLCU<sup>137</sup> y la compraventa romana, germánica y castellana también es un contrato presidido por el principio de buena fe.

Al aproximarnos al Derecho de Roma se ha comprobado que una constante a lo largo de su historia, desde la etapa preclásica, es la preocupación por los vicios ocultos. Pudiéndose diferenciar entre dos tipos de acciones: las civiles y las edilicias. El Edicto de los Ediles Curules supuso la creación de la acción redhibitoria y la acción *quanti minoris*, que aún hoy día se conocen como acciones edilicias y se han erigido como el elemento fundamental para proteger al comprador frente a los vicios del objeto de compra<sup>138</sup>. Con nuestra normativa actual se puede afirmar que lo que regulaba son los productos defectuosos, pero no los defectos relativos a la fabricación o al diseño, sino a los defectos en la información<sup>139</sup>. Dicho Edicto, como hemos comprobado, otorgaba al comprador dos acciones que podría ejercitar frente al vendedor por los vicios ocultos que padecía el bien, la *actio redhibitoria* y la *actio aestimatoria o quanti minoris*. Estas podemos afirmar que son las antecesoras a las de la rebaja del precio y resolución del contrato que se regulan en la actualidad, que se conectan tanto con nuestro Código Civil<sup>140</sup> como con el Texto Refundido<sup>141</sup>. Para ejercitar las mencionadas acciones en el pasado se establecía un plazo de prescripción más efímero que en la actualidad, pues nuestra vigente normativa dicta que la acción de reparación de los daños y perjuicios de los productos defectuosos prescribirá a los tres años, desde la entrega<sup>142</sup>. Por su parte, el Edicto establecía que para solicitar la redhibición existía un plazo de dos meses si el vendedor no diera la estipulación y seis meses “útiles”, para solicitar la reducción del precio, y para la *quanto minoris*

<sup>133</sup> Art. 102.2 TRLCU: “Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo”.

<sup>134</sup> Art. 10 TRLCU: “La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”.

<sup>135</sup> Capítulo III protección de la salud y la seguridad TRLCU.

<sup>136</sup> Art. 62.1 TRLCU.

<sup>137</sup> Art. 65 TRLCU: “Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”.

<sup>138</sup> MORALES (1980) p. 596.

<sup>139</sup> LASARTE (2015) p. 227.

<sup>140</sup> Art. 1486 Cc.: “(...) el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos. Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión”.

<sup>141</sup> Art. 121 TRLCU.

<sup>142</sup> Art. 123.4 TRLCU.



se fijaba un año como tiempo máximo. Tiempo que se comenzaba a computar desde que se hubiera efectuado la compra o desde que se hubiera prometido algo. Adviértase que el Código Civil, por su parte, sí se refería al plazo de seis meses<sup>143</sup>. Esta pervivencia de las acciones edilicias en el Derecho Nacional es debido también a que el Derecho Comunitario Europeo emana del Derecho romano, así se puso de manifiesto en la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en la que se insta que entre los derechos del consumidor, ante la falta de conformidad del objeto de venta, se le faculta a exigir la reducción del precio, su reparación o resolución del contrato<sup>144</sup>.

Por otra parte, también se ha puesto de manifiesto cómo existían en la compilación de Justiniano, en el *Fuero Real*, en las *Partidas* y en el *Ordenamiento de Alcalá* normas protectoras, que no han pervivido a lo largo de la historia, como aquella que velaba por la justicia del precio, la lesión enorme –*laesio enormis*–.

Con esta evolución histórico-jurídica se ha evidenciado como el *Digesto* plantea problemas típicos de aquella sociedad, pero los supuestos los podemos hacer extensibles a los que acontecen en nuestra actualidad, así en el supuesto de que el objeto de contrato se perdiera, pero el comprador hubiese manifestado con anterioridad su voluntad de ejercitar la acción redhibitoria, el Derecho Romano contiene una cláusula similar a la del artículo 75 del Texto Refundido, donde asevera que “La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor y usuario por pérdida, destrucción u otra causa no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento<sup>145</sup>”.

## IX. CONCLUSIONES

La elaboración de este trabajo nos ha permitido analizar el origen histórico de nuestro Derecho del Consumo, pudiendo remontar sus orígenes no al siglo XX, como suele ser habitual afirmar, sino a tiempos más pretéritos, concretamente a la antigua Roma. Tanto en nuestra contemporaneidad como en Roma contaban con textos legislativos específicos sobre esta materia. Si bien en la actualidad contamos con el Texto Refundido para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dentro del *Digesto* se hallaba el Edicto de los Ediles Curules para la protección de los compradores.

Se ha puesto de manifiesto como nuestro actual Ordenamiento Jurídico tiene una indudable deuda con su Derecho histórico, aunque haya evolucionado o cambiado en ocasiones la denominación de los mecanismos de garantía, es indudable que muchas de las acciones que protegen hoy día al consumidor o usuario proceden del Derecho Romano, ya eran conocidas en aquel tiempo para la protección del comprador, y han pervivido a lo largo de los tiempos, siendo asumidos por el resto de pueblos que les sucedieron. Ello no es óbice para afirmar que pese a que los orígenes del Derecho de Consumo se puedan situar en el Derecho Romano, es preciso reseñar que a lo largo del tiempo, en esta evolución jurídica el comprador –consumidor o usuario como se denomina en la actualidad–, ha sido el verdadero beneficiario de ella; nuestra actual normativa es la que ofrece una mayor garantía y mecanismos protectores a la parte débil del contrato, creándose nuevas acciones y ampliándose los plazos para el ejercicio de las existentes. Los logros alcanzados en la protección del consumidor son notorios, desde los tiempos de una antigua Roma en la que no se condenaba la entrega de objetos afectados de vicios ocultos, con la excepción de que el vendedor prometiera que el bien disfrutaría de unas características determinadas y no se vería afectado de vicio alguno, no siendo el vendedor condenado por dichos defectos sino por el incumplimiento de su promesa. Lo

<sup>143</sup> Art. 1490 Cc. “Las acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida”.

<sup>144</sup> Art. 3 Directiva 1999/44/CE

<sup>145</sup> Art. 75 TRLCU

cual, ha evolucionado hasta nuestro actual sistema, para una efectiva protección de los consumidores y usuarios.

## X. BIBLIOGRAFÍA CITADA

### X. 1. NORMAS CITADAS

*Código Civil de España.*

*Código de Justiniano.*

*Constitución española.*

Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

*El Ordenamiento de Leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho. Publicanlo con notas, y un discurso sobre el Estado, y condición de los judíos en España, los doctores D. Ignacio Jordan de Asso y del Rio, Y D. Miguel de Manuel Y Rodriguez, por D. Joazchin Ibarra, Madrid, 1774. Ed. utilizada: Valladolid, Ed. Lex Nova, 1975.*

*Formules Wisigothiques inédites publiées d'après un manuscrit de la Bibliothèquèque de Madrid, par EUGÈNE DE RIZIÈRE, M., Paris, Auguste Durand, Libraire, 1854.*

*Fragmenta Vaticana. Mosaicarvm et Romanarvm Legvm collatio. Ed. Utilizada de Theodorus Mommsen, Berolini, 1890.*

*Fuero Real en Opúsculos legales del rey Don Alfonso El Sabio, publicados y cotejados con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia, Tomo II: El Fuero Real, las leyes de adelantados mayores, las nuevas y el ordenamiento de las tafurerías; y por apéndice las Leyes del Estilo, Madrid, en la imprenta real, 1836.*

*Instituciones de Justiniano.*

*Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad. Impresso en Salamanca Por Andrea de Portonaris, Impessor de su Magestad. Año MDLV, ed. facsímil, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1985.*

*Lex Romana Visigothorum, Ed. Utilizada: Gustavus Haenel, Sumptibus et Typis B.G. teubneri, Leipzig, 1849.*

Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*

### X.2. BIBLIOGRAFÍA

ARANGIO-RUIZ, VINCENZO (1954): *La compravendia in Diritto Romano*, (Napoli, Ed. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO (1978): “La protección de los consumidores, la constitución española y el Derecho Mercantil”, en FERNÁNDEZ RORÍGUEZ, Tomás R. (Coord.), *Lecturas sobre la Constitución española*, Tomo II, (Madrid, Universidad Nacional a Distancia), pp. 9-37.

BETANCOURT, FERNANDO (1997): *El libro anónimo “De interdictis” Codex Vaticanus Latinus N° 5766*, (Sevilla, Universidad de Sevilla).

CICERÓN, MARCO TULLIO (1778): *De Officiis*, traducción de Manuel Blanco Valbuena, (Madrid, D. Joachin Ibarra).

COCH ROURA, NURIA (2005): *La forma estipulatoria. Una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto*, (Girona, Universitat de Girona).

CÓRCOLES OLAITZ, EDORTA, (octubre 2008): “El contrato de compraventa a la luz de las fórmulas visigodas”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, pp. 309-330.

D’ORS, ÁLVARO (1981): *Derecho privado romano*, (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).

DE LEÓN ARCE, ALICIA (2007): “El consumo como realidad social, económica y jurídica”, en DE LEÓN ARCE, Alicia, (Dir.), Luz María GARCÍA GARCÍA, *Derechos de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Tomo I, (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch), pp. 41-102.

FERNÁNDEZ ESPINAR, RAMÓN, (1955): “La compraventa en el Derecho medieval español”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 25, pp. 193-528.

GARCÍA GARRIDO, MANUEL JESÚS (2003): *Derecho privado romano. Casos, acciones, instituciones*, (Madrid, Ed. Académicas).

GARCÍA-GALLO, A (1976): “Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X”, *AHDE*, pp. 609-670.

GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J.M., (1841): *Elementos del Derecho Civil y Penal de España. Precedidos de una reseña histórica de la legislación española*. (Madrid, Establecimiento tipográfico, calle del Sordo).

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, (2007), “La promesa obligacional en Las Partidas como sede de la doctrina general de las obligaciones”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 4, 3, pp. 395-404.

IGLESIAS FERREIRÓS, A. (1980): “Alfonso X El Sabio y su obra legislativa”, en *AHDE*, pp. 531-561.

IGLESIAS, JUAN, (1990): *Derecho Romano. Historia e instituciones*, Ed. Ariel, Barcelona.

KASER, MAX, (1960): “El Derecho Romano-vulgar tardío”, en *AHDE*, 30, pp. 617-631.

LASARTE, CARLOS (2015): *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, (Madrid, Dykinson).

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL (1980): “El alcance protector de las acciones edilicias”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol., 33, 3 pp. 585-686.

MORENO NAVARRETE, MIGUEL ÁNGEL (2001): *La prueba documental. Estudio Histórico-Jurídico y Dogmático*, (Madrid, Ed. Marcial Pons).

NAVARRO ZAMORANO, RUPERTO, DE LARA, RAFAEL JOAQUÍN, Y DE ZAFRA, JOSÉ ÁLVARO (1842): *Curso completo elemental de Derecho Romano que comprende la historia externa; la historia interna o antigüedades, y las instituciones del Derecho antes referido*, (Madrid, imprenta del Colegio de Sordo-Mudos).

NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL, (1950): *La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, (Madrid, Imprenta viuda de Galo Sáez).

ORTOLAN, M., (1869), *Historia de la legislación romana, desde su origen hasta la legislación moderna*, (Madrid, Librería de Don Leocadio López).

OVIEDO ALBÁN, JORGE (2014): “La protección del comprador ante los vicios ocultos de la cosa entregada: del Derecho Romano a los instrumentos contemporáneos sobre contratos” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIII, pp. 201-240.

VARRON, (2010): *Rerum Rusticarum*, Ed. Utilizada: de CUBERO SALMERÓN, José Ignacio, (Sevilla, Ed. Junta de Andalucía).

ZIMMERMANN, REINHARD, (1996): *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (Oxford, Ed. Oxford University Press).

# ANÁLISIS DEL DISCURSO DE ODIO COMO FORMA DE DISCRIMINACIÓN: CONCEPTOS, CRITERIOS Y ESTRUCTURA

## ANALYSIS OF HATE SPEECH AS A FORM OF DISCRIMINATION: CONCEPTS, CRITERIA AND STRUCTURE

MIGUEL BASTÍAS QUEZADA\*  
UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene por objeto hacer un estudio sobre el discurso del odio o hate speech, partiendo sobre la distinción que debe hacerse entre éste y discriminación. Ver cómo la jurisprudencia internacional ha optado por concepciones más liberales o restrictivas en esta materia. Posteriormente se analizará la regulación del hate speech en nuestro país, haciendo referencia a las normas vigentes y proyectos de ley en trámite. Finalmente, se hará un análisis de la estructura del hate speech, de los criterios que deben considerarse para evaluar un discurso y cómo el hate speech propiamente tal, constituye una limitación a la libertad de expresión.

**PALABRAS CLAVE:** Discurso del odio, Libertad de expresión, Derechos Fundamentales, discriminación.

**ABSTRACT:** *The purpose of this paper is to study hate speech, based on the distinction between hate speech and discrimination. See how international jurisprudence has opted for more liberal or restrictive conceptions in this matter. Afterwards, the regulation of hate speech in our country will be analyzed, making reference to the current norms and bills in process. Finally, an analysis of the structure of hate speech will be made, of the criteria that should be considered to evaluate a discourse, and how hate speech proper, constitutes a limitation to freedom of speech.*

**KEY WORDS:** *Hate speech, Freedom of Speech, Human Rights, Discrimination.*

---

\* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Andrés Bello. Docente de la asignatura de Derechos Fundamentales y Teoría de la Constitución de la Universidad Andrés Bello. Orador del *17th Human Rights Moot Court Competition – American University, Washington College of Law*. Correo electrónico de contacto: mbastias@outlook.com. Correo postal: Talcahuano 7.100, comuna de Talcahuano.

Agradecimientos especiales a Boris Fiegelist Venturelli, Director de la carrera de Derecho de la Universidad Andrés Bello Sede Concepción y Tania Busch Venthur, profesora del Departamento de Derecho Público de la misma institución, quienes me animaron a realizar el presente trabajo.



## 1. INTRODUCCIÓN

Desde la creación de los Estados Democráticos de Derecho y particularmente durante los siglos XX y XXI, podemos encontrar un sin número de conflictos sociales que tienen como común denominador la intolerancia hacia ciertos grupos de la población que, al revestir una determinada cualidad, causan antipatía o aversión a otros sectores de la sociedad generalmente mayoritarios. Estas cualidades pueden referirse a raza, nacionalidad, religión, sexo, orientación sexual, estatus social o económico, educación, entre otros. Es por ello que, tanto en el plano internacional como nacional, se han creado instrumentos que buscan, por un lado, proteger a las personas de actos discriminatorios y por otro, evitar que se generen discursos o locuciones que tengan por objeto crear o incentivar esa antipatía o aversión hacia aquellos grupos discriminados, lo cual se conoce como *Hate Speech* o Discurso de Odio.

La cuestión antes dicha es delicada, sobre todo en el segundo caso, por cuanto importa una censura, lo cual constituye una limitación al derecho fundamental de libre expresión. Así las cosas, el presente trabajo primero se encargará de distinguir en qué consiste la discriminación y el discurso del odio, y cómo ambos se relacionan entre sí. Posteriormente se expondrá cuáles son las dos principales concepciones de *hate speech* utilizadas por tribunales internacionales, como representantes de un sector más liberal y otro más restrictivo en cuanto a qué va a entender cada uno como discurso constitutivo de *hate speech*, comentando algunas de sus sentencias. Hecho eso, se estudiará la regulación actual del *hate speech* en nuestro país. Luego se realizará un análisis sobre cuáles son los elementos, estructura base y criterios de identificación de *hate speech*, para finalizar con un comentario sobre éste como limitación a la libertad de expresión.

Lo anteriormente señalado, debe ser entendido como un aporte a la discusión sobre el *hate speech* en nuestro país, el cual, en los últimos años, ha discutido temas de relevancia social que han generado conflicto en diversos sectores de la sociedad y que dicen relación con materias como la igualdad de género, aborto, matrimonio homosexual, aumento en la tasa de inmigrantes, inclusión de enfermos y discapacitados, entre otros, quienes han sido históricamente, los grupos más vulnerables en contra de los cuales va dirigido comúnmente el discurso de odio.

## 2. DISCRIMINACIÓN Y *HATE SPEECH*

Cuando se aborda el estudio del *hate speech*, es necesario estudiar la figura de la discriminación, ya que ambas están estrechamente relacionadas, sin embargo, poseen características individuales que nos permiten diferenciarlas. Así, cuando hablamos de *hate speech*, estaremos hablando necesariamente de discriminación, lo que no ocurre al revés.

extendernos demasiado en el estudio de la discriminación propiamente tal, podemos encontrar en el plano internacional y nacional, diversos instrumentos que tratan sobre la discriminación como un acto contrario al Derecho de Igualdad de las personas. Así, La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 7 señala que:

“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 24 que:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Por otro lado, en el plano nacional, nuestra Constitución en su artículo 19 número 2 asegura a todas las personas:

“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Paralelamente, la ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, en su artículo 2 establece que:

“Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

La discriminación, como atentado a la igualdad de las personas, supone un desconocimiento a la dignidad humana, la cual se debe entender, en este respecto, como un “reconocimiento que toda persona puede exigir a sus conciudadanos de su condición de individuo apto para la vida en sociedad; derecho que se ve menoscabado cuando las características raciales, religiosas o culturales del individuo son asociadas de forma indiscriminada con comportamientos antisociales<sup>17</sup>”.

Al respecto es necesario señalar que no toda distinción es contraria al derecho de igualdad ante la ley, es decir “no todo trato diferenciado equivale a discriminación, sino sólo el que no es razonable, es injustificado y perjudicial para la persona. Por ello están permitidas las diferencias que se basan en el mérito, la capacidad o la habilidad individual, pero las clasificaciones fundamentadas en supuestas características de grupo o las estereotipadas no están permitidas<sup>22</sup>”.

Así entonces, el acto discriminatorio, en su nivel más sencillo, obedece simplemente a la intolerancia que una persona tiene respecto de otra, por tener esta última, una determinada cualidad relativa a su raza o etnia, nacionalidad, ideología política, la religión, el sexo, orientación sexual, entre otras y que produce en la primera, un ánimo de antipatía o aversión tal, que lo lleva a realizar una diferenciación irracional o sin fundamento lógico.

De la mano de la discriminación, pueden desarrollarse otras formas más nocivas y destructivas de segregación, como lo es, por ejemplo, el *hate speech*. Al respecto, diversos instrumentos han tratado de conceptualizar esta figura, dentro de los cuales podemos mencionar el artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala:

<sup>1</sup> DÍAZ (2015) p. 87. El autor comenta que, “Las leyes contra la difamación de un grupo o colectividad protegen el núcleo esencial de la reputación de cada persona contra intentos, por ejemplo, de asociar a todos los miembros de un grupo racial o religioso vulnerable con la comisión de graves actos criminales; imputación que de ser sostenida ampliamente privará a los miembros del grupo en cuestión del estatus de ciudadanos” y que además “Debe presumirse que las personas son básicamente honestas y respetuosas de la ley, así como que sus atributos básicos –por ejemplo, ser hombre o mujer, blanco o negro, judío o cristiano– no las predisponen a incurrir en actos criminales o les atribuye un carácter antisocial”.

<sup>2</sup> SHELTON (2008) p. 25-26. En su texto, la autora cita el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación General 18: No discriminación (1989) en *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, HRI/GEN/1/Rev. 8, 8 de mayo de 2006, p 185. Que señala que “[E]l Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.

“Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 13.5 establece que:

“Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma y origen nacional”.

Por otro lado, en un sentido más estricto, el Consejo de Europa en su Recomendación No. R (97) 20 adoptada por el Comité de Ministros el 30 de octubre de 1997, definió el discurso del odio como:

“Cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia manifestada mediante un nacionalismo y etnocentrismo agresivos, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”.

Si bien discriminación y *hate speech* están estrechamente relacionados, pueden desprenderse algunas distinciones a través de su análisis. Al respecto, uno de los rasgos diferenciadores del *hate speech* en relación con la discriminación propiamente tal, es que el segundo suele darse en un contexto privado y generalmente involucrará a pocas personas (discriminador y discriminado), en cambio, el *hate speech*, se da generalmente en un contexto público que involucra a varias personas (locutor y audiencia). El *hate speech* “va más allá de la simple expresión de rechazo o antipatía, ya que trata de promover la hostilidad contra las personas respecto de quienes se dirige la conducta discriminatoria<sup>3</sup>”. Es por ello, como dijimos anteriormente, que cuando hablamos de *hate speech*, estaremos hablando necesariamente de discriminación, lo que no ocurre al revés.

Otro rasgo diferenciador entre el acto discriminatorio y el *hate speech*, es que, en el primero, el discriminador no busca influir en el fuero interno de algún receptor específico, no busca generar aversión ni rechazo, ni que el receptor se identifique en algún modo con su discurso. En cambio en el *hate speech* pasa totalmente lo contrario, el emisor del mensaje discriminatorio busca influir en el fuero interno del receptor del mensaje, de manera tal que produzca en él, molestia, rechazo, incomodidad, resentimiento o antipatía hacia el grupo social en contra del cual se dirige el mensaje, de manera tal, que el receptor, en su nivel más íntimo, se identifique con el discurso, haciéndolo propio y en donde, eventualmente, este ánimo interno se exteriorice en un acto discriminatorio posterior. Dicha cuestión es uno de los rasgos que satisfacen uno de los criterios de identificación de *hate speech* –que veremos más adelante– y que dice relación con la intención de malignidad en virtud de la cual, existe una invitación e incitación explícita o implícita a terceros para humillar o excluir a grupos discriminados<sup>4</sup>.

El conflicto que genera el *hate speech* es que, como locución que es, configura una opinión que, en principio, estaría protegida por el Derecho de Libre Expresión e Información. Por ende, la prohibición del discurso del odio constituye en sí, una limitación a este derecho fundamental. Al respecto, podemos señalar entonces que la prohibición del *hate speech*, en términos generales, es

<sup>3</sup> PAÚL (2011) p. 575. Al respecto, es necesario señalar, como bien dice el autor que “Las sanciones que se apliquen a los actos de incitación al odio prohibidos por la ley pueden ser de carácter civil, infraccional o penal, habiendo ordenamientos jurídicos donde coexisten dos o más tipos de normas regulatorias del *hate speech*.”

<sup>4</sup> KAUFMAN (2015) p. 152. En su respectiva nota de pie de página número 273, el autor cita a la Organización de Estados Americanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, op. cit., p. 38 y señala que el criterio de malignidad se debe entender “En un sentido similar a lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina llaman real malicia, es decir, expresar una opinión con plena intención de causar un daño y conocimiento de que se estaban difundiendo informaciones falsas o con un evidente desprecio por la verdad de los hechos”.

una “limitación a la libertad de expresión, más o menos estricta, destinada a prohibir locuciones u otras expresiones que inciten a la discriminación, hostilidad o violencia en contra de una o más personas en virtud de su pertenencia un grupo determinado, sea este una nación, raza, religión o algún otro, o en contra del grupo mismo”<sup>5</sup>”.

Ahora bien, un segundo conflicto que podría generarse es qué va a entender el legislador, al momento de regular el *hate speech*, como locución que incite a la discriminación, hostilidad o violencia. En términos simple, ¿será toda locución de intolerancia un acto constitutivo de *hate speech* que debe ser censurado? Al respecto, podemos distinguir dos concepciones que van desde un enfoque más liberal a otro más restrictivo y que pasaremos a estudiar a continuación.

### 3. COMPARACIÓN DE DIFERENTES CONCEPCIONES DE *HATE SPEECH*: ESTADOS UNIDOS Y EUROPA

Habiendo entonces distinguido la discriminación y el *hate speech*, pero reconociendo su estrecha relación, pasaremos a ver diferentes concepciones sobre el *hate speech* que van desde un sector más liberal a un más restrictivo. Como referente de cada uno de aquellos sistemas podemos mencionar, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respectivamente. Si bien, ambos coinciden en que el discurso del odio como locución negativa que es, debe ser regulado y limitado, las diferencias vienen dadas en el amplio espectro de expresiones que van a ser consideradas como constitutivas de *hate speech* y cuáles no.

En el caso de Estados Unidos, la libertad de expresión, reconocida en la primera enmienda, goza de gran importancia por el valor que se le da a este derecho como medio para conducir a la verdad<sup>6</sup>. Por otro lado, la necesidad de proteger los discursos anticomunistas durante la Guerra Fría, llevó a la Corte Suprema, a cambiar el criterio jurisprudencial para determinar qué tipo de *hate speech* debe ser censurado, criterio que hoy se conoce como estándar *Brandenburg* y que fue reconocido en la sentencia *Brandenburg vs. Ohio* (1969). En aquel caso, un líder del *Ku Klux Klan*, fue condenado por la ley del Estado de Ohio por haber emitido éste, en una reunión de aquel clan y que fue filmada y transmitida por medios de comunicación, expresiones racistas y violentas en contra de las personas afroamericanas y judías. La Corte, señaló que “el mero acto de enseñar (...) la pertinencia moral o incluso la necesidad moral de recurrir a la fuerza y a la violencia no puede equipararse a preparar a un grupo para actuar violentamente e instigarlo para ese fin”<sup>7</sup>. Y que en ese sentido “una ley que no logra establecer esta distinción invade, de manera inaceptable, las libertades garantizadas por la Primera y la Decimocuarta Enmiendas. Incluye indiscriminadamente entre sus prohibiciones aquellas expresiones que, conforme a nuestra Constitución, son inmunes al control del gobierno”<sup>8</sup>. Así entonces, se establece que si del análisis del discurso acusado, no se desprende que se generará una situación de violencia inminente o un quebrantamiento de la paz inmediato, gozará de la protección de la libertad de expresión y no podrá ser censurado.

En cuanto a la gran importancia que se le da a la libertad de expresión en Estados Unidos con relación al *hate speech*, cabe mencionar la sentencia *Snyder vs. Phelps* (2011), en donde Fred Phelps, un representante de la Iglesia Bautista de Westboro, junto a sus seguidores, señalaban que Dios castigaba a los Estados Unidos por su tolerancia a la homosexualidad, particularmente dentro del ejército, por lo que a menudo, realizaban manifestaciones cerca de funerales de militares norteamericanos. Así, se realizaron manifestaciones en terrenos públicos adyacentes al lugar donde

<sup>5</sup> PAÚL (2011) p. 575. El autor elabora la definición considerando lo dispuesto en varios instrumentos internacionales tales como “Art. 20 Inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 13 párr. 5º de la Convención Americana sobre DD.HH. y Art. 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”.

<sup>6</sup> PAÚL (2011) p. 576.

<sup>7</sup> *BRANDENBURG VS. OHIO* (1969). Corte Suprema Estados Unidos.

<sup>8</sup> *BRANDENBURG VS. OHIO* (1969). Corte Suprema Estados Unidos.

se hizo el funeral del cabo Matthew Snyder, hijo de Albert Snyder, quien fue asesinado en Irak en 2006, situación en donde Phelps mostró carteles con expresiones homofóbicas. Al respecto, la Corte señaló que la iglesia estaba hablando sobre asuntos de interés público en lugar de asuntos de importancia puramente privada. El Tribunal explicó que el “discurso trata asuntos de interés público cuando puede considerarse justamente como relacionado con cualquier asunto de interés político, social o de otro tipo para la comunidad o cuando es un tema de interés general y de valor y preocupación por el público. El discurso sobre asuntos públicos tiene derecho a protección especial bajo la Primera Enmienda porque sirve al principio de que el debate sobre asuntos públicos debe ser desinhibido, sólido y abierto<sup>9</sup>”.

Otro caso interesante es el de *Collin vs. Smith (1978)*, en donde en el pueblo de Skokie, Illinois, que cuenta con una gran población de judíos, miembros del *National Socialist Party of America*, exhibía en la vía pública, esvásticas y otros símbolos nazis. Al respecto la Corte de Apelaciones del séptimo circuito concluyó que el uso de dichos símbolos en actividades o manifestaciones públicas, estaban amparados por la primera enmienda, pues tales expresiones no podían considerarse como una incitación inminente al uso de la violencia, ni caían en el concepto de palabras pendencieras (*fighting words*), esto es, las que, por el solo hecho de ser proferidas, infligen daño o tienden a incitar un inmediato quiebre de la paz<sup>10</sup>.

En el lado contrario a este criterio más liberal, tenemos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sigue un criterio más restrictivo en cuanto al *hate speech*. Esto obedece, al igual que en el caso de Estados Unidos, a un contexto histórico determinado. Tras la Segunda Guerra Mundial y debido a las atrocidades cometidas por el régimen nazi en contra de diversos grupos de la población, los países europeos y organismos internacionales se vieron en la obligación de crear medios e instrumentos para reconocer, garantizar y proteger los Derechos Fundamentales.

Uno de los casos que podemos señalar, es el de *Norwood c. el Reino Unido (2004)* en donde Mark Anthony Norwood, quien pertenecía al Partido Nacional Británico, quien entre noviembre de 2001 y el 9 de enero de 2002, colocó en la ventana de su piso de la primera planta un gran póster, con una fotografía de las torres gemelas en llamas, las palabras “Islam fuera de Gran Bretaña - Proteja a los británicos” y un símbolo de una media luna y estrella en un letrero de prohibición. Norwood fue acusado de delito agravado bajo la sección 5 de la Ley de orden público, por mostrar, con hostilidad hacia un grupo racial o religioso, cualquier escritura, señal u otra representación visible que sea amenazante, abusiva o insultante. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló “está de acuerdo con la evaluación realizada por los tribunales nacionales, a saber, que las palabras e imágenes en el cartel equivalen a una expresión pública de ataque contra todos los musulmanes en el Reino Unido. Ese ataque general y vehemente contra un grupo religioso, que vincula al grupo en su conjunto con un grave acto de terrorismo, es incompatible con los valores proclamados y garantizados por la Convención, en particular la tolerancia, la paz social y la no discriminación<sup>11</sup>”.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia *Pavel Ivanov contra Rusia (2007)*, en donde un artículo periodístico señalaba que los judíos eran una fuente del mal para Rusia, atribuyéndoles conspiraciones y doctrinas perjudiciales al país. “El Tribunal señaló que los puntos de vista antisemita que incitaban al odio hacia el pueblo judío constituían un ataque general a un grupo étnico. Así entonces, estimó que dichas expresiones eran contrarias a la tolerancia, la paz social y la no discriminación<sup>12</sup>”.

<sup>9</sup> *SNYDER VS. PHELPS (2011)*. Corte Suprema de Estados Unidos.

<sup>10</sup> *COLLIN VS. SMITH (1978)*. Corte Suprema de Estados Unidos.

<sup>11</sup> *NORWOOD C. EL REINO UNIDO (2004)*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>12</sup> ESQUIVEL (2016) P. 14. Al respecto la autora señala que “En la publicación se negaba a los judíos la condición de una dignidad nacional, alegando que no formaban una nación”.



Otro caso atingente es el de *Vejdeland c. Suecia (2012)*, en donde un grupo de jóvenes ingresó en un establecimiento educacional a repartir panfletos con expresiones homofóbicas tales como que la homosexualidad era una desviación amoral, que son culpables del aumento de VIH y que los homosexuales eran pedófilos, entre otros, señalando el Tribunal que “La incitación al odio no necesariamente debe comportar el llamado a la comisión de actos violentos o criminales. Insultar, ridiculizar o difamar a un grupo específico de la población puede ser suficiente para que las autoridades estatales adopten medidas para combatir el discurso del odio, como un modo irresponsable de ejercicio de la libertad de expresión<sup>13</sup>”.

Así entonces la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ocupa un criterio más restrictivo en donde los discursos, locuciones o mensajes, ya sea a través de medios verbales o textuales, no necesariamente deben generar una situación de violencia inminente o quebrantamiento de la paz para ser constitutivo de *hate speech*, muy por el contrario, simples expresiones de odio pueden ser objeto de acciones legales.

Teniendo estas dos concepciones sobre *hate speech* sobre la mesa, que si bien, parten sobre la base de que existen discursos nocivos que deben ser prohibidos, se diferencian en qué se va a entender por locuciones constitutivas de *hate speech*, podemos contrastar dichos estándares o criterios con nuestra legislación para determinar si nuestro ordenamiento sigue una postura más estricta o liberal sobre la materia y que pasaremos a ver a continuación.

#### 4. REGULACIÓN DEL *HATE SPEECH* EN CHILE

Nuestra legislación actual carece de desarrollo en esta materia. Aun así, se han dado significativos pasos en la discusión sobre discriminación y *hate speech*. Al respecto, la ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, publicada en 2012, vino a afirmar el compromiso de Chile con el resto de las normas internacionales sobre derechos humanos en materia de discriminación e igualdad ante la ley. Como lo comentamos anteriormente, la definición que nos da esta ley permite conceptualizar el acto discriminatorio en su sentido más básico, pero queda un tanto atrás al no contemplar formas más desarrolladas de discriminación como lo es el *hate speech*.

Al respecto, otra ley que nos permite delimitar un poco más la regulación del *hate speech*, es la ley 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, la cual, en su artículo 31 señala “El que por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales”. Dicha norma debemos relacionarla con el artículo 2 del mismo cuerpo legal que establece qué debe entenderse por medio de comunicación: “Para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualquiera sea el soporte o instrumento utilizado”.

Así entonces, los medios de comunicación tradicionales quedan contemplados en la norma y cualquier incitación al odio podrá ser objeto de ser sancionada penalmente, pero a nuestro parecer la ley sólo se pone en el caso de las locuciones emitidas por medios de comunicación masivos, privilegiando en ese sentido, la forma o medio en que se propaga el mensaje y no el mensaje propiamente tal, al menos no en su nivel más esencial. En ese sentido un *hate speech* en contra de un determinado grupo de la población, emitido, por ejemplo, por una persona que se ubica en una plaza

<sup>13</sup> *VEJDELAND C. SUECIA (2012)*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

pública sobre una banca y con un megáfono o con su propia voz, comienza a emitir la locución discriminatoria, nos parece igualmente nocivo a que el mismo mensaje sea emitido por televisión. Si bien los niveles de audiencia a los que llegará el mensaje serán diametralmente distintos, no porque llegue a menos personas se va a restar importancia al contenido discriminatorio del mensaje.

Tal distinción fue identificada en un proyecto de ley sobre al odio racial y religioso, contenido en el Boletín 7130-07 de la Cámara de Diputados<sup>14</sup>, moción iniciada por los senadores Carlos Cantero Ojeda, Andrés Chadwick Piñera, Guido Girardi Lavín, Lily Pérez San Martín y Mariano Ruiz-Esquide Jara, el cual señala en su mensaje que “Chile, en tanto país democrático, ha suscrito diversos tratados internacionales que lo obligan a establecer medidas tendientes a garantizar el reconocimiento y el respeto de la dignidad humana, y, consecuentemente, el respeto de los derechos fundamentales de todas las personas. Uno de esos derechos es el de la no discriminación<sup>15</sup>”. En cuanto el *hate speech* propiamente tal, comenta que, “la incitación al odio y a la hostilidad discriminatoria se construye, generalmente, como hipótesis de incitación a un grupo indeterminado de personas, ya sea a un conglomerado de personas presentes o a través de medios de difusión pública, para moverlos al odio o a la violencia contra los integrantes de un determinado grupo racial, religioso, étnico, etc. Además, se señala que el ilícito en comento, se podría cometer a través de la palabra o alguna acción que exteriorice una opinión discriminatoria, que revelen hostilidad o menosprecio, hacia personas o grupos de personas, para mover a quien recibe el mensaje a la violencia, al odio, o a la discriminación arbitraria en contra de los que pertenezcan a un determinado segmento de la población, identificables por características tales como la raza, la religión, el credo, etc.<sup>16</sup>”.

Atendido lo anterior, el proyecto busca modificar una serie de normas legales, incluida la ley 19.733 y propone modificaciones al Código Penal estableciendo agravantes y tipos penales relativos al discurso de odio. Particularmente señala los siguientes cambios<sup>17</sup>:

- a. Reemplazar el artículo 31 de la ley 19.733, por el siguiente: “El que por cualquier medio de difusión pública de la palabra o de alguna acción que exteriorice una opinión discriminatoria, para moverlos al odio expresado en la violencia en contra de colectivos vulnerables, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio. Se entenderá por colectivos vulnerables, los integrantes de un determinado grupo identificable por características tales como la raza, la religión, el credo, y otras semejantes”.
- b. Incorporar al Artículo 12 Código Penal el siguiente numeral: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”.
- c. Incorporar al Código Penal el siguiente artículo nuevo bajo el número 140 bis: “El que efectuare amenazas por cualquier medio o realizare manifestaciones o expresiones destinadas a promover odio, desprecio, hostilidad o amedrentamiento, respecto de persona o colectividades en razón

<sup>14</sup> Boletín 7130-07. Cámara de Diputados. P. 3-4. Al hacer un análisis de la relación entre discriminación y discurso de odio y del derecho comparado, los legisladores concluyen que “La conducta punible no está limitada a la difusión de las acciones hostiles o de odio o menosprecio a algún medio de publicidad en particular” y que “que el tratamiento que se la ha dado a la incitación al odio en nuestra legislación, descrito precedentemente, ha sido pobre y deficiente. Pobre, porque ha sido recogida en solo dos legislaciones, una de las cuales actualmente se encuentra derogada (en referencia a la Ley 16.643 Sobre Abusos de Publicidad que fue derogada por la ley 19.733). Y, deficiente, porque, en primer término, no castiga la comisión de la incitación al odio con una pena privativa de libertad, y, en segundo lugar, porque limita la concurrencia de la incitación al odio al hecho de que la conducta punible haya sido emitida solo por alguno de los medios de comunicación que tales legislaciones describen”.

<sup>15</sup> Boletín 7130-07. Cámara de Diputados. P. 2.

<sup>16</sup> Boletín 7130-07. Cámara de Diputados. P. 2.

<sup>17</sup> Boletín 7130-07. Cámara de Diputados. P. 5-6.

de que profieren un culto permitido en la República, o que con acciones, palabras o amenazas ultrajare a los miembros de culto permitido en la República será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio, y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Si bien no es el objeto de este trabajo comentar sobre las implicancias penales del *hate speech*, nos parece interesante que, al menos respecto de la modificación a la ley 19.733 se considere la amplia gama de medios a través de los cuales se puede emitir un *hate speech*. Con una mejor redacción, el proyecto parecería proteger de mejor forma la igualdad y dignidad de las personas pues, como dijimos anteriormente, tanto el medio de comunicación -sea masivo o no-, como el mensaje propiamente tal, son dos elementos que deben concurrir en una norma que busque regular el *hate speech*.

Lamentablemente, hasta el momento de escribir este artículo, el proyecto se encuentra en su primer trámite constitucional sin tener mayor movimiento desde el año 2015 y no se ve un ánimo legislativo de sacar adelante la moción, probablemente, por la aprobación en su momento de la ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación tales como la acción de no discriminación y la introducción de la agravante número 21 del artículo 12 del Código Penal que señala “son circunstancias agravantes: Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca”. Si bien el aporte contra la discriminación es notable, se pudo aprovechar la oportunidad de modificar la ley 19.733 en términos similares a los propuestos en el proyecto de ley antes mencionado.

Por otro lado, un proyecto de ley<sup>18</sup> más reciente, fue presentado por el Ejecutivo con fecha 4 de septiembre del año en curso y que parece reimpulsar el compromiso de nuestro país en esta materia. Este proyecto tipifica el delito de incitación a la violencia, buscando incorporar un nuevo tipo penal en el Código del ramo que, en su texto original, expresa:

“Artículo 161-C.- El que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, incitare directamente a la violencia física en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo, basado en la raza, origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias de la víctima, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales. La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado, y la multa se impondrá en su grado máximo, cuando las conductas se hubieren realizado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo”.

Paralelamente, este proyecto derogaría el artículo 31 de la ley número 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.

Lo interesante es que, en los términos en que está planteado el tipo penal de incitación a la violencia, esto es, “El que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, incitare directamente a la violencia física”, toma una decisión respecto de la concepción o tipo de

<sup>18</sup> Boletín 11424-17. Senado. En los antecedentes del proyecto se hace referencia a que resulta especialmente preocupante “algunos discursos actuales que contribuyen a la generación de estereotipos basados en determinadas creencias religiosas, origen nacional, orientación sexual o el color de piel de las personas. Tales discursos incluso nos recuerdan la primera mitad del Siglo XX, en que la discriminación en contra de ciertos grupos de personas mediante el empleo de este tipo de discurso se tradujo en el exterminio de millones de seres humanos—como el genocidio armenio, los crímenes contra la población judía en la Alemania nazi, las dictaduras latinoamericanas, el genocidio en Ruanda, sólo por citar algunos ejemplos, han sido precedidos por un período en que se toleraron y exaltaron expresiones que fomentaron el racismo, la discriminación, la xenofobia y la intolerancia. Tales discursos germinaron y se materializaron en acciones concretas. La legislación que se haga cargo de los discursos que inciten a la violencia bajo la perspectiva del derecho penal debe ser una herramienta eficaz en el control de la barbarie que representa la discriminación injustificada”.

*hate speech* que nuestro legislador busca prohibir y que, en comparación a la jurisprudencia internacional, nos acercaría más al estándar *Brandenburg* seguido por la Corte Suprema de Estados Unidos, al considerar que si del hecho de emitirse la locución, no se desprende que existirá un escenario de violencia inminente o quebrantamiento de la paz inmediato a través de acciones o agresiones físicas hacia el grupo o grupos en contra del cual va dirigido el mensaje, no se estaría en presencia de *hate speech* por no cumplirse la conducta que tipifica el delito de incitación a la violencia.

Ahora, con independencia de la concepción de *hate speech* que decida tener nuestra legislación, podemos encontrar elementos comunes en su estructura o composición, pudiendo dejar el criterio de aplicación más estricto o liberal a uno de estos elementos y que analizaremos a continuación.

## 5. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL *HATE SPEECH* Y LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En un Estado de Derecho democrático, protector de derechos fundamentales, las personas tienen el derecho de poder emitir expresiones y opiniones sin previa censura por parte de agentes del Estado. La libertad de expresión es fundamental como instrumento que propicia el debate y el intercambio de ideas, pero en ese *feedback*, pueden presentarse expresiones que pueden dañar la dignidad de una persona o grupo de personas en atención a que, más que una crítica constructiva, parece un ataque directo o indirecto a una característica en particular que se posee. Es por ello que la emisión de cualquier expresión viene siempre acompañada de la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad civil o penal por los abusos que se hayan cometido en el ejercicio de aquella libertad<sup>19</sup>. Al respecto, debemos señalar, primeramente, que no todo mensaje puede ser catalogado como *hate speech*, y que, dentro de esa gama de discursos, no todas las locuciones de odio están prohibidas o sancionadas. Así, si una persona expresa “odio a tal o cual persona” estaría protegido por la libertad de expresión porque el derecho tolera estos odios menores, mal que mal, nadie tiene la obligación jurídica de expresar simpatía ante una persona. En ese sentido, el *hate speech* que es prohibido por el derecho debe contar con ciertas características que lo hagan merecedor de ser censurado.

En cuanto a la estructura básica del *hate speech*, podemos recurrir a los diversos modelos de comunicación<sup>20</sup> para tratar de entender qué elementos lo componen, los cuales, por no pertenecer a nuestra área de estudio, sólo mencionaremos someramente. Dentro de los elementos que componen la estructura del *hate speech*, y de cualquier diálogo, es necesaria la concurrencia de un código, canal, emisor, mensaje, receptor y situación comunicacional:

- a. El código es un conjunto de signos interpretables que usa el emisor para construir el mensaje. Por ejemplo, el uso de un idioma o de imágenes.
- b. El canal es el medio por el cual el mensaje es enviado por parte del emisor al receptor. Por ejemplo, de forma verbal o textual.
- c. El emisor es aquel que elabora el mensaje.
- d. El mensaje –que lo estudiaremos con más detención más adelante– es el objeto de la comunicación y es el que debe contener la expresión de odio.

<sup>19</sup> WEBER (2009) p. 1. La autora señala que “por más amplio que sea el alcance de la libertad de expresión, algunas restricciones al ejercicio de este derecho pueden ser necesarias en algunas circunstancias. A diferencia del derecho a la libertad de pensamiento (convicción interna o fuero interno), el derecho a la libertad de expresión (manifestación externa o fuero externo) no es un derecho absoluto. El ejercicio de esta libertad conlleva ciertos deberes y responsabilidades y está sujeto a ciertas restricciones”.

<sup>20</sup> SHANNON (1949) p. 29-115.

- e. El receptor es el destinatario del mensaje y al que se busca persuadir con el *hate speech*.
- f. La situación comunicacional se refiere al contexto en que el mensaje es emitido.

Dentro del elemento mensaje, debemos estudiar paralelamente, una serie de criterios cuya concurrencia, según Gustavo Ariel Kauffman, es necesaria para poder distinguir una simple expresión de odio, de un *hate speech*. Al respecto, se deben identificar en el mensaje, los siguientes criterios<sup>21</sup>:

- a. Criterio de grupo en situación de vulnerabilidad: Existe una referencia explícita, o implícita pero indudable hacia un grupo históricamente discriminado, en un tiempo y espacio determinados.
- b. Criterio de humillación: Existe a) una opinión degradante o humillante respecto a ese grupo en situación de vulnerabilidad, o b) una referencia simbólica o histórica precisa que explicita o implica indubitadamente apoyo a eventos de humillación o degradación de grupos en situación de vulnerabilidad (la vestimenta del *Ku Klux Klan*), o c) un listado de personas o el señalamiento de una persona al que se le atribuyen cualidades negativas humillantes asociadas con prejuicios característicos de discriminación contra el grupo en situación de vulnerabilidad.
- c. Criterio de malignidad: Existe una invitación e incitación explícita o implícita a terceros para humillar o excluir a grupos en situación de vulnerabilidad o a personas identificadas como integrantes de tales grupos. Los destinatarios principales de estas opiniones son terceros.
- d. Criterio de intencionalidad: Existe una intención deliberada de humillar o excluir a personas discriminadas o identificadas como integrantes de grupos discriminados. Los destinatarios principales de estas opiniones son integrantes de los grupos discriminados.

Al respecto, creemos que el primer criterio no es sólo exclusivo de grupos históricamente discriminados. Si bien el *hate speech* se da comúnmente en contra de esos sectores, por verse en una posición más desventajosa por no poseer medios para ejercer presión, es posible también que ocurra a la inversa. Lo que determina en gran parte el *hate speech* no es la cantidad de personas que integran el grupo en contra del cual va dirigido o su posición en la sociedad, ni tampoco la situación social más privilegiada que pueda tener el emisor, sino la aversión e intolerancia que busca generar el mensaje. En ese sentido, si bien el *hate speech* que pueda emitir un grupo vulnerable en contra de otro que tenga una posición hegemónica en la sociedad podría no tener impacto a nivel social, es igualmente improcedente como el *hate speech* que se emite en contra de ellos. El odio, como reproche moral y jurídico, en los términos planteados, es igualmente nocivo sin importar del grupo de donde venga ni de la cantidad o cualidad de las personas que lo integran y porque además, ninguno de los instrumentos<sup>22</sup> estudiados aplicables a nivel americano y nacional, exigen que el grupo en contra del cual se dirige el mensaje constituya una minoría y/o un grupo vulnerable.

Respecto de los demás criterios, consideramos que son correctos y que deben concurrir necesariamente al momento de catalogar un mensaje como *hate speech*. Una locución que contiene expresiones en contra de un determinado grupo, debido a alguna característica en particular, tales como religión, ideología, nacionalidad, etnia, sexo, orientación sexual, educación, situación económica y social, entre otras, con el objeto de humillar o degradar a estas personas en base a concepciones negativas y prejuicios atribuidos, influir o incitar a otros a excluir o denigrar a estas

<sup>21</sup> KAUFMAN (2015) p. 150-152. El autor señala que "Para considerar que nos encontramos en un caso de *odium dictum*, debemos contar con los criterios A+B+C o A+B+D, siempre en un contexto dado. Si contamos con un caso que reúne los criterios A + B + C + D, nos encontraríamos con una especie de *odium dictum* de varias categorías.

<sup>22</sup> Ver Artículo 20.2 del PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Artículo 13.5 de la CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS y Artículo 31 de la LEY NÚMERO 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.



personas con la intención deliberada de producir esos efectos, sería un mensaje que no estaría protegido por el derecho fundamental de libre expresión, pues atentaría contra la dignidad de la persona humana, cualidad esencial, indivisible e inalienable del ser humano y, por ende, debería ser prohibido y censurado.

Teniendo esto como base, tanto en la estructura del modelo comunicativo como los criterios señalados para identificar al *hate speech*, se podrá hacer un análisis de los discursos emitidos por la población en el libre intercambio de ideas de los mensajes emitidos en virtud de la libertad de expresión. Esto es de total relevancia toda vez que, en el diario vivir, nos encontramos con expresiones como el humor, sátiras, ironías, sarcasmos, entre otros, que muchas veces y dependiendo de la sensibilidad de cada persona, son aceptados o repudiados. En una sociedad donde, en principio las locuciones se emiten sin previa censura, siempre se correrá el riesgo de que existan discursos que traen envuelto algún tipo de odio y que irán desde simples expresiones protegidas por la garantía a locuciones abiertamente discriminatorias<sup>23</sup>. Al mismo tiempo, siempre habrá grupos o sectores con sensibilidades que irán desde un punto más delicado a otro más inquebrantable y que ante un mismo mensaje, algunos podrán sentirse discriminados y otros, no le tomarán importancia.

Sin duda, ante toda esa gama de posibilidades, el ordenamiento jurídico debe proporcionar primeramente un sistema de protección de Derechos Fundamentales, tanto para la libre expresión como para la dignidad afectada por discursos de *hate speech*, otorgando las herramientas en uno y otro caso, y en cuanto a las situaciones de *hate speech*, como hemos dicho, es totalmente legítimo que una persona que se sienta agredida por un discurso pueda acudir a tribunales a reclamar el restablecimiento del derecho y será el juez el que, con la estructura y criterios propuestos, deberá decidir si el discurso reclamado constituye un caso de *hate speech* que deba ser censurado.

## 6. CONCLUSIÓN

En un Estado democrático, la dignidad humana, su reconocimiento y protección, son la base de un sistema que garantiza y promueve los derechos fundamentales. Al respecto, la libertad de expresión constituye uno de los principales mecanismos de participación en la vida social a través del intercambio de ideas, debiendo el Estado, abstenerse de limitar las expresiones emitidas en el uso de este derecho. Sin perjuicio de lo anterior, el ejercicio de este derecho puede constituir en algunos casos, una situación de abuso del mismo, en donde las expresiones emitidas contienen un mensaje fundado en la discriminación, entendida esta como “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”. Dichos mensajes constituyen la base del denominado *hate speech* o discurso de odio, entendido este como cualquier locución que contenga expresiones en contra de un determinado grupo, debido a alguna característica en particular, tales como religión, ideología, nacionalidad, etnia, sexo, orientación sexual, educación, situación económica y social, entre otras, con el objeto de humillar o degradar a estas personas en base a concepciones negativas y prejuicios atribuidos.

<sup>23</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Relatoría Especial Para La Libertad De Expresión (2009) p. 20-21. Al respecto “La CIDH ha indicado, siguiendo reiterada doctrina y jurisprudencia internacional en la materia, que la imposición de sanciones por el abuso de la libertad de expresión bajo el cargo de incitación a la violencia (entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional) debe tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que ésta sea), sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos. Si no fuera así, se estaría admitiendo la posibilidad de sancionar opiniones, y todos los Estados estarían habilitados para suprimir cualquier pensamiento u expresión crítica de las autoridades que, como el anarquismo o las opiniones radicalmente contrarias al orden establecido, cuestionan incluso, la propia existencia de las instituciones vigentes.

Influir o incitar a otros a excluir o denigrar a estas personas con la intención deliberada de producir esos efectos.

Al respecto, vimos que en el plano internacional existen diversos ejemplos de prohibiciones del *hate speech* que van desde sectores más liberales, particularmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, en donde dichos discursos gozan de la protección de la libre expresión siempre y cuando no superen el estándar *Brandenburg* o de violencia inminente. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ocupa un criterio más restrictivo en donde los discursos no necesariamente deben generar esa situación de violencia inminente para ser constitutivo de *hate speech*, muy por el contrario, simples expresiones de odio pueden ser objeto de acciones legales.

En nuestro país, la legislación antidiscriminatoria y reguladora de *hate speech* se encuentran principalmente en la ley 20.609 y 19.733 respectivamente. En cuanto a esta última, vimos que la regulación del *hate speech* nos parece más enfocada a los medios de comunicación tradicionales a través de los cuales se puede emitir un mensaje de odio y no tanto en el contenido, haciendo referencia a la distinción que sí hizo un proyecto de ley que buscaba modificar dicha norma pero que, lamentablemente se encuentra sin mayor movimiento en el Congreso, pero que, debido al nuevo proyecto de ley presentado el 4 de septiembre de 2017, que busca tipificar el delito de incitación a la violencia, podría retomar su discusión en el Congreso.

Posteriormente, vimos qué elementos integran la estructura base del *hate speech* a través de la teoría de la comunicación y cuáles son los criterios que debe contener un mensaje para que sea constitutivo de *hate speech*, a saber: Criterio de grupo en situación de vulnerabilidad, Criterio de humillación, Criterio de malignidad, Criterio de intencionalidad. Sin perjuicio de que aquellos criterios nos permiten identificar un *hate speech*, al menos en la teoría, en la práctica, ante la diversidad de personas y personalidades y ante las diversas formas en que puede ser emitido un mensaje (sátira, ironía, sarcasmo, etc.), podemos encontrarnos con discursos que constituyen simples manifestaciones de odio o *hate speech* propiamente tal, que interactúan con sensibilidades que pueden ser más o menos delicadas y que pueden sentirse afectadas por la emisión de dichas locuciones. Ante ello, el ordenamiento jurídico debe ser el que otorgue, por un lado, las herramientas para proteger las locuciones emitidas bajo el alero de la libertad de expresión, pero por el otro, brindar las acciones legales para que el que se sienta afectado por dichos mensajes, pueda concurrir a tribunales solicitando el restablecimiento del imperio del derecho, debiendo el juez, a través de la estructura y criterios propuestos, decidir si el mensaje en cuestión es constitutivo de *hate speech* o no.

Finalmente, debemos señalar que la discusión sobre *el hate speech* en nuestro país debe ser abordada con necesidad por los diversos sectores interesados en esta materia, por cuanto Chile, en los últimos años, ha entrado a debatir temas de importancia social, tales como igualdad de género, aborto, matrimonio homosexual, inmigración, inclusión de enfermos y discapacitados, entre otros, los cuales constituyen históricamente, aquellos grupos vulnerables en contra de los cuales va dirigido comúnmente el discurso de odio.

## BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: “Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09 (30 diciembre 2009).

DIAZ SOTO, JOSÉ MANUEL (2015): “Una aproximación al concepto de discurso del odio”. *Revista Derecho del Estado*, N° 34, pp. 77-101.

ESQUIVEL ALONSO, YÉSSICA (2016). “El Discurso Del Odio En La Jurisprudencia Del Tribunal Europeo De Derechos Humanos”. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S140591932016000200003](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140591932016000200003). Fecha de consulta: 20 de agosto de 2017.

KAUFMAN, GUSTAVO ARIEL (2015): *Odium dicta: Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet* (México, D.F., México, Ediciones Conapred, primera edición). pp. 150-152.

PAÚL DÍAZ, ÁLVARO (2011): “La Penalización De La Incitación Al Odio A La Luz De La Jurisprudencia Comparada”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N° 3, pp. 573-609.

SHANNON, CLAUDE (1949): *The Mathematical Theory of Communication* (Illinois, Estados Unidos, The University of Illinois Press). pp. 29-115.

SHELTON, DINAH (2008): “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile*, N° 4, pp. 15-39.

WEBER, ANNE (2009). *Manual on Hate Speech* (Francia, Council of Europe Publishing).

RECOMENDACIÓN NO. R (97) 20, CONSEJO DE EUROPA: “Del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Discurso de Odio (30 de octubre de 1997).

#### Normas Citadas

BOLETÍN 7130-07. CÁMARA DE DIPUTADOS (16/08/2010). Proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso.

BOLETÍN 11424-17. SENADO (06/09/2017). Proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación a la violencia.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto 100, de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. San José, Costa Rica (7 al 22 de noviembre de 1969).

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. París, Francia (10 de diciembre de 1948).

LEY NÚMERO 19.733 (04/06/2001), sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.

LEY NÚMERO 20.609 (24/07/2012), establece medidas contra la discriminación.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Nueva York, Estados Unidos (16 de diciembre de 1966).

#### Jurisprudencia Citada

*BRANDENBURG VS. OHIO* (1969): Corte Suprema Estados Unidos.

*COLLIN VS. SMITH* (1978): Corte Suprema Estados Unidos.

*NORWOOD C. REINO UNIDO (2004):* Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

*PAVEL IVANOV C. RUSIA (2007):* Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

*SNYDER VS. PHELPS (2011):* Corte Suprema Estados Unidos.

*VEJDELAND C. SUECIA (2012):* Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

# ALGUNOS ASPECTOS SOBRE EL DERECHO DE LOS PADRES A DECIDIR LA EDUCACIÓN MORAL Y RELIGIOSA DE SUS HIJOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

## THE ASPECTS OF THE RIGHT OF PARENTS TO DECIDE THE MORAL AND RELIGIOUS EDUCATION OF THEIR CHILDREN IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

LEONORA MADARIAGA MÉNDEZ\*

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

**RESUMEN:** en el desarrollo de los derechos fundamentales, especial lugar ocupa del derecho a la educación, dado los efectos respecto de quienes se encuentran en etapa de formación. En este contexto, los padres juegan un papel fundamental en la educación de sus hijos y, por lo mismo, el estudio del derecho que a ellos le asiste en la educación moral y religiosa de los menores resulta relevante a los efectos de comprender cabalmente el alcance de aquél. En este trabajo, la autora describe y analiza las principales sentencias que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado acerca de mencionado derecho de los padres, con particular énfasis en las cuestiones más controvertidas.

**PALABRAS CLAVE:** Multiculturalidad. Educación. Libertad religiosa. Derecho de los padres.

**ABSTRACT:** *In the development of fundamental rights, the right to education occupies a special place, given the effects on those who are in the training stage. In this context, parents play a fundamental role in the education of their children and, for this reason, the study of their right in the moral and religious education of minors is relevant in order to fully understand the scope of it. In this work, the author describes and analyzes the main judgments that the European Court of Human Rights has issued about the aforementioned right of parents, with particular emphasis on the most controversial issues.*

**KEY WORDS:** *Multiculturality. Education. Religious freedom. Right of parents.*

---

\*Abogada. Ex alumna de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Master en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Correo electrónico: [lmadariagamendez@gmail.com](mailto:lmadariagamendez@gmail.com)



## 1. INTRODUCCIÓN

Sabemos que la educación es un proceso complejo, que transcurre desde los primeros años de la vida del individuo hasta el final de sus días, cuyo principal objeto es, en el contexto educativo, permitir el máximo desarrollo del alumno dentro de la sociedad<sup>1</sup>.

Como es lógico, en dicha etapa, la mayoría los padres pone especial atención en el tipo de información que reciben sus hijos, la que en parte importante se produce y proviene de la escuela.

Debido a su naturaleza prestacional, este derecho fundamental requiere que el Estado despliegue ciertas acciones tendientes a cumplir con su función y en caso de producirse limitaciones a su ejercicio, éstas sólo podrán ser válidas, cuando tengan una suficiente normativa, la que en ningún caso podrá afectar el sustrato esencial del derecho<sup>2</sup>.

Por otra parte, es dable subrayar que las complejidades propias del citado derecho a la educación han aumentado debido a que nos encontramos en una sociedad cada vez más abierta e inclusiva, en que progresivamente se advierten mayor diversidad ideológica y/o religiosa, lo que genera nuevos desafíos y cuestionamientos para las sociedades tradicionales; muchas de ellas, justamente, han sido abordadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Su variada jurisprudencia se ha visto enriquecida por razón del constante intercambio cultural entre las diversas naciones europeas, caracterizadas por ser multiculturales, al formarse por individuos pertenecientes a diferentes etnias, culturas y religiones que provienen de diversas partes del globo. Estos grupos que se han ido asentando, exigen de la mayoría hegemónica el respeto de sus costumbres y tradiciones (de aquí surgen, por ejemplo, los llamados por la doctrina “conflictos de reconocimiento<sup>3</sup>”).

En tal orden de ideas, se afirma que uno de los rasgos distintivos de la sociedad actual es su pluralidad, tanto en el ámbito político, como cultural: en torno a este último, en efecto, se aprecia que no existe ya un único valor que presida el sistema de convivencia social. Así, en el caso de Europa, el profesor Pérez Luño lo ha puesto de relieve en los siguientes términos: “El carácter plural y abierto del sistema de valores europeo, obliga a descartar cualquier tipo de hegemonía o, en el peor de los casos, de una ‘tiranía de valores’ por parte de cualquier cultura nacional de Europa...<sup>4</sup>”.

Tal diversidad cultural (usualmente identificada con grupos o colectivos minoritarios –portadores de nuevos valores– contrarios o no a los de la mayoría hegemónica) conduce a la consideración de la sociedad europea, justamente, como multicultural, caracterización que se ha reforzado debido, últimamente, a los movimientos migratorios que se han intensificado recientemente, y que han traído como consecuencia, entre otras, tensiones en las diversas etnias, culturas y religiones. Sobre todo, en esta última materia, pues predomina en Europa Occidental una concepción cristiano-católica y, como bien se sabe, uno de los aspectos más importantes para las minorías es la religión y la posibilidad de practicarla en forma libre, para contribuir así al desarrollo espiritual de sus miembros<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Bajo esta premisa se ha establecido por la jurisprudencia -a propósito del homeschooling- que la forma óptima para lograrlo sería en la escuela. La formación en un centro docente sería el “instrumento más apropiado para conseguir dicha formación integral”. VALERO HEREDIA, A. (2012). “Ideario educativo constitucional y «homeschooling»: a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 133/2010, de 2 de Diciembre”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. (N° 94). p. 426.

<sup>2</sup> COTINO HUESO, L. (2014). op. cit. p. 442.

<sup>3</sup> Se produce con este fenómeno una alteración de lo que se comprendía por paradigma del reconocimiento y paradigma redistributivo. PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2005). *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. Madrid: Dykinson, p. 93.

<sup>4</sup> PÉREZ LUÑO, A. (2010). “Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos y garantías”. *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos* N° 2. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, p. 50.

<sup>5</sup> LAMO DE ESPINOSA, señala, que esto constituye una forma usual de legitimación. Lamo de Espinosa, E. (1995). *Culturas, Estado, Ciudadanos: una aproximación al multiculturalismo en Europa*. Madrid: Alianza Editorial, p. 15 y 16.

Ahora bien, dicha multiculturalidad comporta para los poderes públicos la necesidad de considerar en el ejercicio de sus funciones a esas otras culturas (particularmente, en sus manifestaciones externas, como en lo religioso o filosófico), lo cual, desde luego, plantea desafíos enormes en la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales (particularmente, aquellos vinculados a la dignidad de la persona humana –artículos 1.1 y 10 Constitución Española–, tal como, en lo que aquí interesa, las libertades de conciencia, pensamiento, religión, etc.)<sup>6</sup>.

Pues bien, uno de los ámbitos en que la multiculturalidad se revela con mayor vigor –y, por tanto, su estudio reviste mayor interés, como lo esbozábamos al principio– es el de la educación, señaladamente, en lo que aquí importa, el derecho que tienen los padres a decidir la educación de sus hijos, puesto que, en el contexto mencionado, el “pluralismo educativo, la coexistencia de enseñanza pública y privada, contribuyen a la preservación de la sociedad democrática, multicultural y multiétnica<sup>7</sup>”.

En esta materia, sin embargo, se han intensificado las aludidas tensiones, debido a la necesidad de considerar diversos aspectos: 1) el derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación que sea de acuerdo con sus convicciones religiosas y filosóficas; 2) el derecho de los niños a la educación; 3) el deber que tienen las autoridades de respetar las costumbres y creencias de sus alumnos y de prohibir cualquier tipo de adoctrinamiento o de discriminación<sup>8</sup>.

En este sentido, el objeto del presente trabajo es describir y explicar los principales asuntos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de los padres a decidir la educación y enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas (en tanto manifestación de la libertad de conciencia o de religión), sin pretender con ello, agotar aquí la investigación. Con dicho objeto, se efectuarán, además, algunas consideraciones generales en torno al contexto en el que se inserta tal derecho y a su configuración normativa.

## 2. MULTICULTURALIDAD, DIVERSIDAD Y UNIVERSALIDAD: ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES COMO CONTEXTO

Como cuestión previa es menester anotar –en términos muy generales– que desde la doctrina se han propuesto diversas formas de resolución de los conflictos de reconocimiento multicultural, entre ellos, la ciudadanía formalmente igualitaria y la ciudadanía diferenciada<sup>9</sup>. En el primero, predomina el desarrollo del sujeto como destinatario de derechos y no son consideradas las particularidades presentes en los diversos grupos de la sociedad. El Estado, a fin de alcanzar el bien común actúa con completa imparcialidad respecto de las diferencias<sup>10</sup>. Por otro lado, en la ciudadanía diferenciada la atención se pone en aquellos grupos, que efectivamente, por poseer rasgos diversos entre sí, requieren de un trato especial. A diferencia de la solución anterior, en este caso el Estado considera los rasgos diferenciadores en cada grupo y los hace parte de la sociedad, para así, en atención a las demandas particulares, formular las políticas de integración<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Este asunto es relevante, puesto que nos encontramos ante una Europa cuya tradición religiosa es marcadamente cristiana, hasta llegar al punto, que algunos Estados, reconocen o consagran de forma expresa una religión como oficial, no obstante, permitir la libertad de religión.

<sup>7</sup> BARRERO ORTEGA, A. (2009). Tribunal Europeo de Derechos Humanos: TEDH - sentencias de 26.06.2007, Folgero y otros c. Noruega, 15472/02, y de 09.10.2007, Hasan y Eylem Zengin c. Turquía, 1448/04 – “Objeción de conciencia de los padres a educación con implicaciones morales - enseñanza religiosa obligatoria”. *Revista de derecho comunitario*, (N° 32) p. 264.

<sup>8</sup> CATALÀ I BAS, A. (2002). “Los derechos fundamentales como límites a costumbres y prácticas religiosas o culturales”. *Anuario de Derecho Parlamentario*. Cortes Valencianas, (N° 13) p. 182.

<sup>9</sup> Sobre este tema consultar ARLETTAZ, F. (2014). “Dos modelos frente a la diversidad cultural: igualitarismo formal y ciudadanía diferenciada”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 59 (N° 221) pp. 201-224.

<sup>10</sup> Señala Arlettaz que: “La corriente igualitarista es retomada por no pocos autores contemporáneos. Aquí mencionaremos dos que por su peso son particularmente significativos: John Rawls y el propio Jürgen Habermas. Mientras que en Rawls el igualitarismo parece manifestarse en su forma más puramente liberal, Habermas intenta un igualitarismo que sintetiza liberalismo y republicanismo”. ARLETTAZ, F. (2014). op. cit., p. 208.

<sup>11</sup> *Ibidem*. p. 213.

En relación a esto último, cabe mencionar que las medidas que se adopten en torno al concepto de ciudadanía diferenciada varían también, según la definición que se tenga de multiculturalismo. Sintéticamente, se ha propuesto una concepción estricta y otra amplia: en la primera, el multiculturalismo se caracteriza por la presencia de minorías nacionales o, por la presencia de grupos étnicos o raciales que expresan identidades culturales cuasi institucionalizadas y, la segunda, por aquellos grupos cuyos integrantes comparten algunas características que los definen como diferentes a los miembros de la mayoría en lo relativo a valores, estilo de vida e intereses<sup>12</sup>.

Como fuere, lo cierto es que la asunción de estas demandas de reconocimiento de la diversidad y, por tanto, su respeto y promoción por parte de los poderes públicos comportan la necesidad de reflexión de su vinculación con la noción de universalidad de los derechos fundamentales, entendiendo por tal la aplicación de los derechos a todos los sujetos en forma general y sin distinción<sup>13</sup>. ¿Los derechos ya no serán universales; antes al contrario, son diversos<sup>14</sup>? Pues bien, el multiculturalismo es precisamente la conjunción de ambos conceptos y la necesidad de que éstos, convivan armónicamente, puesto que, en el caso contrario, tendríamos derechos aplicables a cada grupo en función de sus características propias (y, por tanto, particulares y aplicables casi en forma exclusiva) y por el otro, unas pocas garantías aplicables a todos (pues con la finalidad de ser extensiva a muchos, no podría atender a las diferencias).

En ese contexto, es menester que la diversidad religiosa (como manifestación más importante de la diversidad cultural) sea respetada y promovida por los poderes públicos en todos los ámbitos de la vida social y, especialmente, en aquellos en que sus manifestaciones son distintas de los grupos hegemónicos de la sociedad, como el educacional.

Ello, puesto que, como bien se ha señalado, la libertad religiosa es una expresión de la autonomía individual que debe ser respetada por todo el ordenamiento jurídico y sólo se puede restringir para la mantención de una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás<sup>15</sup>: así, si la libertad de conciencia es un valor básico de la democracia, entonces la admisión del pluralismo religioso es “una condición normal y sana de una sociedad democrática y libre<sup>16</sup>”.

Por último, es menester poner de relieve que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en concordancia con la necesidad de reconocimiento de los derechos de estas minorías, ha debido tutelar el cumplimiento de los principios de no discriminación y de igualdad entre los diversos grupos. Es en ese contexto, que han surgido innumerables instrumentos tendientes a lograr dicho cometido, entre los más reconocidos encontramos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>17</sup>; el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>18</sup> y el

<sup>12</sup> En el primer orden Taylor, Walzer y Raz. Bajo esta concepción, no se comprenderían aquellos grupos que no comparten una cultura sociológica, como serían los homosexuales y discapacitados. En la segunda acepción Young, Tully y Dumm, entre otros. GIANNI, M. (2001). *La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos. La Multiculturalidad, Cuadernos de derecho Judicial*. Madrid: Consejo General de Poder Judicial, p. 26.

<sup>13</sup> Francisco. Javier Ansuátegui, distingue entre universalidad en sentido descriptivo y prescriptivo, por otro lado, se refiere a la universalidad jurídica y moral: jurídica, en su sentido puro y simple y moral, en cuanto reviste los valores por los cuales estos derechos tienen su validez (punto sobre el cual desarrolla su investigación). ANSUÁTEGUI ROIG, FCO. J. (2010). “Derechos humanos: entre la universalidad y la diversidad”. *Derechos Humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?*. Donostia-San Sebastián: Instituto de derechos humanos Pedro Arrupe, Diputación Foral de Gipuzkoa. p. 25.

<sup>14</sup> Según la definición de la RAE: “Variedad, desemejanza, diferencia”.

<sup>15</sup> NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. 2da. Edición. Madrid: Iustel. p. 257.

<sup>16</sup> RUIZ VIEYTEZ, E. (2011). “Derechos en la diversidad cultural y religiosa: del asimilacionismo a la pluralización”. *Los símbolos religiosos en el espacio público*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 18.

<sup>17</sup> Artículo 18 “ Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

<sup>18</sup> Artículo 2.2 “2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>19</sup>, los dos últimos de 1966.

### 3. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL DERECHO DE LOS PADRES A ELEGIR LA EDUCACIÓN DE SUS HIJOS

En el contexto educativo, el natural deseo de los padres (integrantes de estos colectivos minoritarios) que sus hijos reciban una educación acorde a sus creencias puede no encontrar recepción en el ámbito escolar, bien por la imposición de modelos educativos con tendencia a la uniformidad, bien por el no reconocimiento de las diferencias propias de la diversidad religiosa, bien por las limitaciones normativas que impiden determinadas modalidades de enseñanza, etc., o que ciertos preceptos impidan que los padres, acorde a sus convicciones, decidan educar a sus hijos en el hogar (homeschooling): así, por ejemplo, puede que la instrucción religiosa de carácter confesional sea impartida en la educación pública, pero, en todo caso, la misma no puede ser impuesta en forma obligatoria en contra de la voluntad de los alumnos o sus padres, ni mucho menos marginar a quienes han optado por no recibirla<sup>20</sup>.

En este orden de consideraciones, es menester apuntar que, por ejemplo, la doctrina española pone de relieve que el derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral que ha de darse a sus hijos forma parte, justamente, del derecho de libertad religiosa<sup>21</sup> o de la libertad de conciencia<sup>22</sup> y se caracteriza por ser “poliédrico” o “multifacético<sup>23</sup>” o por constituir “una estructura jurídica algo compleja<sup>24</sup>”, que comprende varios sujetos en la relación que genera<sup>25</sup>.

En todo caso, debe puntualizarse que tal derecho de los padres debe ejercerse, en principio, mientras los niños son menores de edad<sup>26</sup>, lo que no excluye considerar a éstos como titulares de derechos fundamentales, destacando, entre otros, el derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)<sup>27</sup>.

Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos, a través de diversos instrumentos, apunta en esa dirección. En efecto, entre otros, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, del año 1989, dispone, en su artículo 14.2, que los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, sin perjuicio de “los

<sup>19</sup> Artículo 2.1 “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Más específico el artículo 27 que prescribe: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. Esta disposición es señalada por Kymlicka, como inicio de un enfoque más amplio a las minorías en cuanto al ejercicio de ciertas libertades. KYMLICKA, W. (2009). *Las odiseas multiculturales*. Paidós: Barcelona. p. 48. Para la evolución histórica de los derechos de las minorías y los derechos indígenas, véase KYMLICKA, W. (2009). op. cit., pp. 49-52.

<sup>20</sup> NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). op. cit., p. 268.

<sup>21</sup> Sin perjuicio de que, además, deriva de los llamados derechos educativos, principalmente, del derecho fundamental a la educación y a la libertad de enseñanza. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2008). “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. *Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Zaragoza: El Justicia de Aragón. p. 55.

<sup>22</sup> ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2014). “El derecho de los padres a elegir la educación religiosa de los hijos y transmitirles la fe como contenido del derecho a la libertad religiosa”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (N° 36) p. 8.

<sup>23</sup> RUANO ESPINA, L. (2009). “El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (N° 19) p. 2.

<sup>24</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2008). op. cit., p. 55.

<sup>25</sup> En tal carácter, se señala, además, que el origen del derecho de que se trata es muy antiguo. Se afirma que ya las Partidas imponían a los padres el deber de “criar a los hijos, dándoles e fazendoles lo que es menester segund. su poder”, es así como algunos civilistas, como Kipp y Wolff, a principios del siglo XX, definieron este deber de los padres de educar a sus hijos como “la influencia psíquica con el fin de formar su carácter y espíritu. RUANO ESPINA, L. (2009) op. cit., pp. 5-6.

<sup>26</sup> ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2014) op. cit., pp. 2 y ss.

<sup>27</sup> RUANO ESPINA, L. (2009) op. cit., p. 7.

derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”<sup>28</sup>.

Por tanto, en lo que dice relación con el sujeto titular del derecho a la educación, claro está que el discente es el destinatario y principal receptor de esta garantía, el desarrollo de este derecho y su protección, no tienen otro objeto que la formación de los niños, en libertad y el desarrollo de su personalidad<sup>29</sup>; si bien, existen otros beneficiarios, como los padres y profesores o los centros docentes y otras instituciones, solo ejercen una porción de esta garantía fundamental<sup>30</sup>.

Los padres, por su parte, son los principales responsables de la educación de sus hijos y sobre ellos pesa, el deber de escolarización de los menores, y la obligación de ejercer por ellos sus derechos, cuando éstos, por su menor edad, no pueden ejercerlos por sí mismos<sup>31</sup>.

#### **4. EL DERECHO DE LOS PADRES A ASEGURAR LA EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA DE SUS HIJOS CONFORME A SUS CONVICCIONES RELIGIOSAS Y FILOSÓFICAS Y LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO A RESPETARLO**

El derecho de que se trata está regulado, entre otros textos, en el protocolo adicional (de 1952) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ampliándose éste a “derechos y libertades distintos de los que ya figuraban en su Título I...”<sup>32</sup>.

Pues bien, acorde al artículo 2 del protocolo adicional, “*A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*”<sup>33</sup>.

Sin embargo, es la segunda parte del enunciado la que ha dado origen a los procesos llevados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues tiene perfecta conexión con los derechos del artículo 9, referido a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y el artículo 10 del Convenio, sobre la libertad de expresión<sup>34</sup>.

##### **4.1. Configuración jurisprudencial por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, ha delimitado los lineamientos generales a la hora de desarrollar el contenido material de este derecho<sup>35</sup>:

i. En cuanto a la redacción de la disposición, la totalidad del artículo 2 está dominada por

<sup>28</sup> También la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, reconoce a los mismos la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 17) y el derecho a formular objeción de conciencia (art. 12).

<sup>29</sup> COTINO HUESO, L. (2014). op. cit. p. 432.

<sup>30</sup> Lo anterior, dado el caso en estudio, pues, del punto de vista internacional y dada la vocación universalista e igualitaria este derecho, todos son titulares, pues “Todos tienen derecho a la educación”. MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2003). *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*. Madrid: Dykinson. p. 68.

<sup>31</sup> COTINO HUESO, L. (2014). op. cit. pp. 437-438.

<sup>32</sup> Encabezado protocolo adicional de París, del 20 de marzo de 1952.

<sup>33</sup> Este derecho se encuentra consagrado, en términos similares, en los siguientes cuerpos legales: artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de noviembre de 1948; artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de noviembre de 1966; artículo 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de noviembre de 1966 y artículo 14.3 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, entre otros.

<sup>34</sup> Se indica que, según la experiencia, los casos se articulan en dos vías. Por una parte, aquellos conflictos que dicen relación directa con las convicciones filosóficas, religiosas y morales de los padres y sus hijos y, por otro lado, aquellos que corresponden a actividades escolares, pero no dentro del aula, más bien, extracurriculares. NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012) op. cit., p. 236.

<sup>35</sup> Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, accesible en [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_2\\_Protocol\\_1\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_Protocol_1_ENG.pdf)



la primera oración —a nadie se le puede negar el derecho a la educación—, esto se traduce en que las convicciones de los padres y su aplicación no pueden traer como consecuencia que el niño no tenga acceso a la educación<sup>36</sup>.

ii. Del punto de vista de la exégesis del artículo 2, no puede considerarse como una disposición aislada de su cuerpo normativo y para su desarrollo e interpretación debe conjugarse con otras del Convenio, en especial los artículos 8, 9 y 10<sup>37</sup>.

iii. Los términos “respeto” y “convicciones”, presentan el siguiente alcance: “*respeto*” significa más que “reconocer” o “tener en cuenta”, (en principio una tarea pasiva para el Estado), implica cierta obligación positiva de parte del Estado<sup>38</sup> y “*convicciones*”, no es sinónimo de los términos “opiniones” e “ideas”. Denota puntos de vista que conllevan cierto nivel de contundencia, seriedad, cohesión e importancia<sup>39</sup>.

iv. El artículo 2, no hace distinción entre la instrucción religiosa y otras materias, por tanto, la educación sexual y ética entran dentro del alcance del artículo 2 del Protocolo N° 1. Es deber del Estado respetar las convicciones, ya sean religiosas o filosóficas de los padres y, a lo largo de todo el programa de educación<sup>40</sup>. Así como tampoco distingue entre enseñanza pública o privada<sup>41</sup>.

v. El deber de respeto es de amplia aplicación, vale tanto para el contenido de la instrucción y la manera de dispensarla, como también para el ejercicio del conjunto de “funciones” que asume el Estado<sup>42</sup>.

vi. Aunque en ocasiones se deba subordinar los intereses individuales a los de un grupo, la democracia no se reduce a la supremacía constante de la opinión de una mayoría; exige un equilibrio que asegure a las minorías un trato justo y que evite todo abuso de una posición dominante<sup>43</sup>.

vii. La definición y planificación del programa de estudios competen en principio a los Estados contratantes. Se trata, en gran medida, de un problema de oportunidad sobre el que el Tribunal no debe pronunciarse y cuya solución puede legítimamente variar según los países y las épocas<sup>44</sup>.

De lo indicado por el tribunal, podemos señalar que, al ser un precepto que debe considerarse en relación con otros de la Convención y que esté en segundo lugar frente al derecho a la educación, refuerza la idea de que, si bien es un derecho de los padres, la titularidad de este derecho recae sobre el propio menor, la que variará en atención a su grado de madurez y de juicio<sup>45</sup>.

Por otro lado, para lograr su protección es necesaria una convicción real y efectiva pues, por otro lado, exige al Estado la realización de acciones concretas con ese fin.

La interpretación que realiza el órgano de Estrasburgo de los términos “concepciones filosóficas y religiosas” es tan amplia, que permite figuras como la educación sexual, el *homeschoo-*

<sup>36</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Konrad y otros c. Alemania, de 11 de noviembre de 2006, decisión de inadmisibilidad.

<sup>37</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, de 07 de diciembre de 1976, ap. 52.

<sup>38</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Campbell y Cosans c. el Reino Unido, de 25 de febrero de 1982, ap. 37.

<sup>39</sup> Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982, ap. 36 y Valsamis c. Grecia, de 18 de diciembre de 1996, aps. 25 y 27.

<sup>40</sup> Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos Jiménez Alonso y Jiménez Merino España, de 25 de mayo de 2000; Dojan y otros c. Alemania, de 13 de septiembre de 2007, decisiones de inadmisión y Appel-Irrgang y otros c. Alemania, de 6 de julio de 2009.

<sup>41</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Kjeldsen, Madsen y Pedersen c. Dinamarca, del 7 de diciembre de 1976, ap. 53.

<sup>42</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982, ap. 33.

<sup>43</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Valsamis c. Grecia, ap. 27.

<sup>44</sup> Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, citada.

<sup>45</sup> MURCIA GONZÁLEZ, A. (2015). *Los derechos implicados en el ámbito educativo. La competencia social y ciudadana en la legislación española*. (Tesis doctoral, Universidad de Carlos III de Madrid). recuperado de <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/22472>. p. 125.

ling, incluso la ejecución de actividades fuera de la jornada escolar<sup>46</sup>.

Del punto de vista de la doctrina, esta señala que del artículo 2, a la luz de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se derivan dos importantes consecuencias: primero, que el término “convicciones”, ha de entenderse de manera restrictiva, no comprendiendo cualquier clase de opinión o idea, sino las que revisten cierto grado de seriedad y coherencia y segundo, el derecho de los padres a la educación de sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas y religiosas ha de ser interpretado en forma amplia<sup>47</sup>.

Por otra parte, este derecho tiene directa relación con aquel consagrado en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la libertad de pensamiento, conciencia y religión<sup>48</sup>, en el sentido que el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos no es más que manifestación de aquellas libertades. Como bien ha anotado Barrero Ortega, la enseñanza pública, en particular, ha de ser neutral y respetar las ideas y creencias de los padres, máxime teniendo en cuenta la importancia que ésta cobra en la actualidad en la realización del derecho de todos a la educación. Es más, la obligación de respeto –que pesa sobre el Estado–, se extiende a todas las creencias, religiosas y filosóficas<sup>49</sup>. Con todo, cuesta encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentencias que resuelvan conflictos en torno al artículo 9, en su mayoría los casos eran inadmitidos por ser “manifiestamente infundados”, y no será hasta 1993, con el caso *Kokkinakis c. Grecia*, donde la Corte se pronunciará sobre este derecho<sup>50</sup>.

En último término, el derecho de los padres es un derecho de libertad, con un carácter principalmente negativo, “sin que necesariamente deba deducirse de su contenido una dimensión prestacional. Basta con que el poder público respete su deber de neutralidad en la escuela pública y no interfiera en el libre desenvolvimiento de la iniciativa privada en el campo de la educación<sup>51</sup>”.

#### 4.2. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Expuestas las líneas generales del derecho en estudio, se presentarán los casos más relevantes que ha resuelto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia.

Cabe anotar, que, las controversias planteadas ante el órgano de Estrasburgo, para su resolución, basan su solicitud en la parte segunda del artículo 2 del protocolo adicional al Convenio, que regula el derecho a la educación, planteando objeciones de conciencia, basadas en sus convicciones

<sup>46</sup> Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Valsamis y Efstratiou c. Grecia*.

<sup>47</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2008). “La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo”. *Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado*. Granada: Comares, p. 124.

<sup>48</sup> Artículo 9: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”. Sobre las diversas interpretaciones sobre su significado, véase MARTÍN SÁNCHEZ, I. (2001). “Las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico internacional”. *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*. Madrid: Ministerio de Justicia Dirección General de Asuntos Religiosos p. 19, también, MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (1986). El derecho de la libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, II, p. 422, entre otros.

<sup>49</sup> BARRERO ORTEGA, A. (2009). op. cit., p. 265.

<sup>50</sup> Salvo, y excepcionalmente, el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 1976. En este sentido: SOLAR CAYON, J. (2009). “La libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el elemento religioso como factor de riesgo”. *Estudios de Derecho español y europeo*. Santander: Ediciones de la Universidad de Cantabria, p. 869 y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2001). “La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa”. *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, pp. 101-102.

Incluso el caso *Hoffmann c. Austria*, de 23 de junio de 1993, asunto N° 12875/87, en el cual se alega la vulneración de los artículos 9 del Convenio y 2 del Protocolo Adicional, es resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulneración al derecho a la intimidad, contenido en el artículo 8 del Convenio.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

religiosas y filosóficas, frente a la obligación de cursar determinadas asignaturas o de participar en algunas actividades fuera de clases, participar en desfiles conmemorativos o en obras de teatro; dos casos especiales deben llamar nuestra atención en la revisión de la jurisprudencia del tribunal, el primero de ellos, por constituir una objeción o desaprobación del sistema escolar en su conjunto –homeschooling– y que pretende la educación de los hijos en el hogar, y el otro, en atención a la relevancia del fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su probable vinculación con el derecho a la libertad de conciencia y la prohibición de adoctrinamiento, tan fuertemente difundida por el órgano encargado de aplicar el Convenio.

#### 4.2.1. *Objeción de conciencia a la asignatura de educación sexual: el caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*<sup>52</sup>

Este es el primer caso de objeción de conciencia basada en el artículo 2 del Protocolo que fue resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a raíz de este asunto, se introducen algunas directrices sobre la materia, que se han mantenido hasta la fecha en los pronunciamientos del tribunal<sup>53</sup>.

Sobre este asunto, es preciso señalar como antecedente en la causa, que la legislación danesa introdujo dentro del programa de las escuelas públicas, la materia de educación sexual, la que sería abordada de forma transversal en diversas asignaturas de carácter obligatorio, esto, debido al aumento de embarazos no deseados en las adolescentes y el consecuente incremento del número de abortos, (cerca de 4.000 abortos legales cada año y, según las opiniones de los expertos, unos 15.000 ilegales), además de otros factores (como la tasa de natalidad) mencionados.

Bajo estas circunstancias, tres matrimonios consideraron que dicho ajuste en la enseñanza de sus hijos iba contra sus convicciones religiosas, motivo por el cual solicitaron al Ministerio de Educación la autorización para eximirlos de cursar las materias de educación sexual, petición que fue denegada por el Estado Danés.

En la resolución del caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció como primer criterio en torno al artículo 2, la interpretación conjunta, de ambas partes de la disposición. Agregó, además, que el precepto no permite distinguir entre instrucción religiosa y otras materias, por lo que el Estado se obliga a respetar las convicciones de los padres ya sean religiosas o filosóficas, a lo largo de todo el programa educativo (ap. 50-51).

En lo que respecta a la interpretación del artículo 2 del Protocolo con los artículos 8, 9 y 10 del Convenio, el Tribunal dispone que debe primar el derecho a la educación de los niños, y que corresponde al Estado la formulación del programa escolar, el cual puede contener información de índole religiosa o filosófica, la que debe ser impartida en forma objetiva, crítica y pluralista. Así también, se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada

<sup>52</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 07 de diciembre de 1976, asuntos N° 5095/71; 5920/72; 5926/72, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["\"case of kjeldsen, busk madsen and pedersen c. denmark\""\],"documentcollectionid2":\["grandchamber","chamber"\],"itemid":\["001-57509"\]}\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Otros asuntos en este sentido Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino c. España*, de 25 de mayo de 2000, asunto N° 51188/99, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-5973"\]}\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) y *Dojan y otros c. Alemania*, de 13 de septiembre de 2011, asunto N° 319/08, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-106382"\]}\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

<sup>53</sup> Así también, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2014). "La presencia de los padres en el derecho a la educación". *Revista Española de Derecho Administrativo*. (N° 161).

No obstante, otro sector de la doctrina opina lo contrario, pues el fallo llevaría a la conclusión que las obligaciones del Estado, al momento de establecer su programa de enseñanza, van por la vía del "no adoctrinamiento", y no tanto, por una "acomodación a las creencias de los padres en el entorno escolar". Esta doctrina se ha mantenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Angelini c. Suecia*, al prohibir a una alumna la exención de las clases de "Instrucción religiosa", señalando que éstas se impartían de manera objetiva y neutral, a pesar de las convicciones ateas de ella y su madre, planteadas al momento de solicitar la exención. NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). op. cit., p. 273. También SOLAR CAYON, J. (2009). "La libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el elemento religioso como factor de riesgo". *Estudios de Derecho español y europeo*. Santander: Ediciones de la Universidad de Cantabria. p. 873.

como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres<sup>54</sup> (ap. 53).

El Órgano de Estrasburgo, destacó las consideraciones de orden moral, planteadas por Dinamarca en su argumentación (sobre todo en aquello que respecta al fácil acceso que tienen los niños a todo tipo de información, frente a lo cual se hace necesario dar una formación oportuna, clara y objetiva), consideraciones que no sobrepasan el límite de lo que un Estado democrático puede concebir como interés público.

En ese sentido, determinó que “el examen de la legislación impugnada prueba, en efecto, que no constituye un intento de adoctrinamiento tendiente a preconizar un comportamiento sexual determinado. Esta legislación no se consagra a exaltar el sexo ni a incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas peligrosas para su equilibrio, su salud o su futuro, o reprobables para muchos padres. Además, la legislación no afecta al derecho de los padres de aclarar y aconsejar a sus hijos, de ejercitar con ellos sus naturales funciones de educadores o de orientarles en una dirección, conforme a sus propias convicciones religiosas o filosóficas” (ap. 54). Basado en estos argumentos, no acogió la pretensión de los padres.

Conviene traer aquí lo que indicara Martín-Retortillo Baquer, sobre el sujeto más importante en torno al desarrollo de este derecho, que son los niños, por tanto, cuando las intenciones de los padres contrarían su bienestar superior, en este caso su educación, éstas se anulan en pos de un bien mayor, es decir: “Los derechos de los padres no tienen carácter autónomo o separado: valen en cuanto sean útiles para asegurar la formación de los niños pero no si el dogmatismo de los progenitores resulta un impedimento para la formación de los niños<sup>55</sup>”.

Otro sector de la doctrina hace notar el voto disidente del Juez Verdross, quien afirma: “frente a las demandas de los padres no se puede invocar el artículo 10 del Convenio, que protege la libertad de cualquier persona para recibir y comunicar informaciones, pues el artículo 2 del Protocolo constituye una regla especial que deroga el principio general del artículo 10 del Convenio, y protege el derecho de los padres a restringir la libertad de las informaciones a transmitir a sus hijos menores en lo tocante a la formación de la conciencia de éstos últimos<sup>56</sup>”.

Por otro lado, algunos autores, en tanto, ponen de relieve que el precepto en estudio no contiene una prohibición expresa del adoctrinamiento en la transmisión de la enseñanza estatal, sino que sólo mandata al respectivo Estado a “respetar” las convicciones de los padres y eso era lo que debía constatar el Tribunal, toda vez, que la disposición tampoco considera la posibilidad expresa de exención, en cuyo caso no había otra opción que concluir que efectivamente habría ocurrido una vulneración del artículo 2 del comentado Protocolo Adicional<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Sobre la tarea del Estado de evitar el adoctrinamiento, muy certero es el comentario de Martín-Retortillo, quien destaca el enorme esfuerzo de las naciones “a la hora de garantizar la calidad de los profesores a quienes se encomienda la delicada tarea de enseñar a los niños. ¡No vale cualquiera para enseñar! Se necesita una arraigada vocación, pero también una preparación a fondo a la altura de los tiempos. Y no cabe engañarse: la devaluación en la preparación y selección de profesores es un craso error de enormes repercusiones”. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2014). op. cit. p. 140.

<sup>55</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2014). “La presencia de los padres en el derecho a la educación”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (N° 161), p. 143.

<sup>56</sup> JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. Y CAÑAMARES ARRIBAS, S. (2007). “La objeción de conciencia en el ámbito educativo: comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø c. Noruega”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. (N° 15) p. 11.

<sup>57</sup> NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. 2da. Edición. Madrid: Iustel. p. 273.

#### 4.2.2. *Objeción de conciencia a cursar la asignatura de religión: los casos Folgerø<sup>58</sup> y Zengin<sup>59</sup>*

En ambos asuntos se plantea la objeción de conciencia para cursar la asignatura de instrucción religiosa.

Para el caso Folgerø con Noruega, es preciso tener como antecedente que, dicho Estado consagra en el artículo 2 de su Carta Magna, una religión oficial y una Iglesia de Estado –a la que pertenece el 86% de la población–.

Como una forma de compatibilizar su tradición cristiana con la enseñanza de otras religiones, el Estado realiza una modificación en esta materia y establece la asignatura de “cristianismo, religión y filosofía<sup>60</sup>”. En su implementación, se contemplaba la posibilidad de exención, la que, en todo caso, era parcial, pues solo se permitía respecto de algunas actividades dentro de la asignatura, por otro lado, para lograr esa dispensa, los padres tenían la carga de indicar lo que a su parecer era contrario a sus convicciones filosóficas y religiosas. Ante esta situación, un grupo de padres, miembros de la Asociación Humanista Noruega, y sus hijos, plantean el asunto ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El órgano de Estrasburgo trae a colación ciertos considerandos del emblemático caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen para resolver la controversia. Refiere, en primer lugar, que la segunda frase del artículo 2 del Protocolo “no impide a los Estados difundir, a través de la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, un carácter religioso o filosófico. No autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de resultar impracticable”. Agrega, que “el Estado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Este es el límite que no puede sobrepasar” (ap. 53).

En lo que respecta a la asignatura en cuestión, señala el tribunal, que esta contenía la cláusula “vocación cristiana”, cuya finalidad era dar a los alumnos una “educación cristiana y moral” (ap. 90), pero que tenía una “marcada preponderancia del cristianismo en la composición del plan de estudios de la asignatura” (ap. 91), lo que ponía en tela de juicio la neutralidad y objetividad con que esta era impartida, declarando finalmente, la vulneración del artículo 2 del protocolo.

El segundo asunto Zengin con Turquía<sup>61</sup>, resuelve la controversia generada a raíz de las

<sup>58</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø y otros c. Noruega, de 29 de junio de 2007, asunto N° 15472/02, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-81356"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Para un análisis pormenorizado de este caso, véase JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. y CAÑAMARES ARRIBAS, S. (2007). op. cit., pp. 1-14.

<sup>59</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Hasan y Eylem Zengin c. Turquía, de 09 de octubre de 2007, asunto N° 1 448/04, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"tabview":\["document"\],"itemid":\["001-82580"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

<sup>60</sup> Cuya finalidad era “establecer un entorno escolar abierto que acogiese a todos los alumnos, cualquiera que fuese su medio social, su fe religiosa, su nacionalidad, su pertenencia étnica u otra distinción. La finalidad era que la escuela no fuese un lugar de predicación o de actividades misioneras sino un lugar donde se encontrasen diferentes convicciones religiosas y filosóficas y donde los alumnos pudiesen aprender a conocer los pensamientos y tradiciones los unos de los otros” (ap. 15).

<sup>61</sup> En esta sentencia el Tribunal formula las siguientes consideraciones comparativas:

30. En Europa, la educación religiosa está estrechamente ligada a la educación secular. De los 46 Estados miembros del Consejo de Europa que fueron examinados, 43 imparten clases de educación religiosa en las escuelas estatales. Sólo Albania, Francia (con excepción de las regiones de Alsacia y Mosela) y la ex República Yugoslava de Macedonia son excepciones a esta regla. En Eslovenia, la enseñanza no confesional se ofrece en los últimos años de la educación estatal.

31. En 25 de los 46 Estados miembros (incluido Turquía), la educación religiosa es una asignatura obligatoria. Sin embargo, el alcance de esta obligación varía según el Estado. En cinco países, a saber, Finlandia, Grecia, Noruega, Suecia y Turquía, la obligación de asistir a clases de educación religiosa es absoluta. Todos los alumnos que pertenecen a la fe religiosa enseñada en las clases están obligados a seguirlas parcial o totalmente. Sin embargo, diez Estados permiten exenciones bajo ciertas condiciones. Este es el caso de Austria, Chipre, Dinamarca, Irlanda,



diversas corrientes que se profesan en el islam. En esta oportunidad, la familia Zengin practica el alevismo (Alevita), una vertiente del islam distinta a la que se imparte en las escuelas públicas de Turquía (Sunnita), motivo por el cual solicitan la dispensa para cursar la asignatura de “cultura religiosa y ética”. Sin embargo, la exención a dicha asignatura sólo estaba prevista para quienes manifestasen expresamente profesar la religión cristiana o judía, motivo por el cual es rechazada la petición<sup>62</sup>.

El Tribunal resuelve a favor de la pretensión de los padres pues, el sistema educativo no cumple con ser objetivo y neutral en la transmisión de su contenido.

Respecto de la posibilidad de exención, el Tribunal considera que “el procedimiento de exención no es un método adecuado y no proporciona una protección suficiente a los padres que pudieran considerar legítimamente que la materia enseñada es susceptible de dar lugar a un conflicto de lealtad entre la escuela y sus propios valores”... (ap. 77).

La doctrina señala que ambos casos vienen a afirmar la postura restrictiva del Tribunal respecto del derecho de los padres, en el mismo sentido que lo expresara en el caso Kjeldsen, aunque, por otro lado, reitera la necesidad velar por la real “objetividad y pluralismo” en la transmisión del contenido para evitar el adoctrinamiento religioso o moral<sup>63</sup>.

#### 4.2.3. *Objeción de conciencia frente a actividades físicas dentro del curriculum escolar: el caso Osmanoglu y Kocabaş*<sup>64</sup>

Este es un fallo reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que resuelve la oposición de un matrimonio sueco de origen turco a que sus hijas asistieran a clases de natación mixtas, las que eran obligatorias en la escuela, según sus padres, dicha actividad iba contra sus convicciones religiosas y vulneraba el derecho que tenían sobre la educación de sus hijas.

Frente a esta negativa la escuela dio a los padres la posibilidad que sus hijas asistieran con un burkini, pero éstos se negaron señalando que, “aunque el Corán no prescribiera cubrir el cuerpo femenino hasta la pubertad, su creencia les ordena preparar a sus hijas para los preceptos que se les aplicarían desde su pubertad”. Frente a esta negativa, las autoridades escolares sancionaron a los padres por incumplimiento de sus responsabilidades parentales, con una multa.

Islandia, Liechtenstein, Malta, Mónaco, San Marino y el Reino Unido. En la mayoría de estos países, la educación religiosa es confesional.

32. Otros diez países dan a los alumnos la oportunidad de elegir una clase sustituta en lugar de la educación religiosa obligatoria. Este es el caso en Alemania, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Serbia, Eslovaquia y Suiza. En esos países, la educación confesional se incluye en el plan de estudios elaborado por los ministerios competentes y los alumnos están obligados a asistir, a menos, que hayan optado por la clase sustituta propuesta.

33. En cambio, 21 Estados miembros no obligan a los alumnos a seguir clases de educación religiosa. La educación religiosa está generalmente autorizada en el sistema escolar, pero los alumnos sólo asisten si han hecho una solicitud a tal efecto. Esto es lo que ocurre en el mayor grupo de Estados: Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bulgaria, Croacia, España, Estonia, Georgia, Hungría, Italia, Letonia, Moldova, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia y Ucrania. Por último, en un tercer grupo de Estados, los alumnos están obligados a asistir a una clase de educación religiosa o de sustitución, pero siempre tienen la opción de asistir a una clase secular.

34. Esta visión general de la educación religiosa en Europa muestra que, a pesar de la variedad de métodos de enseñanza, casi todos los Estados miembros ofrecen, al menos, una vía por la cual los alumnos pueden optar por clases de educación religiosa, la opción de asistir a una clase de suplente, o dar a los alumnos la posibilidad de inscribirse o no en una clase de estudios religiosos.

<sup>62</sup> Sobre este mismo asunto (corriente Leví del Islam), se ha resuelto recientemente, un nuevo caso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Mansur Yalçın y otros c. Turquía”, de 16 de febrero de 2015, asunto N° 21163/11, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng/{“tabview”:\[“document”\],“itemid”:\[“001-146487”\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/{“tabview”:[“document”],“itemid”:[“001-146487”]}), pretensión que fue acogida por el Tribunal, esto pone en evidencia que, a pesar de los “esfuerzos” del Estado Turco por modificar el programa escolar, no ha llegado a resguardar en forma efectiva el respeto a las convicciones de los padres. Continúa el fallo “el sistema educativo turco no ofrece opciones apropiadas para los hijos de padres que tienen una convicción religiosa o filosófica distinta a la del Islam sunita y que el limitado procedimiento de exención es probable que someta a los padres de los alumnos a una carga pesada y la necesidad de revelar sus convicciones religiosas o filosóficas con el fin de tener a sus hijos exentos de las lecciones de la religión” (ap. 77).

<sup>63</sup> NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012), op. cit., p. 285.

<sup>64</sup> Sentencia LOZANO CONTRERAS, F. (2010) TEDH - sentencia de 03.11.2009, s. Lautsi c. Italia, Osmanoglu y Kocabaş c. Suiza, de 29 de mayo de 2017, asunto N° 29086/12, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng/{“itemid”:\[“001-170346”\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/{“itemid”:[“001-170346”]})

Como antecedentes en este caso es preciso señalar que, Suiza no ha ratificado el protocolo adicional, motivo por el cual los padres, sustentan su derecho preferente sobre la educación de sus hijas, basados en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>65</sup>. Por lo anterior, el Tribunal desarrolla su argumentación, en torno al artículo ya referido, no obstante, expondremos brevemente los puntos más destacados de la sentencia, pues a todas luces, trata el asunto objeto de nuestro estudio.

En este sentido, al hablar del concepto “manifestación” del artículo 9, la Corte dispone que el acto en cuestión debe estar estrechamente relacionado con la religión o las creencias. Los actos de culto o devoción relacionados con la práctica de una religión o creencia en una forma generalmente reconocida constituirían un ejemplo. Sin embargo, la manifestación de una religión o creencia no se limita a actos de este tipo: la existencia de un vínculo suficientemente estrecho y directo entre el acto y la convicción que le dio lugar debe establecerse a la luz de las circunstancias de cada caso concreto. En particular, el solicitante no está obligado a demostrar que actuó de conformidad con el mando de la religión de que se trata<sup>66</sup> (ap. 41).

Los padres sienten en este caso, que el hecho a que sus hijas se ausenten de las clases de natación, que desde ya indican, no están consagradas a nivel constitucional (pues la Carta Magna hace hincapié en la necesidad de realizar “actividades deportivas”), no socaba sus opciones de integración en la sociedad y su igualdad de oportunidades, además que la “dispensa no pone en peligro ningún contenido de aprendizaje ni amenaza la adquisición de un diploma escolar y posteriores oportunidades de trabajo”, agregan también que en dicha localidad, muchas escuelas no disponen de un programa de natación, lo que lleva a pensar la importancia real y efectiva en la socialización, que tenga el desarrollo de dicha actividad<sup>67</sup> (ap. 56). Sin embargo, el Tribunal acoge la pretensión del gobierno y acepta la idea que dicha actividad cumple una finalidad de “integración de las diferentes culturas, de respeto a la escolaridad obligatoria y de igualdad de sexos; que ésta ha sido ideada para proteger a los estudiantes extranjeros contra cualquier fenómeno de exclusión social” (ap. 64).

En este caso, el Tribunal nuevamente precisa el alcance del concepto “respeto”, previene que los requisitos del término dan a entender que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para determinar, de conformidad con las necesidades y los recursos de la comunidad y de las personas, las medidas que deben adoptarse para garantizar el cumplimiento del Convenio. En el contexto del artículo 2 del Protocolo N°1, esta noción en particular significa que esta disposición no puede interpretarse en el sentido de que permite a los padres exigir al Estado organizar una determinada educación (ap. 92).

#### 4.2.4. *La objeción de conciencia frente a los castigos físicos: los casos Campbell y Cosans*<sup>68</sup>

En este asunto, la objeción de conciencia se plantea ante los castigos físicos de que podrían ser objeto los hijos de las recurrentes, como una forma de corregir la conducta de éstos, dentro de

<sup>65</sup> Apartado 35 “Le droit des parents de voir respecter leur droit «d’assurer l’éducation et un enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques» est garanti par la seconde phrase de l’article 2 du Protocole no 1 à la Convention, qui est en principe *lex specialis* par rapport à l’article 9 de la Convention (Folgerø et autres c. Norvège [GC], no 15472/02, § 84, CEDH 2007-VIII, et Lautsi et autres c. Italie [GC], no 30214/06, § 59, CEDH 2011). La Suisse n’ayant pas ratifié le Protocole no 1, les requérants invoquent l’article 9 de la Convention”.

<sup>66</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Eweida y otros contra Reino Unido, asunto N°s 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, ap. 82, Convenio Europeo de Derechos Humanos.

<sup>67</sup> Agregan, además, que “no hay pruebas de que la escolaridad no pueda ser ordenada y efectiva cuando se hayan concedido exenciones a cursos de natación mixta... En Basilea el número de musulmanes de “creencia estricta” que no desean enviar a sus hijos a la natación mixta es muy bajo. Añaden que entre 2000 y 2007, por cada 3.000 musulmanes que vivían en Basilea, no había más de tres exenciones por año como parte del currículo escolar obligatorio. Sumado que no es infrecuente que padres suizos fundamentalistas cristianos o los judíos ortodoxos, que siguen las mismas reglas de decencia, pidan exenciones y se les concedan (ap. 61).

<sup>68</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982, asuntos N° 7511/76; 7743/76, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["7511/76","7743/76"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-165170"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

las escuelas. Si bien, pareciera que la solución pudiera ir por la declaración de una vulneración al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre prohibición de la tortura –“[n]adie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”–, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acogió las pretensiones de las demandantes, basado en el incumplimiento del artículo 2 del Protocolo.

En ese sentido, el fallo presenta ciertas precisiones al artículo 2, destacadas por la doctrina<sup>69</sup>. Así, la palabra “convicciones” alude a que éstas deben ser de tal envergadura que merezcan el respeto de una “sociedad democrática”, es decir, no corresponden a meras “opiniones” o “ideas”, sino que alcanzan, cierto nivel de obligatoriedad, seriedad e importancia (ap. 36).

Desde el punto de vista de las funciones que debe asumir el Estado en materia de educación, para cumplir con lo mandatado por el precepto objeto de estudio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que la administración interna de la escuela está incluida dentro de él, no puede pensarse el artículo 2 referido solamente a la trasmisión de conocimientos (ap. 33).

Finalmente, el Tribunal precisa, en este fallo, otro concepto del artículo 2, la acepción “respetará”, que no sólo se traduce en “reconocerá” o “tomará en consideración”, actitudes más bien pasivas por parte del Estado, sino que impone a este una cierta obligación positiva (ap. 37).

#### 4.2.5. *La objeción de conciencia a participar en obras de teatro: el caso Dojan y otros*<sup>70</sup>

Los demandantes pertenecientes a la Iglesia Evangélica Bautista Cristiana se oponían a que sus hijos participaran en la obra de teatro “mi cuerpo me pertenece”, la que se enmarcaba en el programa de estudios de la escuela referido a educación sexual (el objeto de la obra era la prevención del abuso sexual por extraños o miembros de la familia, enfocado a su prevención), actividad de carácter obligatorio para los alumnos de tercero y cuarto grado.

En lo que decía relación a las clases de educación sexual, los padres optaron por no enviar a sus hijos a clases durante el periodo que debía desarrollarse el curso, motivo por el cual fueron multados, sanción que fue confirmada por los tribunales de justicia<sup>71</sup>.

Frente a esta situación los padres concurren al Tribunal Europeo de Derechos Humanos argumentando que la negativa de las autoridades nacionales de eximir a sus hijos de las clases obligatorias de educación sexual, taller de teatro o celebraciones de carnaval constituía una restricción desproporcionada de su derecho a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones religiosas, así como el derecho de sus hijos a recibir una educación correspondiente a sus propias convicciones religiosas, que, dada su edad, correspondían a las de sus padres. Sustentaron sus argumentos en el artículo 2 del protocolo adicional y a los artículos 8 y 9 del Convenio. (además, se alegó una vulneración al artículo 14 de la convención, en relación con los mentados 8 y 9, sin embargo, cuestión que fue desestimada por el máximo tribunal).

El tribunal, recurre en su fallo a los argumentos ya expresados en la sentencia Kjeldsen,

<sup>69</sup> NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). op. cit. pp. 275-277.

<sup>70</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Dojan y otros c. Alemania, de 13 de septiembre de 2011, asunto N° 319/08D, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-108950"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

<sup>71</sup> Los órganos jurisdiccionales estimaron que “las lecciones se habían impartido de conformidad con las disposiciones legales, las directrices y el plan de estudios, que se habían basado en las normas científicas y educativas actuales... La educación sexual para el grupo de edad involucrado era necesaria con el fin de permitir a los niños enfrentar críticamente las influencias de la sociedad, en lugar de evitarlas y aislarlas”. “El Tribunal de Apelación consideró que era jurisprudencia reiterada que la escolaridad obligatoria constituía una restricción admisible de los derechos de los padres a la libertad de religión y a la educación de sus hijos. En su decisión de 26 de junio de 2007, el Tribunal de Apelación subrayó además que el mandato del Estado de proporcionar educación no se limitaba a la transmisión de conocimientos, sino que también tenía como objetivo educar a ciudadanos responsables y emancipados capaces de participar en los procesos democráticos de una sociedad pluralista, una visión, en particular, para integrar a las minorías y evitar la formación de “sociedades paralelas” motivadas religiosa o ideológicamente”.

Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, en orden a señalar el alcance del artículo 2 del protocolo, así repite, entre otros puntos, que “[l]os padres pueden exigir al Estado que respete sus convicciones religiosas y filosóficas en el ejercicio de un deber natural hacia sus hijos, ya que los padres son los principales responsables de la “educación y enseñanza” de sus hijos. Por lo tanto, su derecho corresponde a una responsabilidad estrechamente vinculada con el disfrute y el ejercicio del derecho a la educación” (ap. 52).

Por otro lado, destaca la función del Estado en la elaboración del plan de estudios, el que varía según cada país y época. Señala también, lo difícil que resulta que, algunas de las asignaturas que se imparten en la escuela, no presenten, al menos un mínimo de implicancia filosófica, por lo demás al tribunal le importa que éstas sean impartidas con neutralidad y evitando a toda costa el adoctrinamiento, pues indica que la determinación de los contenidos no es materia de su competencia, pero si deberá observarse por cada Estado, la objetividad e imparcialidad a la hora de transmitir el contenido a los alumnos.

En ese contexto la Corte, estimó que las actividades desarrolladas por la escuela cumplieran con los requerimientos mínimos de objetividad y neutralidad, además, las actividades asociadas, no revestían características religiosas, y en todo caso, los alumnos tenían la posibilidad de asistir a actividades alternativas. Destacó la Corte, lo señalado por los tribunales alemanes en el proceso “...la oportunidad de asistir a tales actividades alternativas constituyó un intento por parte de la dirección de la escuela de acomodar las convicciones morales y religiosas de los varios niños y sus padres pertenecientes a la comunidad bautista evangélica cristiana en la medida de lo posible, pero también con una visión para garantizar el buen funcionamiento del sistema escolar”. Además, que los padres, siempre tendrán el derecho de educar a sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas y religiosas. Y, en atención a dichos antecedentes decide no acoger las pretensiones planteadas por los padres.

#### *4.2.6. La objeción de conciencia a participar en desfiles conmemorativos: los casos Valsamis y Efstratiou<sup>72</sup>*

Los siguientes dos asuntos tuvieron su origen en las demandas presentadas contra la República de Grecia: Valsamis, en 1993, y Efstratiou, al año siguiente. Ambas familias Testigos de Jehová, cuyas hijas se negaron a participar en la celebración del Día Nacional el 28 de octubre, fecha en que se conmemora, con desfiles escolares y militares, el estallido de la guerra entre Grecia y la Italia fascista<sup>73</sup>. Actitud que trajo como consecuencia la suspensión de las alumnas –basado en la Circular N° C1/1/1 de 2 de enero de 1990 del Ministerio de Educación y Cultos– (“ningún alumno será eximido de tomar parte en otras actividades escolares, tales como eventos nacionales”).

Los demandantes alegaron el incumplimiento por parte del Estado de Grecia de los artículos 3 y 9 del Convenio y 2 del Protocolo N° 1.

Respecto de las pretensiones planteadas por los padres y alumnas, el Tribunal señaló en ambos casos: “si bien los intereses individuales deben subordinarse en ocasiones a los de un grupo, la democracia no significa simplemente que los puntos de vista de la mayoría deben prevalecer siempre: debe lograrse un equilibrio que garantice el trato justo y adecuado de las minorías y evitar todo abuso de una posición dominante” (ap. 27).

Sin embargo, indicó que no se había producido una vulneración del artículo 2 del proto-

<sup>72</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Valsamis c. Grecia, de 18 de diciembre de 1996, asunto N° 21787/93, accesible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58011"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{); Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Efstratiou c. Grecia, de 18 de diciembre de 1996, Asunto 24095/94, accesible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58006"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

<sup>73</sup> Para su religión el pacifismo es un principio fundamental y prohíbe cualquier conducta o práctica asociada con la guerra o la violencia, ni siquiera en forma indirecta, incluso se niegan a realizar el servicio militar o a participar en cualquier evento con connotaciones militares.

colo, en atención a que las conmemoraciones de acontecimientos nacionales sirven, a su manera, a ambos objetivos, tanto pacifistas como de interés público. La presencia de representantes militares en algunos de los desfiles que tienen lugar en Grecia en el día en cuestión no altera la naturaleza de los desfiles. Además, señala la Corte, la obligación del alumno no priva a sus padres de su derecho “para iluminar y orientar a sus hijos, a ejercer con respecto a sus hijos funciones parentales naturales como educadores, o para guiar a sus hijos acorde a las propias convicciones religiosas y filosóficas de los padres” (ap. 31).

Basada en los argumentos anteriores y otras consideraciones, la Corte falló en contra de las pretensiones de los padres y estimó que no existió una vulneración del artículo 2 del protocolo adicional.

Sin embargo, ambos fallos cuentan con los votos disidentes de los Jueces Sr. P. Jambrek y Sr. T. Vilhjálmsson, quienes consideran, que efectivamente se ha vulnerado el artículo 2 del Protocolo N° 1, así como del artículo 9 del Convenio.

1.- En relación con el artículo 2 del Protocolo, las opiniones de los padres sobre el simbolismo del desfile escolar y sus connotaciones religiosas y filosóficas deben ser aceptadas por la Corte, a menos que sea obviamente infundada e irrazonable.

2.- Las conmemoraciones de los acontecimientos nacionales son valiosas para la mayoría de la gente, pero la familia recurrente, no estaba obligada a mantener la misma opinión con respecto al desfile en cuestión.

3.- En relación con el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, si la alumna afirmó que el desfile tenía un carácter y un simbolismo que eran claramente contrarios a sus creencias neutralistas, pacifistas y, por lo tanto, religiosas, debía ser aceptado por la Corte.

4.- No hay base para considerar la participación en el desfile como necesaria en una sociedad democrática, aunque este evento público fuera claramente para la mayoría de la gente una expresión de valores y unidad nacionales.

Los argumentos de los jueces disidentes son coincidentes con la fundamentación de diversos fallos de Tribunales Superiores de países como Argentina, Canadá, Estados Unidos, Filipinas, entre otros<sup>74</sup>, relativos a la objeción de conciencia de los Testigos de Jehová, en materia de educación, específicamente casos referidos al saludo a la bandera o la entonación del himno nacional. En todos ellos, la importancia atribuida a las fuertes convicciones de sus miembros inclinó la balanza a su favor, siendo acogidas sus pretensiones. Y es que no puede ser de otra manera. Toda la doctrina coincide en que la libertad religiosa, es un derecho fundamental, que debe ser respetado por formar parte de la autonomía individual<sup>75</sup>.

Estos dos casos, han sido ampliamente criticados por la doctrina. En primer lugar y según señala Alexandre Català, son varios los aspectos que llaman la atención: de un lado, el hecho que la vulneración del derecho se produzca a raíz de una actividad extraescolar, en la cual se conmemora un acontecimiento con marcada connotación violenta más que de exaltación de los valores patrios (lo que va en contra de los principios pacifistas de los recurrentes) y, del otro, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indique como justificación, que no es competente para pronunciarse respecto del plan de estudios que maneja cada Estado, a pesar de llamarle la atención que un desfile forme parte del currículo escolar, así como indicar que la sanción de expulsión no vulnera el derecho a la educación de la alumna, y que tales conmemoraciones de acontecimientos nacionales

<sup>74</sup> Para la revisión de los casos véase NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). op. cit., pp. 236-254.

<sup>75</sup> *Ibidem* p. 257.



sirven, a su manera, tanto a los objetivos pacifistas como al interés público<sup>76</sup>.

Para la Comisión Europea de Derechos Humanos, el término “práctica”, “no comprende todo acto que es motivado o influido por una religión o convicción”. Por ello, “cuando las acciones de las personas no expresan efectivamente la convicción correspondiente, no pueden ser protegidas por el artículo 9.1, aun cuando estén motivadas o influenciadas por aquella<sup>77</sup>”. Este pareciera ser el criterio usado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Valsamis* y *Efstratiou*, pues, habiéndose alegado por las alumnas la vulneración del artículo 9, en cuanto a la libertad negativa de no manifestar, mediante actos de adhesión unas convicciones contrarias a las propias, el Tribunal señala que: “la obligación de participar en un desfile no es de naturaleza tal como para infringir las convicciones religiosas de los padres de la interesada, ni constituye tampoco una injerencia en el derecho de libertad religiosa de estos<sup>78</sup>”.

Tal interpretación, a juicio de Navarro-Valls, R. y Martínez-Torrón<sup>79</sup>, invierte el orden lógico en la materia, puesto que los derechos humanos reclaman una interpretación no restrictiva, sino que extensiva. Por consiguiente, cuando se trata de apreciar el exacto significado de la libertad de manifestar la propia religión o creencia mediante la “práctica”, parece que debería abordarse la cuestión en una doble secuencia: primero, debe entenderse que la libertad de manifestar la propia religión o creencia protege, en principio, todo acto de la persona cuando obedece el mandato de su conciencia y, segundo, el párrafo 2 del artículo 9 –los límites de la libertad religiosa– ha de ser utilizado, en caso necesario, como elemento correctivo para una libertad que, por su naturaleza, tiende a ser ejercida de manera indefinida e impredecible. Así, se logra conciliar dos intereses de la mayor importancia, que están inclinados a entrar en conflicto entre sí; el máximo grado de protección inicial de la libertad de creencia, y la seguridad que reclama el ordenamiento jurídico.

De la lectura de estos fallos se observa una situación cuestionable y compleja, pues el hecho que sea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien determine si la obligación de participar en los desfiles no revestía tal envergadura que afectara las convicciones filosóficas o religiosas de las estudiantes, sustituye el juicio de conciencia de las personas afectadas: así, se abre la puerta para que sea el órgano jurisdiccional el que pueda cuestionar y determinar qué convicciones son dignas de protección<sup>80</sup>.

En tal sentido, tal resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no tiene en consideración un aspecto clave en todo el asunto: las creencias religiosas, en tanto libertad, deben ser respetadas por los tribunales y por los Estados, no en razón de su bondad o corrección, ni tampoco por hallarse conformes a las de la mayoría de los grupos sociales, sino “porque se la considera un ámbito fundamental de la autonomía individual en las sociedades democráticas, y por consiguiente el ordenamiento jurídico ha determinado que nadie puede interferir en la conciencia de la persona mientras no se ponga en peligro otros intereses jurídicos superiores<sup>81</sup>. Lo que la libertad de religión

<sup>76</sup> CATALÀ I BAS, A. (2002). op. cit. pp. 187-188. En este sentido, también Ana Llano, “Siendo claro el carácter limitado del derecho a la libertad religiosa e ideológica y del derecho de los padres a que sus hijos sean educados conforme a sus convicciones, sorprende, no obstante, la ligereza con que el Tribunal se arroga la capacidad de discernir entre lo que hiere y lo que no hiere a la conciencia de los recurrentes, sustituyendo su juicio personal por el suyo”, LLANO, A. (2014). “Derecho y conciencia en la relación jurídica educativa: de la educación para la ciudadanía y la educación afectivo sexual al homeschooling”. *Anuario de Derecho a la Educación*, (N° 2013), p. 155. En el mismo sentido, NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012) op. cit. pp. 256-257.

<sup>77</sup> Decisión 7050/75, en el caso *Arrowsmith* contra Reino Unido, en *Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights*, 19, p. 19, citado por Martín Sánchez, I. (2001). op. cit. p. 41.

<sup>78</sup> Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Valsamis* con Grecia y *Efstratiou* con Grecia, ambos fallos, de fecha 18 de diciembre de 1996.

<sup>79</sup> NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2001). op. cit. p. 255.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 256 y ss. Así también Martínez-Torrón, J. (2012). op. cit. p. 125.

<sup>81</sup> En este mismo sentido señala Arlettaz: “El primer elemento que delata la concepción liberal de la libertad religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo es su caracterización como libertad negativa, es decir, como protección frente a la coacción... Este derecho define un ámbito de autonomía del individuo en materia de conciencia, y le permite, dentro de ciertos límites, llevar un estilo de vida conforme con sus propias opciones personales. Una tal noción de la libertad religiosa, como libertad negativa y no prestacional, es en efecto propio del pensamiento liberal. La primacía de la conciencia individual sobre la coacción estatal puede verse en las sentencias del Tribunal, desplegándose en los

y de creencia protegen es precisamente el derecho a elegir las verdades en las que uno está dispuesto a creer. De ahí que el artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establezca que el Estado puede restringir el ejercicio de esa libertad únicamente cuanto resulta “necesario en una sociedad democrática”<sup>82</sup>.

Por último, debe puntualizarse, tal como señala Alcalá, “el respeto que merecen las minorías exige no solo una actitud pasiva del Estado como no interferencia sino también, una actitud positiva encaminada a remover los obstáculos y a hacer posible que los miembros de dichas minorías puedan comportarse de acuerdo a sus creencias, opciones sexuales, ideologías, etc. siempre y cuando no se vulneren derechos fundamentales”<sup>83</sup>, lo que debe ser considerado también al fijar las políticas educativas de cada Estado.

#### 4.2.7. *Dos casos especiales. Objeción de conciencia al sistema educativo –homeschooling– y la presencia de símbolos religiosos en las aulas de clases: los casos Konrad y Lautsi*

##### 4.2.7.1 *Caso Konrad*<sup>84</sup>

En esta situación, se ha empleado el contenido del artículo 2, para justificar la opción de los padres de educar a sus hijos en el hogar o más conocido como homeschooling, sin embargo, la Corte no ha acogido la pretensión de los recurrentes. Ha apoyado su decisión en la doctrina del margen de apreciación de los Estados a la hora de establecer e interpretar las normas de sus sistemas educativos y en el hecho de que el Tribunal percibe el derecho a la educación a través de la escolarización<sup>85</sup>.

Los solicitantes (que pertenecen a una comunidad cristiana), habían requerido de las autoridades nacionales la autorización para educar a sus hijos en el hogar, según el programa de la “Escuela de Filadelfia”, pues consideraban que la educación escolar no se adaptaba a sus creencias ya que se impartía educación sexual y, además, la violencia física y psicológica entre los alumnos en la escuela iba en aumento; sin embargo, no fue acogida su pretensión, ante lo cual recurren al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tribunal que tampoco falla a su favor.

El Tribunal de Estrasburgo establece que, el derecho de los padres a la educación de conformidad con sus convicciones religiosas no está restringido de manera desproporcionada. La asistencia obligatoria a la enseñanza primaria no priva a los padres solicitantes de su derecho a “ejercer con respecto a sus hijos funciones parentales naturales como educadores o a guiar a sus hijos en un camino acorde con sus propias convicciones religiosas o filosóficas”, tal como se estableció en la sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca.

En este caso, como señala Martínez-Torrón, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es tajante al ratificar que los Estados tienen plena autonomía para establecer su plan escolar en la

---

dos aspectos que tradicionalmente se reconocen a la libertad religiosa: el del fuero interno, es decir la protección de la conciencia religiosa en sí misma, y la del fuero externo, el de las conductas exteriores motivadas por las convicciones religiosas. La jurisprudencia ha sido muy cautelosa al definir qué conductas han de considerarse incluidas dentro del ámbito de protección del fuero interno. Los Estados deben actuar muy represivamente para que el Tribunal entienda que ha habido a este respecto una restricción, tal vez por la propia dificultad inherente a la prueba de una intervención en la conciencia misma. En cuanto al foro externo, en general se admite que forman parte del ámbito de lo amparado aquellas conductas que signifiquen una manifestación de las creencias religiosas. El Tribunal ha señalado que el artículo 9 protege un conjunto de manifestaciones posibles de la libertad religiosa, pero que sin embargo no todos los actos inspirados por motivos religiosos pueden quedar amparados. Tiene que haber una relación clara y evidente entre la convicción religiosa y su manifestación externa”. Arlettaz, F. (2012). La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos sobre la libertad religiosa: un análisis jurídico-político. *Revista Derechos y Libertades*. (N° 27). p. 215.

<sup>82</sup> NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). op. cit. p. 257.

<sup>83</sup> CATALÁ I BAS, A. (2002), op. cit. p. 180.

<sup>84</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Konrad c. Alemania, de 11 de septiembre de 2006, asunto N° 35504/03, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-76925"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Antes ya había declarado inadmisibles por falta de fundamentos el Caso Leuffen c. Alemania, de 9 de julio de 1992, asunto N° 19844/92, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-1349"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

<sup>85</sup> En este sentido NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). op. cit. p. 264.

forma que estimen. Si la instrucción debe impartirse obligatoriamente en los centros escolares, no hay opción de exención, salvo determinados casos considerados por el propio Estado y que corresponden a situaciones excepcionales<sup>86</sup>. Por otro lado, destaca la Corte, que la educación, no solo se limita a la transmisión de conocimientos, sino que contribuye a la integración e interacción de los menores en sociedad<sup>87</sup>.

#### 4.2.7.2. Caso Lautsi<sup>88</sup>

Mención especial merece el presente caso que corresponde a la reclamación presentada por la Sra. Lautsi en una escuela italiana, por considerar que la presencia de crucifijos en las salas de clases vulneraba su derecho a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, además de ir contra su libertad religiosa y vulnerar el derecho de igualdad<sup>89</sup>.

La sección de la Corte a cargo de la resolución consideró que la presencia de crucifijos en las escuelas vulneraba las disposiciones enunciadas y además el principio de neutralidad del Estado en materia de enseñanza. Sin embargo, el 28 de enero de 2010, el Gobierno solicitó que se remitiera el asunto a la Gran Sala en virtud del artículo 43 del Convenio y del artículo 73, la que falló el asunto el 18 de marzo de 2011, revirtiendo el resultado, considerando que las pretensiones planteadas no se configuraban y dejando al margen de apreciación de cada Estado la decisión de si los crucifijos deben estar dentro o fuera de las aulas en las escuelas públicas (ap. 70).

A este respecto compartimos lo expresado por Beatriz Souto, en este asunto sobre las convicciones religiosas, “el Tribunal ha señalado que el respeto a las mismas implica el derecho a creer en una religión o a no creer en ninguna. Tanto la libertad de creer como la libertad de no creer (libertad negativa) están protegidas por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y, en consecuencia, por el art. 2 del Protocolo N° 1, en evidente conexión con el anterior<sup>90</sup>.”

## 5. CONCLUSIONES

Como primera aproximación, podemos señalar en general, que no existe un gran número de asuntos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, no obstante, aquellos decididos, han sido esclarecedores y han fijado líneas principales sobre el derecho de que se trata.

La mayoría de los conflictos revisados se han producido por la solicitud de los padres o alumnos a las correspondientes autoridades académicas, para eximirse de una determinada asignatura o actividad por ir en contra de sus convicciones filosóficas o religiosas, las que no han sido debidamente atendidas por el Estado, bien por razón de un vacío en su legislación, bien por una incorrecta aplicación de la normativa existente –en especial el presente Convenio–, bien, en fin, por

<sup>86</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2014). op. cit.

<sup>87</sup> RUANO ESPINA, L. (2009) op. cit. p.25.

<sup>88</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Lautsi c. Italia, de 18 de marzo de 2011, asunto N° 30814/06, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"respondent":\["ITA"\],"kthesaurus":\["428","427"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-104040"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

<sup>89</sup> Por mencionar algunos trabajos sobre esta sentencia, véase: LOZANO CONTRERAS, F. (2010) TEDH - sentencia de 03.11.2009, s. Lautsi c. Italia, 30814/06 - artículo 9 CEDH - protocolo n.º 1 – “La presencia de crucifijos en las aulas frente al derecho a la educación y a la libertad religiosa en la enseñanza pública”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (N° 35), pp. 223-237, artículo que trata la primera sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con esta materia. NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). op. cit., pp. 404-413; PUPPINCK, G. (2012). “El caso Lautsi contra Italia”. *Revista Ius Canonicum*. Vol. 52, pp. 685-734; TURCHI, V. (2011)”. La pronuncia della Grande Chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi c. Italia: post nubila Phoebus. Stato, Chiese e pluralismo confessionale”. *Rivista telematica*, ottobre 2011; POLO SABAU, J. R. (2012). “Símbolos religiosos, escuela pública y neutralidad ideológica estatal: el caso del crucifijo”. *Revista de Derecho Político*, (N° 85), pp. 271-292.

<sup>90</sup> SOUTO GALVÁN, B. (2011). “El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. (N° 17). p. 256.

no actuar acorde a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En tal orden, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca hasta Folgero c. Noruega y Zengin c. Turquía (procesos más recientes fallados por la Corte), ha experimentado una progresiva extensión en el alcance de la protección del derecho de los padres y sus convicciones filosóficas y religiosas en la educación de sus hijos, en cuanto a que los padres pueden ejercer la libertad religiosa de sus hijos en el sistema educativo, sea este público o privado.

No obstante, cabe señalar que tal tendencia se observa en la medida que el conflicto sea en materia de religión o se trate de una asignatura vinculada con aspectos religiosos y que sea contraria a las convicciones filosóficas o religiosas de los padres.

Del análisis de los casos planteados se observa que, en otros supuestos la situación es diversa. En efecto, en los casos en que la objeción de conciencia se plantea frente a asignaturas de educación sexual (Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen), el Tribunal ha desestimado las pretensiones argumentando que, de acogerse estas, se vulnera el bien superior de los niños de acceder a la instrucción y a la información objetiva y neutral, necesarias para su desarrollo e inmersión social.

Por otra parte, en las hipótesis en las que la objeción de conciencia se presenta frente a otro tipo de actividades académicas, como la participación en un desfile escolar, la asistencia a clases de natación o la opción de educar a los hijos en el hogar (más conocida como homeschooling), han sido igualmente desestimados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puesto que se considera que o bien la actividad no reviste la envergadura como para generar en el fuero interno de los alumnos una vulneración de las características requeridas por el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, participación en desfiles para conmemorar gestas bélicas) o bien, a diferencia de lo planteado por los padres, permiten el desarrollo de los alumnos con sus pares y una mejor integración en sociedad, evitando así que sean objeto de discriminación (por ejemplo, las actividades de natación y la educación en un centro educacional formal y no en el hogar).

Con entera independencia de la posición que se tenga, es dable manifestar que, en el contexto de multiculturalidad ya apuntado, procede que en la interpretación y aplicación del derecho de que se trata el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se limite a considerar las visiones tradicionales de la sociedad hegemónica, sino que incorpore la riqueza de la diversidad cultural, propia de los colectivos minoritarios (particularmente, en el ámbito educativo). De aquí que deba excluirse toda forma de adoctrinamiento estatal que pretenda imponer a los menores en el curso de sus estudios una concepción uniformadora en materia de creencias o de ideologías: en esa línea, deben destacarse aquellas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que hemos analizado y que apuntan a asegurar la libertad de conciencia o de religión (tanto de los padres -expresado en el derecho estudiado-, como el de sus hijos) frente a las eventuales intromisiones que los poderes públicos pudieren realizar en la esfera educativa de los menores de edad.

Por otro lado, se advierte que frente a la multiculturalidad y, por lo mismo, ante la diversidad de opciones (y a falta de un consenso general sobre la materia de que se trate), resulte necesario que, en muchos asuntos, la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sea entregar su determinación definitiva al respectivo Estado, acudiendo, así, dicho tribunal a la doctrina del margen de apreciación, aspecto que, en todo caso, requiere de un análisis mayor.

## 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANSUÁTEGUI ROIG, FCO. J. (2010). "Derechos humanos: entre la universalidad y la diversidad. Derechos Humanos en contextos multiculturales". *¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo-*

do?. Donostia-San Sebastián: Instituto de derechos humanos Pedro Arrumpe, Diputación Foral de Gipuzkoa.

ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2014). “El derecho de los padres a elegir la educación religiosa de los hijos y transmitirles la fe como contenido del derecho a la libertad religiosa”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (N° 36).

ARLETTAZ, F. (2012). “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa: un análisis jurídico-político”. *Revista Derechos y Libertades*, (N° 27).

(2014). “Dos modelos frente a la diversidad cultural: igualitarismo formal y ciudadanía diferenciada”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 59 (N° 221).

BARRERO ORTEGA, A. (2009). Tribunal Europeo de Derechos Humanos: TEDH - sentencias de 26.06.2007, Folgero y otros c. Noruega, 15472/02, y de 09.10.2007, Hasan y Eylem Zengin c. Turquía, 1448/04 – “Objeción de conciencia de los padres a educación con implicaciones morales - enseñanza religiosa obligatoria”. *Revista de derecho comunitario*, (N° 32).

CATALÀ I BAS, A. (2002). “Los derechos fundamentales como límites a costumbres y prácticas religiosas o culturales”. *Anuario de Derecho Parlamentario*. Cortes Valencianas. (N° 13)

GIANNI, M. (2001). “La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”. *La Multiculturalidad, Cuadernos de derecho Judicial*. Madrid: Consejo General de Poder Judicial.

JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. Y CAÑAMARES ARRIBAS, S. (2007). “La objeción de conciencia en el ámbito educativo: comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø c. Noruega”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (N° 15)

KYMLICKA, W. (2009). *Las odiseas multiculturales*. Paidós: Barcelona.

LAMO DE ESPINOSA, E. (1995). *Culturas, Estado, Ciudadanos: una aproximación al multiculturalismo en Europa*. Madrid: Alianza Editorial.

LLANO, A. (2014). “Derecho y conciencia en la relación jurídica educativa: de la educación para la ciudadanía y la educación afectivo sexual al homeschooling”. *Anuario de Derecho a la Educación*, (N° 2013).

LOZANO CONTRERAS, F. (2010) TEDH - sentencia de 03.11.2009, s. Lautsi c. Italia, 30814/06 - artículo 9 CEDH - protocolo n.º 1 – “La presencia de crucifijos en las aulas frente al derecho a la educación y a la libertad religiosa en la enseñanza pública”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (N° 35).

MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2003). *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*. Madrid: Dykinson.

MARTÍN SÁNCHEZ, I. (2001). *Las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico internacional, en Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2008). “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. *Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Zaragoza: El Justicia de Aragón.



(2014). “La presencia de los padres en el derecho a la educación”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (Nº 161).

MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2001). “La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa”. *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*. Madrid: Ministerio de Justicia Dirección General de Asuntos Religiosos.

(2008). “La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo. Educación y religión”. *Una perspectiva de derecho comparado*. Granada: Comares.

MURCIA GONZÁLEZ, A. (2015). *Los derechos implicados en el ámbito educativo. La competencia social y ciudadana en la legislación española*. (Tesis doctoral, Universidad de Carlos III de Madrid). recuperado de <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/22472>.

NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. 2da. Edición. Madrid: Iustel.

PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2005). *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. Madrid: Dykinson.

PÉREZ LUÑO, A. (2010). “Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos y garantías”. *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos* Nº 2. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares.

POLO SABAU, J. R. (2012). “Símbolos religiosos, escuela pública y neutralidad ideológica estatal: el caso del crucifijo”. *Revista de Derecho Político*, (Nº 85).

PUPPINCK, G. (2012). “El caso Lautsi contra Italia”. *Revista Ius Canonicum*. Vol. 52.

RUANO ESPINA, L. (2009). “El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (Nº 19).

RUIZ VIEYTEZ, E. (2011). “Derechos en la diversidad cultural y religiosa: del asimilacionismo a la pluralización”. *Los símbolos religiosos en el espacio público*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

SOLAR CAYON, J. (2009). “La libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el elemento religioso como factor de riesgo”. *Estudios de Derecho español y europeo*. Santander: Ediciones de la Universidad de Cantabria.

SOUTO GALVÁN, B. (2011). “El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (Nº 17).

TURCHI, V. (2011). “La pronuncia della Grande Chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi c. Italia: post nubila Phoebus. Stato, Chiese e pluralismo confessionale”. *Rivista telematica, ottobre 2011*.

# CRITERIOS PARA LIMITAR LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE RENTA POR EL TÉRMINO ANTICIPADO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1945 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

## CRITERIA FOR LIMITING THE OBLIGATION OF PAYING RENT IN CASE OF ADVANCED ENDING OF LEASE CONTRACT. AN ANALYSIS OF ARTICLE 1945 OF THE CHILEAN CIVIL CODE

RODRIGO FUENTES GUÍÑEZ\*

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

**RESUMEN:** El artículo 1945 del CC chileno impone al arrendatario, responsable del término anticipado, la obligación de pagar la renta hasta la fecha que el contrato hubiere podido cesar. Debido a que, en determinados casos, el monto a pagar por el arrendatario puede resultar excesivo, se proponen los criterios adecuados para su limitación o reducción. Para tal efecto, es necesario determinar, en forma previa, la naturaleza de esta obligación de pago de renta (cumplimiento o indemnización).

**PALABRAS CLAVE:** Arrendamiento – Término anticipado – Indemnización.

**ABSTRACT:** *Article 1945 of the Chilean CC makes the leaseholder, liable for in advanced ending, forcing them to pay all the rents until the lease is up. As in certain cases, the amount to be paid by the leaseholder may be excessive, this paper proposes adapted criteria to limit or reduce this liability. To that end, it is necessary to previously determine the nature of the obligation of paying rent (compliance or compensation).*

**KEY WORDS:** *Lease – advanced ending – compensation.*

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Dirección postal: Lincoyán 255, Concepción, Chile. Dirección electrónica: rfuentes@ucsc.cl. El presente artículo es financiado por el proyecto DIN 0512010 de la Dirección de Investigación de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.

Se hace presente que el resultado de esta investigación se expuso en forma resumida en las XI Jornadas de Derecho civil realizadas en la ciudad de Valdivia el año 2013. Sin embargo, se decidió mantener inédito el artículo, en pos de una mayor reflexión y recopilación de antecedentes. Fruto de lo anterior es el trabajo que se presenta en esta ocasión.

## 1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El artículo 1945 del Código civil chileno aborda un tema de innegable importancia práctica en materia de arrendamiento de cosas, como es la responsabilidad del arrendatario, si el contrato termina anticipadamente por un hecho imputable a su persona<sup>1</sup>. En concreto, se le impone la obligación de indemnizar perjuicios y, especialmente, pagar la renta por el tiempo que falte hasta el día en que desahuciendo hubiere podido hacer cesar el arriendo, o en que el contrato hubiere terminado sin desahucio.

En una primera lectura, podría estimarse que estamos frente a una norma que gracias a su claro sentido gramatical no ofrece dudas de interpretación ni de aplicación, y respecto de la cual no existirían razones teóricas ni prácticas que justifiquen un mayor análisis. Sin embargo, no lo creemos así. En primer lugar, porque el texto legal sí presenta interesantes aspectos teóricos dignos de estudio. En efecto, desde su específico ámbito, permite reflexionar sobre los principales tópicos que hoy en día surgen a propósito de la responsabilidad contractual en general y la acción indemnizatoria en especial, como son, entre otros, su fundamento, la articulación de las diferentes acciones protectoras del acreedor, la extensión del resarcimiento, la controversia entre interés positivo versus interés negativo, e incluso el concepto mismo de daño contractual y sus criterios de valoración. En segundo lugar, y de especial importancia para el objeto del presente estudio, es el hecho que, en algunas situaciones concretas, la aplicación literal de esta norma impone a los arrendatarios una carga indemnizatoria desproporcionada.

Para comprender esto último, nada mejor que describir el caso típico, en el que la obligación del arrendatario de pagar la renta, en la forma dispuesta por el artículo 1945 del CC, puede dar lugar a los mayores excesos. Nos referimos a la celebración de un contrato de arrendamiento de inmueble, preferentemente urbano, con giro comercial o industrial<sup>2</sup>, y cuya duración se pacta por un período de tiempo que va de tres a cinco años. Sin embargo, al poco tiempo de iniciado el contrato (generalmente menos de un año), el arrendatario, por motivos personales o comerciales, decide desligarse del mismo y abandona o entrega el inmueble, pero sin llegar a acuerdo con su arrendador, que no lo libera de las obligaciones del contrato. Este último, según el caso concreto, demanda la terminación del contrato y/o la restitución del inmueble, además de la indemnización de perjuicios en conformidad al artículo 1945 del CC, que cifra en la cantidad de dinero equivalente al total de las rentas que tendría derecho a percibir hasta el momento que el contrato hubiese

<sup>1</sup> Señala el artículo 1945 del Código civil chileno –en adelante CC– “Cuando por culpa del arrendatario se pone término al arrendamiento, será el arrendatario obligado a la indemnización de perjuicios, y especialmente al pago de la renta por el tiempo que falte hasta el día en que desahuciendo hubiera podido hacer cesar el arriendo, o en que el arriendo hubiera terminado sin desahucio.

Podrá con todo eximirse de este pago proponiendo bajo su responsabilidad persona idónea que le substituya por el tiempo que falte, y prestando al efecto fianza u otra seguridad competente”.

<sup>2</sup> Es necesario hacer presente que, a diferencia del artículo 1760 del Código civil francés –en adelante CCFr–, el campo de aplicación del artículo 1945 del CC es amplio, pues está ubicado en el párrafo tercero, relativo a las obligaciones del arrendatario en el arrendamiento de cosas. Comprende por tanto a toda clase de bienes, muebles e inmuebles. Sin embargo, algunas sentencias de nuestra Corte Suprema, por medio de una interpretación equivocada de algunas disposiciones, como son los artículos 11 inciso final del DL 993 y 6 inciso final de la ley 18.101 han excluido la aplicación de la norma en estudio cuando lo arrendado es un bien inmueble. Ver en este sentido, sentencias de la Corte Suprema, Rol N° 2041-2008, de 28 de junio de 2009 y Rol N° 3713-2008, de 8 de julio de 2009, a que se hace referencia en nota 16. Incluso más, en sentencia de la Rol N° 5535-2014, de 11 de diciembre de 2014, nuestro máximo tribunal excluyó el artículo 1945 del CC en el arrendamiento de un inmueble urbano, en base a una argumentación que no deja de sorprender. Nos referimos a una errada interpretación y aplicación del artículo 4 de la ley 18.101, al confundir la exigencia de solicitar judicialmente la restitución por parte del arrendador y el correspondiente plazo de restitución concedido en favor del arrendatario en dicha disposición, con la facultad de desahuciar el contrato de arrendamiento establecido en el artículo 3° de la ley 18.101, según se explica en nota 17. En nuestra opinión, estas interpretaciones son equivocadas, según se dirá en notas siguientes. En verdad, el único supuesto en que el artículo 1945 del CC no tendría aplicación sería el arriendo de un inmueble urbano destinado a la habitación pactado por un plazo superior a un año, y siempre que se haya excluido la facultad del arrendatario de subarrendar (artículo 5 de la ley 18.101). Sólo en este caso, el arrendatario estaría facultado para poner término anticipado al contrato, sin la obligación de pagar las rentas por el período que falte para el vencimiento del plazo originalmente pactado. Para más antecedentes, ver PIEDRABUENA RICHARD, GUILLERMO, *Legislación y jurisprudencia sobre arrendamientos urbanos. Ley 18.101*, Edit. por Fallos del Mes, Santiago, 1982, p. 33 y ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS, “Comentarios a dos sentencias de la Corte Suprema, que inciden en el artículo 4° de la ley N° 18.101, sobre arrendamiento de predios urbanos”, en FIGUEROA, Gonzalo et al. (Coordinadores), *Estudios de Derecho civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2011, p. 392 y FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO, “¿Puede el arrendatario de un inmueble urbano desahuciar un contrato de plazo fijo no superior a un año? La preocupante doctrina que se manifiesta en algunas sentencias”, *Revista colegio de abogados de Chile. Regional Concepción*, n. 18 (2017), pp. 6-8.

terminado por la extinción de su plazo<sup>3</sup>.

De esta forma, el arrendador obtiene una suma de dinero nada despreciable –en algunos casos ha superado los cuarenta meses de renta–<sup>4</sup>, y recupera el inmueble para disponer de él (uso personal, nuevo arriendo, transferencia, etc.) antes de la fecha que habría correspondido, si el contrato hubiese terminado en forma normal, sin que esta última circunstancia, en principio, permita reducir la indemnización, desde el momento que la norma no lo permite, a lo menos en forma expresa.

Como se aprecia, el resultado práctico a que en determinadas circunstancias se llega con la aplicación del artículo 1945 del CC puede significar una excesiva protección a favor del arrendador, que sobrepasa el interés contractual que se persigue amparar. El objetivo del presente trabajo es, por consiguiente, formular una respuesta que permita solucionar casos como el recién descrito, la que debe cumplir al menos con dos condiciones básicas: resultar equitativa para ambos contratantes, atendiendo los intereses contractuales en conflicto, y junto a ello, encontrarse correctamente fundada desde un punto de vista jurídico.

Con la finalidad de abordar adecuadamente el problema planteado y alcanzar el objetivo que nos hemos propuesto, comenzaremos por describir los pronunciamientos que la doctrina y muy especialmente la jurisprudencia nacional han tenido al respecto; continuaremos con un breve análisis sobre el origen histórico de la norma y las vías de solución que se han formulado en el Derecho comparado; finalmente, expondremos la forma en que, pensamos, debe abordarse y resolverse este tipo de casos, atendidas las particularidades de nuestro ordenamiento jurídico.

## 2. LA INTERPRETACIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

Para efectos metodológicos y sin pretensiones de exhaustividad, el análisis de la jurisprudencia nacional nos permite identificar tres orientaciones claramente diferentes en la aplicación del artículo 1945 del CC. En primer lugar, tenemos las sentencias que realizan una interpretación literal de la norma y así la aplican; otro grupo de fallos, por el contrario, prácticamente desatienden e ignoran la disposición en estudio; por último, y como posición ecléctica, están aquellas que, sin desconocer su vigencia, morigeran el rigor que significa su acatamiento literal.

Como manifestación de la primera orientación, están las sentencias que declaran que ante el término anticipado del contrato de arrendamiento por hecho imputable del arrendatario, el arrendador tiene derecho a la indemnización de perjuicios y, especialmente, al pago de todas las rentas de arrendamientos hasta el tiempo que el contrato hubiera terminado por vencimiento del plazo o el arrendatario hubiere podido desahuciarlo. Ejemplos de lo anterior, son las sentencias de la Corte de Apelaciones de Concepción de 22 de mayo de 1914<sup>5</sup>, 4 de noviembre de 2010<sup>6</sup> y 19 de marzo de 2014<sup>7</sup>; la sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán de 1 de septiembre de 2005<sup>8</sup>; la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 14 de julio de 2010<sup>9</sup>, la sentencia de la Corte de Apelacio-

<sup>3</sup> El artículo 1955 del CC, ubicado en el párrafo 4, De la expiración del arrendamiento de cosas, complementa el artículo 1945 del CC, al impedir que el arrendatario alegue la restitución anticipada de la cosa arrendada como causal que le permita liberarse del pago de las rentas. Dispone esta disposición: “*Cuando el arrendamiento deba cesar en virtud del desahucio de cualquiera de las partes, o por haberse fijado su duración en el contrato, el arrendatario será obligado a pagar las rentas de todos los días que falte para que cese, aunque voluntariamente restituya la cosa antes del último día*”.

<sup>4</sup> En este sentido, véase Corte Suprema, Rol N° 217-2007, de 21 julio de 2008, a que se hace referencia en nota 10.

<sup>5</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de mayo de 1914. Señala su Considerando primero: “...*que el ejecutado, por no haber ejercitado el derecho que el acuerda el inciso segundo del artículo 1945 del Código civil, incurrió en la sanción de pagar el cánón de arrendamiento correspondiente a todo el tiempo que faltaba para la expiración del respectivo contrato*”.

<sup>6</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 973-2010, de 4 de noviembre de 2010.

<sup>7</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1077-2013, de 19 de marzo de 2014, confirmada por sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 10403-2014 de 3 de marzo de 2015.

<sup>8</sup> Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 322-2005, de 1 de septiembre de 2005.

<sup>9</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 319-2010, de 14 de julio de 2010.

nes de Santiago de 21 de abril de 2016<sup>10</sup>, y las sentencias de la Corte Suprema de 21 julio de 2008<sup>11</sup> y 3 de marzo de 2015<sup>12</sup>.

En la tendencia jurisprudencial opuesta, esto es, aquellas sentencias que excluyen o ignoran la aplicación del artículo 1945 del CC, es posible encontrar una variada gama de argumentos, cuyo único punto en común descartar las consecuencias de la norma en estudio. Así, por ejemplo, se ha declarado que la cesación de pagos no importa necesariamente culpa del arrendatario y si el arrendador demanda la terminación inmediata del contrato por no pago de las rentas, el contrato no cesa por voluntad exclusiva del arrendatario, por lo que no cabe aplicar el artículo 1945 del CC<sup>13</sup>. Se ha negado también la indemnización, por medio del controvertido argumento de no haberse solicitado en la demanda correctamente los perjuicios a que alude esta disposición, ni haberse pretendido rendir pruebas de los antecedentes que permitan acreditarlos<sup>14</sup>. En otros casos, lisa y llanamente, se rechaza su aplicación, sin dar ningún fundamento, como sucede con la sentencia de la Corte de Copiapó de fecha 4 de enero de 2012<sup>15</sup>. Es posible incluso encontrar fallos en que formalmente se declara que la norma es aplicada, pero en realidad no es así, porque se concede el pago de las rentas de arrendamiento únicamente hasta el momento de la restitución y no hasta la época en que habría estado vigente el contrato de no haber terminado por hecho imputable al arrendatario. Es lo que sucede con las sentencias de la Corte de Antofagasta de fecha 27 de julio de 2007 y la Corte de Concepción de fecha 1 de diciembre de 2009.

Tal vez el argumento más socorrido y en el que mayor empeño se ha puesto en esta orientación, es el de acudir a la confrontación de ley general versus ley especial y declarar que al ser el artículo 1945 del CC una norma de carácter general, no recibe aplicación en los arrendamientos en que existe legislación especial. Esta fue precisamente la línea argumental que siguió la sentencia de la Corte Suprema de 28 de junio de 2009, para el caso de los arrendamientos de predios rústicos. Estimó nuestro máximo tribunal que los artículos 1945 y 1955 del CC son inaplicables en el arrendamiento de este tipo de inmuebles, en atención a que el artículo 11 inciso final del DL 993 de

<sup>10</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 566-2016, de 21 de abril de 2016.

<sup>11</sup> Corte Suprema, Rol N° 217-2007, de 21 julio de 2008. El 31 de octubre de 2001 se celebró entre las partes un contrato de arrendamiento de un local comercial. Se pactó un plazo fijo de duración de cinco años, esto es, hasta octubre de 2006 y una renta mensual de \$ 220.000. El 19 de diciembre de 2002, el arrendatario comunicó por escrito su decisión de terminar unilateralmente el contrato; el 31 de diciembre de 2002 cerró el local y lo desocupó, y el 12 de febrero de 2003 dejó las llaves de la propiedad en la notaría de Valparaíso. La sentencia de primera instancia del primer Juzgado de Viña del Mar, de fecha 18 de noviembre de 2005, acogió la demanda y condenó al arrendatario a pagar, a título de indemnización de perjuicios la cantidad de \$ 10.060.000. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, por sentencia de 28 de septiembre de 2006, confirmó el fallo de primera instancia.

La parte demandada recurrió de casación ante la Corte Suprema, fundado en la supuesta aplicación preferente del artículo 6 de la ley 18.101 por sobre el artículo 1945 del CC; pero el máximo tribunal rechazó el recurso. Para ello tuvo en vista la circunstancia de que el recurrente nunca discutió o alegó la aplicación preferente de la ley 18.101 por sobre el artículo 1945 del CC (Considerando quinto). Pero además, dejó expresamente establecido en su Considerando séptimo la plena aplicación de la norma en estudio, al señalar textualmente en su Considerando séptimo: *“Que sin perjuicio de lo razonado para rechazar el arbitrio en estudio, cabe señalar además, que son los jueces los llamados a aplicar el derecho a los hechos establecidos en autos y que conforme al artículo 1945 del Código Civil, si se pone término al arrendamiento por culpa del arrendatario, como ocurre en el caso sub lite, según se ha establecido por los sentenciadores, se encuentra aquél obligado a indemnizar los perjuicios, pagando las rentas correspondientes por el tiempo que falte hasta el día en que desahuciándolo hubiera podido hacer cesar el arriendo, o en que éste hubiera terminado sin desahucio.*

*Que habiéndose restituido el bien raíz en el mes de febrero de 2003, mientras que el plazo estipulado para el término del arriendo se extinguió, según la cláusula 2ª del contrato, el 30 de octubre de 2006, correspondía, de conformidad con lo previsto en el citado artículo 1945 del Código Civil y con lo pactado entre las partes, hacer lugar al pago de las rentas de arrendamiento estipuladas por el período comprendido entre las dos fechas recién citadas, a título de indemnización de perjuicios por el incumplimiento contractual”.*

<sup>12</sup> Corte Suprema, Rol N° 10.403-2014, de 3 de marzo de 2015, que confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1077-2013 de 19 de marzo de 2014. Estas sentencias también negaron la supuesta aplicación preferente del artículo 6 de la ley 18.101 por sobre el artículo 1945 del CC, como se aprecia claramente al leer los Considerandos sexto a octavo de nuestro máximo tribunal.

<sup>13</sup> Corte Suprema, Sin Rol, de 29 de octubre de 1936, Considerando Octavo: *“Que, por tanto, no se ha puesto fin al arrendamiento por culpa del arrendatario, ya que el estado de cesación de pagos no implica necesariamente culpa del fallido, y, además, como se ha visto, el contrato no cesó por voluntad exclusiva del arrendatario en contra del arrendador, sino que éste gestionó su terminación”.* Considerando Noveno: *“Que de lo anterior se deduce que no cabe en la especie la aplicación del artículo 1945 del Código civil el cual por esta razón no puede haber sido quebrantado”.* Este fallo se encuentra también recogido en SOMARRIVA ÚNDURRAGA, MANUEL, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, 2ª ed. actualizada por Ramón Domínguez Benavente, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1984, p. 241.

<sup>14</sup> Corte Suprema, S/Rol, de 26 de marzo de 1928, Considerandos 5 y 6. Decimos que los argumentos dados fueron controvertibles, pues si bien la casación fue rechazada por unanimidad, existió un voto especial de tres ministros que rechazaron la argumentación del voto de mayoría de seis ministros. Para estos efectos ver Considerandos 1, 2, 3, 7 y 8 del voto especial de la sentencia.

<sup>15</sup> Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 347-2011, de 4 de enero de 2012.



1975 ordena el pago de las rentas únicamente hasta la restitución del inmueble y no hasta la fecha en que habría cesado el contrato<sup>16</sup>. La interpretación de la sentencia es equivocada, pues las disposiciones que confrontan tratan problemas diferentes y no se excluyen. El artículo 11 inciso final del DL 993, concordante con los artículos 611 del Código de procedimiento civil, sienta simplemente una regla de carácter procesal y de sentido común: entender incluida en toda demanda de cobro de rentas no sólo las ya insolutas al momento de su presentación, sino también las que en el futuro se devenguen durante la tramitación del juicio hasta que la restitución o el pago se efectúe, y que el actor al presentar su demanda ignora cuándo ocurrirá. Por su parte, el artículo 1945 del CC aborda un problema diferente, de carácter sustantivo, que no tiene que ver con la incerteza respecto a la restitución del inmueble y pago de las rentas atrasadas. En concreto, esta norma regula la indemnización de perjuicios ante el término del contrato por culpa del arrendatario, en especial para los contratos pactados a plazo, y que impone al arrendatario el pago de las rentas equivalentes a toda la duración del contrato acordado por las partes, con independencia de que en los hechos el inmueble se entregue antes; idea que es confirmada por el artículo 1955 del CC. En definitiva el artículo 11 inciso final, del DL 993 aborda un problema diferente al de los artículos 1945 y 1955 del CC, por lo que no existe exclusión entre ellos.

Siguiendo esta línea argumentativa, se ha estimado por algunos fallos que el artículo 1945 del CC resulta también inaplicable para el arrendamiento de predios urbanos y lo han hecho esbozando diferentes razones. Una de ellos es la que se contienen en una reciente sentencia, que en base al artículo 4 de la ley 18.101 estimó que en los contratos de plazo no superior a un año, el arrendatario de un bien urbano sólo debe pagar las rentas de arrendamiento hasta la fecha que restituye el inmueble y en la forma dispuesta por el artículo 1945 del CC. Claramente se trata de una interpretación equivocada, como lo ha hecho presente ya la doctrina<sup>17</sup>.

Con mayor desarrollo, pero en forma igualmente equivocada, se ha invocado el artículo 6 de la ley 18.101 para excluir la aplicación del artículo 1945 en el arrendamiento de predios urbanos. Es el caso de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 2 de mayo de 2002<sup>18</sup>, que confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia de 5 de diciembre de 2002<sup>19</sup>. Las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento por cinco años. Sin embargo, a mitad del período el arrendatario dejó de pagar las rentas y abandonó el inmueble. El arrendador demandó terminación del contrato por no pago de rentas con indemnización de perjuicios. En concreto, y en lo que interesa para este análisis, demandó el pago de las rentas insolutas y, en base al artículo 1945 del CC, demandó a título de indemnización de perjuicios las rentas que corresponderían hasta la fecha que según el contrato terminaría el arriendo. El Tribunal de primera instancia accedió a la terminación del contrato y al pago de las rentas adeudadas y las que se devengaren hasta la restitución del

<sup>16</sup> Corte Suprema, Rol N° 2041-2008, de 28 de junio de 2009, Considerando cuarto: “*Que zanjado lo anterior resulta necesario hacerse cargo de la afirmación de que el fallo transgrede el artículo 11, incisos primero y final, del D.L. N° 993 y los artículos 1945 y 1955 del Código Civil...En consecuencia, cuando el artículo 11, inciso final, regula el pago de las rentas de los predios rústicos, debiendo entenderse incluidas en la acción las de igual naturaleza a las reclamadas durante la tramitación del juicio y hasta que la restitución o pago se efectúe, de forma tal que debe aplicarse este artículo, tal cual lo realizaron los Jueces del fondo y no los artículos 1945 y 1955 del Código Civil, que reglamenta el contrato de arrendamiento en general, como argumenta el recurrente, lo que implica que el arrendatario debe pagar las rentas de arrendamiento hasta el 31 de enero de 2007 tal cual lo sostuvo el fallo recurrido, puesto que con esa data se restituyó el predio*”.

<sup>17</sup> Nos referimos a la sentencia *Inersa S.A. con Servicios de Proyectos Computacionales Ltda.*, Rol 5535-2014, de 11 de diciembre de 2014. Estimamos que este fallo, acordado en votación dividida, adolece de varios errores. Uno de ellos, como se aprecia del considerando décimo de la sentencia de casación, es confundir el plazo que el artículo 4 inciso 2° de la ley 18.101 da al arrendatario para restituir el bien en los contratos a plazo fijo que no excedan de un año, una vencida la vigencia del mismo, con el plazo de desahucio establecido en el artículo 3 inciso 2° de la misma ley. Relacionado con lo anterior, otro error es estimar que el arrendatario puede desahuciar un contrato cuyo plazo de duración fue acordado en 12 meses, renovables, olvidando la sentencia que el artículo 3° de la ley 18.101 únicamente permite el desahucio en los contratos pactados mes a mes y los de duración indefinida. ORREGO (2011), pp. 384 a 390, menciona dos fallos, también de la Corte Suprema (de fechas 5 de agosto y 14 de octubre, ambas del año 2009), donde también se incurren en los mismos errores jurídicos. Para una adecuada comprensión de las normas de desahucio y restitución de la ley 18.101 y del correcto alcance que debe darse al artículo 1976 del CC, ver PIEDRABUENA (1982), pp. 27 a 36, ORREGO (2011), pp. 390 a 394 y FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO, “¿Puede el arrendatario de un inmueble urbano desahuciar un contrato de plazo fijo no superior a un año?”... cit. (2017), pp. 6-8.

<sup>18</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 3078-2000, de 29 de mayo de 2002. Hacemos presente que esta sentencia no fue objeto de recurso por el demandante.

<sup>19</sup> Juzgado Civil de Viña del Mar, 8 de junio de 2000, Rol 1127-2000, considerandos noveno y décimo.

inmueble, pero no concedió el pago de las rentas hasta la fecha que el contrato habría terminado. Para fundar su decisión tuvo presente el artículo 6 de la ley 18.101, que obliga pagar las rentas y consumos hasta la restitución del inmueble. Agregó que si se ejerce la acción conferida en el artículo 1977, no se puede, a la vez, pretender cobrar rentas hasta el plazo de término del contrato. Como ya indicamos, la corte de Valparaíso confirmó esta decisión.

Un par de años después, los tribunales reiteraron la doctrina de que el artículo 6 de la ley 18.101 excluye la aplicación del artículo 1945 del Código civil. A los seis meses de celebrado un contrato de arriendo a plazo fijo por dos años, el arrendatario abandonó la propiedad, adeudando la renta del último mes. El arrendador demandó la terminación del contrato de arrendamiento junto al pago del último mes insoluto, y en base al artículo 1945 del CC, solicitó como indemnización el pago de las rentas por los 18 meses que faltaban para la terminación del arriendo. Solicitó además la restitución del inmueble abandonado, en conformidad al inciso segundo del artículo 6 de la ley 18.101. La sentencia de primera instancia dio lugar a la terminación del contrato de arrendamiento y al pago del mes adeudado y el que se generó hasta la entrega material del inmueble, pero no a la indemnización de pago de rentas. El fundamento de esta decisión fue nuevamente el artículo 6 de la ley 18.101<sup>20</sup>. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó lo resuelto en primera instancia<sup>21</sup>. El actor recurrió de casación en el fondo por infracción de los artículos 5 y 6 de la ley 18.101. En sentencia de 8 de julio de 2009, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo. Fundó su decisión en la circunstancia que el recurrente no invocó como infringido el artículo 1945 del CC, que es la norma que pudo regir la materia, como sí la invocó en su demanda y en el recurso de apelación. Sin perjuicio de la razón formal para rechazar el recurso, lo cierto es que, atendido lo señalado en uno de sus considerandos, es posible deducir que aún en el caso de haberse planteado correctamente el recurso, de todas formas el máximo tribunal lo habría rechazado, por estimar que para los arrendamientos de predios urbanos existe normativa especial, no siendo aplicable el artículo 1945 del CC<sup>22</sup>.

La doctrina sustentada por estas últimas sentencias ha recibido incluso el comentario favorable de un autor<sup>23</sup>. Sin embargo, la realidad es otra. Conforme a las reglas de interpretación, la normativa general sobre una determinada materia, no pierde su vigencia por haberse dictado una legislación especial, sino que continúa aplicándose en todo lo no regulado por la ley especial. Por lo demás, este principio interpretativo está refrendado expresamente por el artículo 1 de la ley 18.101, normativa esta última que no contiene disposición alguna que se refiera a la indemnización de perjuicios ante el incumplimiento del arrendatario de predios urbanos, como si lo hace el artículo 1945 del CC. Es por ello que la supuesta colisión normativa con el artículo 6 de la ley 18.101 no es tal, pues abordan temas diferentes. El artículo 6 de la ley 18.101 impone una obligación de toda lógica, cuál es que el arrendatario pague las rentas y demás gastos durante el período que sigue gozando del inmueble hasta su efectiva restitución, no obstante haber terminado ya el contrato, y sin importar la causal en concreto que le hubiere puesto término. Diferente es el caso del artículo 1945 del CC, que regula la indemnización por terminaciones anticipadas imputables al arrendador, aunque no siga ocupando el inmueble. En definitiva, el artículo 6 de la ley 18.101 impone al arrendatario el pago por el uso del inmueble después de terminado el contrato, y el 1945 del CC condena al pago de rentas por el período que el contrato debió estar vigente, aunque el bien se haya restituido.

En consecuencia, no existe ninguna norma en la ley 18.101 que impida en general la aplicación del artículo 1945 del CC en el arrendamiento de predios urbanos, y así lo han declarado nuestros tribunales en recientes sentencias. Ejemplo de lo anterior, son los fallos de la Corte de

<sup>20</sup> 21° Juzgado civil de Santiago, 30 de marzo de 2005, Rol 10.409-2004, considerando sexto.

<sup>21</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de mayo de 2008, Rol 4.154-2005.

<sup>22</sup> Corte Suprema, 8 de julio de 2009, Rol 3713-2008, considerandos cuarto y quinto.

<sup>23</sup> CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, "El ámbito de protección del contrato como mecanismo para determinar la aplicación del artículo 1945 del Código civil y de la ley N° 18.101 en la terminación del contrato de arrendamiento de bienes raíces urbanos por no pago de renta", en Bahamondes, Claudia et al. (Editores), *Estudios de Derecho civil XIII* Thomson Reuters, Santiago, 2018, pp. 443-454.

Apelaciones de Concepción de fecha 19 de marzo de 2014<sup>24</sup> y de la Corte Suprema de 3 de marzo de 2015<sup>25</sup> y 21 de abril de 2016<sup>26</sup>, entre otros<sup>27</sup>.

Finalmente, como demostración de una tercera línea jurisprudencial, tenemos las sentencias que sin desconocer el artículo 1945 del CC, buscan limitar o morigerar las consecuencias excesivas que significan una aplicación literal o rigurosa del mismo. Es el caso de la sentencia de la Corte suprema de 29 de octubre de 1936, ya citada, cuando señala que en el pago de los perjuicios debe considerarse el hecho de que el arrendador inmediatamente después de terminado el contrato se hizo cargo del local, y lo explotó por su cuenta<sup>28</sup>. En similar sentido, la sentencia de la Corte de Valdivia de 24 de septiembre de 2003, confirmada por la Corte de Suprema en sentencia de casación de fecha 28 de julio de 2009, declaró que si al poco tiempo de terminado el contrato de arrendamiento el actor vende el inmueble, en una fecha en que el contrato todavía habría estado vigente de no haber terminado anticipadamente, resulta justo y razonable que la indemnización del artículo 1945 del CC se limite hasta la fecha de la venta, porque sólo hasta ese momento el actor habría podido cobrar y percibir las rentas devengadas, lo que constituye su lucro cesante<sup>29</sup>. Finalmente, inscribimos también en esta línea la sentencia de la Corte Suprema de 29 de septiembre de 2016, pues si bien confirió la indemnización total establecida en el artículo 1945 del CC, tuvo presente como antecedente fáctico la circunstancia que el demandante no había vuelto arrendar el inmueble<sup>30</sup>.

Nuestra doctrina no ha mostrado mayor interés en dilucidar los alcances del artículo 1945 del CC, y se ha limitado a ilustrar someramente su significado acudiendo a la transcripción de alguna jurisprudencia dictada al efecto<sup>31</sup>. Sólo en forma reciente se ha intentado un análisis más en profundidad. Es el caso de CORNEJO, quien señala que se trata de una regla indemnizatoria especialmente relevante en los contratos de arrendamientos a plazo fijo, la que en su opinión tiene dos excepciones: una legal, que es la posibilidad dada al arrendatario para eximirse de su pago, proponiendo a persona idónea que lo substituye por el tiempo que falta para la terminación del contrato, y otra, que califica de jurisprudencial, donde con la finalidad de evitar un enriquecimiento injustificado, se ha establecido que este cobro de rentas no es procedente si el arrendador ha podido celebrar nuevamente un contrato de arrendamiento respecto de la misma cosa, y ejemplo de esto último sería

<sup>24</sup> Rol N° 1077-2013.

<sup>25</sup> Rol N° 10403-2014.

<sup>26</sup> Rol N° 566-2016.

<sup>27</sup> También podemos considerar la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 217-2007, de 21 julio de 2008, considerando cuarto de la prevención, que señala textualmente:

“Que no existe incompatibilidad entre lo dispuesto en el artículo 6° de la ley 18.101 y lo previsto en el artículo 1945 del Código Civil, desde que conforme a lo señalado en el artículo 1° de la ley 18.101, las normas del Código Civil siguen vigentes en todo aquello que no sea regulado en dicha ley especial, que es lo que ocurre en el caso que se analiza. En efecto, de la lectura del artículo 6° de la ley 18.101 se desprende que la norma regula la situación que se produce en el evento que, no obstante haber expirado el contrato de arrendamiento cualquiera sea la causa el arrendatario continúa gozando del inmueble, estableciendo que en tal caso continuará obligado al pago de las rentas hasta la época de la restitución. El artículo 1945 del Código Civil, en tanto, se refiere a un hecho distinto, cual es que, faltando un tiempo para que el contrato termine por la llegada del plazo, por ejemplo se le pone término por culpa del arrendatario, de suerte que la restitución debe llevarse a cabo antes del plazo previsto, situación frente a la cual la norma dispone que el arrendador tiene derecho a exigir las rentas que se habrían devengado hasta la expiración del plazo, además de la indemnización de perjuicios que corresponda. Como es posible observar, la hipótesis consultada en la ley 18.101 tiene por objeto impedir que el disfrute de la cosa por parte del arrendatario en los hechos y después de expirado el contrato perjudique al arrendador, razón por la cual le impone la obligación de pagar la renta mientras ello ocurra; mientras que la situación prevista en el citado artículo 1945, prevé que la restitución anticipada del inmueble, por una situación imputable al arrendatario, sea la que le provoque el perjuicio, para lo cual lo obliga a continuar pagando hasta la época en que estaba previsto su término. Esta última regla, por lo demás, es plenamente concordante con lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, en la medida que respeta la ley del contrato, ya que pretender lo contrario, implicaría que éste puede terminar por voluntad unilateral de uno de los contratantes”.

<sup>28</sup> Corte Suprema, Sin Rol, de 29 de octubre de 1936. En verdad, esta Sentencia excluyó la aplicación del artículo 1945 del CC, conforme se aprecia en sus Considerandos octavo y noveno, y a que se aludió en nota 12. Pero no obstante lo anterior, en su Considerando décimo señala que si bien lo anterior es suficiente para rechazar el recurso, recuerda el fallo de casación que se dejó asentado en la sentencia recurrida que los arrendadores se recibieron del inmueble y lo siguieron explotando por su cuenta.

<sup>29</sup> Corte de Valdivia, Rol N° 14612-2003, de 24 de septiembre de 2003 y Corte Suprema, Rol N° 4643-2003, de 28 de julio de 2009.

<sup>30</sup> Corte Suprema, Rol N° 34.042-2016, de 29 de septiembre de 2016.

<sup>31</sup> En este sentido, ver ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO Y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Derecho Civil*. Tomo IV, *Fuente de las Obligaciones*, Redactada y puesta al día por A. Vodanovic, Editorial Nascimento, Santiago, 1942, p. 471. Estos autores aluden en sus comentarios a la sentencia de casación de 29 de octubre de 1936, que excluyó la aplicación del artículo 1945 del CC, y a que ya hicimos referencia en notas 12 y 19.

la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 28 de septiembre de 2004<sup>32</sup>.

### 3. ANÁLISIS HISTÓRICO Y DERECHO COMPARADO

La parquedad de la doctrina nacional, unida a la existencia de a lo menos tres corrientes jurisprudenciales claramente diferentes, hace necesario indagar los antecedentes históricos y de Derecho comparado. Lo anterior con la finalidad de aportar algunas ideas u orientaciones que nos sirvan para una correcta interpretación y aplicación del artículo 1945 del CC.

Desde una perspectiva meramente histórica, podríamos remontarnos al Derecho Romano y en especial a algún pasaje del Digesto, dictado a propósito del contrato de locación o arriendo<sup>33</sup>; sin embargo, para nuestro objetivo es de mayor importancia analizar los Códigos y proyectos que precedieron al Código civil chileno. En especial, interesan los artículos 1760 del Código civil francés y 1480 del Proyecto del Código civil español de 1851 (en adelante Proyecto de 1851); este último, con los útiles comentarios de GARCÍA GOYENA<sup>34</sup>.

Pero no se crea que el artículo 1945 del CC fue una mera copia o adaptación de dichas disposiciones. Muy por el contrario, él presenta innovaciones que, lamentablemente, no podemos calificar de afortunadas, pues han sido las que han ocasionado las mayores dudas y cuestionamientos. Por ello, estimamos conveniente analizar también un texto de más reciente data en España, como es el artículo 56 de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964<sup>35</sup>. Si bien se trata de una norma actualmente derogada, resulta de interés, por su gran similitud con la norma nacional.

El artículo 1760 del Código civil francés, ubicado entre las disposiciones especiales para el arrendamiento de predios urbanos, señala textualmente: “*En caso de rescisión por falta del arrendatario, éste será responsable de pagar el precio del alquiler durante el tiempo necesario para rearrendarlo, sin perjuicio de los daños que hayan podido resultar del abuso*”<sup>36</sup>. Por su parte, el artículo 1480 del Proyecto de 1851 establece: “*Si se resolviese el contrato por falta del arrendatario, tiene éste obligación de pagar el precio del arrendamiento por todo el tiempo que medie, hasta que se pueda celebrar otro, además de los daños y perjuicios que se hayan irrogado al propietario*”.

Basta confrontar ambos textos para percatarse que regulan el mismo supuesto de hecho del artículo 1945 del CC, vale decir, las consecuencias que se siguen de la terminación anticipada de

<sup>32</sup> CORNEJO AGUILERA, PABLO, *El contrato de arrendamiento de bienes raíces urbanos*, Editorial AbdeledoPerrot – Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 105, nota 63 y pp. 239 y 240. La sentencia de la Corte de Valparaíso que cita este autor es *Pepe con Sociedad Diez Compañía Limitada* (2004), cuyo Considerando séptimo transcribimos parcialmente: “*Que no obstante que por aplicación de la norma legal recién citada [i.e. el artículo 1955 del CC], la demandada estaría obligada a pagar al actor las rentas incluidas en el petitório de la demanda de fs. 1, esto es, las correspondientes a los meses de julio de 2000 a marzo de 2001... cabe tener presente que, al responder a la posición undécima del pliego de fs. 51, el actor reconoce haber dado en arriendo el inmueble de que se trata seis meses después de que se le entregaron las llaves, lo que significa, según se desprende de la certificación de fs. 13 vta., que lo arrendó a terceros a contar del mes de febrero de 2001 inclusive, por lo que, de percibir las rentas pactadas en el contrato de autos por los meses de febrero y marzo de 2001, se produciría un enriquecimiento sin causa en su favor. En suma, sólo corresponde condenar a la demandada a pagar al actor las rentas correspondientes a los meses de agosto de 2000 a enero de 2001...*”.

La Corte hace referencia al artículo 1955 del CC y no al artículo 1945. La razón es que el tribunal rechazó expresamente la alegación de la demandada, en orden a que el contrato habría terminado anticipadamente. Por lo mismo, aquí de ninguna forma tenía aplicación el artículo 1945 del CC, desde el momento que su supuesto es la terminación anticipada del contrato. Luego, la disposición aplicable era efectivamente el artículo 1955, que regula la situación de entrega anticipada del bien arrendado, sin que haya cesado el contrato. No obstante ello, la doctrina que emerge de esta sentencia resulta aplicable a ambas disposiciones.

<sup>33</sup> D. 19, 2, 55, 2: “El que sin justa y aplausible (sic) causa hubiere abandonado antes de tiempo un fundo contra el convenio del arrendamiento, puede ser demandado por la acción de conducción para que pague las pensiones de todo el tiempo, a fin de que se obtenga indemnización por el arrendador por lo que le importa” (“*Qui contra legem conductionis fundum ante tempus sine iusta ac probabili causa deseruerit, ad solventas totius temporis pensiones ex conducto conveniri potest, quatenus locatori in id, quod eius interest, indemnitas serventur*”).

<sup>34</sup> Ver, GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Madrid, pp. 448 y 449.

<sup>35</sup> En adelante LAU de 1964 Decreto número 4104/1964.

<sup>36</sup> Traducción al español de Légifrance, disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/>. El texto en francés es del siguiente tenor: “*En cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l’abus*”.

un contrato de arrendamiento de cosas por falta o culpa del arrendatario, aunque con diferencias en cuanto a su ámbito de aplicación<sup>37</sup>. Además, las tres disposiciones contemplan, aparentemente, una doble consecuencia o efecto de tal terminación: la obligación de pagar la renta de arrendamiento y los perjuicios.

Sin embargo, junto a estas similitudes aparece la gran diferencia: el *Code*, al igual que el Proyecto de 1851, establecen que el arrendatario estará obligado a pagar la renta únicamente por el tiempo necesario para que el arrendador pueda volver a arrendar el inmueble, y no –como sucede entre nosotros–, hasta la época en que el contrato hubiere cesado. De esta forma, los textos europeos conjugan en forma más equilibrada los intereses de las partes contratantes, porque si bien se resguarda al arrendador ante el incumplimiento de su arrendatario, imponiendo a éste la obligación de pagar la renta más allá de la fecha en que el contrato termina y el bien es restituido, tal obligación tiene un límite más acotado que entre nosotros, y más acorde con el interés contractual protegido. En definitiva, ampara al arrendador ante un término abrupto y anticipado del contrato, pues impone al arrendatario la obligación de seguir pagando la renta; pero sólo por el tiempo necesario para que el arrendador vuelva a alquilarlo.

Desconocemos cuáles fueron las razones que llevaron a Bello a innovar, respecto al *Code* y el Proyecto de 1851. Podría argumentarse diciendo que estimó como suficiente consideración a favor del arrendatario incumplidor la facultad que le da el inciso segundo del artículo 1945 del CC. Luego, si el arrendatario es negligente en el cumplimiento del contrato y en buscar una persona que lo reemplace, debe simplemente soportar la obligación de pagar la totalidad de las rentas, hasta el momento que el contrato podría terminar por vencimiento del plazo o desahucio.

Tal argumentación no nos convence, primero, porque una cosa son las facilidades dadas al arrendatario para permitir la subsistencia del contrato (en este caso proponiendo otra persona en su reemplazo), y otra muy diferente es que enfrentados a un término anticipado del contrato se imponga al arrendatario a pagar una suma de dinero que en muchos casos concretos excederá la efectiva lesión al interés contractual del arrendador, representado por el tiempo en que el bien permaneció sin utilización productiva. Refuerza lo anterior el hecho que GARCÍA GOYENA en sus comentarios, junto con reiterar que la obligación de pago de renta tiene como límite el tiempo necesario para que el arrendador vuelva a alquilar el inmueble, indica también que el arrendatario puede realizar las diligencias convenientes para buscarle a su arrendador un nuevo arrendatario y así liberarse de dicha obligación<sup>38</sup>. Luego, para el redactor del Proyecto de 1851 eran perfectamente compatible ambas posibilidades: la opción del arrendador de buscar un nuevo arrendatario que lo sustituya y, en su defecto, el pago de renta sólo hasta que el arrendador celebre un nuevo contrato.

En consecuencia, el artículo 1945 del CC consagró expresamente la regla que GARCÍA mencionó en sus comentario pero no explicitó (buscar un nuevo arrendatario), y prescindió de la que sí estaba expresamente recogida tanto en el Proyecto de 1851 como también en el articulado del *Code*, esto es, limitar la obligación de pago de renta por el tiempo necesario para volver a arrendarse el bien.

Es importante recalcar que las diferencias no se presentan únicamente a nivel de redacción de los textos europeos versus la norma nacional, desde el momento que tanto la doctrina y jurisprudencia francesa, como los comentarios de GARCÍA, han ido complementando los alcances de dichas disposiciones, a fin de lograr una configuración completa de las mismas y una adecuada aplicación en los casos prácticos que deben regir.

<sup>37</sup> El texto francés, a lo menos en su letra, está limitado a los inmuebles urbanos; el Proyecto 1851 resulta aplicable a predios rústicos y urbanos, y el artículo 1945 del CC es de aplicación general para todo tipo de bienes.

<sup>38</sup> GARCÍA (1852), p. 449.



En este sentido, los autores franceses manifiestan una idea que, si bien puede parecer evidente, es muy importante para la interpretación y aplicación de la norma. Nos referimos a la afirmación de que al artículo 1760 no es una disposición aislada o descontextualizada en la sistemática del *Code*. Muy por el contrario, indican que es la concreción para un supuesto específico de una materia regulada en términos generales en el artículo 1184 del mismo *Code*<sup>39</sup> (en su redacción original), como es la resolución del contrato bilateral y la indemnización<sup>40</sup>, equivalente al artículo 1489 del CC chileno.

Esto último, a su vez, enlaza con la idea expresada por la doctrina gala, en el sentido que en caso de resolución de un contrato de arriendo, los perjuicios indemnizables –que se deberán a uno u otro contratante, según quién sea el responsable de la terminación–, tendrán infinitas variaciones, atendidas las circunstancias del caso específico de que se trate. Por ello, estiman suficiente con indicar que se aplicarán las reglas generales de indemnización de los perjuicios contractuales, establecidos en los artículos 1146 y siguientes del *Code*<sup>41</sup> (equivalentes a nuestros artículos 1556 y siguientes del CC). En definitiva, lo expuesto no es sino la aplicación en un caso concreto –el contrato de arrendamiento– del correcto reenvío que debe existir entre las reglas generales y especiales de un Código.

Sin embargo, junto a lo anterior se tiene el cuidado de precisar que, para el caso que el contrato termine por culpa del arrendatario, el artículo 1760 del *Code* contempla una partida resarcitoria especial, atendiendo a las particularidades propias de este contrato, el sujeto incumplidor y la clase de incumplimiento, que se denomina *indemnité de relocation*. Ella consiste, precisamente, en el pago de la renta por el tiempo necesario para que el arrendador pueda volver a arrendar el inmueble. Se dice que esta indemnización representa el daño que el arrendador de seguro va a sufrir, y sin perjuicio de ser procedente el resarcimiento de otras partidas resarcitorias<sup>42</sup>.

En resumen, la doctrina tradicional francesa declara que el artículo 1760 del *Code* debe interpretarse y aplicarse en coordinación con las normas generales sobre resolución e indemnización contractual; pero atendido el carácter propio del contrato de arrendamiento, se contempla una partida resarcitoria específica, aunque no exclusiva, a la que denominan *indemnité de relocation*.

Se ha precisado también que la *indemnité de relocation* comprende únicamente las rentas por el tiempo que los tribunales juzguen necesarios para que el arrendador pueda encontrar un nuevo arrendatario y no por el tiempo que efectivamente el propietario demore en volver a arrendar el inmueble, estimándose que los jueces de fondo son soberanos en la apreciación de tal tiempo. Reconoce esos sí que esta interpretación resulta, antes que de la letra del artículo, de los trabajos preparatorios del *Code*, y que su finalidad es evitar el abuso por parte de los arrendadores, que decidan permanecer en la inacción y dejar de buscar un nuevo arrendatario<sup>43</sup>.

En cuanto a la naturaleza de la suma que se concede a título de *indemnité de relocation* se estima que ella constituye un precio global o fijo, lo que significa que una vez regulada por el

<sup>39</sup> GUILLOUARD, LOUIS VICENT, *Traité du contrat de louage. Livre III, Titre VIII du Code civil*, A Durand et Pedone Lauriel Éditeurs, segunda edición, t. 1 y 2, París, 1887, p. 455; PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, París, 1932, p. 806, y MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, JEAN, y MAZEAUD, LEÓN, *Lecciones de Derecho civil*, Parte tercera, v. 4, traducción Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, p. 119.

<sup>40</sup> En virtud de la ordenanza n° 2016-131 de 10 de febrero de 2016, con vigencia a partir del 1 de octubre del mismo año, el Código civil francés fue reformado en materia de contratos y régimen general de la prueba de las obligaciones. Entre las disposiciones modificadas se encuentra el artículo 1184 la condición resolutoria tácita, y hoy en día podemos considerar que la resolución por incumplimiento está regulada de manera diferente en los actuales artículos 1224 a 1230 del CCFr., en relación con el artículo 1217 párrafo final del mismo código, que declara su compatibilidad con la indemnización con las demás acciones del acreedor, incluida la resolución contractual.

<sup>41</sup> GUILLOUARD, (1887), pp. 455 y 456.

<sup>42</sup> GUILLOUARD, (1887) Tomo I, p. 455 y Tomo II, pp. 75 y 76, y PLANIOL y RIPERT (1932) pp. 806 y 807.

<sup>43</sup> En este sentido, GUILLOUARD (1887) Tomo II, p. 60, siguiendo a FENET, indica que el tribuno MOURICAULT señaló que los arrendatarios serán obligados a las rentas durante el tiempo que comúnmente se da al arrendador para encontrar un nuevo arrendatario, que por lo general será el periodo actual y el siguiente. Ver también PLANIOL y RIPERT (1932) p. 806.

tribunal, el arrendatario no podría negarse a pagar todo o parte de la indemnización, alegando en que el arrendador ha encontrado nuevo inquilino. A la inversa, si al momento de estarse discutiendo la indemnización ante el juez, el arrendatario prueba que el demandante arrendó inmediatamente el inmueble y al mismo precio, se estima que el actor no tendría derecho a ninguna suma de dinero por este concepto, pues el artículo 1760 del *Code* tiene por objetivo fijar una indemnización a su favor, pero a condición de que efectivamente exista perjuicio, y en este caso no existiría ningún daño que resarcir<sup>44</sup>.

Otro aspecto interesante es el hecho que admite fijar como indemnización la diferencia entre el precio del contrato de arriendo original y el que se obtenga en virtud de la celebración de un nuevo contrato. Se indica que esta fórmula puede resultar útil especialmente en el caso de los inmuebles rurales, ya que es común que éstos se arriendan por cinco a seis años y no siempre es fácil encontrar un nuevo arrendatario que esté dispuesto a aceptar las mismas condiciones del contrato original. Además, la indemnización calculada de esta forma reflejaría en forma exacta la verdadera entidad del perjuicio sufrido<sup>45</sup>. No cabe duda que tal solución está en consonancia con la llamada obligación de mitigar el daño que pesa sobre el acreedor, y específicamente con lo que modernamente se tipifica como el deber de acudir a un contrato de cobertura<sup>46</sup>.

Fuera de lo anterior, han existido otras dificultades de interpretación y aplicación que los autores ha debido ir sorteando. Una de ellas es la relativa al campo de aplicación que debe darse al artículo 1760 del *Code*, ya que por su ubicación dice relación exclusiva con los bienes urbanos. Sin embargo, según una práctica constante se ha hecho extensiva a los inmuebles rurales<sup>47</sup>.

Respecto a la jurisprudencia francesa, podemos decir que, en general y en los aspectos más importantes, coincide con los postulados de la doctrina. La sintonía entre ambas fuentes del Derecho se aprecia en la circunstancia que los autores antes citados acostumbran a indicar en apoyo de sus afirmaciones fallos de antigua data, especialmente del siglo XIX y principio del XX, emanadas tanto de los tribunales de instancia como de la Corte de casación, produciéndose así una recíproca influencia. Además, las sentencias de la segunda mitad del siglo XX están contestes con las ideas anteriores. Así, junto con afirmar que la indemnización del artículo 1760 del *Code* requiere como presupuestos básicos la culpa del arrendatario<sup>48</sup> y que el arrendador sufra efectivamente un perjuicio por la desocupación anticipada del inmueble<sup>49</sup>, declaran que la indemnización no debe comprender la totalidad de la renta hasta el tiempo en que habría debido expirar el contrato, sino que debe fijarse únicamente en base al tiempo que se estima necesario para encontrar un nuevo arrendatario<sup>50</sup>, en cuya apreciación se considera que los jueces de fondo son soberanos<sup>51</sup>. Finalmente, atendido el texto expreso, reconocen que la indemnización puede comprender además otros perjuicios que sufra el arrendador<sup>52</sup>.

Volviendo al artículo 1480 del Proyecto de 1851, GARCÍA GOYENA reconoce que se trata de una transcripción del artículo 1760 del CC francés. Sin embargo, aclara que en cuanto a su campo de aplicación, existe entre ambos una importante diferencia, pues el texto español está ubicado entre las disposiciones generales. Luego, él no se contrae al arriendo de casas como sucede en Francia<sup>53</sup>,

<sup>44</sup> GUILLOUARD (1887) Tomo II, p. 60, y PLANIOL y RIPERT (1932), cit., p. 807.

<sup>45</sup> GUILLOUARD, Cit., p. 61 y 76, y PLANIOL y RIPERT (1932) p. 807.

<sup>46</sup> PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, "Artículos 74, 75 y 76. Comentario", en Díez-Picazo, Luis (Director y coordinador), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 609 a 616, y FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO, *La extensión del daño contractual*, Editorial La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 242 a 253.

<sup>47</sup> GUILLOUARD, (1887) Tomo I, p. 455, y PLANIOL y RIPERT (1932), p. 806.

<sup>48</sup> Civ. 3<sup>ª</sup>, 8 de noviembre de 1995; Civ. 3<sup>ª</sup>, 24 de junio de 1975, y Versailles, 7 de mayo de 1999.

<sup>49</sup> Civ. 3<sup>ª</sup>, 3 de enero de 1990.

<sup>50</sup> Civ. 3<sup>ª</sup>, 24 de junio de 1975.

<sup>51</sup> Civ. 3<sup>ª</sup>, 12 de febrero de 1970.

<sup>52</sup> Civ. 1<sup>ª</sup>, 1 de marzo de 1960.

<sup>53</sup> Sin perjuicio de la interpretación extensiva que en Francia se hace de la norma, para comprender también los predios rústicos, según indicamos.

sino que es aplicable tanto a los predios rústicos como urbanos. Incluso más, indica que rige para todo contrato bilateral<sup>54</sup>. Con esta última idea, termina coincidiendo con la doctrina francesa, en cuanto al hecho que estaríamos ante la manifestación específica de una regla general, como es, la condena indemnizatoria que pesa sobre el contratante culpable de la resolución de todo contrato bilateral.

Precisa también el alcance de las expresiones “Hasta que pueda celebrar otro” y “Daños y perjuicios”, utilizadas en el artículo 1480 del Proyecto de 1851. En cuanto a la primera, expresa que el arrendador deberá practicar las diligencias convenientes para poder celebrar un nuevo contrato y –como ya indicamos– el arrendatario está igualmente llamado a realizarlas para liberarse de pagar en adelante el arriendo, estando facultado el juez, en caso necesario, para autorizarlo a proceder por sí mismo. En consecuencia, la obligación de llevar a cabo las gestiones necesarias para lograr un nuevo arriendo recae también sobre el arrendatario<sup>55</sup>.

En cuanto a la expresión “Daños y perjuicios”, señala que debe considerarse como tal la pérdida de la renta hasta la celebración de otro arriendo, y siguiendo dos pasajes del Digesto (D 19, 2, 51 y 55), expresa que igualmente debe estimarse como perjuicio lo que el propietario obtenga de menos en el nuevo contrato. De esta forma, coincide nuevamente con la doctrina francesa, en cuanto a que si no es posible acordar en este segundo arriendo las mismas condiciones que en el primero, de todas maneras puede igualmente celebrarse, y la diferencia entre las condiciones de uno y otro, que sean perjudiciales al arrendador, será considerado daño<sup>56</sup>. Es claro que en estas ideas está presente el deber de mitigación, y en específico, la necesidad de celebrar un contrato de cobertura.-

Debido a que BELLO introdujo al texto nacional las modificaciones ya vistas, que lo diferencian de sus precedentes, no podemos llegar y adoptar en forma automática las conclusiones y soluciones de la doctrina y jurisprudencia francesa, ni los comentarios de GARCÍA. Por ello, como un último antecedente de Derecho comparado a tener en cuenta, es útil referirnos al problema que debió enfrentar hasta hace poco tiempo la doctrina y jurisprudencia española, ante una norma muy semejante a nuestro artículo 1945 del CC.

Por razones que desconocemos, el Código civil español de 1888 no incluyó el artículo 1480 del Proyecto de 1851. Sin embargo, casi 80 años después, se dictó la ley de arrendamiento Urbanos (LAU) de 1964, cuyo artículo 56 disponía: “*Durante el plazo estipulado en el contrato, el arrendatario o subarrendatario, lo sea de vivienda o de local de negocio, vendrá obligado al pago de la renta, y si antes de su terminación lo desaloja, deberá notificar su propósito por escrito al arrendador o subarrendador con treinta días de antelación por lo menos, e indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir*”.

Mientras estuvo esta disposición vigente en España<sup>57</sup>, el arrendatario que abandonaba un inmueble urbano antes del vencimiento del plazo estipulado –de manera similar a lo que sucede en Chile–, quedaba obligado a pagar una indemnización equivalente a la renta correspondiente a todo el plazo que según el contrato faltare por cumplir, sin que se contemplare, a lo menos expresamente, ningún criterio de limitación o morigeración a tal obligación indemnizatoria.

La situación antes descrita se consideró especialmente contraproducente en los casos en que el arrendador, con el inmueble ya en su poder y antes del vencimiento fijado originalmente en el contrato, lograba arrendarlo nuevamente, lo utilizaba en forma productiva, o incluso lo vendía.

<sup>54</sup> GARCÍA (1852), p. 448.

<sup>55</sup> GARCÍA (1852), p. 448.

<sup>56</sup> GARCÍA (1852), p. 448.

<sup>57</sup> La ley 29/1994 de 24 de noviembre de 1994, y que entró en vigencia el 1 de enero de 1995, derogó la ley de arrendamiento Urbanos (LAU) de 1964. Sin embargo, el artículo 56 siguió rigiendo para todos los contratos anteriores al 1 de enero de 1995 y que se encontraban subsistentes en dicha fecha.

Esto sin duda es una de las principales razones por la cual el artículo 56 de la LAU de 1964 recibió duras críticas. En este sentido, MORALES señala que la norma “*entendida literalmente, resultaba desproporcionada. No aminora el daño conforme al provecho obtenido de la cosa por el arrendador, tras serle restituida... Tampoco considera la aminoración del daño fundada en el deber de mitigarlo*”<sup>58</sup>. En cuanto a las posibles razones para una disposición de esta naturaleza, señala que quizás fue para compensar al arrendador por la prórroga forzosa y las consecuencias desfavorables que a él le significaban, o tal vez se debió a que el legislador no tenía muy claro cuál es realmente el daño indemnizable en este caso, y por ello habría adoptado la solución más simple, esto es, equipararlo a las rentas no cobradas. Agrega que lo razonable sería aplicarle el régimen general en materia indemnizatoria<sup>59</sup>.

Debemos hacer presente que si bien en ambos países se presentó el mismo problema práctico, esto es, la necesidad de reducir la indemnización fijada por el legislador en los casos en que se consideraba excesiva (atendidas las circunstancias concretas del caso a resolver), existe una diferencia conceptual importante entre ambas normas. El artículo 1945 del CC regula la indemnización ante el término anticipado del contrato por incumplimiento del arrendatario. El texto español, por el contrario, consagraba la indemnización como contrapartida de la facultad de desistimiento unilateral del contrato, otorgada al arrendatario sin necesidad de justificación alguna, y sin que se estimare incumplimiento<sup>60</sup>.

Es por lo anterior que GONZÁLEZ y TENT indican que, si bien la regla general en toda contratación es que el contratante cumplidor puede exigir el cumplimiento forzoso (in natura o por equivalente), ello no es admisible en los caso en que el arrendatario se desiste unilateralmente. Agregan que por diversas razones, la jurisprudencia ha negado esta posibilidad, y el análisis queda limitado a la acción indemnizatoria, que va precedida de la resolución del contrato<sup>61</sup>.

REBOLLEDO, por su parte, expresa que aquí el arrendador no tiene derecho a reclamar las rentas que se devengarían en el futuro, porque esto significaría concederle el derecho a exigir el cumplimiento del contrato, y la ley autorizó expresamente al arrendatario para desistirse y no cumplir. Luego, el derecho del arrendador es obtener una indemnización, específicamente descrita por el legislador y cuya cuantía se cifra objetivamente, con independencia de los daños efectivamente causados, resultando irrelevante para estos efectos que el inmueble se arriende después del desalojo, sin que tampoco pueda alegarse un enriquecimiento injusto, pues existe un precepto legal que lo ampara. Agrega que para evitar esta consecuencia de una indemnización abstracta, desconectada del real daño sufrido, el Tribunal Supremo termina reconsiderando el significado del artículo 56 de la LAU, y estima que sí sería un supuesto de incumplimiento contractual (como se aprecia en la sentencia de 20 de abril de 2007). De esta forma, el juzgador estaría facultado para moderar la estricta indemnización establecida en el artículo 56<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> MORALES MORENO, ANTONIO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pp. 52 y 53.

<sup>59</sup> MORALES (2010) p. 53.

<sup>60</sup> En el Derecho chileno una situación semejante, pero referida al contrato de obra, la encontramos en el artículo 1999 inciso segundo del Código civil chileno, donde se autoriza al mandante a hacer cesar en forma unilateral el contrato, quedando eso sí obligado a realizar en favor del artífice los pagos que indica la misma disposición. Siguiendo a CÉSPEDES MUÑOZ, CARLOS, *El daño lícito*, Editorial La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 295 y ss., en especial pp. 344, 345 y 355, podemos afirmar que estamos ante un supuesto del llamado *daño lícito* donde “... la reparación acordada por la ley legitima la conducta desplegada, desde que el pago de la correspondiente reparación «agota la responsabilidad» de quien la realizó”. Como se trata de una conducta ajustada a Derecho, este autor desestima su pertenencia a la responsabilidad civil, y los considera más bien supuestos de compensación económica. ERBETTA MATTIG, ANDRÉS, “La cesación unilateral del contrato de obra prevista en el artículo 1999 inc. 2º del Código civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.28, julio (2017) pp. 9-51, pp. 23 a 29, expresa que la cesación de la obra por el mandante, conforme al artículo 1999 inciso segundo, no es un auténtico caso de incumplimiento contractual, y en cuanto a sus efectos, señala que ellos se alejan de la indemnización y se acercan más bien al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el mandante. Por nuestra parte, estimamos discutible esta última afirmación.

<sup>61</sup> GONZÁLEZ y TENT (2010) pp. 107 a 110.

<sup>62</sup> REBOLLEDO VARELA, Ángel, “Sentencia de 18 de marzo de 2010: Arrendamientos urbanos. Extinción del contrato por voluntad unilateral del arrendatario antes de la expiración del plazo pactado. Indemnización al arrendador. Interpretación del art. 56 LAU 1964”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, Año 28, n. 84, pp. 3 a 5.

Este giro en la forma de concebir el artículo 56 de la LAU, que transita de una facultad del arrendatario a un supuesto de incumplimiento en que éste incurre, afecta también la forma de concebir la indemnización que la norma contemplaba, la que fue objeto de una interesante evolución jurisprudencial. En efecto, en un primer momento, se consideró que su cuantía se cifraba objetivamente, con independencia de los daños efectivamente causados, abstrayéndose de la realidad del daño, sin que pudiera ser superior al importe de las rentas ni inferior a éstas. Lo anterior, implicaba que los Tribunales no debían considerar las situaciones particulares que se presentaran en cada caso. Así, se estimó irrelevante circunstancia como el que el arrendador lograra arrendar nuevamente el inmueble, y se rechazaron las peticiones de rebaja de la indemnización que se fundaban en el argumento que concederla en toda su extensión significaría un enriquecimiento injusto para el arrendador<sup>63</sup>. En definitiva, como acota MORALES, el Tribunal Supremo observó un criterio de estricta literalidad<sup>64</sup>.

Pero esta interpretación rigorista, que subsiste aún en decisiones relativamente recientes, como es la STS de 20 de junio de 2003<sup>65</sup>, como se comprenderá, dio muchas veces lugar a situaciones injustas que imponían una pesada carga para el arrendatario, en especial cuando su arrendador lograba arrendar prontamente el inmueble. Es por ello que, no sin vacilaciones, se va imponiendo una serie de matizaciones favorables al arrendatario; evolución que al decir de REBOLLEDO también va en el sentido de modificar el fundamento de tal indemnización: de facultad extraordinaria de desistimiento a supuesto de incumplimiento<sup>66</sup>.

En un primer momento, acudiendo a las exigencias que impone la buena fe contractual y del enriquecimiento injusto, los tribunales hicieron uso de la facultad de moderación en los casos que el inmueble se volvía a arrendar, pues se señaló que la indemnización se justificaba en la medida que el inmueble permanecía desocupado, pero no si se volvía a arrendar. Para evitar un menoscabo económico al arrendador derivado de las condiciones del nuevo arriendo, algunas sentencias le concedieron la diferencia de rentas entre el nuevo y el antiguo contrato. Sin embargo, con posterioridad los tribunales negaron esta diferencia de rentas, argumentando que el artículo 56 de la LAU de 1964 presupone la existencia del daño si el local permanece desocupado y no en otro caso. Finalmente, el Tribunal Supremo consideró suficiente razón para moderar, la sola posibilidad que tuviera el actor de poder volver a arrendarlo, haciendo cargar sobre él su falta de actividad en tal sentido. Reflejo y consolidación de esta última doctrina sería, entre otras, la STS de 18 de marzo de 2010<sup>67</sup>.

En resumen, durante el medio siglo de vigencia del artículo 56 de la LAU de 1964, la jurisprudencia española evolucionó desde una interpretación y aplicación rígida y literal hacia una claramente más flexible y la doctrina aportó una sistematización para estos nuevos criterios jurisprudenciales, que permitieron reducir la indemnización consagrada en la norma.

<sup>63</sup> REBOLLEDO (2010) pp. 3 y 4. Ver también GONZÁLEZ MALABIA, SERGIO y TENT ALONSO, PEDRO, "Criterios para la determinación de la indemnización en el arrendamiento de finca urbana: las rentas futuras no devengadas", en *Dereito: Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 19, n.2 (2010) pp. 117 y 118.

<sup>64</sup> MORALES (2010) p. 53.

<sup>65</sup> STS 4320/2003.

<sup>66</sup> REBOLLEDO (2010) pp. 3 y 5.

<sup>67</sup> Para antecedentes sobre la evolución jurisprudencial de la indemnización establecida en el artículo 56 de la LAU de 1964, y las numerosas sentencias sobre la materia, puede verse REBOLLEDO (2010) pp. 4 a 6, y GONZÁLEZ y TENT (2010) pp. 118 a 125. Por nuestra parte, podemos decir que es innegable que actualmente en varias sentencias el Tribunal Supremo ha aceptado la moderación de la indemnización establecida en el artículo 56 de la ley de arrendamiento Urbanos (LAU) de 1964. Una de las últimas en tal sentido, como lo indican los autores españoles, es la STS 186/2010, de 18 de marzo de 2010. Esta sentencia tiene importancia por dos aspectos. En primer lugar, porque declara que en la moderación se debe tomar en cuenta, entre otras, las probabilidades de encontrar un nuevo inquilino, y en segundo lugar, porque a ella aluden expresamente los fallos posteriores dictados por las Audiencias Provinciales. Ejemplo de esto último es la SAP de Granada 307/2012, de 26 de junio de 2012, que da lugar a la reducción de la indemnización por la sola posibilidad del actor de buscar un nuevo arrendatario o explotarlo directamente, y si se desentiende de tal actividad, se considera que es un perjuicio imputable al propio arrendador. Sin embargo, otros fallos como la SAP de Asturias 347/2012, de fecha 14 de septiembre de 2012, parecen mantener el criterio que para conceder la indemnización basta que el inmueble permanezca desocupado. Finalmente, no puede dejar de mencionarse la SAP de Burgos 491/2010, de fecha 9 de diciembre de 2010 de la, por su cercanía en cuanto a sus fundamentos con la sentencia de la Corte Suprema chilena de fecha 29 de octubre de 1936, ya citada en nota 13. Aquí el argumento para negar la indemnización establecida en el artículo 56 fue que ella resulta procedente sólo en casos de desistimiento unilateral, y no cuando el arrendatario es expulsado en virtud de un juicio de desahucio por falta de pago.



## 4. NUESTRA PROPUESTA PARA LA ADECUADA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1945 DEL CÓDIGO CIVIL

### 4.1. La naturaleza de la obligación de pago de renta

Sabemos que el *Code* y el Proyecto de 1851 facultaron al juez para limitar la obligación de pago de renta en el caso que el arrendador celebre un nuevo contrato de arriendo, y que la doctrina y jurisprudencia lo extendió a los casos en que existía la sola posibilidad de hacerlo. También sabemos que, al menos en apariencia, el texto de BELLO habría innovado al no recoger dicha posibilidad. Luego, las preguntas que debemos hacernos es si más allá del tenor literal del artículo 1945 del CC, ¿puede el juez chileno limitar o moderar la obligación de pago de renta que pesa sobre el arrendatario?, y de ser afirmativa la respuesta anterior, ¿cuáles serían los criterios de limitación aplicables?

Creemos que las respuestas a las interrogantes anteriores, pasa previamente por precisar cuál o cuáles es o son los medios de tutela que consagra el artículo 1945 del CC. No existe duda que se contempla la acción resarcitoria, pues el texto lo señala expresamente; pero interesa dilucidar si con la expresión “pago de renta” la norma alude también a la acción indemnizatoria o se refiere a una acción protectora diferente, como sería el cumplimiento por equivalencia o lisa y llanamente cumplimiento.

Como se comprenderá, la importancia de esta calificación no es menor. De ella dependerán los límites a utilizar en los casos concretos que deban resolverse. Así, si estimamos que estamos ante el medio de tutela cumplimiento, atendido el principio de la integridad del pago, establecido en el artículo 1591 del CC, deberá pagarse la totalidad de la renta de arrendamiento hasta la época que el contrato hubiera cesado. Por el contrario, si la acción se califica de indemnizatoria, podremos limitarla conforme a los criterios de extensión del daño indemnizable establecidos en el artículo 1558 del CC.

La doctrina nacional y comparada parece estimar que la obligación de pago de renta tiene naturaleza resarcitoria. Sin embargo, creemos legítimo plantearnos la interrogante si realmente es así. Y es la propia redacción del artículo 1945 del CC la que daría pie para tal duda, desde el momento que las expresiones “obligado a la indemnización de perjuicios” y “pago de la renta” que utiliza, las separa con una coma, con la conjunción “y”, y con el adverbio “especialmente”. Luego, es factible entender que con estos dos términos la norma en análisis alude a dos nociones diferentes, y no la misma obligación resarcitoria expresada con otras palabras; interpretación que cobra fuerza, porque a diferencia de lo que sucedía en España con el artículo 56 de la LAU de 1964, aquí resulta claro que estamos ante un caso de incumplimiento contractual.

Siguiendo este último razonamiento podríamos estimar que con la expresión *pago de la renta* se alude al cumplimiento por equivalencia. De ser así, el artículo 1945 del CC estaría en consonancia con la doctrina –a nuestra parecer correcta– que postula la autonomía del cumplimiento por equivalente, al distinguir entre el precio de la cosa o *aestimatio rei* y la indemnización de perjuicios o *id quod interest*<sup>68</sup>. En consecuencia, ante un término anticipado del contrato por hecho

<sup>68</sup> En este sentido, LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, 1999. En el medio nacional, BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva”, En *Revista Chilena de Derecho*, v. 24, n. 1, enero-abril (1997) pp. 151-177 y BUSTAMANTE SALAZAR, LUIS, “Autonomía del equivalente pecuniario o su integración dentro de la indemnización de daños y perjuicios”, en VARAS, Juan y TURNER, Susan (coordinadores), *Estudios de Derecho civil*, LexisNexis, Santiago, 2005, , pp. 105-126. Este último autor, señala textualmente: “Existe por una parte, todo un grupo de disposiciones de nuestro Código civil que siguen la más pura tradición jurídica romana y de buena parte del Derecho común, consagrando este mecanismo sustitutivo de cosa por estimación económica. En efecto, en el ámbito del Derecho de Obligaciones, ante una situación de imposibilidad jurídica sobrevinida de la prestación, hacen referencia al precio de la misma, e incluso en ocasiones expresamente diferencian el mismo respecto de la indemnización de daños y perjuicios, entre otros, los artículos 1486, 1502, 1521 y 1672 del código civil. No puede negarse que en los preceptos citados el precio claramente alude a un concepto autónomo de cumplimiento por equivalencia” (p. 109).

imputable al arrendatario, el arrendador podría siempre exigir la *aestimatio rei*, representada por la obligación del pago de renta, y si además sufrió daños (deterioros en la cosa arrendada, por ejemplo), podría demandarlos en forma conjunta, y probarlos conforme a las reglas generales.

Esta obligación de pago de renta sería, entonces, la prolongación de la prestación originaria. Su contenido sería constante y permanente, y su procedencia no estaría sujeta a la necesidad de acreditar perjuicios, como si lo exige la tutela indemnizatoria. Tendrían, desde luego, plena aplicación el principio de la fuerza obligatoria del contrato y la necesidad de respetar el plazo establecido en beneficio de ambas partes. Corolario de lo anterior sería el hecho que el pago de rentas debería comprender todo el período en que el contrato hubiere debido estar vigente, sin posibilidad de reducción alguna. Esto último estaría en consonancia con la letra del artículo 1945 del CC, y especialmente con las reglas y principios aplicables al medio de tutela cumplimiento, como es la exigencia de la integridad del pago.

Sin embargo, descartamos la idea de estar ante un cumplimiento por equivalencia. La razón es sencilla: esta clase de cumplimiento es propia de las obligaciones que ya no pueden ejecutarse en naturaleza, donde la *aestimatio rei* sustituye la prestación originalmente pactada por su equivalente pecuniario. En palabras de LLAMAS: “...la prestación del equivalente es una forma (subsidiaria, eso sí) de cumplimiento de la obligación por sustitución, cuando la prestación originaria resulta de imposible cumplimiento. El interés que satisface dicho remedio no es otro que el interés de cumplimiento del acreedor, en la medida en que la prestación de la *aestimatio rei* viene a sustituir a la prestación misma<sup>69</sup>”.

En definitiva, el cumplimiento por equivalencia viene a reemplazar una prestación no dineraria y que devino imposible por una suma de dinero, que se considera la común media de toda prestación de naturaleza patrimonial<sup>70</sup>. Por el contrario, las obligaciones que originalmente son de naturaleza dineraria, como es precisamente la de pagar la renta de arrendamiento, siempre van a poder cumplirse en especie, sin que corresponda acudir al pago por equivalencia<sup>71</sup>.

Entonces, podríamos pensar que la situación es más simple, y la obligación de pago de renta es lisa y llanamente cumplimiento. En tal caso, con mayor razón el arrendatario debería pagar la totalidad de la renta de arrendamiento, sin que se le concediera ninguna limitación al respecto, por impedirlo el principio de la fuerza obligatoria del contrato y la integridad del pago. Sin embargo, tampoco podemos concluir que estamos ante la acción de cumplimiento. La razón también es simple: el artículo 1945 del CC parte del supuesto que el contrato está terminado o resuelto, y no puede exigirse el cumplimiento de un contrato ya terminado<sup>72</sup>.

Las explicaciones anteriores nos permiten descartar que estemos ante un caso de cum-

<sup>69</sup> LLAMAS (1999), pp. 246 y 247.

<sup>70</sup> PUIG, en sus comentarios a la obra de FULLER, LON y PERDUE, WILLIAM, *Indemnización de los daños contractuales y protección de confianza*, trad. y comentarios Puig Brutau, José, Bosch, Barcelona, 1957, pp. 151 y 152, señala: “Si alguien se ha obligado a entregar un objeto determinado, la entrega de este objeto constituye la prestación que resulta debida en virtud de la perfección del contrato ...Pero además, se tratará igualmente de la satisfacción del mismo interés del acreedor en la prestación debida, tanto se produce en dicha forma específica como si se realiza en base a poner a su disposición una cantidad que represente el equivalente pecuniario de su interés en la prestación concretamente debida”.

<sup>71</sup> Como bien acota LLAMAS (1999), p. 250: “Lo que sucede es que, en puridad, no cabe hablar de cumplimiento por equivalente en las obligaciones pecuniarias: dicho remedio lo hemos venido reservando a los supuestos de imposibilidad-inidoneidad de la prestación, y por virtud del principio *genus numquam perit* (nacido de los comentaristas medievales, *genus perire non censetur*) nunca podría darse tales supuestos en las obligaciones pecuniarias”.

<sup>72</sup> La doctrina indica que en los contratos de tracto sucesivo (v.g. el arrendamiento), la resolución toma el nombre de terminación. Añade que se justifica este cambio de denominación, porque produce efectos un tanto diferentes, desde el momento que como estamos ante obligaciones que se van cumpliendo y renovando periódicamente, la terminación opera sólo para el futuro, es decir, el contrato se extingue y deja de producir efectos para el futuro, pero no se altera los efectos ya generados, los que quedan firmes. En otras palabras, en esta clase de contratos la resolución opera pero sin efecto retroactivo. Por todos, PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *Obligaciones*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 403, 404 y 345 y ss. y ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las obligaciones*, Tomo I, 4ª ed., Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 467.

plimiento in natura o por equivalencia y, a la vez, adherir a la respuesta ya dada por la doctrina y jurisprudencia, esto es, que la obligación de pago de rentas impuesta al arrendatario culpable de la terminación del contrato tiene una naturaleza resarcitoria. Luego, surge la interrogante: ¿qué quiso significar la norma separando los términos indemnización de perjuicios y obligación de pago? Creemos que su intención fue simplemente explicitar que esta última es la primera y principal –pero no la única– partida indemnizatoria, atendido el supuesto específico de resolución contractual que regula.

#### 4.2. Criterios para reducir o limitar la obligación de pago de renta

Establecida la naturaleza indemnizatoria de la obligación de pago de rentas, corresponde vincularlas con las reglas y criterios propios del daño contractual patrimonial, y que la doctrina nacional y comparada van configurando a partir de las disposiciones contenidas en sus respectivos ordenamientos jurídicos<sup>73</sup>. En especial interesa el análisis de los criterios de extensión del daño contractual y su aplicación en la obligación de pago de renta del artículo 1945 del CC.

En este sentido, partamos en primer lugar por indicar que de la simple lectura de la norma se aprecia que esta obligación de pago de renta tendría por finalidad satisfacer el llamado interés contractual positivo o interés de cumplimiento (*expectation interest*) y no el interés negativo o de confianza<sup>74</sup>. En efecto, se busca colocar al acreedor en una situación tan favorable como la que tendría si su deudor hubiese cumplido efectivamente la obligación, y no pretende únicamente dejarlo en una situación idéntica a la que tendría de no haber confiado en el cumplimiento del contrato, que es la finalidad propia del interés negativo o de confianza<sup>75</sup>. De igual forma, parece también claro que la valoración del perjuicio se hace según el *interest conventum* y no según el *interest comune*, o *singulare*, desde el momento que la indemnización se fija en base al precio pactado o acordado (rentas de arrendamiento convenido)<sup>76</sup>.

Considerando la última idea indicada, es interesante hacer notar que los requisitos de la especie y monto de los perjuicios, exigidos en general para toda indemnización por el artículo 173 del código de procedimiento civil, vienen aquí ya determinados o precisados por el artículo 1945 del CC, y antiguos pronunciamientos judiciales lo reconocen en forma expresa<sup>77</sup>. En consecuencia, aquí

<sup>73</sup> En este sentido, ver FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO, “El daño contractual patrimonial. Esbozo de su concepto y valoración en la legislación y doctrina latinoamericana”, en *Estudios en homenaje a los cuarenta años de la Facultad de Derecho de la UCSC*, Edit. Thomson Reuters, Santiago, 2017, pp. 83-117.

<sup>74</sup> La distinción entre interés contractual positivo y negativo arranca de las explicaciones de IHERING, R., *De la culpa in contrahendo ou des dommages-interets dans les conventions nulles ou restées imparfaites*. en *Oeuvres Choisies*, trad. O. de Meulenaere, t. II, Librairie A Maresco, Paris, 1893. Años después, en el Derecho anglosajón, aparece el interesante estudio de FULLER y PERDUE en su artículo “The Reliance interest in contract damages” (1936-1937) publicado en *The Yale Law Journal*, que en lo esencial retoma esta clasificación aunque bajo otras denominaciones (*expectation interest vs. reliance interest*, agregando además el interés de restitución). Lo importante de esta calificación para la tutela indemnizatoria del artículo 1945 CC reside en la discusión doctrinaria presente en países como España y Argentina, y en menor medida en Chile, acerca de si en la resolución contractual en general debe indemnizarse al acreedor en base al interés contractual positivo o negativo, destacando en este sentido en aporte de CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN IGNACIO, “Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18 - n 1 (2011), pp. 85-118, firme partidario de la indemnización en base al interés contractual positivo. Claramente esta disposición es un argumento en pro de fijar el resarcimiento en base al interés positivo de cumplimiento. Para más antecedentes, JHERING (1893), pp. 16 y 17 y FULLER Y PERDUE (1957), pp. 10 y ss.

<sup>75</sup> Sin embargo, podría pensarse que estamos ante un caso de aquellos en que calcular la indemnización según el interés positivo o negativo resulta en los hechos casi idéntico. Ver FULLER Y PERDUE (1957), p 36 y FUENTES, *El daño*, cit., (2017), p. 100. Nota 51 y CONTARDO (2011), pp. 85-118.

<sup>76</sup> Esta clasificación viene de los textos del DIGESTO, que distingue entre *interest comune*, determinado por el precio usual o común de las cosas; el *interest conventum*, que alude al precio pactado o convenido, y que usualmente coincide con el *comune*, y el *interest singulare*, que hace referencia al menoscabo que se produce en el patrimonio concreto del lesionado, atendida sus personales circunstancias. Como se dijo, la indemnización se fijó de acuerdo a la renta estipulada en el contrato (*interest conventum*), sin importar si esta es mayor o menor que la normal o usual para este tipo de inmuebles (*interest comune*), y en cuanto al *interest singulare*, su eventual resarcimiento los dejó a salvo en la cláusula general que obliga indemnizar los demás perjuicios. Ver LLAMAS (1999), pp. 190 y 191.

<sup>77</sup> En este sentido, ver *Fisco con Mirriza* (1928), cuyo Considerando Octavo del voto especial, señala textualmente: “*Que por último, la circunstancia de no haber rendido el fisco ninguna prueba para acreditar los perjuicios sobre que versaba su demanda, no es un antecedente para colegir que no se han entablado en estos autos la acción que concede el artículo 1945 del Código civil, toda vez que, dado los términos*

la especie de los perjuicios serían las rentas de arrendamiento y su monto sería la suma mensual que se convino en el contrato, multiplicado por el tiempo que hubiere faltado para la terminación normal del contrato.

Ahora bien, lo que no hace nuestra norma es explicitar los criterios que permiten limitar la extensión de la indemnización, lo que da origen a los problemas que motivan el presente estudio. Parafraseando a BARCELLONA, podemos decir que define positivamente el daño a indemnizar (las rentas de arrendamiento a que tendría derecho el arrendador durante toda la vigencia del contrato), pero no indica la regla de cierre de carácter negativa, que permita excluir el resarcimiento de ciertos perjuicios en principio incluidos en la norma<sup>78</sup>. Esto marca una clara diferencia entre nuestro artículo 1945 del CC y los artículos 1760 del *Code* y 1480 del Proyecto de 1851, que sí contemplan una regla de cierre o límite, que permite acotar la indemnización únicamente a las rentas de arrendamiento por el tiempo necesario para volver a arrendar el inmueble<sup>79</sup>.

Ante esta falencia, una alternativa sería seguir la doctrina ya expuesta en algunos de los fallos de nuestros tribunales, y entender que esta indemnización tiene como límite o regla de cierre el enriquecimiento injusto o sin causa<sup>80</sup>. Ello tendría lugar en situaciones tales como aquellas en que el arrendador se haga cargo del local y lo siga explotando por su cuenta<sup>81</sup>, o lo consiga arrendar nuevamente antes de la fecha que el contrato hubiere cesado, de no haber terminado en forma anticipada por hecho imputable al arrendatario<sup>82</sup>. Según vimos, está también fue la respuesta de un sector de la Jurisprudencia española para salvar el problema que en su momento representó para ellos el artículo 56 de la LAU de 1964.

No obstante ser una solución tentadora para dar justicia al caso concreto, no podemos adherir a tal planteamiento. La razón fundamental es que desde una perspectiva jurídica no existe una situación de enriquecimiento injusto o sin causa, pues el cobro de rentas es una prestación que el artículo 1945 del CC expresamente establece y ampara. Luego, no puede afirmarse que su percepción carece de justificación, si es la propia ley la que hace procedente para el arrendador esta atribución patrimonial<sup>83</sup>. Además, muchas veces ni siquiera existirá tal enriquecimiento. Ejemplo de lo anterior son los casos –no tan infrecuentes–, en que el arrendador simplemente no utiliza el bien ni busca un nuevo arrendatario. En definitiva, fuera de los reparos teóricos vistos, de aplicar de todas formas este criterio como regla de cierre, él sería útil únicamente a los casos en que efectivamente el bien se vuelve arrendar o se utiliza productivamente por el arrendador, y no cuando el arrendador permanece en la inercia.

De lo anterior podemos concluir que para limitar la indemnización que se impone al arrendatario por el artículo 1945 del CC debe seguirse la solución más simple, y a la vez más adecuada desde un punto de vista jurídico, y ésta no es otra que aplicar los criterios generales de extensión del daño contractual, establecidos en el artículo 1558 del CC.

Para tal efecto, y a modo de recapitulación, se debe tener presente que el artículo 1945 del CC es un supuesto específico para el contrato de arrendamiento de la resolución o terminación contractual regulado en términos generales en el artículo 1489 del CC. Como se sabe, la posibilidad

---

en que está concedida esta disposición, es la ley misma la que fija la especie de los perjuicios que deben ser indemnizados y la que da bases para su regulación, sin que, por lo tanto, le sea menester al arrendado rendir prueba alguna al respecto” (Lo subrayado es nuestro).

<sup>78</sup> BARCELLONA, MARIO, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, Dott. A Giuffrè, Milano, 1980, p. 137.

<sup>79</sup> Y sin perjuicio de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que se dio en Francia, y que permitió la ampliación de tal regla de cierre.

<sup>80</sup> *Pepe con Sociedad Diez Compañía Limitada* (2004).

<sup>81</sup> *Steck con Ferrer* (1936).

<sup>82</sup> *Pepe con Sociedad Diez Compañía Limitada* (2004).

<sup>83</sup> Por todos, PEÑAILILLO (2003), pp. 110 y 111. Ver también, la argumentación que da LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Los Contratos. Parte General*, t. I, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 310 a 312, para rechazar el enriquecimiento sin causa como fundamento de la revisión judicial de los contratos. Las razones dadas por este autor, bien pueden extrapolarse al problema de la limitación judicial de la indemnización.

de aplicar las normas generales de la responsabilidad contractual a los casos concretos que contempla el Código civil es una consecuencia propia de la sistemática general que caracteriza a nuestros textos; idea que en Francia se ha puesto de manifiesto, al relacionar los artículos 1760 y 1184 (esta última en su redacción original) del *Code*<sup>84</sup>, equivalentes a los artículos 1945 y 1489 de nuestro CC. Luego, al no existir regla expresa en contrario, resultan plenamente aplicables las normas generales sobre responsabilidad contractual, y entre ellas, el artículo 1558 del CC, que regula los criterios de extensión del perjuicio, como son, la previsibilidad del daño y la exigencia de ser éste una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento.

#### **4.3. Aplicación del artículo 1558 inciso primero del CC a la obligación de pago de renta del artículo 1945 del CC**

Corresponde analizar el alcance práctico u operatividad que dichos criterios de extensión del daño tienen o pueden tener en la indemnización del artículo 1945 del CC, y específicamente en la obligación de pago de renta que se impone al arrendatario.

En cuanto a la previsibilidad del perjuicio, es un hecho innegable que su noción ha evolucionado. En una apretada síntesis, podemos decir que en un primer momento, se planteó casi como una suerte de adivinación, donde el tribunal tenía la difícil y ambigua tarea de establecer los perjuicios que el deudor suponía o podía anticipar como consecuencia de su incumplimiento. Muy pronto, sin embargo, se busca la objetivación del criterio, tanto en lo referente al sujeto que debe realizar el juicio de previsibilidad, donde se acude a un modelo abstracto (el buen padre de familia) en reemplazo del contratante concreto<sup>85</sup>, como al acto de previsión en sí mismo. Así, se dice que la mayor o menor previsibilidad dependerá del conocimiento por parte del deudor de los intereses que el acreedor tenía en el contrato, y este conocimiento debe obtenerse a partir del mismo contrato, sus estipulaciones y toda la información que rodea su conclusión<sup>86</sup>. Dicho en forma más breve: *la previsibilidad se determina por referencia al Contrato*<sup>87</sup>. Sin embargo, esta noción sigue anclada en la idea que la previsibilidad busca determinar los daños que un deudor, concreto o abstracto, puede anticipar como consecuencia del incumplimiento.

Para una tercera concepción, la previsibilidad tiene una finalidad diferente a la tradicionalmente asignada: determinar el conocimiento del deudor sobre el destino económico que el acreedor daría a la prestación incumplida, y este conocimiento debe obtenerse a partir de la interpretación del contrato, lo que a su vez permite determinar la distribución de los riesgos ante el incumplimiento. En otras palabras, aquí no interesa saber si el deudor, concreto o abstracto, pudo anticipar los daños derivados del incumplimiento; lo que interesa es establecer si del contrato (para lo cual se requiere

<sup>84</sup> Hoy, el artículo 1760 debería relacionarse con los actuales artículos 1224 a 1230, 1217 párrafo final del mismo código y 1231 a 1231-4, todos del CCFr.

<sup>85</sup> Esta objetivación está presente en la enseñanzas de los Mazeaud, a partir de la interpretación gramatical de la expresión “se” utilizada en el artículo 1150 del *Code*, que haría referencia no al deudor mismo, sino al tipo abstracto del “buen padre de familia”. Ver MAZEAUD, HENRI, MAZEAUD, LEÓN Y TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo III, v. 1 traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976, p. 575. Eso sí que las primeras referencias al método in abstracto se encuentran en los primeros tratadistas posteriores al *Code*, como son TOULLIER y DEMOGUE. Para más antecedentes y una visión crítica de la objetivación del sujeto que realiza el juicio de previsibilidad (*reasonable man* o buen padre de familia), ver DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, *El daño moral*, vol. II, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 542 a 547.

<sup>86</sup> Aquí, los aportes de SOLEAU, ISABELLE, *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, Thèse pour le Doctorat d'Etat, Université de Droit d'Economie et Sciences Sociales de Paris, Paris II, 1979, pp. 14 y ss., con sus índices de previsibilidad, fueron fundamentales en este proceso de objetivación.

<sup>87</sup> O como expresan MALAURIE, PHILIPPE y AYNES, LAURENT, *Cours de droit civil. Les Obligations*, Cujas, 6ª ed., t. IV, Paris 1995, p.481, la previsibilidad permite determinar la extensión del daño reparable por referencia al Contrato. Véase también, CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Contratos y daños por incumplimiento*, Edit. AbeledoPerrot, Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 187 y 188; VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, “La previsibilidad de las pérdidas en la compraventa internacional de mercaderías”, en *Estudios de Derecho privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 344 a 348, aunque referido a la regla de la previsibilidad del artículo 74 de la Convención de Viena; BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, “Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”, en *Revista Chilena de Derecho*, v. 34, n. 1, enero-abril (2007) p. 20, y BARRÍA PAREDES, MANUEL, “La previsibilidad en material de daños”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n. 223-224 (2008), pp. 153, 164 y 165.



su interpretación, fijación e integración), era posible conocer, expresa o tácitamente, el destino o proyecto económico que la prestación incumplida tenía para el acreedor. De ser así, se entiende que el deudor asumió el riesgo por los perjuicios que su incumplimiento causaría al acreedor por no poder concretar su proyecto económico, y deberá indemnizarlos, con independencia que haya o no previsto los daños concretos que se ocasionarían al acreedor.

En suma, para esta tercera posición doctrinaria, *la previsibilidad del daño es un problema de interpretación e integración del contrato, que persigue determinar el conocimiento del deudor sobre el destino de la prestación incumplida y, de esta forma, la asunción de su parte del riesgo que significa su incumplimiento*<sup>88</sup>.

Sin embargo, sea que consideremos que la previsibilidad se refiere a los perjuicios que un contratante concreto pueda anticipar como consecuencia de su incumplimiento, o que se refiere a lo que un sujeto abstracto puede deducir de los antecedentes del contrato, o en fin, que se trata de precisar según el contrato el destino y asunción del riesgo de la prestación incumplida, lo cierto es que respecto de la obligación de pago de renta establecido en el artículo 1945 del CC siempre estaremos ante un daño previsto. En consecuencia, el arrendatario incumplidor en ningún caso podrá alegar que se trata de un perjuicio imprevisible, y por lo mismo este criterio no sirve para limitar o excluir su indemnización.

Decimos que se trata de un daño que siempre será considerado previsto, porque el pago de renta en el contrato de arrendamiento dice relación con la cosa misma objeto de la obligación. Ya POTHIER aludía a esta clase de perjuicios con la expresión *propter ipsam rem*, y señalaba que lo común era que fueran los únicos previstos ante un incumplimiento y de los cuales se reputaba responsable al deudor<sup>89</sup>. En otras palabras, existen perjuicios que siempre son considerados previstos, y son los sufridos en relación a la cosa que era objeto de la obligación, como es precisamente la falta de pago de renta en el incumplimiento de un contrato de arrendamiento.

Por lo expuesto, consideramos que queda desechada la previsibilidad como criterio para limitar o excluir la indemnización de pago de renta establecida en el artículo 1945 del CC, y corresponde que analicemos la utilidad que para estos efectos pueda tener el otro criterio limitativo, esto es, la exigencia del daño directo.

Es discutido en la doctrina y jurisprudencia el real significado de la expresión “*consecuencia inmediata y directa del incumplimiento*” utilizadas por los códigos civiles que siguieron en la letra, o al menos en el espíritu, a la sistemática impuesta por el *Code civil*. Sin embargo, parece existir acuerdo en que dicha expresión no puede ser entendida en su tenor literal, y debe dársele un significado técnico jurídico<sup>90</sup>. Para ello, lo conveniente es acudir a otros elementos de hermenéutica legal diferentes al gramatical, en especial el histórico. De esta investigación, surge que la expresión en análisis contiene en realidad dos criterios delimitadores diferentes: el deber de evitar o mitigar el perjuicio y la exigencia de la regularidad causal.

Ha sido mérito principalmente de la doctrina italiana señalar que la fórmula “consecuencia

<sup>88</sup> Ver, ZIMMERMANN, REINHARD, “La limitación de responsabilidad por daños en el Derecho contractual europeo”, en *Defectos en el cumplimiento de la prestación: Derecho romano y Derecho privado europeo*, en Amelia Castresana (coordinadora), Universidad de Salamanca, Ratio Legis, Salamanca, s.f. [pero 2014?] p. 214; MORALES (2010), pp. 70 y 164 a 166; FUENTES (2009), cit., pp. 340 y ss., y VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, “El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, julio (2011) pp. 259 y 260.

<sup>89</sup> Ver, POTHIER, R. J., *Traité des obligations*, Banchs, Barcelona, 1974, n 161 y 162, pp. 181-184.

<sup>90</sup> DE CUPIS, ADRIANO, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2ª ed. italiana y estudio preliminar por A Martínez Carrión, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 260 y ss.; FORCHIELLI, PAOLO, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1960, pp. 33 y ss.; PINORI, ALESSANDRA, *Il danno contrattuale*, t. I, Cedam, Padova, 1998, p. 178, BIANCA, C. MASSIMO, “Dell' inadempimento delle obbligazioni” (a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli Editore Bologna/Soc. Ed. del Foro Italiano Roma, L. IV, Arts. 1218-1229, 2ª ed., Bolonia, 1979, p. 250, TRIMARCHI, PIETRO, *Causalità e danno*, Dott. A Giuffrè, Milan, 1967, pp. 20 y ss.

inmediata y directa” manifiesta la exigencia de una *regularidad causal* entre el incumplimiento y el daño, excluyendo por tanto del resarcimiento todo perjuicio irregular o anormal. Destaca la teorización de DE CUPIS, quien expresa que el término “*conseguenza immediata e diretta*” del artículo 1223 del *Codice civile* no debe ser interpretado literalmente. Luego, no es llegar y considerar excluidos los daños mediatos e indirectos, pues la norma debe entenderse según la *mens legis* y ésta, en atención a los precedentes históricos y los principios de razón, debe venir conformada por el criterio de la regularidad causal. Estas ideas son aceptadas también por un sector de la doctrina española<sup>91</sup>, y la jurisprudencia de ambos países han acogido tales planteamientos en algunas de sus decisiones<sup>92</sup>. En resumen, si bien por la letra de la ley deberían excluirse de la indemnización todos los perjuicios que sean mediatos e indirectos, según su espíritu la exclusión se limita únicamente a los que sean irregulares<sup>93</sup>.

En cuanto a Chile, la tendencia tradicional fue despojar a la expresión “*conseguenza immediata o diretta*” utilizada en el artículo 1558 del CC de su real significado técnico jurídico. Se prescindió del hecho que ella encierra criterios propiamente jurídicos, como son la exclusión de los daños anormales y el deber de mitigación. Por lo mismo, en general fue anulada en su función de seleccionar, entre los distintos perjuicios materialmente causados, aquellos que deben ser indemnizados de los que no deben serlo. En definitiva, se terminó identificando dicha expresión con el requisito del nexo causal, entendido en su sentido meramente fáctico, y para cuya determinación una de las opciones ha sido acudir a la teoría de la equivalencia de las condiciones<sup>94</sup>.

En todo caso, el llamado criterio de la regularidad no es apto para limitar la extensión de la indemnización de pago de renta establecida el artículo 1945 del CC., pues no es un daño excepcional o anormal en su conexión con el incumplimiento. En realidad, es difícil concebir otro perjuicio, que pueda ser considerado una consecuencia tan regular y propia del término anticipado del contrato de arrendatario.

En consecuencia, desechada la previsibilidad y la regularidad causal como mecanismos idóneos para limitar la indemnización que se impone al arrendatario, queda por analizar el último criterio de extensión del daño, esto es, el llamado deber de evitar o mitigar el perjuicio.

<sup>91</sup> En España, tradicionalmente, el estudio de esta norma ha sido descuidado. Sin embargo, la doctrina más atenta, indica que dicha expresión, además del deber de evitar el perjuicio, acoge otra regla o principio que permite excluir del resarcimiento a todos aquellos daños que si bien fueron causados por el incumplimiento, son ciertamente anormales o irregulares en su producción. En este sentido, ver LEÓN GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, “Acotaciones históricas al artículo 1.107 del Código Civil”, en *Estudios Jurídicos In Memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Impresora Gráfica Varona, Vol. II, Salamanca, 2002, p. 594 y *Gravedad de la culpa y extensión del resarcimiento (Notas para una interpretación de los artículos 1.103 y 1.107 del Código Civil)*, s.e., s.f. [pero 1989?] pp. 53 y 54. Ver también MONTÉS PENADES, VICENTE, “Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el artículo 1.107 CC”, en *Fundación profesor Manuel Broseta, Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Tirant, Valencia, 1995, p. 2447. Los partidarios de la imputación objetiva también niegan el resarcimiento a los daños anormales; pero lo hacen recurriendo a la doctrina de la adecuación. Por todos, PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Asociación de profesores de Derecho civil, Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Edit. Centro de estudios Ramón Aceres, 1990, Madrid, pp. 1590 y 1591, e YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 196.

<sup>92</sup> En Italia pueden mencionarse los fallos de casación de fecha 1 de diciembre de 1983, 15 de marzo de 1974 y 20 de octubre de 1969, recogidos en PINORI (1998), pp. 183 y ss. En cuanto a España, tenemos las sentencias del STS 490/2005, de 27 de junio de 2005 y 1156/2002, de 5 de diciembre de 2002.

<sup>93</sup> DE CUPIS (1975), pp. 260 a 266; REALMONTE, FRANCESCO, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Dott. A Giuffrè, Milán, 1984, pp. 204 y ss; PINORI (1998), p. 181; BIANCA (1979), pp. 251 y 252 y nota 9, y VISINTINI, GIOVANNA, “Il criterio legislativo delle conseguenze dirette ed immediate”, en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di Giovanna Visintini, Dott. A Giuffrè, Milán, 1984, p. 12. En opinión de ZIMMERMANN, (2014?), pp. 208 y 209, los tribunales franceses han dejado de dar relevancia al impreciso criterio del daño directo, y los tribunales alemanes e italianos, así como su doctrina acuden a la doctrina de la causalidad adecuada para limitar la responsabilidad del deudor excluyendo los daños que no son consecuencia normal o natural del incumplimiento. Sin embargo, precisa que la teoría de la causalidad adecuada carece en realidad de un criterio material para decidir un caso de un modo u otro, por lo que a menudo es utilizado como exclusiva para legitimar un resultado considerado justo o razonable. Por nuestra parte, creemos que estamos ante un criterio más acotado: se excluirían únicamente aquellos daños que no se habrían producido de no haber intervenido junto al incumplimiento la deficiente situación económica del acreedor. En definitiva, se trataría de un criterio similar a la *Impecuniosity* del *common law*. Ver ARAYA JASMA, Fernando, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, memoria de prueba, Concepción, 2000, p. 22, FUENTES (2009), p. 260 a 275.

<sup>94</sup> Sin embargo, esto no significa que en el Derecho chileno se indemnicen los perjuicios anormales, pues cuando los tribunales quieren excluir su resarcimiento abandonan la teoría de la equivalencia y la reemplazan por la de la causalidad adecuada, o simplemente acuden al argumento de la falta de relación causal o de la ausencia de prueba sobre la certeza del daño.

#### 4.4. *el deber de evitar o mitigar el daño como criterio limitativo a la obligación de pago de renta*

La generalidad de la doctrina extranjera y también la nacional dan cada día una mayor relevancia a este criterio, que se considera aplicable tanto a la responsabilidad contractual como extracontractual<sup>95</sup>. Sin embargo, existen diferencias a la hora de determinar su fundamento. En términos generales, podemos decir que un importante sector de la doctrina estima que se trata de un deber autónomo e independiente, fundado en la buena fe contractual y en el principio de la corrección<sup>96</sup>. Para otros –idea con la cual concordamos–, es un criterio jurídico de extensión del perjuicio recogido en la exigencia de que el daño resarcible debe ser directo o necesario, según lo imponen la generalidad de los Códigos civiles seguidores del sistema francés (v. gr. Artículo 1558 del CC chileno). El fundamento para sostener esta idea lo encontramos en la formación histórica de la norma<sup>97</sup>. Tiene, por tanto, a nuestro entender, una precisa e inmediata consagración y fundamento legal, sin perjuicio, por supuesto, de considerar a la buena fe su fundamento último<sup>98</sup>.

En todo caso, más allá de la discusión sobre su fundamento legal, lo cierto es que, en general, existe coincidencia en la doctrina, en cuanto a su procedencia, contenido, características y efectos<sup>99</sup>. Así, este deber se explica coloquialmente y en pocas palabras diciendo que la víctima no debe quedarse sentada sin hacer nada para minimizar las pérdidas que fluyen de un mal. Muy por el contrario, debe realizar todo lo que esté a su alcance para colocarse en la misma situación que estaría si el contrato se hubiese cumplido o el ilícito no se hubiese producido<sup>100</sup>.

Respecto a su naturaleza, se acepta en general que es más bien el propio de una carga (*one-re*) y no el de una obligación. Muy relacionado con lo anterior, es el problema del grado o nivel de diligencia exigible al acreedor o víctima del perjuicio en su cumplimiento, existiendo en el Derecho comparado soluciones parecidas pero no idénticas<sup>101</sup>. En Chile, estimamos que el acreedor debe

<sup>95</sup> Al ya clásico artículo de CRISCUOLI, GIOVANNI, “Il dovere di mitigare il danno súbito”, en *Rivista Di Diritto Civile*, N° 6 (1972) pp. 553-606, se han ido sumando una serie de estudios realizados por los autores del civil Law, y en específico por los pertenecientes al subsistema romano-francés. Entre ellos, merece un lugar muy destacado la tesis doctoral de SAN MARTÍN NEIRA, LILIAN, *El deber del acreedor de evitar o mitigar el daño*, tesis doctoral, Universidad de Roma Tor Vergata, Roma, 2010, que además sirvió de base para una monografía titulada *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico comparado*, publicada en Colombia el año 2012, y en forma más reciente la monografía de JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO, *Los deberes de evitar y mitigar el daño*, Temis, Bogotá, 2013.

<sup>96</sup> Es el caso de autores como CRISCUOLI (1972), pp. 571 a 573; idea que también ha tenido aceptación por parte de la Jurisprudencia, como lo pone de manifiesto PINORI (1998), pp. 369 y ss. En España, autores como SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, Montecorvo, Madrid, 1993, p. 105 y DIEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. 2, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 689.

<sup>97</sup> En España de LEÓN (s.f. [pero 1989?]), p. 50, y (2002), p. 591, ha puesto de manifiesto que con la expresión *consecuencia necesaria* se excluye la indemnización de los daños evitables. SOLER PRESAS, ANA, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 63, también reconoce que fue POTHIER el que más contribuyó a la difusión del criterio, al utilizarla como fundamento de la regla de delimitación del resarcimiento en el número 167 de su *Traité* (donde utiliza las expresiones *suite nécessaire* e *indirecte*); pero la expuso de una forma que dio lugar a la confusión con otra figura afín, aunque radicalmente distinta en su concepto, como es la concurrencia en la producción del daño. Ver también FUENTES (2009), pp. 231 a 236.

<sup>98</sup> En Chile, la doctrina se encuentra dividida. Para autores como CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 340, su fundamento es la buena fe. Otros, aluden a la causalidad, y específicamente en la causalidad jurídica, pues consideran que su fundamento se encuentra en la exigencia de ser el daño consecuencia directa del incumplimiento. Es el caso de FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO, “El deber de evitar o mitigar el daño”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, n. 217-218, (2005), pp. 239 a 243, SAN MARTÍN (2010), pp. 389 y 390, con especial referencias a los CC como el argentino y español, que utilizan la expresión consecuencia necesaria en lugar de directa, y PIZARRO (2013), p. 77. DOMÍNGUEZ (2005), pp. 85 a 92 acude a razones lógicas, económicas y morales, y dentro de esta última a los deberes de lealtad derivados del principio de la ejecución del contrato de buena fe; pero sin olvidar la causalidad y específicamente la culpa de la víctima, como el fundamento técnico y general de la obligación de minimizar el daño sufrido. Finalmente, autores como 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. 450 y 451; HERMOSILLA ESTAY, PAOLA y REYES ESPEJO, RAMÓN, *El deber de mitigar el daño en la responsabilidad contractual chilena*, memoria de prueba, Santiago, 2013, pp. 136 a 138 lo fundamentan tanto en la buena fe objetiva como en la causalidad y, específicamente, en la exigencia de ser el daño consecuencia inmediata o directa del incumplimiento, conforme lo exige el artículo 1558 del CC. Una descripción general de los distintos fundamentos en JARAMILLO (2013), pp. 159 a 177.

<sup>99</sup> Pese a los claros antecedentes en las obras de los autores que precedieron a la codificación en Francia, DOMAT, Jean, *Les Loix Civiles dans leurs Ordre Naturel; Le Droit Public et Legum Delectus*, Nouvelle édition, t. I, Paris, 1777, y muy especialmente POTHIER (1974), el mayor desarrollo de esta regla limitativa no se ha en los sistemas latinos, sino en el *common law*, donde se le conoce bajo los nombres de *duty of mitigation*, o *mitigation of damages rule* o *avoidable consequences rule*, y tiene su formulación clásica en el caso *British Westinghouse Electric v. Underground electric Railways co of London ltd* (1912).

<sup>100</sup> BURROWS, ANDREW, *Remedies for torts and breach of contract*, Butterworths, 2ª ed., London, 1994, p. 69.

<sup>101</sup> En el ordenamiento anglosajón el dañado debe adecuar su conducta destinada a mitigar el perjuicio al estándar objetivo de la razona-

adoptar aquellas medidas mitigadoras útiles y razonables, exigibles según el modelo de diligencia del buen padre de familia. Eso sí que con la debida flexibilidad del caso, porque no debemos olvidar que estamos ante una carga que se impone a la víctima del incumplimiento<sup>102</sup>, incluso a favor del incumplidor doloso.

En cuanto a su contenido, este deber impone al acreedor tanto evitar un perjuicio que aún no se ha producido, como mitigar o reducir los que ya se han verificado<sup>103</sup>, y las actividades que la víctima del perjuicio deberá desplegar, dependerán del caso concreto. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia han ido configurando determinadas actuaciones idóneas para dar cumplimiento a esta carga mitigadora, como son, las medidas conservativas, de reparación, aceptación de una prestación inexacta o incompleta y las llamadas medidas de sustitución o reemplazo. Estas últimas son especialmente aplicables en la responsabilidad contractual, y para su cumplimiento la doctrina moderna ha ido imponiendo el concepto de *negocios de cobertura*, que se define como el contrato que sustituye el incumplido y que es celebrado con la finalidad de satisfacer el interés de cumplimiento del acreedor<sup>104</sup>.

Los efectos que se siguen de imponer al acreedor el deber de evitar o mitigar el daño son, básicamente, dos. En primer lugar, limita el resarcimiento a los perjuicios que el acreedor no pudo o no hubiese podido impedir actuando según el modelo de un buen padre de familia. En otras palabras, excluye de la indemnización los daños que pudieron haberse evitado con mediana diligencia. En segundo lugar, y como contrapartida de la limitación anterior, se incluye dentro de la indemnización el costo de todas las medidas mitigadoras razonablemente adoptadas por el acreedor. Evidentemente, se resarce el costo de las gestiones o actuaciones que efectivamente lograron evitar o mitigar los perjuicios; pero también las que hayan resultado en definitiva infructuosas, pero que al momento de adoptarse aparecían como útiles o razonables, aunque después, debido a circunstancias sobrevenidas, se aprecie que en realidad eran superfluas<sup>105</sup>.

Efectuada esta somera descripción del deber de mitigación, corresponde que nos aboquemos a su operatividad en el contrato de arrendamiento. Para estos efectos, es útil recordar que los autores del Derecho intermedio imponían a los que habían celebrado un contrato de arrendamiento la obligación de mitigar las consecuencias perniciosas que se seguían del incumplimiento del mismo. Demostración de lo anterior, es el ejemplo que nos da DOMAT sobre el mercader que arrienda un local comercial y que ha sido desposeído del mismo por evicción u otra causa. Aquí, el daño a indemnizar sería el mayor costo que para este comerciante significa arrendar un nuevo local, y sólo en el caso que no encuentre ningún otro inmueble para tal efecto, se analiza la indemnización de los perjuicios que se derivan del hecho de no contar con el inmueble, en especial el derivado de la imposibilidad de vender su mercadería<sup>106</sup>. De manera muy similar, POTHIER se refiere al arriendo de una casa que resulta evicta, donde también la indemnización se centra en primer lugar en el mayor coste de un nuevo arriendo<sup>107</sup>.

De los ejemplos anteriores, queda claro que si el contrato de arrendamiento se incumple

---

bilidad o *reasonable steps* (“*British Westinghouse Electric v. Underground electric Railways co of London Ltd*”). Igual patrón ha sido adoptado en las convenciones internacionales (Por ejemplo, artículo 77 de la Convención de Viena; artículo 9:505 de los Principios Europeos del Derecho Europeo de Contratos, y artículo 7.4.8. de los Principios de Unidroit). En Italia, por el contrario, el legislador ha optado por el estándar de la ordinaria diligencia (artículo 1227 apartado segundo).

<sup>102</sup> En este sentido, para el Derecho español, SOLER, *La valoración del daño*, cit. (1998), p. 69.

<sup>103</sup> En ambos casos, por supuesto, deben encontrarse reunidos todos los requisitos de la responsabilidad y, en consecuencia, ser cierto que el perjuicio ocurrió o va a ocurrir. En caso contrario, más que una evitación del perjuicio podríamos estar ante una evitación del incumplimiento.

<sup>104</sup> Para una descripción de estas medidas, ver FUENTES (2009), pp. 238 a 254.

<sup>105</sup> CRISCUOLI (1972), pp. 589 y ss.; y SOLER PRESAS, ANA, “Artículo 77. Comentario”, en Díez-Picazo, Luis (Director y coordinador), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 627 y 628. y *La valoración del daño*, cit. (1998) pp. 68 a 72, y SAN MARTÍN (2010), pp. 362 a 366.

<sup>106</sup> Ver DOMAT (1777), p. 261. Igual razonamiento puede verse en el ejemplo del arriendo de transporte para vendimiar, p. 268 del mismo autor.

<sup>107</sup> POTHIER (1974), pp. 181 a 184.



por culpa del arrendador, y de esto se sigue la imposibilidad del arrendatario de gozar el inmueble arrendado, a este último se le impone la carga de realizar las medidas mitigadoras pertinentes, que aquí consiste en buscar otro bien para arrendar, es decir, celebrar un negocio de cobertura. Concorde con este deber, en principio, este arrendatario únicamente va a tener derecho a reclamar como daño el mayor precio que le significa el nuevo contrato, es decir, el costo de la medida mitigadora que razonablemente debió adoptar. Y sólo en el supuesto que no se pueda exigir al acreedor la realización de tal medida (por ejemplo, no existen otros inmuebles que se puedan arrendar), corresponde analizar el resarcimiento de los perjuicios que sufre el arrendatario como consecuencia del incumplimiento del contrato (en este caso, no poder disponer del inmueble arrendado para vender su mercadería). En pocas palabras, para DOMAT y POTHIER el arrendatario debe desplegar las medidas mitigadoras pertinentes y, si no lo hace pudiendo hacerlo, no podrá demandar los perjuicios derivados de la imposibilidad de utilizar el bien arrendado

Sin embargo, los autores del Derecho intermedio no analizaron mayormente la situación contraria, esto es, que el contrato de arrendamiento termine anticipadamente, pero por un hecho imputable al arrendatario. No obstante ello, conforme a la regla general del deber de mitigación que pesa sobre todo contratante, y de manera similar a lo que sucede con el arrendatario, resulta ineludible concluir que en estos casos también pesa sobre el arrendador la carga de desplegar aquellas medidas mitigadoras sean exigibles según el estándar del buen padre de familia, cuando el contrato de arrendamiento termine en forma anticipada por hecho imputable a su arrendatario.

Aplicando y relacionando todo lo ya expuesto sobre el deber de mitigación, podemos afirmar que el arrendador tendrá derecho a la llamada *indemnité de relocation* en la forma dispuesta en el artículo 1945 del CC, siempre y cuando no le hubiere sido posible celebrar un nuevo contrato de arriendo que reemplace al terminado en forma anticipada; es decir, no hubiere podido celebrar un negocio de cobertura. Por el contrario, si el arrendador no lo vuelve arrendar, pero atendidos las circunstancias del caso concreto, con la diligencia propia de un buen padre de familia, se determina que habría podido hacerlo, la indemnización debe reducirse a las rentas correspondientes al tiempo que un hombre diligente hubiere necesitado para celebrar un nuevo contrato<sup>108</sup>.

Si se celebra un nuevo contrato de arrendamiento, la indemnización se limitará al tiempo en que efectivamente el bien estuvo sin poder ser arrendado; pero como contrapartida se deberán adicionar como indemnización los gastos irrogados para lograr su celebración. También debe considerarse la diferencia de rentas entre el contrato incumplido y el nuevo, cuando este último tuviere fijado un precio menor, y hubiese sido necesario arrendarlo en condiciones menos beneficiosas para impedir que continuara sin utilización.

Puede que el arrendador utilice en su propio beneficio el bien que tenía arrendado. En este caso, podrá alegar que se trató de una medida mitigadora, pues no era posible celebrar un nuevo contrato de arrendamiento en condiciones satisfactorias de precio u otras condiciones que sean igualmente importantes (por ejemplo imposiciones en cuanto al tiempo de arrendamiento o a la forma de goce del bien que tenía estipulado en el anterior contrato y que ahora no sean aceptados por los nuevos interesados en arrendar) y tampoco era aconsejable mantenerlo desocupado. En este caso, y especialmente tratándose de bienes productivos, como oficinas, locales comerciales o maquinaria industrial, podrá alegarse y concederse una indemnización que represente la diferencia entre la utilidad que significaba arrendarlo y la que reporta su uso por el propio arrendador.

Las ideas expuestas están en consonancia con la doctrina y jurisprudencia francesa ya

<sup>108</sup> Estimo que también podrá pedir como indemnización el equivalente a los gastos que habría debido incurrir para volver a arrendarlo y la diferencia por menores rentas que eventualmente debería haber aceptado, de haber realizado la medida mitigadora que le era exigible, pero que en concreto nunca realizó. Ello, pues se produjo una reducción de la indemnización en favor del deudor, en consideración a las medidas que el acreedor no realizó, y el favorecido con esta reducción debe cargar con los gastos que habría implicado llevar a cabo la misma, ya que en caso contrario tendría el beneficio de la reducción pero sin cargar con el costo de llevarla a cabo.



analizada; pero también lo está con la solución propuesta en Italia. Esto último reviste especial importancia, porque *Codice civile* no contiene una norma semejante al artículo 1760 del texto francés. A pesar de ello, en base al deber de mitigar el daño, consagrado en forma expresa en el artículo 1227 inciso segundo del *Codice civile*, se ha llegado a similares conclusiones. En este sentido, PINORI, señala que el perjuicio que se causa al arrendador por el término anticipado del contrato por culpa del arrendatario, consistente en la renta que habría podido seguir percibiendo, debe reducirse si el arrendador no busca nuevos inquilinos, usando la ordinaria diligencia<sup>109</sup>.

Si bien en Chile, a diferencia de Italia, no existe una norma general que consagre expresamente el deber de mitigación<sup>110</sup>, existe consenso en la plena aplicación de este deber en nuestro Derecho, más allá de la diferente fundamentación que se dé. Luego, no se divisa ningún obstáculo para llegar a la misma solución, que, como se dijo, coincide también con la respuesta de la doctrina y jurisprudencia francesa.

Ahora bien, establecido que el criterio adecuado para limitar la indemnización regulada en el artículo 1945 del CC es el deber de mitigación, surge como interrogante la necesidad de que el arrendatario alegue formal y expresamente dicho criterio para lograr la reducción de la indemnización, o pudiera el Juez aplicarlo atendidas las circunstancias del caso sometido a su decisión, aunque no se hubiese alegado. Una primera respuesta sería que no es necesario, pues los criterios limitativos de la indemnización son de orden público y el Tribunal debe aplicarlos con independencia de su alegación por las partes<sup>111</sup>. Sin embargo, como entre nosotros no ha existido sobre este punto un pronunciamiento expreso de la doctrina y jurisprudencia, creemos que lo conveniente es que el demandado lo invoque al momento de contestar la demanda<sup>112</sup>. Refuerza esta última idea el hecho que para una correcta aplicación del deber de mitigación se requerirá comúnmente la prueba de los antecedentes fácticos en que se sustenta; prueba que, básicamente, será de cargo del demandado. Luego, de no alegarse oportunamente, es dudoso que el Tribunal lo considere al momento de fijar los hechos sobre los cuales debe recaer la prueba<sup>113</sup>.

Como palabras finales, nos permitimos recordar que la motivación del presente trabajo es proponer un criterio que permita reducir, en forma equitativa, la obligación de pago de renta impuesta por el artículo 1945 del CC, cuando ella resulta excesiva, dada las situaciones particulares del caso concreto. Pero no se trata sólo de reducir por reducir, sino que la solución que se proponga debe estar en armonía con las características y finalidades propias de la acción indemnizatoria.

<sup>109</sup> En este sentido, ver PINORI (1998), pp. 433 y ss.

<sup>110</sup> Manifestación específica de este deber, lo encontramos en materia de seguros, en el actual artículo 524 N° 6 del Código de comercio.

<sup>111</sup> En este sentido, SAN MARTÍN (2010), p. 414 y JARAMILLO (2013), pp. 205 a 207. En contra VIDAL (2008), p. 451, quien hace recaer en el deudor la carga de alegar y probar la omisión de las medidas mitigadoras.

<sup>112</sup> En Chile únicamente hemos encontrado un fallo que trate el problema de la necesidad de alegar la aplicación de los criterios limitativos de la indemnización y referido a la previsibilidad. Si bien en Francia la *Cour de Cassation* ha declarado que la previsibilidad no es norma de orden público y, en consecuencia, debe ser alegada por las partes y ante los jueces de fondo, tanto el Tribunal Supremo en España, como nuestra Corte Suprema parecen tener un criterio diferente, como lo demuestra la sentencia de casación de este último alto Tribunal, dictada en *Rivera y Zalazar Ltda. con Fundación Chile* (2001), de fecha 23 de agosto de 2001. Este fallo resolvió que la previsibilidad es un criterio jurídico —o en palabras del tribunal una razón de derecho que sirve de sustento a la decisión— por lo que no requiere ser alegada, lo que en el fondo significa considerarla una norma de orden público. Somos de la opinión que el fundamento del deber de mitigación es el artículo 1558 del CC, al establecer el requisito que el daño sea “consecuencia inmediata o directa”, y como esta norma se considera de orden público o a lo menos los criterios que contienen de naturaleza jurídica, debemos concluir que el demandado no necesita alegar expresamente la existencia del deber de mitigación. Estimamos eso sí que pesa sobre el deudor la carga de probar la omisión de las medidas mitigadoras que eran exigibles atendida la situación concreta. Para más antecedentes, ver VINEY, GENEVIÈVE, “Les obligations. La responsabilité Civiles: effets”, en *Traité de Droit Civil*, Sous la direction de Jacques Ghestin, t. V, L.G.D.J., Paris, 1988, p.430; LE TOURNEAU, PHILIPPE, *La responsabilité civile*, 3ª ed., Dalloz, Paris, 1982, p. 89; MAZEAUD *et. al.* (1976), p. 584; CORRAL (2010), pp. 193 y 194, FUENTES (2009), pp. 253, 356, 357, 362, 363 y 552, y JARAMILLO (2013), pp. 205 a 207. Ver también de este último autor, pp. 199 a 205 donde aborda el problema de la carga de la prueba.

<sup>113</sup> En este sentido, será de cargo del demandado la prueba de que el arrendador volvió a arrendar el bien y las condiciones en que lo hizo, o en su caso que si bien no volvió a arrendarlo era factible que lo hubiese hecho atendidas las condiciones de mercado existentes para el bien en cuestión. De igual forma, deberá acreditar que el arrendador hizo uso personal del bien en lugar de volver a arrendarlo. Por su parte, el actor deberá acreditar los gastos que era necesario incurrir para celebrar un contrato de cobertura, o en su caso las circunstancias que justificaban no celebrarlo o que no era exigible que celebrara un nuevo contrato. De acreditarse que utilizó el bien para sí mismo, deberá probar el menor beneficio que esto le significa en relación con el contrato de arriendo que terminó en forma anticipada.

Estimamos que nuestra propuesta cumple con tales objetivos. En efecto, en primer lugar, permite, reducir, eventualmente (no siempre), la indemnización establecida en el artículo 1945 del CC., atendida las situaciones concretas de cada caso. En segundo lugar, de estimarse procedente la reducción de la indemnización, en ningún caso ella será arbitraria ni antojadiza, pues además de estar debidamente fundada, deberá cumplir con los requisitos y exigencias del deber de mitigar el daño, que a estas alturas se considera un principio de general aplicación en la responsabilidad civil. Finalmente, en lo esencial, se coincide con las respuestas ya dadas por el Derecho comparado, tanto en su fundamento como en los criterios para reducir indemnizaciones que resulten excesivas.

## 5. CONCLUSIONES

1. La obligación de pago de renta, que impone el artículo 1945 del CC al arrendatario, tiene naturaleza indemnizatoria.
2. Atendida la naturaleza contractual de tal indemnización, le son plenamente aplicables los criterios de extensión del perjuicio contractual, establecidos con carácter general en el artículo 1558 del CC.
3. Dentro de los criterios de extensión del daño, para limitar la indemnización regulada en el artículo 1945 del CC, tiene especial importancia el deber de evitar o mitigar el daño; criterio respecto del cual, más allá de la discusión sobre su específico fundamento, existe consenso sobre su contenido y alcance.
4. El deber de mitigación surge entonces como un mecanismo idóneo para reducir en forma fundada la obligación de pago de renta que el artículo 1945 del CC impone al arrendatario, y de esta forma impedir que en determinados casos concretos dicha indemnización alcance montos excesivos, que no digan relación con el efectivo daño causado al arrendador, ni con el interés que se pretende proteger.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las obligaciones*, Tomo I, 4ª ed., Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2001.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO Y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Derecho Civil*. Tomo IV, *Fuente de las Obligaciones*, Redactada y puesta al día por A. Vodanovic, Editorial Nascimento, Santiago, 1942.

ARAYA JASMA, Fernando, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, memoria de prueba, Concepción, 2000.

BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva”, En *Revista Chilena de Derecho*, v. 24, n. 1, enero-abril (1997) pp. 151-177.

BARCELLONA, MARIO, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, Dott. A Giuffrè, Milano, 1980.

BARRÍA PAREDES, MANUEL, “La previsibilidad en material de daños”, En *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n. 223-224 (2008) pp. 149-168.

BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, “Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”, En *Revista Chilena de Derecho*, v. 34, n. 1, enero-abril (2007) pp. 7-22.

BIANCA, C. MASSIMO, “Dell’ inadempimento delle obbligazioni” (a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli Editore Bologna/Soc. Ed. del Foro Italiano Roma, L. IV, Arts. 1218-1229, 2ª ed., Bologna, 1979, pp. 1-527.

BURROWS, ANDREW, *Remedies for torts and breach of contract*, Butterworths, 2ª ed., London, 1994.

BUSTAMANTE SALAZAR, LUIS, “Autonomía del equivalente pecuniario o su integración dentro de la indemnización de daños y perjuicios”, en VARAS, Juan y TURNER, Susan (coordinadores), *Estudios de Derecho civil*, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 105-126.

CÉSPEDES MUÑOZ, CARLOS, *El daño lícito*, Editorial La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN IGNACIO, “Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18 - n 1 (2011) pp. 85-118.

CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN IGNACIO, “El ámbito de protección del contrato como mecanismo para determinar la aplicación del artículo 1945 del Código civil y de la ley N° 18.101 en la terminación del contrato de arrendamiento de bienes raíces urbanos por no pago de renta”, en Bahamondes, Claudia et al. (Editores), *Estudios de Derecho civil XIII Thomson Reuters*, Santiago, 2018, pp. 443-454.

CORNEJO AGUILERA, PABLO, *El contrato de arrendamiento de bienes raíces urbanos*, Editorial AbeledoPerrot – Thomson Reuters, Santiago, 2012.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Contratos y daños por incumplimiento*, Edit. AbeledoPerrot, Legal Publishing, Santiago, 2010.

CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, traducción de Idelfonso L. García del Corral, Primera parte, *Instituta-Digesto*, Barcelona, 1889.

CRISCUOLI, GIOVANNI, “Il dovere di mitigare il danno súbito”, en *Rivista Di Diritto Civile*, N° 6 (1972) pp. 553-606.

DE CUPIS, ADRIANO, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2ª ed. italiana y estudio preliminar por A Martínez Carrión, Bosch, Barcelona, 1975.

DIEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. 2, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

DOMAT, Jean, *Les Loix Civiles dans leurs Ordre Naturel; Le Droit Public et Legum Delectus*, Nouvelle édition, t. I, Paris, 1777.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, *El daño moral*, vol. II, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2000.

DOMÍNGUEZ AGUÍLA, RAMÓN, “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 5, año (2005), 73-95.

ERBETTA MATTIG, ANDRÉS, “La cesación unilateral del contrato de obra prevista en el artículo 1999 inc. 2° del Código civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 28, julio (2017) pp. 9-51, disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722017000100009> (visitado el 14-12-2017).

FORCHIELLI, PAOLO, *Il rapporto di causalità nell' illecito civile*, Cedam, Padova, 1960.

FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO, “El deber de evitar o mitigar el daño”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, n. 217-218, (2005) pp. 223-248.

FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO, *La extensión del daño contractual*, Editorial La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO, “El daño contractual patrimonial. Esbozo de su concepto y valoración en la legislación y doctrina latinoamericana”, en *Estudios en homenaje a los cuarenta años de la Facultad de Derecho de la UCSC*, Edit. Thomson Reuters, Santiago, 2017.

FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO, “¿Puede el arrendatario de un inmueble urbano desahuciar un contrato de plazo fijo no superior a un año? La preocupante doctrina que se manifiesta en algunas sentencias”, *Revista colegio de abogados de Chile. Regional Concepción*, n. 18 (2017), pp. 6-8.

FULLER, LON y PERDUE, WILLIAM, *Indemnización de los daños contractuales y protección de confianza*, trad. y comentarios Puig Brutau, José, Bosch, Barcelona, 1957.

GARCÍA GOYENA, FLORENCIO (1852): *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Madrid, digitalizado por la Universidad de Sevilla, Disponible en <http://bib3.us.es/derecho/recursos/pixelegis/areas/index-ides-idweb.html>, (visitado el 1 de agosto de 2013).

GONZÁLEZ MALABIA, SERGIO y TENT ALONSO, PEDRO, “Criterios para la determinación de la indemnización en el arrendamiento de finca urbana: las rentas futuras no devengadas”, en *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 19, n. 2 (2010) pp. 99-130, disponible en <http://hdl.handle.net/10347/7952> (visitado el 28-11-2017).

GUILLOUARD, LOUIS VICENT, *Traité du contrat de louage. Livre III, Titre VIII du Code civil*, A Durand et Pedone Lauriel Éditeurs, segunda edición, t. 1 y 2, Paris, 1887, formato digitalizado por Internet Archive, disponible en <https://archive.org/details/traitducontra01guil> y <https://archive.org/stream/traitducontr02guil#page/2/mode/2up>, (visitado el 2 de diciembre de 2014).

JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO, *Los deberes de evitar y mitigar el daño*, Temis, Bogotá, 2013.

HERMOSILLA ESTAY, PAOLA y REYES ESPEJO, RAMÓN, *El deber de mitigar el daño en la responsabilidad contractual chilena*, memoria de prueba, Santiago, 2013, disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/114927>, (visitado el 24 de marzo de 2015).

IHERING, R., *De la culpa in contrahendo ou des dommages-interets dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, en *Oeuvres Choiesies*, trad. O. de Meulenaere, t. II, Librairie A Maresco, Paris, 1893, digitalizado por Google, disponible en <https://www.google.com/>, (visitado el 29 de septiembre de 2014).

LE TOURNEAU, PHILIPPE, *La responsabilité civile*, 3ª ed., Dalloz, Paris, 1982.

LEÓN GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, “Acotaciones históricas al artículo 1.107 del Código Civil”, en *Estudios Jurídicos In Memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, Asociación Iberoamericana de Derecho

Romano, Impresora Gráfica Varona, Vol. II, Salamanca, 2002, pp. 579-595.

LEÓN GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, *Gravedad de la culpa y extensión del resarcimiento (Notas para una interpretación de los artículos 1.103 y 1.107 del Código Civil)*, s.e., s.f. [pero 1989?]

LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, 1999.

LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Los Contratos. Parte General*, t. I, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2003.

MALAUURIE, PHILIPPE y AYNES, LAURENT, *Cours de droit civil. Les Obligations*, Cujas, 6ª ed., t. IV, Paris 1995.

MAZEAUD, HENRI, MAZEAUD, LEÓN Y TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo III, v. 1 traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976.

MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, JEAN, y MAZEAUD, LEÓN, *Lecciones de Derecho civil*, Parte tercera, v. 4, traducción Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974.

MONTÉS PENADÉS, VICENTE, “Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el artículo 1.107 CC”, en Fundación profesor Manuel Broseta, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Tirant, Valencia, 1995, pp. 2423-2462.

MORALES MORENO, ANTONIO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS, “Comentarios a dos sentencias de la Corte Suprema, que inciden en el artículo 4º de la ley N° 18.101, sobre arrendamiento de predios urbanos”, en FIGUEROA, Gonzalo et al. (Coordinadores), *Estudios de Derecho civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2011, pp. 383-394.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en Asociación de profesores de Derecho civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Edit. Centro de estudios Ramón Aceres, 1990, Madrid, pp. 1561-1591.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “Artículos 74, 75 y 76. Comentario”, en Diez-Picazo, Luis (Director y coordinador), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 579-621.

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *Obligaciones*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2003.

PIEDRABUENA RICHARD, GUILLERMO, *Legislación y jurisprudencia sobre arrendamientos urbanos. Ley 18.101*, Edit. por Fallos del Mes, Santiago, 1982.

PINORI, ALESSANDRA, *Il danno contrattuale*, t. I, Cedam, Padova 1998.

PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1932.

POTHIER, R. J., *Traité des obligations*, Banchs, Barcelona, 1974.



REALMONTE, FRANCESCO, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Dott. A Giuffrè, Milán, 1984.

REBOLLEDO VARELA, Ángel, “Sentencia de 18 de marzo de 2010: Arrendamientos urbanos. Extinción del contrato por voluntad unilateral del arrendatario antes de la expiración del plazo pactado. Indemnización al arrendador. Interpretación del art. 56 LAU 1964”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, Año 28, n. 84, número marginal BIB \2010\ 1562, (2010) pp. 1 a 10. Se trabajó en base a archivo facilitado gentilmente por [atencionclientes@thomsonreuters.com](mailto:atencionclientes@thomsonreuters.com)

SAN MARTIN NEIRA, LILIAN, *El deber del acreedor de evitar o mitigar el daño*, tesis doctoral, Universidad de Roma Tor Vergata, Roma, 2010 disponible en [https://art.torvergata.it/handle/2108/1281?mode=full#.VT-JUyF\\_Okq](https://art.torvergata.it/handle/2108/1281?mode=full#.VT-JUyF_Okq), (visitado el 24 de febrero de 2011).

SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, Montecorvo, Madrid, 1993.

SOLEAU, ISABELLE, *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, Thèse pour le Doctorat d'Etat, Université de Droit d'Economie et Sciences Sociales de Paris, Paris II, 1979.

SOLER PRESAS, ANA, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

SOLER PRESAS, ANA, “Artículo 77. Comentario”, en Diez-Picazo, Luis (Director y coordinador), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 621-628.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, 2ª ed. actualizada por Ramón Domínguez Benavente, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1984.

TRIMARCHI, PIETRO, *Causalita e danno*, Dott. A Giuffrè, Milan, 1967.

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, “La previsibilidad de las pérdidas en la compraventa internacional de mercaderías”, en *Estudios de Derecho privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 335-349.

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, “El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, julio (2011) pp. 243-302.

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.

VINEY, GENEVIÈVE, “Les obligations. La responsabilité Civiles: effets”, en *Traité de Droit Civil*, Sous la direction de Jacques Ghestin, t. V, L.G.D.J., Paris, 1988.

VISINTINI, GIOVANNA, “Il criterio legislativo delle conseguenze dirette ed immediate”, en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di Giovanna Visintini, Dott. A Giuffrè, Milan, 1984.

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

ZIMMERMANN, REINHARD, “La limitación de responsabilidad por daños en el Derecho contractual europeo”, en *Defectos en el cumplimiento de la prestación: Derecho romano y Derecho privado europeo*, en Amelia Castresana (coordinadora), Universidad de Salamanca, Ratio Legis, Salamanca, s.f. [pero 2014?]: pp. 199-236.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### A. JURISPRUDENCIA NACIONAL

*Palacios con Sociedad maderera Bio-bío* (1914): Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de mayo de 1914, (acción de terminación del contrato de arrendamiento), *Gaceta de los Tribunales*, año 1914, mayo-junio, 1917, n. 246, pp. 664-665.

*Fisco con Mirriza* (1928): Corte Suprema, 26 de noviembre de 1928, (acción de cobro de pesos), *Gaceta de los Tribunales*, 1928, segundo semestre, n. 64, pp. 395-405.

*Steck con Ferrer* (1936): Corte Suprema, 29 de octubre de 1936, (acción de acción de terminación inmediata de contrato de arrendamiento), RDJ, t. 34, II, Sec. 1a, pp. 39-42.

*Rivera y Zalazar Ltda. con Fundación Chile* (2001): Corte Suprema, 23 de agosto de 2001, Rol 286-2000 (acción de indemnización de perjuicios), en LexisNexis, Código de búsqueda 19147, fecha de consulta: 28 de junio de 2006.

*Martínez con Sociedad Educacional Los Cóndores* (2003): Corte de Apelaciones de Valdivia, 24 de septiembre de 2003, Rol 14612-20003, (acción de resolución de contrato con indemnización de perjuicios), en Legal Publishing, Código de búsqueda CL/JUR/5404/2003, fecha de consulta: 1 de agosto de 2013.

*Pepe con Sociedad Diez Compañía Limitada* (2004): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 28 de septiembre de 2004, Rol 1839-2002, (acción de cobro de rentas), en Legal Publishing, Código de búsqueda CL/JUR/2217/2004, fecha de consulta: 1 de agosto de 2013.

*Gatica con Balbontin* (2005) Corte de Apelaciones de Chillán, 1 de septiembre de 2005, (acción de acción de terminación inmediata de contrato de arrendamiento), en Legal Publishing, Código de búsqueda CL/JUR/1178/2005, fecha de consulta: 1 de agosto de 2013.

*Garcés con Adams* (2007): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 27 de julio de 2007, Rol 282-2007, acción de terminación inmediata de contrato de arrendamiento), en Legal Publishing, Código de búsqueda CL/JUR/1493/2007, fecha de consulta: 1 de agosto de 2013.

*Valenzuela con Mercado* (2008): Corte Suprema, 21 julio de 2008, Rol 217-2007, (acción de indemnización de perjuicios), en Legal Publishing, Código de búsqueda CL/JUR/2962/2008, fecha de consulta: 30 de julio de 2013.

*Martínez con Sociedad Educacional Los Cóndores* (2009): Corte de Suprema, 28 de julio de 2009, Rol 4643-2003, (acción de resolución de contrato con indemnización de perjuicios), en Legal Publishing, Código de búsqueda CL/JUR/601/2005, fecha de consulta: 1 de agosto de 2013.

*López con Manzarraga y otro* (2016): Corte Suprema, 29 de septiembre de 2016, Rol N° 34.042-2016, (Arrendamiento, terminación inmediata por no pago rentas), en [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta: 19 de diciembre de 2018.

*Reyes con Guíñez* (2009): Corte Suprema, 28 de junio de 2009, Rol 2041-2008 (acción de termina-

ción de contrato de arrendamiento), en Legal Publishing, Código de búsqueda CL/JUR/8013/2009, fecha de consulta: 1 de agosto de 2013.

*Inmobiliaria Josseline Limitada con Comercial Distam Limitada* (2002), Juzgado Civil de Viña del Mar, 8 de junio de 2000, Rol 1127-2000 (acción de terminación de contrato con indemnización de perjuicios), en westlaw, Código de búsqueda CL/JUR//2394/2002, fecha de consulta: 19 de diciembre de 2018.

*Inmobiliaria Josseline Limitada con Comercial Distam Limitada* (2002), Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de mayo de 2002, Rol 3078-2000 (acción de terminación de contrato con indemnización de perjuicios), en westlaw, Código de búsqueda CL/JUR//2394/2002, fecha de consulta: 19 de diciembre de 2018.

*Inmobiliaria Josseline Limitada con Comercial Distam Limitada* (2002), Corte Suprema, 5 de diciembre de 2002, Rol 3119-2002 (acción de terminación de contrato con indemnización de perjuicios), en westlaw, Código de búsqueda CL/JUR//2394/2002, fecha de consulta: 19 de diciembre de 2018.

*Atisha con Muñoz* (2005), 21 Juzgado civil de Santiago, 30 de marzo de 2005, Rol 10.409-2004 (acción de terminación de contrato con indemnización de perjuicios), en www.pjud.cl, fecha de consulta: 6 de julio de 2016.

*Atisha con Muñoz* (2008), Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de mayo de 2008, Rol 4.154-2005 (acción de terminación de contrato con indemnización de perjuicios), en www.pjud.cl, fecha de consulta: 6 de julio de 2016.

*Atisha con Muñoz* (2009), Corte Suprema, 8 de julio de 2009, Rol 3713-2008 (acción de terminación de contrato con indemnización de perjuicios), en www.pjud.cl, fecha de consulta: 6 de julio de 2016.

Comunidad Edificio Tribunales con Sergio Ortiz Troncoso (2015): Corte Suprema, Rol N° 217-2007, de 21 julio de 2008, Rol 9498-2014, (acción de terminación inmediata de contrato de arrendamiento con indemnización de perjuicios), en westlaw, Código de búsqueda CL/JUR//2313/2015, fecha de consulta: 19 de diciembre de 2018.

*Yani con Nzar* (2009): Corte de Apelaciones de Concepción, 1 de diciembre de 2009, Rol 642-2009, (acción de terminación inmediata de contrato de arrendamiento), en Legal Publishing, Código de búsqueda CL/JUR/4273/2009, fecha de consulta: 30 de julio de 2013.

*Figueroa y Cía. Con Bello y Cía.* (2010): Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de noviembre de 2010, Rol 973-2010 (acción de terminación inmediata de contrato de arrendamiento por no pago de rentas) en Legal Publishing, Código de búsqueda CL/JUR/9313/2010, fecha de consulta: 30 de julio de 2013.

*Valenzuela con Saldías* (2010): Corte de Apelaciones de Temuco, 14 de julio de 2010, Rol: 319-2010, (acción de acción de terminación inmediata de contrato de arrendamiento), en Legal Publishing, Código de búsqueda CL/JUR/3905/2010, fecha de consulta: 30 de julio de 2013.

*Jadue con Morales* (2012): Corte de Apelaciones de Copiapó, 4 de enero de 2012, (acción de terminación de contrato de arrendamiento), en Legal Publishing, Código de búsqueda CL/JUR/3254/2012, fecha de consulta: 22 de agosto de 2013.

*Ing. Const. y Servicios Mptl con Comercial de Prod. de Ferr. Inds.* (2014): Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de marzo de 2014, (acción de terminación inmediata de contrato de arrendamiento por no pago de rentas), en [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta: 08 de agosto de 2014.

*Inersa S.A. con Servicios de Proyectos Computacionales Ltda.* (2014): Corte Suprema, 11 de diciembre de 2014 (acción de terminación de contrato de arrendamiento y cobro de rentas), en Legal Publishing, Código de búsqueda CL/JUR/9479/2014, fecha de consulta: 3 de junio de 2015.

*Ing. Const. y Servicios Mptl con Comercial de Prod. de Ferr. Inds.* (2015): Corte Suprema, 3 de marzo de 2015, (acción de terminación inmediata de contrato de arrendamiento por no pago de rentas), en VLEX, Código de búsqueda 559664186, fecha de consulta: 15 de mayo de 2015.

*López con Manzarraga* (2016) Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de abril de 2016 (acción de terminación inmediata de contrato de arrendamiento por no pago de rentas), en [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta: 8 de enero de 2018.

*López con Manzarraga* (2016) Corte Suprema, 21 de septiembre de 2016 (acción de terminación inmediata de contrato de arrendamiento por no pago de rentas), en VLEX, Código de búsqueda 650612065, fecha de consulta: 8 de enero de 2018.

## B. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

STS 1156/2002, de 5 de diciembre de 2002, en ARANZADI WESTLAW, Código de búsqueda RJ2002\10427, fecha de consulta: 3 de abril de 2006.

STS 4320/2003, en <http://www.poderjudicial.es/>, fecha de consulta: 29 de diciembre de 2017.

STS 490/2005, de 27 de junio de 2005, en ARANZADI WESTLAW, Código de búsqueda RJ 2005\4438, fecha de consulta: 3 de abril de 2006.

STS 186/2010, de 18 de marzo de 2010, en VLEX, Código de búsqueda 215143879, fecha de consulta: 30 de julio de 2013.

SAP de Burgos 491/2010, de fecha 9 de diciembre de 2010, en VLEX, Código de búsqueda 368089834, fecha de consulta: 30 de julio de 2013.

SAP de Granada 307/2012, de 26 de junio de 2012, en VLEX, Código de búsqueda 401839390, fecha de consulta: 30 de julio de 2013.

SAP de Asturias 347/2012, de fecha 14 de septiembre de 2012, en VLEX, Código de búsqueda 400895870, fecha de consulta: 30 de julio de 2013.

## C. JURISPRUDENCIA FRANCESA

Civ. 1<sup>re</sup>, 1 de marzo de 1960, en VLEX, Código de búsqueda 40824795, fecha de consulta: 15 de septiembre de 2014.

Civ. 3<sup>e</sup>, 12 de febrero de 1970, en <http://www.legifrance.gouv.fr/>, fecha de consulta: 6 de septiembre de 2014.

Civ. 3<sup>e</sup>, 24 de junio de 1975, en <http://www.legifrance.gouv.fr/>, fecha de consulta: 6 de septiembre de 2014.

Civ. 3º, 8 de noviembre de 1995, en VLEX, Código de búsqueda 35723230, fecha de consulta: 15 de septiembre de 2014.

Civ. 3º, 3 de enero de 1990, en <http://www.easydroit.fr/jurisprudence/>, fecha de consulta: 15 de septiembre de 2014.

Versailles, 7 de mayo de 1999, en <http://www.legifrance.gouv.fr/>, fecha de consulta: 5 de septiembre de 2014.

#### NORMAS LEGALES CITADAS

Código civil chileno, artículos 1489, 1558, 1945, 1955.

Código civil francés, artículos 1184, 1146, 176.

Código civil italiano, artículo 1.227.

Decreto Ley 993 de 24 de abril de 1975 (Chile), Disposiciones especiales sobre arrendamiento de predios rústicos, medierías o aparcerías y otras formas de explotación por terceros, artículo 11.

Decreto número 4104/1964 (España), de 24 de diciembre 1964, Aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1964 (derogada por la ley 29/1994 de 24 de noviembre de 1994, de arrendamientos urbanos), art. 56.

Ley 18.101 de 29 de enero de 1982 (Chile), Fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos, artículos 3, 4, 5, 6.







# UCSC

## Programas de Postgrado Facultad de Derecho UCSC

### MAGÍSTER

- Derecho Privado
- Derecho Procesal de Familia
- Derecho Penal



[www.derecho.ucsc.cl](http://www.derecho.ucsc.cl)  
Lincoyán 255 - Concepción

**CONTENIDOS / CONTENTS**

<b>Reflexiones sobre la garantía de la unidad de mercado en el ordenamiento jurídico español</b>	<b>11</b>
<i>Reflections on the warranty of the market unit in the spanish legal order</i> <i>Enrique Barrero Rodríguez</i>	
<b>El derecho de impugnación de acuerdos de la junta general en las sociedades de capital en España: Legitimación activa ordinaria y amplia</b>	<b>29</b>
<i>The right of objection of agreements of the general meeting in capital companies in Spain: Ordinary and extended active legitimation.</i> <i>Pedro Jesús Baena BaenaUIS</i>	
<b>Algunas notas sobre el tratamiento del ruido en Chile</b>	<b>53</b>
<i>Some notes about noise regulatrions in Chile</i> <i>Christofher Elso Kotzing</i>	
<b>Notas para la admisión de la resolución extrajudicial por declaración unilateral y recepticia en el código Civil Chileno</b>	<b>65</b>
<i>Notes for the admission of the extrajudicial resolution by means of a declaration that is unilteral in nature and requires communication and receipt to become effective into the chilean civil code</i> <i>Nicolas Mauricio Oliva Leal</i>	
<b>Los fundamentos históricos del derecho del consumo</b>	<b>97</b>
<i>The historical foundations of consumer law</i> <i>Marina Rojo Gallego-Burín</i>	
<b>Análisis de discurso de odio como forma de discriminación: Conceptos, criterios y estructura</b>	<b>121</b>
<i>Analysis of hate speech as a form of discrimination: Concepts, criteria and structure</i> <i>Miguel Bastías Quezada</i>	



## CONTENIDOS / CONTENTS

**Algunos aspectos sobre el derecho de los padres a decidir la educación moral y religiosa e sus hijos en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos** 137

*The aspects of the right of parents to decide the moral and religious education of their children in the jurisprudence of the european court of human rights*

*Leonora Madariaga Méndez*

**Criterios para limitar la obligación de pago de renta por el término anticipado del contrato de arrendamiento. Análisis del artículo 1945 del código civil Chileno** 159

*Criteria for limiting the obligation of paying rent in case of advanced ending of lease contract. An analysis of article 1945 of the Chilean civil code*

*Rodrigo Fuentes Guiñez*

