ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año xxvii, n.° 54 – julio 2026

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

Actualidad Jurídica
es una publicación semestral de la Facultad de Derecho
de la Universidad del Desarrollo

ISSN 0717-5914

Director
Gonzalo Rioseco Martínez

Secretaria de Redacción
Isabel Wigg Sotomayor

Gestión Digital
Carla Carreño Guitérrez

Consejo Editorial

Lilian C. San Martín Neira
Jorge Ogalde Muñoz
Bruno Caprile Biermann
Sergio Verdugo Ramírez
José Manuel Díaz de Valdés Julia
Julio Alvear Téllez
Camila Boettiger Philipps
Cecilia Alcalde Prieto
Raúl Campusano Droguett
Eduardo Andrades Rivas

Representante Legal
Federico Valdés Lafontaine

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista, así como sus referencias bibliográficas

Ediciones Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo,
Las Condes. Santiago de Chile

Impresión
Versión, Producciones Gráficas Limitada

ÍNDICE DE CONTENIDOS

- Presentación 7

I. Tema central: Actas del Congreso Transformaciones de la Propiedad

- Palabras de bienvenida (Jorge Ogalde Muñoz) 11
- La prenda de dinero en el contexto del financiamiento de proyectos (Juan Luis Goldenberg Serrano) 13
- Propiedad, cosas y responsabilidad (Fabricio Mantilla Espinosa) 33
- Los bienes comunes en Chile: un debate abierto (Carlos Pizarro Wilson) 55
- Proteger la propiedad: las herramientas del derecho francés (Aude Denizot) 67
- La responsabilidad del propietario por el hecho de sus cosas (Aude Denizot) 81
- Sobre las diferentes acciones de protección de la propiedad en el derecho chileno (Ramón Domínguez Águila) 97
- Les renouvellement de la propriété par la reconnaissance des biens communs en France (Judith Rochfeld) 113
- La propiedad financiera (Sarah Bros) 125
- Algunas dificultades de la utilización de la propiedad como garantía y especialmente la cláusula penal y el *leasing* (Bruno Caprile Biermann) 135
- Les mutilations de la propriété immobilière en droit français contemporain (Charles Gijsbers) 147

II. Misceláneos

- Conflictos entre socios y parálisis orgánica en las sociedades cerradas: tipología y arquitectura de remedios (Enrique Alcalde Rodríguez) 159
- Sentido en que se emplea la voz 'rescisión' en el *Código Civil* chileno (Juan Andrés Orrego Acuña) 191
- Transición al reporte de información de sostenibilidad basado en NIIF S1 y S2 - Norma de Carácter General n.° 519 de la Comisión para el Mercado Financiero (José Antonio Gaspar) 239
- Hipoteca sobre concesiones de acuicultura de salmónidos (Joel González Castillo.) 255
- Repensar la prueba ilícita (Manuel Rodríguez Vega) 271
- Los acuerdos lícitos entre competidores y la necesidad de su regulación en Chile: comentarios para su regulación y revisión preventiva, por la autoridad de competencia (Fernando J. Irarrázaval P.) 305
- De la transformación de la titularidad en el dominio, en un contexto de liquidación de sociedad conyugal. Análisis del efecto expansivo y de la desprotección de terceros (Cristián Aedo Barrena - Renzo Munita Marambio) 341

• Inteligencia artificial y fiscalidad: eficiencia, riegos y desafíos regulatorios en la experiencia chilena (Carolina Devotos Berriman)..... 363

III. Libros, resúmenes y recensiones

• Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.° 28, Universidad del Desarrollo, abril de 20265 383

PRESENTACIÓN

Tengo el agrado de presentar a la comunidad jurídica el número 54 de *Actualidad Jurídica*, correspondiente a julio de 2026, con el que nuestra revista alcanza su vigésimo séptimo año de publicación semestral. Cada entrega renueva el mismo propósito de ofrecer un espacio de reflexión seria sobre los problemas que hoy ocupan al derecho chileno y comparado, abierto tanto a los académicos de nuestra facultad como a autores de otras universidades, del país y del extranjero.

La sección central de este número recoge las actas del congreso internacional "Transformaciones de la propiedad", celebrado en Santiago los días 28 y 29 de octubre de 2025 y coorganizado por nuestra Facultad junto a la Association Andrés Bello, la Universidad Diego Portales y la Fundación Fernando Fueyo. El encuentro dio continuidad a una fecunda tradición de diálogo académico franco-chileno que la facultad ha acogido en más de una ocasión, y reunió a profesores franceses, colombianos, argentinos y chilenos en torno a una institución que por siglos ha sido eje articulador del derecho civil y que hoy experimenta importantes mutaciones. Publicar estas actas es una forma de prolongar aquel diálogo y de ponerlo a disposición de un público más amplio.

Las contribuciones reunidas permiten apreciar la magnitud de esas transformaciones desde ángulos diversos. Un primer grupo examina la propiedad en su función de garantía: la prenda de dinero en el financiamiento de proyectos, la llamada propiedad financiera en el derecho francés y las dificultades que suscitan el *leasing* y la cláusula penal en nuestra práctica. Otro conjunto de trabajos aborda las relaciones entre propiedad y responsabilidad civil, con miradas desde el derecho colombiano y el francés, que muestran la misma tendencia: la responsabilidad tiende a seguir al dominio incluso allí donde el propietario ha perdido el control material de la cosa. Los bienes comunes, por su parte, ocupan un lugar destacado, con estudios que discuten su difícil integración en el ordenamiento chileno y su progresivo reconocimiento en el derecho positivo francés. Completan la sección los análisis dedicados a las acciones de protección del dominio en uno y otro sistema, y un sugerente panorama de las crecientes restricciones legales que pesan sobre la propiedad inmobiliaria en Francia, que lleva a preguntarse si el modelo heredado de la Revolución no está siendo invertido de manera silenciosa. Agradezco de modo especial a los académicos Bruno Caprile Biermann y Carlos Pizarro Wilson, artífices del congreso, y a todos los expositores que confiaron sus textos a esta revista.

La sección de misceláneos da cuenta, como es habitual, de la variedad de intereses de nuestros colaboradores. En el ámbito del derecho privado, se estudian los conflictos entre socios y la parálisis orgánica en las sociedades cerradas, el sentido polisémico de la voz 'rescisión' en el *Código Civil* de Andrés Bello y los efectos que la liquidación de la sociedad conyugal produce sobre la titularidad del dominio y las garantías de terceros. Se suman un trabajo sobre la hipoteca de concesiones de acuicultura de salmónidos, materia escasamente tratada entre nosotros, y otro sobre la transición al reporte de sostenibilidad conforme a las normas NIIF S1 y S2, recientemente adoptadas por la Comisión para el Mercado Financiero. El derecho procesal penal está presente con una relectura de la prueba ilícita como exigencia constitucional, y la libre competencia, con una propuesta de revisión preventiva de los acuerdos lícitos entre competidores. Cierra la sección un estudio sobre inteligencia artificial y fiscalización tributaria a partir de la experiencia del Servicio de Impuestos Internos, tema que ilustra bien los desafíos que la tecnología plantea a las garantías de los contribuyentes.

No quiero terminar sin agradecer a los autores, al Consejo Editorial y al equipo de redacción, cuyo trabajo hace posible que esta publicación aparezca cada semestre. Confiamos en que las páginas que siguen serán de utilidad para jueces, abogados, académicos y estudiantes, y que contribuirán, como ha sido siempre nuestra aspiración, al estudio y al debate de los problemas jurídicos de la hora presente.

Gonzalo Rioseco Martínez
Decano
Director

TEMA CENTRAL

"Actas del Congreso Transformaciones de la Propiedad"

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

PALABRAS DE BIENVENIDA

Buenos días

En mi calidad de vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo les doy la bienvenida, en nuestra casa de estudios, al segundo día del congreso "Transformaciones de la propiedad" coorganizada con la Association Andrés Bello, la Universidad Diego Portales y la Fundación Fernando Fueyo.

Lo hago por especial encargo del decano de la Facultad, Gonzalo Rioseco Martínez, quien, por muy atendibles motivos personales, no pudo acompañarnos en este importante día para nuestra Facultad y me ha solicitado que presente sus excusas por no poder estar esta mañana con nosotros, recibiendo a los académicos invitados, así como a los nuestros y, por supuesto, a todos los asistentes.

Estamos muy contentos de poder continuar contribuyendo a estos encuentros académicos franco-chilenos, ya que no es primera vez que tenemos el honor de acogerlos. Recuerdo patente que el año 1997 fue la primera vez que el profesor Christian Larroumet nos visitó en la sede de Concepción y después lo hizo en otras ocasiones, contribuyendo a la formación de varios de los juristas aquí presentes. También recuerdo que el año 2018 nos acompañaron destacados profesores como *Mme*. Sarah Bros, quien tomó el relevo en la dirección de la Association Andrés Bello, *M*. Denis Mazeaud, cuyos *mélanges* en su homenaje acaban de publicarse en Francia, *M*. Thierry Revet; *M*. François Xavier Lucas, *M*. David Chilstein y *M*. Daniel Mainguy.

Como he sostenido en otras ocasiones, es un deber ineludible de las casas de estudios superiores pensar en el futuro, haciendo partícipes de ello tanto a sus profesores como a sus estudiantes que, en poco tiempo, serán los principales articuladores de los cambios y desafíos que enfrenta el derecho, en sus distintas facetas. Por ello, siempre agradecemos las oportunidades de dedicar tiempo a observar y reflexionar sobre lo que está ocurriendo en el derecho, en este caso, en las transformaciones de la propiedad que, por milenios, ha sido uno de los ejes articuladores del derecho civil.

En esta breve bienvenida, no puedo dejar de destacar y agradecer públicamente el esfuerzo conjunto de quienes contribuyeron a que se cristalizara la idea de este congreso y, siendo muchas las personas que han puesto su trabajo y esfuerzo a disposición de este encuentro, para no omitir a nadie, me permitiré personalizar en la prestigiosa Association Andrés Bello y la Fundación Fernando Fueyo de nuestro país, así como a los coordinadores, traductores y todos quie-

nes han trabajado en materializar esta actividad, pero muy especialmente quisiera destacar el esfuerzo de los académicos Carlos Pizarro, de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y a Bruno Caprile, de la Universidad del Desarrollo.

Quiero terminar expresando nuestra gratitud a los profesores franceses, colombianos y argentinos que se han esforzado en venir a Chile a participar es este congreso, así como a los de esta Facultad señores Ramón Domínguez, Bruno Caprile y Renzo Munita, que han venido desde Concepción para ser partícipes de esta actividad académica, uniéndose a nuestros académicos Lilian San Martín y Francisco Mujica.

Aux professeurs venues de la France, je vous remercie d'avoir bien voulue venir chez nous, pour nous partager vos réflexions sur les transformations de la propriété.

C'est un honneur et un grand plaisir de vous accueillir aujourd'hui à ce Congrès sur les transformations de la propriété. Cet événement marque une occasion privilégiée de dialogue, de réflexion et d'enrichissement mutuel autour des fondements et des évolutions contemporaines du droit de la propriété dans nos traditions juridiques.

Nous souhaitons que ces journées de travail soient, non seulement un moment d'étude, mais aussi une rencontre humaine empreinte de respect, de curiosité intellectuelle et de coopération. Notre ambition est de renforcer la communauté académique franco-chilienne du droit civil, en ouvrant la voie à de nouveaux projets de recherche et à de futures collaborations institutionnelles.

Nous tenons vraiment à vous remercier pour votre visite et pour l'honneur que vous nous faites en venant ici. Nous vous adressons nos remerciements les plus chaleureux et toute notre reconnaissance.

Nous espérons que votre séjour parmi nous sera agréable et fructueux.

Merci encore pour votre précieuse collaboration et votre amitié universitaire.

Jorge Ogalde Muñoz
Vicedecano

LA PRENDA DE DINERO EN EL CONTEXTO DEL FINANCIAMIENTO DE PROYECTOS

CASH COLLATERAL IN THE CONTEXT OF PROJECT FINANCE

Juan Luis Goldenberg Serrano*

Resumen: El presente trabajo examina la prenda de dinero como una de las principales formas de garantía en el contexto de los financiamientos de proyectos (*project finance*) en Chile, con el doble propósito de establecer su naturaleza jurídica y evaluar su eficacia práctica como mecanismo de garantía. Siguiendo los estudios sobre la materia, la figura correspondería a un acto irregular en el sentido técnico, generando una relación crediticia sometida a algunas reglas de la prenda. Sin embargo, nos parece que la garantía no recae propiamente sobre dinero sino sobre el crédito de restitución que el garante tiene contra el acreedor, lo que permite entender de mejor modo su régimen jurídico. Para ello, se analiza la operativa contractual de dos modelos empleados en la práctica chilena –prenda comercial amparada en el C*ódigo de Comercio* y prenda sin desplazamiento bajo la Ley n.º 20190–, identificando los principales problemas jurídicos que la figura plantea, en especial, en el contexto de su ejecución.

Palabras clave: prenda de dinero, acto irregular, financiamiento de proyectos, ejecución extrajudicial.

Abstract: This paper examines cash collateral as one of the principal forms of security in the context of project finance transactions in Chile, with the dual purpose of determining its legal nature and assessing its practical effectiveness as a security mechanism. Following the doctrinal studies in the subject, the figure would constitute an irregular act in the technical sense, giving rise to a credit relationship subject to certain rules of pledge. However, we under-

* Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor titular del Departamento de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jgoldenb@uc.cl

stand that the security does not properly attach money itself, but rather to the guarantor's claim for restitution against the creditor, which allows a better understanding of the applicable law. The paper analyzes the contractual operation of two models used in Chilean practice –commercial pledge under the Commercial Code and non-possessory pledge under Law No. 20,190– identifying the main legal issues raised by the figure, especially in the context of its enforcement.

KEYWORDS: pledge of money, irregular act, project finance, out of court enforcement.

INTRODUCCIÓN

El financiamiento de proyectos o *project finance* ha transformado la manera en que se estructuran las grandes inversiones en infraestructura y energía en Chile. A diferencia del crédito corporativo clásico, que descansa sobre el balance general del deudor, este modelo traslada el peso de la garantía desde el patrimonio de los patrocinadores (*sponsors*) hacia la capacidad intrínseca del proyecto para generar riqueza. En este escenario, la prenda de dinero ocupa una posición central en toda la arquitectura de las garantías en la medida en que se constituye como el mecanismo que permite capturar el activo más valioso de cualquier proyecto productivo, esto es, sus flujos de caja.

La relevancia práctica de esta figura en el mercado chileno es indiscutible dado que ha sido empleada en prácticamente todos los financiamientos de proyectos más complejos (por ejemplo, infraestructura, energía, etc.), como un mecanismo que permite asegurar que los flujos sean utilizados para la operatoria del mismo y, luego, para el pago de la deuda. Pero ella plantea profundos interrogantes dogmáticos frente a un ordenamiento civil y comercial diseñado en el siglo XIX para bienes corporales y no fungibles. Alejandro Guzmán sintetiza con precisión el problema de fondo al advertir que la prenda ordinaria supone objetos no fungibles ni consumibles, y que prendar dinero –el bien fungible por excelencia– altera de modo radical esta fisonomía, dando lugar a lo que denomina acto irregular o anómalo, en el sentido de un negocio que, siendo concebido por el sistema dogmático para recaer sobre bienes no fungibles, las partes hacen recaer sobre fungibles[1].

El presente trabajo plantea dos preguntas que pretenden ser resueltas en una aproximación general. La primera: ¿cuál es la verdadera naturaleza jurídica

[1] GUZMÁN (2013) pp. 780-781.

de la prenda de dinero en el derecho chileno? La segunda: ¿resulta eficaz como garantía frente a los desafíos de estructuración y ejecución que el *project finance* exige? La metodología empleada es analítica y sistemática: se contrasta el análisis doctrinal con la revisión de contratos de prenda de dinero utilizados en proyectos reales del mercado chileno. Para estos efectos, el artículo se estructura en las siguientes secciones:

I) Tras esta introducción, se revisará el concepto y dinámicas del *project finance*, de modo de insertar en este el esquema de garantías.
II) Luego, se revisarán los caracteres generales de la prenda de dinero, descendiendo luego a los dos formatos admisibles en el derecho chileno, como son la prenda comercial y la prenda sin desplazamiento.
III Y, por último, se revisarán ciertos problemas vinculados con la ejecución de este tipo de garantía.

Todo ello para terminar con las conclusiones de rigor.

I. El *project finance* como contexto y su formato general de garantías

Sin pretensión de exhaustividad, el *project finance* puede definirse como un mecanismo de financiamiento estructurado en que los prestamistas confían primordialmente en los flujos de caja futuros del proyecto como fuente de pago, aunque también en los activos del propio proyecto como garantía. Su viabilidad exige una rigurosa acreditación técnica, económica y financiera, pues el proyecto debe ser capaz de "pagarse a sí mismo" con sus ingresos operativos, sin recurrir al patrimonio de sus patrocinadores (*sponsors*)[2]. Esta característica lo distingue del crédito corporativo ordinario, donde el crédito se apoya en el balance consolidado del deudor, incluyendo usuales garantías otorgadas por parte de socios y accionistas.

Aquí, en cambio, el análisis crediticio se desplaza hacia la capacidad autónoma del proyecto para generar ingresos suficientes, lo que exige modelos financieros robustos, buenas proyecciones de *cash flow* y sensibilidad frente a variables macroeconómicas (por ejemplo, tasas, tipo de cambio, demanda). En esta lógica, la estructura se suele caracterizar por un alto nivel de apalancamiento (pudiendo llegar entre un 70 % y un 90 % de deuda)[3] y por la subordinación del capital (sea por tratarse de aportes o mediante el uso de pactos de subordina-

[2] Vito (2010) p. 227.
[3] Yescombe (2014) p. 9.

ción), de modo que el servicio de la deuda (capital e intereses)[4] siempre tenga prioridad por sobre cualquier distribución a los patrocinadores.

En consecuencia, la complejidad estructural del modelo radica en el denominado *ring-fencing* o aislamiento patrimonial[5], de modo de enclaustrar los flujos y bienes que servirán para el pago o para las garantías, apartando otros activos de los patrocinadores. Desde el punto de financiero, esto permite aislar riesgos, optimizar el perfil de crédito y facilitar condiciones de financiamiento más competitivas, incluyendo condiciones financieras más favorable y tratamiento fuera de balance para los patrocinadores. La lógica subyacente es que cada riesgo (construcción, operación, demanda) debe ser asignado al agente con mayor capacidad de gestionarlo, de modo que los flujos proyectados adquieran calidad crediticia (*credit quality*).

Para lograrlo, el punto de partida consiste en la usual constitución de una "sociedad de propósito especial (o SPV, conforme a sus iniciales en inglés de *special purpose vehicle*), que opera de manera jurídica, comercial y financieramente independiente de los patrocinadores. Sin perjuicio de advertir que en un número importante de casos en los que el ordenamiento o las bases de licitación del proyecto requieren seguir esta estructura de manera imperativa, el modelo funciona de mejor modo por medio de la constitución de estos vehículos, aun no exigido por parte de la normativa, dado que el aislamiento se reconduce mediante la limitación que importa la personalidad jurídica y el principio de radical separación, por un lado, y, por el otro, las estructuras con reglas de limitación de responsabilidad[6].

[4] Goldenberg (2010) pp. 111-113. Ahí se indica: "[...] el financiador externo normalmente otorgará al deudor un monto máximo de crédito, estimado en consideración a las circunstancias normales en el desarrollo de la empresa. Pero es de ordinaria ocurrencia que, a lo largo de la realización del proyecto, surjan circunstancias que ameriten la inyección de nuevos recursos. Ello puede derivar de que han sobrevenido situaciones originalmente imprevistas, como fluctuaciones de costos, tasas de interés o tipos de cambio, exigencias adicionales del proyecto, etc., o que los flujos de caja no se ajusten a los proyectados al inicio de la operación, todos éstos, riesgos que el acreedor externo puede no estar dispuesto a financiar. El equilibrio financiero del proyecto significará que tales riesgos deben ser asignados a los inversores ('*sponsors*'). Por ello, es usual que éstos asuman la obligación de aportar los recursos que resulten necesarios para su correcta continuación o suplir las deficiencias de los flujos de caja ('*equity cure*') [...] El financiador principal estará interesado en que su crédito siempre tenga mejor derecho al pago que la restitución de los fondos facilitados por los *sponsors*, de modo de no caer en el juego de la regla de distribución proporcional. A finde lograr tal resultado, el financiador exigirá a los sponsors que los recursos sean entregados mediante aportaciones de capital, caso en el cual el efecto económico de la posposición se conseguirá tomando en cuenta que se trata de un pasivo no exigible. Aunque también admitirá la concesión de préstamos, aunque en este caso exigirá la celebración de un negocio de subordinación particular respecto a su crédito".

[5] Yescombe (2014) p. 7.

[6] Sobre la limitación de responsabilidad en el contexto del derecho societario, véase Vásquez (2014) y Goldenberg (2016).

De este modo, el SPV es el núcleo jurídico-financiero del financiamiento de proyectos: se trata de una entidad creada *ad hoc*, con objeto exclusivo, para desarrollar, financiar, operar y, a su eventual término, liquidar un proyecto específico. Su racionalidad es financiera: aislar (*ring-fence*) los activos, pasivos y flujos del proyecto respecto de los patrocinadores, de modo que el riesgo crediticio se concentre en la capacidad de generación de caja del propio proyecto y no en el balance consolidado de los inversionistas. Conforme a ello, los SPV cumplen tres funciones críticas: primero, una función de enclaustramiento del riesgo, dado que, al ser una entidad independiente desde el plano jurídico, evita el contagio financiero hacia los patrocinadores y facilita el tratamiento fuera de balance. Segundo, una función de concentración contractual, puesto que todos los riesgos relevantes del proyecto se suelen distribuir mediante contratos *back-to-back*, permitiendo transformar riesgos operativos en riesgos contractuales cuantificables y, por tanto, financiables. Y, por último, una función de optimización financiera, dado que el SPV permite calibrar la estructura jerárquica de los recursos necesarios para el negocio (deuda senior, deuda de entrepiso o *mezzanine* y capital), estructurar garantías sobre activos y derechos del proyecto, y diseñar obligaciones (*covenants*) alineados con ratios de cobertura (por ejemplo, una *debt service coverage ratio* o DSCR, que mide la capacidad del proyecto para cubrir la deuda en un periodo específico, y una *loan life coverage ratio* o LLCR, que mide el valor presente de los flujos futuros disponibles para el servicio de la deuda durante toda la vigencia del préstamo, en relación con el saldo de la deuda vigente).

De tal forma, los patrocinadores aportan un capital limitado y asumen riesgos acotados –confinados con frecuencia a la fase de construcción o *completion*–, de modo que, si el proyecto fracasa, los acreedores no pueden perseguir su patrimonio más allá de sus aportes efectuados al SPV. En todo caso, el juego entre el capital propio y los recursos ajenos obtenidos por medio del financiamiento externo deberá ser calculado, de modo tal de asegurar fondos suficientes para la realización del proyecto, al menos en su fase de construcción, ahí donde ambas partes querrán limitar su exposición. Sin embargo, el interés de los financistas será el que terminará por prevalecer, de modo que, de requerirse fondos adicionales, estos deberán quedar comprometidos por los patrocinadores, configurándose bajo fórmulas de aumentos de capital u otorgamiento de préstamos subordinados, en los términos explicados.

Más allá de esta estructura basal, este modelo suele exigir una densa red de contratos, por ejemplo, de suministro, de construcción bajo modalidad *engineering, procurement and construction* (EPC), de operación y mantenimiento (O&M), de venta garantizada de producción (*offtake*), entre otros. A su turno, y siempre dependiente del monto de los recursos solicitados, la dotación de recursos ajenos suele estructurarse por medio de financiamientos sindicados, que mitigan los riesgos del proyecto para los prestamistas. En efecto, la estructura de crédito

sindicado pretende tal mitigación por medio de una combinación de mecanismos contractuales y organizativos que permiten, en primer lugar, la diversificación del riesgo, al distribuir la exposición entre múltiples entidades financieras en proporción a su participación, evitando así concentraciones excesivas; en segundo lugar, la limitación individual de responsabilidad, dado que las obligaciones de los prestamistas son mancomunadas y no solidarias, de modo que cada uno solo responde hasta el monto comprometido, sin verse afectado por la eventual insolvencia de los demás; en tercer lugar, la unidad de actuación a través de agentes (de crédito y de garantías), que centraliza la administración, supervisión y ejecución del financiamiento, reduciendo costos de transacción y riesgos operativos; y, por último, la estandarización de términos y condiciones, que asegura coherencia en la relación contractual y facilita la toma de decisiones colectivas, reforzando la estabilidad del esquema frente a escenarios de incumplimiento[7].

En este contexto, cabe advertir que el SPV carece de historial crediticio propio y no dispone de activos patrimoniales significativos más allá del proyecto mismo. Por ello, la garantía sobre los flujos operativos es la principal protección real para los prestamistas durante la vida del crédito. Esta centralidad del flujo de caja explica por qué la prenda de dinero –y no la hipoteca sobre inmuebles ni la prenda sobre maquinarias– ocupa el lugar preponderante en la estructura de garantías. Así, siendo el SPV el centro del modelo, su funcionamiento financiero descansa en la premisa: de que los ingresos generados por la operación del proyecto deben ser suficientes para cubrir, en este orden, los costos operativos, el servicio de la deuda y, en último término, la retribución de los socios. Esta prelación es la columna vertebral de la cascada de pagos (*waterfall*), bajo una estructura contractual que regula el destino de cada peso que ingresa al SPV y que interactúa con el régimen de prenda de dinero examinado en este trabajo, del modo que se explicará más adelante.

Bajo la lógica del aislamiento patrimonial, la estructura de garantías en el *project finance* abandona la garantía corporativa general y diseña un paquete integral que abarca los activos y derechos del proyecto, incluyendo prendas sobre las acciones del SPV, hipotecas sobre los inmuebles del proyecto, prendas sobre los activos muebles de alta significación, cesión (en garantía) de contratos clave y sus créditos, y prendas sobre el dinero depositado en las cuentas del proyecto. Esta última garantía, que constituye el objeto de nuestro estudio, es la que presenta mayor complejidad dogmática y mayor importancia práctica. Las otras cauciones tienen valor de liquidación limitado: la hipoteca sobre inmuebles y la prenda sobre maquinarias se liquidan en condiciones desfavorables si el pro-

[7] Sobre esta forma de estructuración de los créditos, Goldenberg (2012), *passim* y, en particular, sobre la mecánica de la constitución de las garantías por medio del denominado "agente de garantías" al amparo de las reglas dispuestas en el art. 18 de la Ley n.° 20190.

yecto está en dificultades; la prenda sobre acciones depende de que existan flu jos futuros positivos, de forma que existan nuevos inversionistas interesados en su adquisición; y la prenda y cesión (en garantía) sobre contratos requiere cooperación de terceros. Por ello, más que buscar un valor de realización singular, lo que se pretende es que, en caso de *default* del proyecto, los financistas tengan extensos poderes de decisión sobre su destino, incluyendo todo cuanto va desde el ejercicio del derecho a voto admitido en la prenda de acciones, hasta el desmembramiento de los activos mediante la ejecución singular de los bienes.

De ahí que el centro de atención se encuentre en el dinero depositado en cuentas. Siendo este flujo líquido *per se*, su valoración es objetiva y su realización no debería presentar mayores puntos de fricción. Así, como hemos indicado en otros trabajos, es precisamente la prenda sobre créditos dinerarios la que ofrece la mayor virtud en materia de realización extrajudicial, facilitando el pago de la deuda por medio de un mecanismo bastante expedito y carente de mayores obstáculos. No obstante, la prenda de dinero no opera de manera aislada, sino como parte integrante de un sistema contractual más amplio (la mencionada cascada o *waterfall*), que permite seguir la senda del dinero entre un conjunto de cuentas que se van destinando a diversos fines necesarios para la construcción u operación del proyecto (según la fase en que se encuentre) como, asimismo, para el pago de los créditos y la eventual distribución de utilidades para los patrocinadores.

Este mecanismo, cuyo análisis se desarrollará más adelante, canaliza los flujos de dinero que ingresan al SPV hacia cuentas específicas sometidas a control prendario, impidiendo que los fondos sean desviados por los socios a otros fines o que queden expuestos a embargos de acreedores valistas, quienes solo podrían acceder a ellos de manera residual al amparo de las reglas de prelación.

II. Algunos caracteres relevantes de la prenda de dinero

II.1. Antecedentes generales

La prenda ordinaria, regulada en el art. 2384 y siguientes del *Código Civil* y en el art. 813 y siguientes del *Código de Comercio*, constituye un derecho real sobre una cosa mueble ajena entregada al acreedor para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Aunque el art. 2384 del CC se limita a exigir una "cosa mueble", sin mencionar la infungibilidad, Alejandro Guzmán demuestra que esta es un presupuesto implícito e ineludible del régimen prendario, derivado de la necesidad de hacer operativas las normas que lo componen[8]. En efecto, tal

[8] Guzmán (2013) p. 781.

característica es condición necesaria para la eficacia de la prohibición de usar y disponer las cosas pignoradas (art. 2395 del CC), pues sobre fungibles esa prohibición no puede controlarse, ya que el acreedor puede disponerlos y reponerlos sin que nadie pueda saberlo; la obligación de guardar y conservar la cosa (art. 2394 del CC), que es imposible sobre bienes que no pueden individualizarse; la restitución de la *eadem res* al extinguirse la prenda (art. 2401 del CC); el ejercicio de la acción real prendaria para perseguir las cosas pignoradas frente a terceros (art. 2393 del CC) y la extinción de la prenda por destrucción completa de la cosa empeñada (art. 2406 del CC), pues solo tiene sentido respecto de bienes identificables, ya que *genera non pereunt*.

Siendo así, cuando el bien pignorado es fungible, el régimen se altera de forma radical, dando paso a lo que la doctrina denomina acto irregular. Alejandro Guzmán lo define como aquel "cuyo tipo dogmático exige, como cosa de su esencia, un objeto no fungible e inconsumible, y cuyos autor o partes, empero, lo hagan recaer sobre fungibles"[9]. Esta categoría tiene raigambre histórica: fue el comentarista medieval Paulo de Castro quien primero habló de un depósito de dinero con "naturaleza irregular", y fue Robert Pothier quien reconoció sin ambages el *dépôt irrégulier* en la modernidad temprana[10]; no obstante, no comporta una categoría reconocida de manera explícita en nuestros C*ódigos*, requiriendo de una reconstrucción inductiva y basada en las lógicas generales de nuestro ordenamiento.

Lo decisivo de la irregularidad es su efecto estructural: la entrega de una cosa fungible, cualesquiera sean las declaraciones de las partes, transfiere el dominio al receptor. Como explica el citado autor:

> "cada vez que se celebra un acto jurídico recayente sobre fungibles con su tránsito de una parte a otra, en ningún caso el que los hace transitar puede ser considerado su dueño"[11]

y quien los recibe, aunque los tenga acreditados como deuda de restitución, puede usarlos, disfrutarlos y disponerlos. Esta apropiación automática no depende de ningún pacto especial de autorización de uso, sino que deriva de la fungibilidad del objeto, sin que las partes puedan alterar dicho efecto porque es consustancial a la naturaleza del negocio.

Aplicado a la prenda, este principio produce la llamada prenda irregular o anómala, caracterizada porque el pignoratario (acreedor) adquiere el dominio del dinero mediante una tradición *credendi causa*, por tanto, quedando facultado para disponer de él, y porque el pignorante (normalmente, el deudor) pier-

[9] Guzmán (2016) p. 2.
[10] *Op. cit.* pp. 5-6.
[11] *Op. cit.* p. 16.

de tal dominio y obtiene una acción personal para exigir, sujeta a la condición suspensiva del cumplimiento de la obligación principal, la restitución de un equivalente o *tantundem*[12]. En este segundo aspecto, la relación crediticia generada por la prenda irregular queda sometida, en cuanto compatible con la fungibilidad del objeto, a algunas reglas de la prenda, recordando que tal transferencia de dominio no libera al negocio de su función de garantía. Así, siguiendo a Alejandro Guzmán, se aplican a este tipo de negocios la accesoriedad respecto de la obligación principal (art. 2385 del CC); la condición suspensiva en la obligación de restituir el *tantundem* cuando la deuda garantizada haya sido íntegra y oportunamente pagada; la gratuidad de la relación para el pignoratario, pues el pago de intereses reduciría la garantía en forma progresiva hasta aniquilarla; la indivisibilidad (art. 2405 del CC), de modo que mientras subsista cualquier parte impaga de la deuda, el acreedor puede retener la totalidad del dinero prendado; y el derecho de retención frente a otros créditos ciertos y líquidos del acreedor contra el mismo deudor (art. 2401, inc. 2.° del CC), bajo las reglas de la "prenda tácita"[13].

En cambio, no se aplicarían, por no ajustarse a la naturaleza del negocio y al efecto traslativo antes señalado, la prohibición de usar y disponer (art. 2395 del CC); la pérdida del derecho de prenda por abuso (art. 2396 inc. 2.° del CC); la regla sobre riesgo de la cosa pignorada, que recae en el pignoratario, en tanto dueño de los fondos; la acción real prendaria de persecución, dado que los fungibles son inidentificables; y, lo que resulta central para la ejecución a la que pondremos atención más adelante, la prohibición del pacto comisorio (art. 2397 del CC), que Alejandro Guzmán declara

> "inaplicable a la prenda irregular porque en esta el pignoratario se hace dueño desde el primer momento de los fungibles o consumibles recibidos en prenda"[14].

En todos estos aspectos, el análisis del autor es suficiente para describir la prenda de dinero en efectivo, pero la práctica del *project finance* exige una capa adicional de análisis. Ello, dado que en casi totalidad de los casos que ofrece la práctica, el dinero no se entrega en forma física al acreedor, sino que se deposita en una cuenta bancaria, a nombre del deudor o del agente de garantías[15]. Cuando

[12] Guzmán (2013) p. 782.

[13] *Op. cit*. pp. 783-785.

[14] *Op. cit*. p. 785.

[15] Conforme al art. 3.° del art. 18 de la Ley n.° 20190: "si la caución consistiera en prenda, la entrega de la cosa empeñada, cuando se requiera para la constitución de la garantía, se hará al agente o a quien éste designe. Las citaciones y notificaciones que de acuerdo a la ley deben practicarse respecto de los acreedores hipotecarios o prendarios, se entenderán cumplidas al efectuarse al agente".

el banco acreedor es también el banco depositario –situación frecuente en proyectos medianos– surge una nueva dificultad dogmática: el depósito bancario irregular transfiere el dominio de los fondos al banco depositario y nadie puede tener un derecho real de prenda sobre cosa propia. En trabajos anteriores, hemos identificado este problema[16], proponiendo la siguiente solución: la prenda no recae sobre las monedas o billetes físicos –que dejaron de existir como cuerpos ciertos al confundirse con el patrimonio del banco–, sino sobre el crédito de restitución que tiene el depositante (en este caso, el SPV) contra el banco depositario. En otras palabras, lo que denominamos "prenda de dinero" en lenguaje coloquial es, en rigor, una prenda sobre el derecho personal de cobro que el depositante tiene contra el banco, esto es, una prenda de créditos[17].

Conforme a ello, en el caso del banco acreedor como depositario, el sistema opera de la siguiente manera: el banco recibe el pago de los fondos depositados, pero la prenda

> "recaerá sobre el propio crédito que, en caso de cumplimiento de la obligación principal, el constituyente tendrá respecto al acreedor prendario para exigir el reembolso de los fondos recibidos"[18]

A nuestro juicio, esta construcción explica la figura sin incurrir en la contradicción de una prenda sobre cosa propia, y permite encuadrarla en el régimen de la prenda de créditos dinerarios, con todas las consecuencias que ello apareja respecto al mecanismo de realización, que atenderemos más adelante, aunque requiere distinguir dos formas pignoraticias admitidas en el ordenamiento chileno y que ahora analizaremos.

II.2. La prenda comercial de dinero

El primer modelo utilizado en la práctica chilena se ampara en el art. 813 y siguientes del *Código de Comercio*. Opera mediante la entrega material de fondos en una cuenta bancaria controlada por un banco agente de garantías designado por los prestamistas, en los términos del art. 4.° del art. 18.° de la Ley n.° 20190. Tratándose de una prenda clásica que solo se aparta de manera incidental de aquella regulada en el *Código Civil*, la lógica del *Código de Comercio* también exige la entrega real de la cosa prendada[19], y la cuenta bancaria bajo el control del banco agente satisface funcionalmente este requisito: los fondos están fuera del alcance operativo del deudor, quien no puede girarlos ni transferirlos sin la auto-

[16] Goldenberg (2010) p. 12.
[17] *Op. cit.* (2010) pp. 12-13.
[18] *Op. cit.* p. 12.
[19] Somarriva (1943) pp. 248-249.

rización del agente. Aunque, como hemos enunciado, aquí debemos caracterizar que tal transferencia no solo implicará un desplazamiento de la tenencia, sino del dominio[20].

La estructuración contractual difiere según el tipo de fondos que ingresan a las cuentas prendadas. Los denominados "flujos dirigidos" son dineros con destino predeterminado –como el pago de tarifas bajo un contrato de suministro–. Estos fondos se reciben y retienen prendados hasta la fecha de vencimiento de las cuotas, evitando los llamados "costos de quiebre", esto es, los costos financieros derivados del descalce temporal entre la recepción de fondos y el pago de las cuotas, sobre todo en materia de aplicación de intereses. Los "flujos no dirigidos", en cambio, corresponden a los ingresos operativos regulares del SPV, que ingresan en cuentas de cobro general y deben ser prendados con cierta periodicidad. Su captura requiere de una mecánica adicional que, en la prenda comercial tiende a resolverse mediante mandatos irrevocables, de tal suerte que el agente de garantías suscribe conforme a una periodicidad o montos prefijados, un contrato de prenda (utilizando la redacción de un texto prefijado), constituyendo prenda sobre los montos depositados en una determinada cuenta para la seguridad de una obligación determinada.

II.3. La prenda sin desplazamiento de dinero

El segundo modelo, de creciente utilización en el mercado chileno, se apoya en el art. 14 de la Ley n.° 20190. Como hemos señalado, esta ley modificó el paradigma anterior al "remediar" la carencia de una figura que permitiera pignorar créditos sin privar al constituyente de su facultad de cobro, objetivo que el régimen del art. 2389 del CC, aludido también en el art. 816 del *Código de Comercio*, no satisfacía[21]

Para los efectos del financiamiento de proyectos, una ventaja fundamental de este modelo es la posibilidad de gravar bienes futuros, consagrada en el art. 9 de la ley[22]. En tal caso, el contrato se celebra e inscribe en el Registro de Prendas sin Desplazamiento del Registro Civil antes de que los fondos ingresen en la cuenta del SPV, lo que permite asegurar el control prendario sobre el dinero que ingresará durante toda la vida útil del proyecto sin necesidad de perfeccionar nuevas garantías en cada oportunidad, haciendo innecesario el recurso al mandato irrevocable al que aludíamos en el apartado anterior.

Esta estructura otorga al acreedor una prioridad retroactiva. Así, el derecho real de prenda nace cuando el dinero ingresa a la cuenta, pero sus efectos

[20] Somarriva (1943) pp. 212 y 230.
[21] Goldenberg (2010) p. 3.
[22] Sobre esta materia en general, Guzmán (2008), *passim*.

de oponibilidad y preferencia frente a terceros se retrotraen a la fecha de la inscripción registral inicial[23]. El art. 25 de la ley es categórico sobre este punto, disponiendo que

> "el derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento",

lo que, combinado con la retroactividad asociada a la creación de garantías sobre los bienes futuros en el art. 9.°, confiere al acreedor una posición privilegiada anterior respecto a cualquier otro acreedor que pretenda una ejecución después de la inscripción.

Para materializar la garantía sobre el dinero futuro, se suele articular un sistema de dos niveles complementarios. En primer lugar, el SPV se obliga a suscribir una "escritura de declaración" en un plazo contado desde la entrega de los dineros prendados, que tiene por objetivo dejar constancia (y, por tanto, facilitar la prueba), de la existencia de dineros o créditos prendados para los efectos del art. 9.° de la Ley de Prenda sin Desplazamiento. En segundo lugar, y para el evento en que el SPV no suscriba tal declaración de forma oportuna, se suele conferir al acreedor un mandato especial, gratuito e irrevocable, que incluye facultad de autocontratar, para que el acreedor o el agente de garantías pueda suscribir una escritura de declaración que dé cuenta de la existencia de los bienes futuros, en los mismos términos antes señalados.

Este doble mecanismo resuelve la tensión entre el principio de especialidad –que exige que el objeto del gravamen sea determinado o determinable– y la naturaleza dinámica de los saldos bancarios. Cada declaración permite acreditar con mayor facilidad el gravamen sobre el saldo específico existente en ese momento, creando una cadena ininterrumpida de prendas sobre los fondos que van ingresando. Pero, a diferencia del mandato señalado para la prenda comercial, esta estructura se ha impuesto en la práctica, no para la constitución del derecho real de prenda, que se habrá logrado mediante la inscripción registral por mérito del mentado art. 9.°, sino para meros fines de facilitación probatoria.

[23] Como expresa Guzmán (2008) p. 236: "así que, en realidad, el derecho no puede existir ni se adquirido antes de que lleguen a existir las cosas pignoradas como futuras; pero una vez que éstas empiecen a existir, el derecho se adquiere, no desde ese momento (como había dicho el inciso 1°), sino, como dice el inciso 2°, desde la fecha de inscripción del contrato prendario en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, que la ley supone y permite haber tenido lugar antes. De lo cual se deduce no requerirse ni ser necesaria una nueva inscripción, que, por lo demás, la ley no pide. Esta construcción, como se ve, no resulta más que de la aplicación de la doctrina del efecto retroactivo de la condición cumplida en especie".

II.4. La cascada de pagos: arquitectura y función

Como hemos adelantado, la prenda de dinero no opera en el vacío, sino como componente de un sistema contractual más amplio: la cascada de pagos o *waterfall*. Este mecanismo establece el orden estricto en que deben dotarse y utilizarse los fondos que ingresan al proyecto, asegurando que los ingresos cubran, primero, las necesidades operativas y el servicio de la deuda antes de retribuir a los socios. Su lógica consagra las prioridades crediticias que en el derecho corporativo ordinario solo operarían en la liquidación.

La prelación típica en los proyectos chilenos fluye así:

i) en la cuenta de operación y mantenimiento, para los costos indispensables de funcionamiento del proyecto;
ii) en las cuentas de reserva, entre las que destaca la *debt service reserve account* (o DSRA), que debe mantener un saldo equivalente a varios meses de servicio de deuda como colchón de liquidez frente a caídas de ingresos;
iii) en las cuentas para el servicio de la deuda, destinadas al pago de intereses y la amortización de capital; y
iv) en las cuentas de libre disposición, desde las cuales los socios solo pueden extraer fondos mediante pagos restringidos si se cumplen ciertos ratios financieros pactados, que tienden a estructurarse considerando una cobertura del servicio de la deuda futura limitada. Si los ratios financieros caen por debajo del mínimo pactado –configurando un evento de incumplimiento o, al menos, un nivel de alerta–, los fondos quedan retenidos en la cascada y no fluyen hacia las cuentas de libre disposición.

Ahora bien, mantener vastas sumas inmovilizadas en cuentas corrientes genera un costo de oportunidad significativo. Para evitar esa pérdida sin comprometer la liquidez ni la seguridad del acreedor, los contratos suelen autorizar la inversión de los saldos en denominadas "inversiones permitidas", caracterizadas como instrumentos financieros de bajo riesgo y alta liquidez que cumplen criterios de calificación crediticia y plazo preestablecidos. La designación de los derechos que surgen de las inversiones como créditos y como objeto separado de la garantía confirma que, al invertirse los fondos, la prenda debe ser reemplazada: dado que deja de recaer sobre dinero depositado en cuenta (o, como hemos sostenido, sobre el crédito de restitución de esos fondos por parte de la entidad depositaria), ella debe recaer sobre el crédito de restitución derivado del instrumento de inversión en cuestión.

La forma precisa en que se constituye la garantía sobre estas inversiones dependerá de su naturaleza, pero lo relevante es que siempre pueda existir la

posibilidad de liquidación anticipada. Así, si los ingresos del proyecto son insuficientes para atender el próximo vencimiento del servicio de la deuda, el acreedor o el agente de garantías, según el caso, puede ejecutar las inversiones y aplicar los fondos al pago, sin necesidad de obtener autorización del deudor. Este mecanismo replica, en sede operativa, la imputación extrajudicial cuya justificación dogmática se examina en la sección siguiente.

III. La ejecución de la prenda de dinero

La ausencia de regulación sistemática y expresa de la prenda irregular en el ordenamiento chileno constituye el primer y más estructural desafío de la figura. El *Código Civil* fue diseñado para bienes corporales, de manera que la prenda irregular existe como construcción doctrinal, pero carece de un anclaje legislativo que defina sus efectos, su régimen de extinción y sus mecanismos de ejecución. Esta orfandad genera incertidumbre sobre la causa del contrato –¿garantía, mutuo o figura *sui generis*?–, con consecuencias tributarias, registrales y concursales. Como hemos visto, Alejandro Guzmán advierte que la infungibilidad del objeto es presupuesto implícito de normas esenciales de la prenda ordinaria, pero esta constatación no resuelve el problema de calificación positiva de la prenda irregular.

El desafío dogmático más agudo es el de la ejecución, aun cuando la cuestión se resuelve de manera más simple que lo que parece. Así, Manuel Somarriva sostiene:

> "la prenda de dinero, representa la garantía máxima y más cómoda para el acreedor, porque con ella se evita el procedimiento de realización de la prenda en caso que el deudor no cumpla la obligación garantizada. En verdad está realizada de antemano"[24].

El tema, por tanto, se sitúa en justificar tal efecto ante la estrechez de las normas que aluden al tema.

En primer término, cabe recordar que el art. 2397 del CC prohíbe el pacto comisorio, lo que significa que el acreedor prendario no puede apropiarse del bien dado en prenda por el solo incumplimiento del deudor, sino que debe realizarlo en pública subasta. Alejandro Guzmán observa que es:

> "ostensiblemente absurdo imponer al acreedor el uso del procedimiento de realización ordinario de una prenda que consiste en dinero para pagar una deuda de la misma consistencia"[25],

[24] Somarriva (1943) p. 231.
[25] Guzmán (2013) p. 794.

y que la identidad entre el caso del cobro de un crédito dinerario prendado y el caso del dinero prendado "permite el funcionamiento de la analogía": en ambos supuestos el acreedor imputa el dinero que ya es suyo a la deuda principal impaga, rindiendo cuenta por el eventual remanente[26]

En efecto, la regla de referencia es el art. 12 del Decreto Ley n.° 776, que dispone:

> "si la prenda consistiere en un crédito por suma de dinero, el acreedor prendario deberá cobrarlo a su vencimiento conforme a las reglas jene. rales del Derecho, entendiéndose representante legal del dueño del crédito para este efecto. Las cantidades que perciba las aplicará, sin sujeción a las formalidades de los artículos anteriores, al pago de su propio crédito, si éste fuera de igual naturaleza y en seguida rendirá cuenta a su deudor. Serán aplicables en seguida las reglas del título XIII, libro III del Código de Procedimiento Civil"[27].

De lo anterior se sigue que, para el autor, la prenda irregular se ejecuta reteniendo el acreedor aquello que ya ingresó a su patrimonio, siempre que la obligación principal no se extinga. Si la deuda principal y la prenda recaen ambas sobre dinero –o, por extensión, sobre fungibles homogéneos– podría parecer que la vía natural es la compensación. Pero el planteamiento del autor es más fino: la compensación no opera de manera automática mientras no concurra la exigibilidad actual de ambas deudas, porque la obligación restitutoria del pignoratario está subordinada a la extinción de la deuda principal. Por eso, la ejecución no descansa técnicamente en una compensación *ipso iure* desde el inicio, sino en la idea de que, incumplida la obligación principal, el acreedor conserva para sí los fungibles ya adquiridos, quedando frustrado el nacimiento del deber de restitución en favor del pignorante[28].

Por nuestra parte, hemos concordado con esta solución, entendiendo que ella se asemeja al pacto marciano antes que al pacto comisorio prohibido. Su lógica es que la valoración objetiva del bien –innecesaria tratándose de dinero, cuyo valor nominal es de por sí objetivo e indiscutible– elimina el riesgo de abuso que justifica la prohibición comisoria[29]. Conforme a ello, la ejecución de la prenda irregular comercial, en conexión con el art. 12 del Decreto Ley n.° 776, es funcional y antiformalista, desplazando el foco desde categorías clásicas (venta forzada, compensación) hacia un mecanismo autónomo de imputación directa de flujos, que opera como técnica eficiente de satisfacción del crédito. Cuando

[26] Guzmán (2013) pp. 794-795.
[27] Ministerio de Justicia (1925).
[28] Guzmán (2013) p. 793.
[29] Goldenberg (2010) p. 9.

la prenda recae sobre créditos dinerarios y el acreedor prendario recibe el pago del crédito pignorado, no estamos ante una "realización" en sentido clásico (liquidación del bien), sino ante un fenómeno de apropiación funcional del flujo. El citado art. 12 no configura una representación legal –a pesar de que esta es la referencia de la norma que justifica la recepción de los flujos por parte del acreedor– sino que reconoce que el acreedor prendario tiene un título propio derivado del derecho real de prenda para percibir el pago del crédito y, una vez verificado el incumplimiento, aplicar esas sumas al pago de su crédito garantizado sin necesidad de ejecución judicial[30].

El punto que aleja de la construcción propuesta por Alejandro Guzmán es que entendemos que la aplicación del art. 12 no se da por analogía, sino porque debe evitarse cualquier contradicción que pueda llevar a pensar que estamos sobre una "prenda sobre lo propio", habida cuenta del efecto traslativo de la prenda irregular. Así, como hemos señalado, entendemos que, en este caso, en realidad, la prenda recae sobre el crédito de restitución que el constituyente tendría contra el acreedor prendario. En caso de incumplimiento, ese crédito no se hace exigible y, por tanto, la imputación opera sin necesidad de compensación; en caso de cumplimiento, el crédito emerge y se extingue la garantía[31]. Nos parece que esta construcción permite mantener coherencia dogmática y, al mismo tiempo, preservar la eficiencia económica del mecanismo, haciendo aplicable la norma antes citada sin caer en el ambiguo ejercicio de la analogía.

Ahora bien, cuando estamos frente a un supuesto de prenda sin desplazamiento, la cuestión se complejiza.

Para Alejandro Guzmán, el asunto se debe revisar a la luz de las reglas dispuestas por la Ley n.° 20190. Así, sostiene que esta regla habría renunciado a toda posibilidad de ejecución vía imputación, en los términos del art. 12 del DL n.° 776, reemplazándolo por un mecanismo de realización propio, dispuesto en el art. 31 del art. 14 de la Ley n.° 20190. En efecto, este dispone:

> "tratándose de prenda sobre créditos, podrá el ejecutante pedir que el embargo se notifique por cédula al deudor del crédito pignorado, a fin que retenga y consigne en la cuenta corriente del Tribunal la suma que éste determine. La resolución deberá identificar el crédito respecto del cual se solicita el pago e incluir instrucciones para que el deudor del mismo pueda cumplir con lo ordenado"[32].

El citado autor observa una contradicción entre esta norma y la que se dispone en el art. 7.°, que autoriza el pago al pignoratario, cuando se le ha notificado la

[30] Goldenberg (2010) p. 10.
[31] *Op. cit*. p. 11.
[32] Guzmán (2010) p. 58.

existencia de la prenda y la prohibición de pagarlo en otras manos. En consecuencia, intenta conciliar las normas del siguiente modo:

> "el artículo 7° se aplicaría cuando el crédito pignorado ha vencido (como asimismo la deuda garantizada) y no se ha iniciado la ejecución; pero iniciada ésta, regiría el artículo 31, pasando a fases de embargo, retención y depósito ante el tribunal"[33].

Por nuestra parte, pensamos que esta ejecución se estructura sobre un modelo dual que pivota en la oponibilidad al deudor del crédito pignorado. Mientras la prenda no ha sido notificada ni aceptada (art. 7.°), el acreedor prendario carece de control directo sobre el flujo y debe recurrir a un mecanismo judicial de realización: solicita el embargo del crédito y su notificación al deudor para que retenga y consigne los fondos en el tribunal (art. 31). En este escenario, la ejecución no implica la necesidad de subasta, por las razones técnicas antes indicadas; si el crédito es dinerario y exigible, la lógica eficiente es la consignación y posterior pago al acreedor, evitando costos de liquidación innecesarios. En cambio, una vez que la prenda es oponible –por notificación o aceptación–, el sistema converge con la prenda ordinaria: el deudor del crédito queda obligado a pagar directamente al acreedor prendario (art. 7.°). Por ello, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, la ejecución se produce de forma extrajudicial mediante imputación de los fondos percibidos, conforme a idéntica lógica del art. 12 del Decreto Ley n.° 776, lo que se deduce del uso de la misma fórmula "prohibición de pagar en otras manos", entendemos, que las del acreedor prendario.

Conclusiones

La prenda de dinero constituye el tejido conectivo indispensable para el buen funcionamiento de la estructura de un *project finance*. En efecto, es el instrumento que permite capturar el flujo de caja bajo las lógicas de la garantía real, aun cuando el régimen jurídico de este tipo de cauciones dista de la completa certeza para los operadores.

Sobre la naturaleza jurídica, se ha señalado que la prenda de dinero corresponde a un acto irregular en el sentido técnico elaborado por Alejandro Guzmán, que opera como una transferencia de dominio *credendi causa* del dinero al acreedor, generando una relación crediticia sometida a algunas reglas de la prenda. A nosotros nos parece que una explicación más completa, y que evite caer en

[33] Guzmán (2010) p. 60.

los problemas de entender que estamos frente a una especie de prenda sobre cosa propia, es añadir que ella no recae sobre el dinero, sino sobre el crédito de restitución que tiene el acreedor prendario.

Sobre la eficacia práctica, la figura es eficiente en condiciones normales. La combinación de mandatos irrevocables, cuentas en cascada con ratios financieros y autorización para inversiones permitidas logra capturar los flujos de caja de manera continua y flexible. No obstante, ante la ausencia de un régimen jurídico más acabado, solo la ingeniería contractual puede superar las deficiencias del marco legal mediante cláusulas que anticipan los escenarios relevantes y asignan con precisión los riesgos, sobre todo explicitando los mecanismos de imputación para efectuar el pago de las obligaciones caucionadas por medio de los fondos e inversiones pignorados.

La mayor interrogante se encuentra, desde luego, en el mecanismo de ejecución. Nos parece que la solución de la imputación al pago parece sólida –y cuenta con el apoyo del art. 12 del Decreto Ley n.° 776, aplicable por vía analógica, según Alejandro Guzmán– pero carece de respaldo normativo expreso, pudiendo exponerla a cuestionamientos en sede concursal o judicial. Por ello, llegando a igual solución, nos resulta más atractiva la idea conforme a la cual seguimos en la órbita de la prenda de créditos (como hemos dicho, del "crédito de restitución"), lo que hace directamente aplicable la mentada regla del art. 12, para el caso de la prenda comercial. Por su parte, para el supuesto de la prenda sin desplazamiento, Alejandro Guzmán presenta la aparente contradicción del art. 7.° del art. 14 de la Ley n.° 20190, que admite la percepción directa del pago una vez notificado el deudor, y del art. 31 del mismo cuerpo legal, que insta por su embargo, depósito y retención, en el carácter exigible o no del crédito. A nosotros nos parece que la diferencia no se encuentra en ello, sino en si la prenda es o no oponible al deudor del crédito prendado, de modo que solo en el primer caso se admitiría una imputación paralela a la dispuesta en el art. 12 del Decreto Ley n.° 776.

Bibliografía

Goldenberg Serrano, Juan Luis (2010): "Formas de perfeccionamiento y mecanismos de realización de la prenda sobre créditos", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 14: pp. 1-28.

Goldenberg Serrano, Juan Luis (2011): *La subordinación voluntaria de créditos* (Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters).

Goldenberg Serrano, Juan Luis (2012): "Los créditos sindicados y las agencias de crédito y garantías en la regulación del mercado de capitales chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n.° 3: pp. 605-627.

Goldenberg Serrano, Juan Luis (2016): "Mecanismos de protección a los acreedores de una sociedad de responsabilidad limitada infracapitalizada. Análisis crítico y propuesta de solución", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 27: pp. 141-225.

Guzmán Brito, Alejandro (2008): "La prenda sin desplazamiento de cosas corporales e incorporales futuras", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xxxi: pp. 221-254.

Guzmán Brito, Alejandro (2010): "La realización de la prenda sin desplazamiento", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xxv: pp. 37-66.

Guzmán Brito, Alejandro (2011): "La prenda sin desplazamiento de créditos nominativos en el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 16: pp. 9-44.

Guzmán Brito, Alejandro (2013): "La prenda irregular o anómala con desplazamiento de muebles corporales en el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n.° 3: pp. 779-799.

Guzmán Brito, Alejandro (2016): *Los actos y contratos irregulares en el derecho chileno* (Santiago, Ediciones UC).

Somarriva Undurraga, Manuel (1943): *Tratado de las cauciones* (Santiago, Editorial Nascimento).

Vásquez Palma, María Fernanda (2014): "Sobre la limitación de responsabilidad en el derecho de sociedades y su posible extensión en el contexto de la modernización", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 27, n.° 2: pp. 105-132.

Vito Russo, Tomasso (2010): *Il project finance* (Nápoles/Roma, Edizione Scientifiche Italiani).

Yescombe, Edward R. (2014): *Principles of project finance* (Oxford, Elsevier).

Normas

Ministerio de Hacienda (2007): Ley 20190, introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua el proceso de modernización del mercado de capitales. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=261427&idParte=8190035&idVersion=2019-05-24[fecha de consulta: 8 de julio de 2026].

Ministerio de Justicia (1925): Decreto Ley 776. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242406 [fecha de consulta: 8 de julio de 2026].

PROPIEDAD, COSAS Y RESPONSABILIDAD*

PROPERTY, THINGS AND LIABILITY

Fabricio Mantilla Espinosa**

Resumen: El artículo analiza el alcance de los regímenes de responsabilidad por el hecho de las cosas en el derecho colombiano y el estatus de propietario.

Palabras clave: derecho de propiedad, responsabilidad por el hecho de las cosas, responsabilidad por las actividades peligrosas.

Abstract: This article examines the scope of liability regimes for damage caused by things under Colombian law and the status of ownership.

Keywords: property right, liability for damages caused by things, liability for dangerous activities.

Introducción

'Propiedad', 'cosas' y 'responsabilidad' son palabras del lenguaje corriente, que a todos los hispanohablantes les evocan ideas más o menos precisas e, incluso, en algunos casos, pueden llegar a despertar en ellos ciertas emociones. Pero estos vocablos, además, pertenecen al léxico técnico de los juristas, se encuentran en la ley, en los fallos de los jueces y en los libros de los profesores; sus sig-

* Este ensayo es una versión escrita de la conferencia que presenté en el congreso internacional "Transformaciones de la propiedad", que tuvo lugar en Santiago de Chile los días 28 y 29 de octubre de 2025, organizado por las universidades del Desarrollo, Diego Portales, Dauphine, la Fundación Fernando Fueyo y la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains. El texto conserva, en muy buena medida, la estructura y el lenguaje verbal. Agradezco a mis colegas y amigos Diana Vargas Escobar, María Cecilia M'Causland Sánchez, Natalia Tobón Calle, Carmenza Mejía Martínez, Inés de San Martín, Santiago Mantilla Hinestroza, Alberto Mantilla Suárez, Guillermo Sánchez Luque, Germán Parra Pinzón, Carlos Pizarro Wilson, Bruno Caprile Biermann y Bruno Caprile Jiménez por la ayuda que generosamente me prestaron.

** Árbitro, abogado, profesor de la Universidad de La Sabana (Bogotá). Correo electrónico: fabricio_mantilla@hotmail.com

nificados tienen matices, sutilezas y, en ciertos contextos, sirven para ordenar conductas sociales. Por mi parte, comentaré brevemente este léxico del derecho colombiano, y aprovecharé para hacer algunas referencias puntuales al chileno y al francés, sin ninguna pretensión de agotar el tema, solo de ilustrarlo y de plantear las interrogantes pertinentes.

Hace ya más de medio siglo, el académico Genaro Carrió propuso una taxonomía sobre las razones que determinan los desacuerdos entre los juristas[1]. Algunos de estos tienen su origen en el lenguaje mismo del derecho, cuyos vocablos suelen servir para designar distintas cosas del mundo –algunas veces, similares, y otras, muy distintas– y con significados vagos e imprecisos; otros se explican por el deseo de los juristas de encuadrar el mundo en sus categorías, olvidando que la riqueza de la vida suele desbordar los rígidos moldes de las construcciones teóricas; también encontramos desavenencias que se suscitan por el anhelo de descubrir la esencia o la verdad allí donde solo cabría predicar la mayor o menor utilidad de un planteamiento; finalmente hallamos desacuerdos entre valores, aspiraciones, intereses y emociones, travestidos de enunciados referenciales, que nos llevan, falsamente, a creer que la discusión versa sobre hechos objetivos.

Así pues, antes del análisis de fondo, y para evitar discusiones estériles, haré un par de precisiones sobre las palabras del título de este ensayo, en orden inverso: comenzaré por 'responsabilidad'[2]. Este nombre abstracto y el adjetivo 'responsable' suelen tener muchos usos en el lenguaje del derecho. Un par de ejemplos: "este trabajo es muy difícil, tiene muchas responsabilidades", "la empresa tiene una gran responsabilidad social", "Carlos es el responsable de tramitar los permisos", "Bruno es un trabajador responsable" y "Margarita estaba desesperada, no era responsable de sus actos"[3]. Oraciones como estas sirven para designar cargas u obligaciones que corresponden a una posición o estatus particular, la actitud que puede tener un sujeto frente a sus obligaciones, un estado anímico y psicológico de una persona o, eventualmente, a un estado de incapacidad.

Dejaré de lado todos estos usos y me concentraré en 'responsabilidad' como la palabra que sirve para designar disposiciones normativas como "X debe indemnizar el daño sufrido por Y" o las teorías que explican u organizan esta clase de normas; 'responsable' lo utilizaré solo para hacer referencia al sujeto que tiene la obligación de reparar el daño, sin que esto implique ni análisis causa-

[1] Véase Carrió (1994) pp. 91-128.

[2] Un análisis más completo en Mantilla (2025a).

[3] Véase Hart (2019) pp. 199-213.

les[4] ni juicios de valor[5]. Mis comentarios se limitarán también a lo que se conoce, en el lenguaje jurídico, como "responsabilidad extracontractual", y no abordaré la "responsabilidad contractual", con todos sus tecnicismos y sutilezas[6].

Quiero resaltar también que las situaciones que conciernen la responsabilidad civil suelen generar fuertes emociones de antipatía y simpatía, de indignación y compasión, de castigo y expiación[7]; por ello, en la práctica, en no pocos casos, la obligación de resarcir los daños enmascara condenas punitivas y munificentes. La responsabilidad civil esconde en su interior una gran emotividad, a pesar de la fría pátina que recubre su lenguaje.

> "El significado emotivo de una palabra es una tendencia de la palabra, que surge de la historia de su uso; tendencia que produce (da por resultado) reacciones *afectivas* en las personas. Es el aura inmediata de sentimiento que se cierne en torno a las palabras. Esas tendencias a producir reacciones afectivas se adhieren a las palabras tenazmente. [...] Cuanto más pronunciado es el significado emotivo de una palabra, menos probable es que la gente la use de un modo puramente descriptivo. Algunas palabras son apropiadas para alentar a la gente, otras para desalentarla, otras para tranquilizarla y así sucesivamente"[8].

Ahora haré un par de precisiones respecto de 'cosa'[9]. En el latín clásico, el vocablo *'causa'* significaba principio, fuente, origen, motivo, asunto, cuestión[10]; con el paso de los años, estas últimas acepciones fueron ganando importancia, invadieron el campo semántico del vocablo '*res*'[11] y terminaron por remplazarlo[12]. En romance castellano, la palabra se desdobló en ¡causa' y 'cosa'[13], para así se-

---

[4] En el lenguaje corriente, este vocablo se utiliza con frecuencia de forma meramente descriptiva (causativa), en oraciones como "Zutano es el responsable del crecimiento de la empresa" y "las sequías fueron las responsables de la pérdida de la cosecha".

[5] El uso que le daré a "responsable" está desprovisto de todo reproche moral y, por consiguiente, de toda valoración jurídica respecto del dolo y la culpa.

[6] Véase al respecto: Mantilla (2025a) pp. 191-197 y Pizarro (2023) pp. 123-147.

[7] Véase: Altavilla (1970) pp. 1077-1141, Forza, Menegon y RumiatI (2024) y González (2020).

[8] Stevenson (1979) p. 278.

[9] Un análisis completo y detallado en Dross (2012).

[10] Véase Blánquez (2012) pp. 301-302; Salvá y De Toro y Gómez (1895) p. 180 y Quicherat, Daveluy et Chatelain (1933) pp. 204-205.

[11] Véase: Corominas y Pascual (2015) p. 219 y Rey (1998) p. 747.

[12] "Toda palabra es un complejo de asociaciones; basta con que una de ellas se modifique para que invada el significado de otras y termine por alterarlo, por ahogarlo y finalmente hasta por remplazarlo". Guiraud (1972) p. 39.

[13] Véase Menéndez, Lapesa y García (2003) pp. 170-171.

parar los distintos sentidos; desde entonces, 'cosa' ha venido ampliando sus usos hasta tal punto que, en la actualidad, es una de las voces más vagas e imprecisas del español. En efecto, con ella se puede designar cualquier objeto o suceso existente o imaginario, de cualquier orden[14]; es la palabra comodín por excelencia[15]. Si dejamos de lado las personas (aunque se podría usar también para ellas, con sentido peyorativo) y no queremos pensar antes de denominar algo, podemos llamarlo "cosa", pero, como bien lo resumió Jacqueline de Romilly:

> "en el lenguaje, la peor debilidad es, sin duda, contentarnos con un 'más o menos', cuando en realidad disponemos de todo un abanico de palabras de significados similares que nos permiten matizar el pensamien to y evitar malentendidos"[16].

En la terminología técnica del derecho, su uso se ha restringido; sin embargo, a partir del momento en que el Código de Andrés Bello adoptó la división en *corporales* e *incorporales*[17], y consideró que los derechos, hechos[18] y acciones son cosas incorporales (arts. 565-581 del CCch. y 653-668 del CCcol.), la puerta quedó abierta para que, por allí, se cuelen toda suerte de interpretaciones[19].

'Propiedad'[20] es un vocablo que se encuentra en el corazón de nuestro sistema jurídico, y su significado nos da la medida para establecer nuestras relaciones con las cosas del mundo: qué podemos poseer y qué no, cómo podemos servirnos de algo y en qué medida. Así, de cierta manera, se trata de una regulación de algunos de nuestros intereses y apetencias más profundos.

Ahora bien, lo que se entiende por "propiedad" en un ordenamiento determinado y en un momento histórico preciso depende de múltiples factores

[14] Véase Seco, Andrés y Ramos (1999) pp. 1288-1289.

[15] Véase Cassany (2022) pp. 147-150.

[16] De Romilly (2007) p. 16.

[17] Esta clasificación, de origen griego, fue adoptada por el derecho romano desde la época clásica, pero las diferencias entre los regímenes jurídicos se distinguieron con claridad. Véase: Villey (1993) pp. 69-94 y Villey (2001) pp. 265-269.

[18] Con la palabra 'hecho' hay que ser muy cuidadosos, puesto que sirve para designar entidades variopintas: *estados de cosas* (el edificio está en ruinas), *sucesos* (una rama que cae de un árbol), *acciones involuntarias* (el manotón que lanza la persona dormida), *acciones intencionales* (comprar una casa), *acciones no intencionales* (atropellar a alguien con su automóvil), *omisiones intencionales* (decidir no pagar impuestos), *omisiones no intencionales* (olvidar el registro del inmueble), *voliciones* (tener la intención de celebrar un contrato), entre otras. Consúltese al respecto: González (2005) pp. 17-52 y González (2015) pp. 65-80.

[19] Sin duda, una de las más originales es la tesis que sostiene que, a partir de una noción amplia de *cosa*, se puede estirar también el concepto de *propiedad* y, de esta manera, predicarlo respecto de todos los derechos, tanto reales como personales; naturalmente, esto implicaría un remplazo del vocablo 'titularidad' por 'propiedad'. Véase: Ginossar (1960) y Ginossar (1962) pp. 573-589.

[20] Un estudio exhaustivo al respecto en Rengifo (2011).

culturales, políticos y económicos[21]. Por ello, aunque la palabra misma tienda a perpetuarse, sus significados y funciones gramaticales suelen ir mutando, solapándose, mezclándose y, así, terminan dando lugar a toda suerte de contradicciones e inconsistencias[22]. Por mi parte, me limitaré a hacer un par de precisiones sobre el uso técnico del vocablo en el lenguaje jurídico contemporáneo y, por consiguiente, dejaré de lado las comparaciones históricas[23] y los análisis con enfoque político y socioeconómico[24].

'Propiedad', como su sinónimo 'dominio', es un vocablo relacional, pero no designa un vínculo entre dos personas, sino un estatus, con una reglamentación compleja[25]: por un lado, tenemos las normas que rigen las situaciones que permiten adquirir la calidad de propietario (denominadas, "tradición", "ocupación", "accesión", "prescripción") y, por el otro, todo un haz de relaciones normativas que tiene el propietario, con múltiples sujetos, respecto de una cosa.

Ser dueño de una cosa implica que se tiene:

1) *libertad* para usar y disfrutar de ella, *sin que nadie tenga derecho de impedirlo*; sin embargo, esta libertad está circunscrita por un marco prohibitivo: normas ambientales, urbanísticas, estándares de conducta, como la buena fe y el abuso del derecho;
2) *obligaciones* de distinta índole: tributarias, por servicios públicos, de la copropiedad, respecto de los muros medianeros, de conservación o de disposición del bien frente a ciertos sujetos, como el usufructuario, el acreedor prendario, el fideicomitente, el fideicomisario, etc.; así pues, podrían ser muchos los sujetos que tuvieran el *derecho de crédito* correlativo de estas obligaciones;
3) *potestades*, como la de reivindicar el bien que está siendo poseído por otro o la de enajenarlo; sujetos como el poseedor, el beneficiario de la servidumbre y el fisco estarían en una situación de *sujeción*, puesto que un acto voluntario del propietario modificaría su situación jurídica y no podrían hacer nada para evitarlo;
4) *inmunidades*, en el entendido de que, en principio, ningún sujeto tendría *competencia* para privarlo de sus derechos y potestades, salvo situaciones excepcionales y regladas, como en el caso de las expropiaciones, la prescripción adquisitiva y las servidumbres legales.

[21] Véase Rochfeld (2022) pp. 355-444 y Pipes (1999).

[22] Véase Silva (2002) pp. 117-123.

[23] Véase Villey (2009) pp. 187-200.

[24] Véase: Rochfeld (2022) pp. 355-444; Pipes (1999); Bullard (2018) pp. 59-75.

[25] Véase: Ross (1976), Hohfeld (1997); Carrió (1994) pp. 301-317; Ross (1997) pp. 195-208; Ross (1971) pp. 102-129.

Todas estas relaciones no se presentan siempre en todas las situaciones que solemos denominar "propiedad"; algunas sí, otra no, sin que resulte evidente cuáles son necesarias y suficientes.

Después de haber hecho estas breves precisiones sobre el léxico de nuestro estudio, surge una pregunta fundamental: ¿hay, en el derecho colombiano, un régimen de responsabilidad fundado en la propiedad? La mera pregunta es desconcertante, y a pesar de estar formulada de forma asertiva, no puedo responderla con los simples adverbios 'sí' o 'no'. Haré, entonces, un par de comentarios preliminares.

En el derecho colombiano no hay una norma con alcance general que consagre una responsabilidad de este tipo. Ahora bien, el art. 669 del C*ódigo Civil* (art. 582 del CCch.) dispone de forma expresa que el propietario puede gozar y disponer de una cosa, siempre y cuando no contravenga la ley o el derecho ajeno; pero esta disposición solo precisa que las *libertades* que confiere el estatus de propietario se encuentran limitadas por algunas *prohibiciones* y por *estándares de conducta* para evitar comportamientos abusivos; mal podríamos inferir de ella un principio general de responsabilidad del propietario de una cosa, como lo ha pretendido cierta doctrina[26], basándose en un par de fallos de la Corte Suprema de Colombia, de principios del siglo XX, sobre perturbaciones del vecindario[27].

En nuestra mente asociamos la palabra 'propiedad' con muchas nociones y conceptos[28], sin duda, con muchas *cargas* y *obligaciones* (que algunos llaman "responsabilidades"), pero también con la idea de *fortuna*, *capital*, *riqueza*[29]; sin embargo, esto no significa que estemos obligados a resarcir todos los daños causados por las cosas de las que somos dueños; *la propiedad no implica la responsabilidad*.

En el derecho colombiano tampoco tenemos disposiciones legales que sirvan de fundamento para sostener la existencia de un régimen general de responsabilidad por el hecho de las cosas; solo disponemos de un puñado de normas

[26] Véase Tamayo (2007) pp. 849-853.

[27] Corte Suprema de Justicia colombiana (06/05/1927) pp. 263-267 y Corte Suprema de Justicia colombiana (11/04/1930) pp. 506-508.

[28] "En la vida de las palabras y en la mente de los hablantes las palabras forman asociaciones más o menos extensas, que reciben el nombre de *campos semánticos*. [...] Cada campo viene a ser un centro de interés humano, en el que el significado de cada palabra se define por su relación con las demás [...]. La asociación natural de palabras pertenecientes a un mismo campo semántico tiene como nexo la unidad de atención o interés humano que las arracima en el recuerdo. Las palabras así asociadas pueden ser iguales o diferentes en su función gramatical (adjetivos, verbos, sustantivos, etc.). En cuanto al significado, unas serán análogas, otras enteramente opuestas entre sí, o contradictorias, o sencillamente distintas". Gili y Gaya (1968) pp. IX-X.

[29] Véase: Corripio (2020) pp. 665-666; Alvar (1995) pp. 332-333 y Casares (1977) p. 367.

que consagran regímenes especiales por el hecho de ciertas cosas: unas pocas, recientes, como en materia de productos defectuosos (Ley 1480/2012)[30], pero la mayoría son las plasmadas por Andrés Bello en el *Código Civil*, en muy buena medida, inspiradas en la casuística romana (arts. 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 del CCcol; 2323, 2324, 2326, 2327, 2328 del CCch.)[31].

Estas son disposiciones variopintas, que sirven de fundamento a regímenes distintos, con condiciones de aplicación diferentes; por ello, resulta muy infortunado el fallo de la Corte Suprema colombiana[32], que pretendió no solo homologar los distintos regímenes de responsabilidad por el hecho de las cosas, sino, además, equipararlos al régimen especial de responsabilidad objetiva del derecho colombiano por el ejercicio de actividades peligrosas[33].

¿Cuándo estaría, entonces, el propietario de una cosa obligado a resarcir los daños causados por esta? Para responder a la interrogante, hay que analizar las posibles omisiones (I) y acciones del dueño de la cosa (II).

I. El estatus de propietario y las omisiones

Para desarrollar mis argumentos, partiré de un artículo del *Código Civil* que compartimos colombianos y chilenos, en términos muy similares (2323 del CCch y 2350 del CCcol). Cito la versión chilena:

> "El dueño de un edificio es responsable a terceros (que no se hallen en el caso del artículo 934) de los daños que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.
>
> Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización a prorrata de sus cuotas de dominio".

Esta disposición consagra un régimen especial por el hecho de ciertas cosas, edificios, cuando se hallan en estado ruinoso, por omisiones culposas del dueño respecto de las reparaciones necesarias para la conservación del inmueble[34]. Por mi parte, me limitaré a comentar las omisiones que exige la norma en

[30] Véase Moreno (2022).

[31] Véase Sánchez (2019) pp. 27-188.

[32] Corte Suprema de Justicia colombiana (13/12/2019) Radicación n.° 68001-31-03-002-2007-00276-01. Véase una acertada crítica en M'causland (2020) pp. 111-120.

[33] Un análisis comparativo chileno-colombiano sobre la responsabilidad por actividades peligrosas en Mantilla y Pizarro (2013) pp. 17-56. Consúltese también Sánchez (2019) pp. 191-539.

[34] Véase M'causland (2020) pp. 114-115.

su supuesto de hecho. Antes que todo, debo precisar que el significado del vocablo'omitir' es mucho más complejo de lo que parecería a primera vista.

'Omitir' no es lo mismo que no hacer algo. Para que un comportamiento negativo pueda ser considerado una omisión, debe cumplir con los siguientes requisitos[35]:

1) El sujeto debe haber tenido, en el momento determinado, *capacidad* para actuar. Así, no podemos afirmar que omití subir corriendo las Torres del Paine, cuando, a todas luces, no podría haberlo hecho. No las subí, pero no omití hacerlo.
2) Además de la capacidad, el sujeto debe haber tenido *oportunidad* para haber actuado, es decir, que aquel tendría que haber estado en una situación espaciotemporal que le hubiera permitido actuar. En efecto, yo no alerté sobre los aviones que se aproximaban al World Trade Center, pero el 11 de septiembre de 2001 no me encontraba en Nueva York en una posición que me hubiera permitido avistarlos. No lo hice, eso es cierto, pero no omití hacerlo.
3) Y, finalmente, una *razón* para actuar. No he rezado la *salah* en dirección a la Kaaba ni he pagado los impuestos vehiculares chilenos; pero, como no profeso la fe musulmana ni tengo un coche en Chile, no he omitido hacerlo.

En el caso del art. 2323 del CCch resulta claro que el dueño del edificio tiene buenas *razones* para actuar: el art. 932 (art. 988 del CCcol.) le impone la *obligación* de evitar su ruina, tanto es así que le confiere a quien tema daños por esta el *derecho* correlativo para exigir ora su reparación ora su demolición.

La hipótesis del art. 2328 (art. 2355 del CCcol.) es similar: el inciso primero dispone que el habitante del edificio debe indemnizar los daños causados por una cosa que se arroja de él, y el inciso segundo consagra la obligación de no tener cosas que amenacen caída o daño. Sin embargo, el sujeto normativo de esta disposición no es el "dueño", sino el "habitante"; la razón es simple: los dos sujetos tienen obligaciones distintas y, por consiguiente, de ellos no se pueden predicar las mismas omisiones; al habitante de la casa, en principio, no se le puede exigir que repare el balcón colonial, pero sí que no cuelgue de él pesadas materas.

A pesar de que el art. 2317 del *Código Civil* (art. 2344 del CCcol.) establece como regla general la solidaridad entre los obligados a resarcir los daños en materia extracontractual, las disposiciones en comento consagran normas especiales distintas. En efecto, el art. 2323 establece: "Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización a prorrata de sus cuotas de dominio", y el 2328:

[35] Véase: Von Wright (1979) pp. 62-71; Von Wright (2001) pp. 81-97; González (2015) pp. 76-79; González (2013) pp. 162-168 y González (2001) pp. 23-28.

> "El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola".

Estas reglas particulares parecen corresponder a la lógica que subyace a las obligaciones de la copropiedad, y no tienen antecedentes en el C*ódigo* C*ivil* francés. En efecto, el art. 1386 del C*ode civil* (actualmente, art. 1244), que consagra el régimen de daños causados por edificios ruinosos, no incluye ninguna norma en tal sentido. Al parecer, para su redacción, Andrés Bello se basó en el comentario de Claude-Etienne Delvincourt:

> "Quid, si le bâtiment qui a causé du dommage appartient à plusieurs propriétaires ? Chacun est tenu en raison de la part qu'il a dans la propriété du bâtiment [...]"[36].

Respecto del régimen por cosas que caen de los edificios, el C*ode civil* no incluye una disposición específica, pero es importante recordar que la versión propuesta para la redacción del art. 1382 (actualmente, art. 1240), en su inciso segundo, disponía la obligación *in solidum* de todos los que habitaban esa parte del edificio; esta regla fue, sin embargo, eliminada por la comisión redactora[37]. De igual manera, para este caso, el rey Alfonso X, en la Ley XXV, título XV, *Partida Setena*, dispuso: "...todos de so uno son tenudos de pechar el daño si non sopiesen ciertamente qual era aquel que fizo el daño..."[38], es decir, todos los habitantes de esa parte del edificio estaban obligados solidariamente[39]. Esta lógica de la división de la indemnización, como las cargas de la copropiedad, parece de la cosecha de Andrés Bello.

---

[36] Citado por Barrientos (2014) p. 1678.

[37] "XV (1382). Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

XVI (supp.). Si, d'une maison habitée par plusieurs personnes, il est jeté sur un passant, de l'eau ou quelque chose qui cause un dommage, ceux qui habitent l'appartement d'où on l'a jetée, sont tous solidairement responsables, à moins que celui qui a jeté ne soit connu ; auquel cas il doit seul la réparation du dommage.

XVII (supp.). Les hôtes qui n'habitent qu'en passant dans la maison d'où la chose a été jetée, ne sont point tenus du dommage, à moins qu'il ne lui qui les loge en est tenu. *Recueil complet des discours prononcés lors de la discussion du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunat et discussion particulière de ces deux corps avec la rédaction définitive de chaque projet de loi* (1867) p. 507.

[38] Alfonso X el Sabio (1846) p. 369.

[39] Sobre las acciones romanas correspondientes, véase: Barría (2018) pp. 563-587 y Sánchez (2019) pp. 71-152.

Tener el estatus de propietario implica todo un haz de relaciones jurídicas, entre ellas, obligaciones de distinto tipo, como las de hacer reparaciones y las de no tener cosas que puedan caer sobre los transeúntes; pero ¿las normas de responsabilidad por el hecho de las cosas exigen la calidad de propietario? ¿No bastaría con ser usufructuario, poseedor, arrendatario o comodatario, y deudor de tales obligaciones?[40]. Si el titular de ellas es otro sujeto, resultaría difícil imputarle omisiones al propietario, por falta de *oportunidad* y *razones* para actuar.

Pensemos, ahora, en el caso de la persona que acaba de adquirir el edificio ruinoso, por una herencia o una compra, por ejemplo, y justo después de que el derecho de dominio entra en su patrimonio cae el famoso balcón colonial sobre unos peatones. Es evidente que el propietario no omitió hacer las reparaciones por la sencilla razón de que no tuvo *oportunidad* para hacerlas, pero ¿podría argüir esto para exonerarse de responsabilidad? Al parecer, como sostiene la doctrina colombiana más autorizada, el simple estatus de dueño de la cosa dañosa bastaría para comprometer su responsabilidad[41].

Dejaré de lado los regímenes especiales del *Código Civil* para daños causados por edificios y descenderé al suelo, a ciertas situaciones que se pueden presentar en la actualidad. Comentaré algunas hipótesis sobre daños causados por residuos contaminantes en predios que cambian de dueño. El derecho colombia. no no tiene un régimen especial de responsabilidad por el hecho de las cosas, para este caso, pero sí algunas normas específicas cuyo objeto es evitar contaminaciones y una disposición general de la que se interpreta la regla de que quien contamina está obligado a indemnizar (art. 16 de la L. 23/1973)[42]. Así pues, está claro que la empresa que genera o manipula los residuos debe resarcir los daños cuando la contaminación se presenta por su acción o por el incumplimiento de la normativa que regula su tratamiento, pero ¿por fuera de estas hipótesis?

Pensemos en el caso en el que la empresa cumple a cabalidad con toda la normativa para el tratamiento de los residuos, y luego vende el terreno. El comprador, a sabiendas de la situación, paga un precio bastante inferior, y al cabo de un tiempo se genera una contaminación que no fue causada por ninguna acción del actual propietario. ¿Se podría afirmar que este incurrió en alguna omisión? En principio no, por falta de *razones para actuar*, de *oportunidad* y, probablemente, también de *capacidad* para hacerlo.

Este caso podría resolverse de dos formas distintas: la primera sería poner la obligación de resarcir los daños en cabeza de la empresa que gestionó los residuos, pero esto implicaría asignarle al verbo 'contaminar' un significado muy

[40] Véase Tamayo (2007) pp. 1344-1346.

[41] Véase M'causland (2023) pp. 28-35.

[42] Sobre la responsabilidad civil en Colombia por daños ambientales, véase: Namén (2022) pp. 51-89 y Restrepo (2023) pp. 227-275.

amplio: sería considerarlo un *evento* que conlleva una modificación de un estado de cosas, que se desarrolla en un periodo de tiempo y que va desde el manejo de los residuos hasta los daños (los lingüistas denominan *realizaciones* a esta clase de *eventos*[43]), sin que en ello tengan incidencia ni el cumplimiento de la normativa medioambiental ni la transferencia del dominio del terreno a un adquirente informado de ello.

La segunda consistiría en considerar que el responsable es el propietario del terreno, lo cual equivaldría a fundamentar su responsabilidad solo en su estatus de propietario, sin que pudiera endilgársele ninguna omisión ni acción, puesto que ser dueño es tener un *estado*[44], y esto no es lo mismo que actuar. Llegados a este punto, haré algunos comentarios someros sobre las acciones.

II. El estatus de propietario y las acciones

El verbo latino '*agere*', inicialmente, significaba llevar, conducir, hacer andar, hacer ir hacia adelante, y, luego, entre otras acepciones, tuvo los significados de

[43] "La caracterización del aspecto léxico más extendida contemporáneamente tiene su punto de partida en la clasificación de predicados propuesta por el filósofo del lenguaje Zeno Vendler en 1967. Este autor distinguía cuatro clases de eventos: actividades, *como correr por el parque o saltar a la soga*, realizaciones, como *traducir una novela* o *pintar una pared*, logros, como *morir* o *florecer*, y, considerando 'evento' en un sentido amplio, también estados, como *saber chino mandarín* o *estar tranquilo*. Estos cuatro tipos de predicados se oponen unos con otros en virtud de tres rasgos: la delimitación, es decir, si el evento tiene previsto semánticamente o no un límite o final, la duración, si el predicado se desarrolla o no a lo largo de un periodo considerable de tiempo, y la dinamicidad, o sea, si el evento supone algún tipo de modificación del estado de cosas o simplemente 'ocurre, se da o existe'. Por tanto, las realizaciones se diferencian de las actividades en virtud de su delimitación: *correr por el parque* es un predicado que no tiene un final natural; *traducir una novela*, en cambio, es un evento que concluye: supone un estado final al que se arriba cuando la novela ya ha sido traducida completamente". De Bin y Giollo (2018) p. 206.

[44] "En suma, los estados pueden caracterizarse como eventos no dinámicos. Tienen duración, puesto que se mantienen en el tiempo, pero, al no suponer progreso alguno, no tienden a límite alguno. Puede hacerse la distinción entre aquellos que existen durante un intervalo de tiempo –estados transitorios como *estar tranquilo*– y aquellos que no se supone que cesen –estados permanentes como *saber chino mandarín*–. Las actividades son, como los estados, eventos durativos no delimitados. La diferencia es que son predicados dinámicos; tienen un desarrollo homogéneo en el tiempo, en el sentido de que cada tramo de ese desarrollo es idéntico a los demás: en el minuto uno, en el minuto diez y en el quince de *correr en el parque*, lo mismo que en los sucesivos, la actividad que se lleva adelante es la misma. Las realizaciones, por su parte, son eventos durativos al igual que los predicados anteriores, y, lo mismo que las actividades, implican una dinamicidad, solo que su desarrollo en el tiempo no es homogéneo, porque supone el progreso hacia un estado final, que las delimita". De Bin y Giollo (2018) pp. 206-207.

guiar, actuar, hacer, ejecutar, realizar algo[45]. Este verbo de movimiento dio lugar a múltiples vocablos castellanos, con sus distintas acepciones, a saber: 'agente', 'agenda', 'agencia', 'transigir', 'actuar', 'actor', 'actriz', 'acción', 'activo', 'actividad' (del participio pasado '*actum*'), entre tantos otros[46].

Este vocabulario permite expresar el movimiento, el cambio de un estado de cosas a otro.

> "Existe una distinción lógica importante entre sucesos y acciones. Los sucesos pueden ocurrir con independencia de un agente; en cambio, las acciones requieren siempre un agente que las realiza. La acción no es un suceso, sino la producción de un suceso por un agente. Por ello, toda acción involucra un contrafáctico del siguiente tipo: 'Si el agente no hubiera intervenido, el suceso X no hubiera tenido lugar'"[47].

'Actividad' permite expresar la acción como un *proceso* y no como un mero *suceso* (el paso de un estado de cosas a otro)[48]: correr, conducir, construir son eventos dinámicos, que se desarrollan durante cierto lapso[49]. Ahora bien, el *Código Civil* colombiano, en su art. 2341 (art. 2314 del CCch.), consagra un régimen de responsabilidad por las *acciones dañosas en general*, cuando el comportamiento del agente es valorado moralmente como culposo[50]; mientras que, del art. 2356 (art. 2329 del CCch.), la jurisprudencia colombiana ha interpretado un régimen de responsabilidad especial para los daños causados por un agente en el ejercicio de *ciertas actividades,* denominadas "peligrosas", y sin que se requiera una valoración moral del comportamiento del agente[51].

El derecho francés, por su parte, tiene una estructura bien distinta: cuenta con un régimen general, por culpa, equivalente al colombiano y al chileno, que se fundamenta en los arts. 1240 y 1241 del *Código Civil* (anteriormente, arts. 1382 y 1383), y un régimen especial, que no requiere la culpa, con un alcance muy amplio, por el hecho de las cosas (art. 1242 del CCfr., anteriormente art. 1384).

En un régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas, como el francés, la relación causal se establece entre la cosa y el daño (*suceso*)[52], y no se re-

---

[45] Véase Blánquez (2012) pp. 113-114; Salvá y De Toro y Gómez (1895) p. 45 y Quicherat, Daveluy et Chatelain (1933) pp. 53-54.

[46] Véase Gómez de Silva (2012) pp. 28, 37.

[47] González (2001) p. 18.

[48] Véase: Von Wright (1979) pp. 58-62; Von Wright (1998) pp. 38-58 y González (2013) pp. 127-157.

[49] Véase De Bin y Giollo (2018) pp. 206-207.

[50] Véase Mantilla (2007) pp. 131-150.

[51] Véase: M'causland (2020) y Mantilla y Pizarro (2013).

[52] "El suceso 'en sí mismo' es el *cambio* o transición del estado de cosas que reina en la ocasión anterior al estado que reina en la ocasión posterior. Llamaremos al primero estado *inicial*, y al segundo, estado *final*". Von Wright (1979) p. 46.

quiere que un sujeto haya *actuado* y que su *acción* haya determinado el daño[53]; por consiguiente, el responsable no se establece mediante la determinación del *agente*, sino que se requiere su vinculación a través de otra noción, para ello, en el derecho francés se confeccionó la categoría de *guardián* de la cosa dañosa[54].

¿Quién debe resarcir los daños causados por una cosa? El derecho francés responderá: quien tenga la guarda; pero ¿qué es la guarda de una cosa? La respuesta a esta pregunta es compleja, matizada y, de cierta manera, brumosa: aquel que tenga los *poderes de uso*, *dirección* y *control* de la cosa; aquel en cuya *esfera de autoridad* se halle la cosa. La jurisprudencia y la doctrina francesas se han dedicado, entonces, por un lado, a tratar de precisar el significado de estas vagas expresiones y, por el otro, a buscar los expedientes para que este régimen objetivo de responsabilidad no termine cobijando el sinnúmero de entidades susceptibles de ser denominadas "*choses*"[55]. Así, el célebre régimen francés de responsabilidad por el hecho de las cosas se encuentra en una permanente tensión entre su formulación tan amplia, y sin justificación, y los permanentes esfuerzos para evitar que se desborde; esto ha traído como consecuencia su difícil fundamentación teórica y sus deletéreos efectos prácticos[56].

En el sistema colombiano, salvo para casos especiales (arts. 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 del CCcol; 2323, 2324, 2326, 2327, 2328 del CCch.), la respuesta a aquella pregunta es más simple: el *agente*, por su actuación o, bien, culposa (art. 2341 del CCcol. y 2314 del CCch.) o, bien, sin necesidad de culpa, pero solo para aquellos daños causados en el ejercicio de las actividades calificadas como peligrosas (arts. 2356 del CCcol. y 2329 del CCch.).

Vemos cómo el derecho francés no toma en consideración *el estatus de propietario*, sino el de *guardián de la cosa*, mientras que el colombiano ni siquiera requiere cosas dañosas, sino de *agentes que causan daños*, sirviéndose o no de cosas. Con todo, este planteamiento general que resulta tan claro y coherente, a partir de las normas, se torna opaco y embrollado cuando analizamos la jurisprudencia que resuelve los casos particulares.

Así, el derecho francés presume que el *dueño* tiene la *guarda de la cosa* y que, en virtud de esta calidad, la *usa*, *dirige* y *controla*; pero, en la vida cotidiana, son muchos los casos en que la cosa se encontraba en la *esfera de autoridad* de quien no era dueño en el momento del daño. El planteamiento parece sencillo y, en principio, al dueño le bastaría con demostrar que no usaba ni dirigía ni controlaba la cosa dañosa y que la calidad de guardián la tenía otro sujeto. Pero los jueces franceses, algunas veces, parecen reticentes a aceptar las pruebas del

[53] Véase Von Wright (1998) p. 38.

[54] Véase una explicación clara y sintética al respecto en Brun (2016) pp. 248-268.

[55] Véase: Tricoire (2008) pp. 983-1002; Lucas (2001) y Danjaume (1996) pp. 5-12.

[56] Véase una excelente crítica de este régimen en Borghetti (2010) pp. 1-40.

propietario para desvirtuar su calidad de guardián, interpretan de forma muy laxa los *poderes de uso, control* y *dirección* y tienden a hipertrofiar la famosa *esfera de autoridad*. En palabras del profesor Philippe Brun:

> "Con frecuencia, los jueces se sirven de la presunción de guarda incluso cuando de las circunstancias del caso se puede concluir claramente que el propietario la transfirió; por ejemplo, cuando han decidido que el dueño de un vehículo conserva su guarda, a pesar de que un tercero se servía de este para llevar pedidos; o cuando consideraron que el propietario de una motocicleta conservaba los poderes de uso, control y dirección aun cuando la había prestado a otra persona para un trayecto determinado y por un tiempo establecido; o incluso cuando decidieron que el dueño de una escalerilla seguía siendo su guardián, a pesar de haberla prestado a un tercero para que hiciera obras por su cuenta. En decisiones de este tipo se evidencia un tinte de oportunismo"[57].

En Colombia se presenta una situación muy particular: a pesar de carecer de un régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas, con alcance amplio, la influencia de la doctrina y jurisprudencia francesas ha sido tal que el léxico de la "guarda de la cosa" se incorporó en el lenguaje del derecho colombiano y, para el caso de las actividades peligrosas, en lugar de hacerse referencia al *agente*, se habla del *guardián de la actividad*[58]. Como resultado de ello, la teoría se ha tornado oscura y desarticulada, llena de alusiones a hechos de las cosas y poderes de uso, control y dirección de cosas y de actividades[59].

Como ya lo mencioné, la norma que establece el régimen objetivo de responsabilidad exige que el sujeto actúe, desarrolle una de las actividades calificadas como peligrosas por la jurisprudencia colombiana: utilizar armas de fuego, conducir vehículos, construir y demoler edificios, transportar y manipular energía, utilizar máquinas, pilotear aviones, navegar, entre otras pocas más. El régimen colombiano no requiere, entonces, que el daño sea causado por una cosa –aunque esto resulte frecuente– ni que el sujeto se halle en un estado particular respecto de ella, denominado "guarda", sino que, con unos movimientos intencionales, que corresponden por lo menos a una de las "actividades peligrosas", genere un cambio en el mundo[60] que se subsuma en la categoría "daño"[61]. La Corte Suprema de Justicia colombiana, en algunos fallos, lo reconoce de forma expresa:

---

[57] Brun (2016) pp. 252-253.

[58] Una explicación completa de la influencia francesa en la doctrina y jurisprudencia colombianas en: Tamayo (2007) pp. 815-928 y Velásquez (2013) 558-567.

[59] Para un análisis crítico, véase: M'causland (2020); Mantilla y Pizarro (2013) pp. 17-56 y Sánchez (2019) pp. 459-539.

[60] Véase: González (2013) pp. 127-157 y González (2015) pp. 67-76.

[61] Véase Mantilla (2025b) pp. 85-118.

> "Que constituyendo el fundamento de la responsabilidad estatuida por el artículo 2356 precitado el carácter peligroso de la actividad generadora del daño, no es de por sí el hecho de la cosa sino en últimas la conducta del hombre, por acción o por omisión, la base necesaria para dar aplicación a esa norma"[62].

Pero, en el mismo fallo antes citado, un par de renglones después, sostiene:

> "El responsable por el hecho de cosas inanimadas es su guardián, o sea quien tiene sobre ellas el poder de mando, dirección y control independientes. Y no es cierto que el carácter de propietario implique necesaria e ineludiblemente el de guardián, pero sí lo hace presumir como simple atributo del dominio, mientras no se pruebe lo contrario"[63].

En otros llega, incluso, a afirmar: "la norma concentró su atención en el comportamiento del infractor, ya se trate de una acción o una omisión"[64], para luego sostener que el sujeto normativo es el *guardián*. Así, según la Corte Suprema colombiana, podría entenderse que el guardián desarrolla una actividad peligrosa mediante omisiones, lo cual, a todas luces, resulta un sinsentido.

Así, la jurisprudencia colombiana siempre hace alusión a la *guarda*[65], califica ciertas *cosas* como peligrosas[66] y, en algunos casos, extiende el significado de 'actividad' de tal forma que llega a considerar que, en una construcción, en la cual se desprende una placa de concreto, cae y lesiona a una persona, deben responder solidariamente tanto la empresa constructora como la dueña del inmueble, porque tienen "la guarda compartida de la actividad peligrosa"[67]; de igual manera, en el caso de la construcción de un edificio sobre una importante avenida de Bogotá, en la que hubo graves falencias de seguridad, la Corte Suprema consideró que el administrador de la empresa constructora había incumplido

---

[62] Corte Suprema de Justicia colombiana (18/05/1972) p. 188.

[63] *Ibid*.

[64] Corte Suprema de Justicia colombiana (22/09/2021) Radicación n.° 05001-31-03-003-2004-00273-02.

[65] Véase, por ejemplo: Corte Suprema de Justicia colombiana (22/09/2021) Radicación n.° 050 0131-03-003-2004-00273-02.

[66] "Independientemente de que las cosas puedan o no calificarse como peligrosas, toda vez que ellas, por regla general, en estado de completa inactividad, no ofrecen amenaza alguna, de lo que se sigue que el riesgo que comportan surge únicamente de su funcionalidad, premisa de la que escapan sólo algunas sustancias, como las explosivas y las inflamables, o ciertas energías, como la nuclear, debate que no asume en esta oportunidad la Corte, por no ser necesario, la verdad es que la norma en estudio, como acaba de reseñarse, concentró su atención en el proceder del agente causante del daño". Corte Suprema de Justicia colombiana (22/09/2021) Radicación n.° 05001-31-03-003-2004-00273-02.

[67] Corte Suprema de Justicia colombiana (13/05/2008) Ref. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01.

los deberes que le impone su cargo y lo condenó solidariamente con la empresa por la muerte de un transeúnte, como consecuencia de la caída de un madero del décimo piso[68].

En un caso reciente en el que colisionaron dos vehículos, la Corte Suprema de Colombia sostuvo:

> "No obstante la estrechez de los razonamientos del Tribunal, por no haber justificado la extensión de la concurrencia de culpas para todos los demandantes, conductor del vehículo y padres de la víctima fatal, una situación relevante impide casar el fallo, y consiste en el hecho probado en el expediente de que la víctima [...], era copropietaria junto con su esposo del vehículo involucrado en el choque, y por lo mismo, guardiana de la actividad peligrosa, y por ello también, presunta responsable de los actos relativos a la conducción de ese rodante"[69].

Sin embargo, los fallos de la jurisprudencia colombiana que resultan más ilustrativos son aquellos en los cuales se ha condenado a algunas de las víctimas de atentados terroristas para que indemnizaran a otras de escasos recursos económicos[70]: en uno de ellos, se trataba de una compañía transportadora de petróleo[71] y, en el otro, de un exclusivo club social de Bogotá[72].

Para entender las inconsistencias del razonamiento de la jurisprudencia colombiana, es importante recordar que los verbos 'ser'[73] y 'tener'[74], en oracio-

---

[68] Corte Suprema de Justicia colombiana (08/08/2013) Ref. Exp. 1100-3103-003-2001-01402-01.

[69] Corte Suprema de Justicia colombiana (23/09/2021) Radicación n.° 11001-31-03-006-2013-00757-01.

[70] Un análisis crítico al respecto en Mantilla (2022) pp. 591-631.

Esta tendencia a considerar responsable al sujeto que tiene más recursos económicos se hace evidente en el caso de la existencia de pólizas de seguro. Véase al respecto: Markesinis (1983) pp. 301-317 y Tapia (2007) pp. 963-994.

[71] Corte Suprema de Justicia colombiana (19/12/2018) Radicación n.° 0573631890012004 0004201.

[72] Corte Suprema de Justicia colombiana (23/11/2020), Radicación n.° 11001-31-03-006-2005-00291-02.

Esta cuestionable sentencia, posteriormente, fue invalidada por la Corte Constitucional: Corte Constitucional colombiana (08/02/2024), Exp. SU-029 DE 2024.

[73] "Los verbos *ser* y *estar*, que emplea nuestro idioma en esta clase de oraciones, se llaman *copulativos* porque su misión en ellas se reduce a servir de nexo entre el sujeto y el predicado sin que añadan nada al significado de la oración. Su empleo ha ido extendiéndose históricamente por asimilación de las oraciones atributivas a las predicativas, y porque permiten la expresión temporal: *Juan era, es, fue, será sabio*. [...] No siempre son copulativos los verbos de que ahora tratamos. A veces *ser* recobra su significado primitivo de *existir, tener lugar, suceder* [...] El verbo *estar* mantiene a veces su significación originaria, no copulativa, de presencia o permanencia: *No está* [...]". Gili y Gaya (1960) pp. 54-55.

[74] "Las relaciones de implicación, atribución de cualidades o características, etc., valores cubiertos por *tener*, pueden ser permanentes o transitorias [...]. Este carácter atributivo se ve clara-

nes como "X es propietario (o poseedor o tenedor)", "X es el administrador", "X tiene el automóvil" o "X tiene la propiedad del tubo", expresan un *estado*[75], es decir, una situación del sujeto, más o menos estable, que se extiende en el tiempo, pero sin implicar cambios en un estado de cosas, sin una progresión de sucesos (no es *dinámica*, sino *estática*)[76]. En otras palabras, decir que *X es el dueño* o *el administrador* o *que tiene algo* no es expresar que está realizando una actividad: 'ser' y 'estar' son dos verbos muy distintos de 'actuar'.

El lenguaje no es inocente: no es lo mismo sostener que el responsable es quien desarrolla la actividad, el que actúa, el *agente*, que el *guardián*, como hace la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Es más fácil poner la obligación en cabeza de quien no ha actuado (porque no ha hecho movimientos que hayan causado un daño) si decidimos llamarlo "guardián" o "propietario". Así, la jurisprudencia colombiana ha terminado por construir una teoría de la responsabilidad civil por las actividades peligrosas con una jerga oscura y contradictoria.

> "Y no hace falta aclarar que la oscuridad puede utilizarse como herramienta de control social: permite a los que manejan la jerga evitar responder a las objeciones, y hasta evitar que sus ideas sean sensatamente escudriñadas"[77].

Conclusión

'Propiedad', 'cosas' y 'responsabilidad' no son solo frías voces del lenguaje del derecho, sino también palabras que sirven para expresar realidades sociales complejas, sutiles y, muchas veces, dramáticas; con ellas los jueces elaboran sus sentencias y, en ciertos casos, llegan a servirse de su vaguedad para justificar su convicción íntima sobre quién debería asumir los costos de los accidentes que se presentan en la comunidad.

Bibliografía

Alfonso X el Sabio (1846): *Las siete partidas del rey Don Alfonso El Sabio, cotejadas con varios códices antiguos, por la Real Academia de la Historia*, t. segundo (París, Imprenta de Panckoucke).

mente en las frases donde alguien 'posee' una cualidad, inherente o no: *Juan tiene inteligencia → Juan es inteligente, Juan tiene valor → Juan es valeroso, Juan tiene miedo ahora → Juan está amedrentado ahora*, etc.". Cano (1981) pp. 101-102.

[75] Véase Martínez (1961) pp. 1444-1445.

[76] Véase De Bin y Giollo (2018) pp. 206-207.

[77] Sokal y Bricmont (2005) p. 16.

Altavilla, Enrico (1970): *Sicología judicial*, v. II: Los actores del procedimiento *penal*, traducción de Simón Carrejo y Jorge Guerrero (Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma).

Alvar Ezquerra, Manuel (dir.) (1995): *Diccionario ideológico de la lengua española* (Barcelona, VOX/Biblograf).

Barría Díaz, Rodrigo (2018): "*Actio de effusis vel deiectis* y *actio de positis vel suspensis*: antecedentes, contenido y proyecciones en la moderna responsabilidad extracontractual", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XL: pp. 563-587.

Barrientos Grandón, Javier (2014): *Código Civil*, tomo II. Edición concordada con observaciones históricas, críticas, dogmáticas y jurisprudenciales (Santiago, Legal Publishing/Thomson Reuters).

Blánquez, Agustín (2012): *Diccionario latino-español* (Barcelona, Gredos).

Borghetti, Jean-Sébastien (2010): "La responsabilité du fait de choses, un régime qui a fait son temps", *Revue Trimestrielle de droit civil*, n.° 1: pp. 1-40.

Brun, Philippe (2016): *Responsabilité civile extracontractuelle* (Paris, LexisNexis).

Bullard, Alfredo (2018): "¿Y si eliminamos la propiedad?", en Papayannis, D. y Pereira Fredes, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado* (Madrid, Marcial Pons) pp. 59-75.

Cano Aguilar, Rafael (1981): *Estructuras sintácticas transitivas en el español actual* (Madrid, Gredos).

Carrió, Genaro (1994): *Notas sobre derecho y lenguaje* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).

Casares, Julio (1977): *Diccionario ideológico de la lengua española* (Barcelona, Gustavo Gili).

Cassany, Daniel (2022): *La cocina de la escritura* (Barcelona, Anagrama).

Corominas, Joan y Pascual, José (2015): *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, v. II: CE-F (Madrid, Gredos).

Corripio, Fernando (2020): *Diccionario de ideas afines* (Barcelona, Herder).

Danjaume, Géraldine (1996): "La responsabilité du fait de l'information", *La semaine juridique JCP, N°* 1: pp. 5-12.

De Bin, Emiliano y Giollo, Natalia (2018): "El aspecto", en Giammatteo, M. (coord.). *Categorías lingüísticas* (Buenos Aires, Waldhuter) pp. 195-217.

De Romilly, Jacqueline (2007): *Dans le jardin des mots* (Paris, Le livre de poche).

Dross, William (2012): *Droit civil. Les choses* (Paris, LGDJ/Lextenso).

Forza, Antonio, Menegon, Giulia y Rumiati, Rino (2024): *El juez emotivo. La decisión, entre razón y emoción*, traducción de Maximiliano Aramburo Calle (Madrid, Marcial Pons).

Gili y Gaya, Samuel (1960): *Curso superior de sintaxis española* (Barcelona, Spes).

Gili y Gaya, Samuel (1968): *Diccionario de sinónimos* (Barcelona, VOX/Bibliograf).

Ginossar, Samuel (1960): *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux* (Paris, LGDJ).

Ginossar, Samuel (1962): "Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel", *Revue Trimestrielle de droit civil*, N° 3: pp. 573-589.

Gómez de Silva, Guido (1998): *Breve diccionario etimológico de la lengua española* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).

González Lagier, Daniel (2001): *G.H. von Wright y los conceptos básicos del derecho* (Ciudad de México, Editorial Fontamara).

González Lagier, Daniel (2005): *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Lima/Bogotá, Palestra/Temis).

González Lagier, Daniel (2013): *Las paradojas de la acción* (Madrid, Marcial Pons).

González Lagier, Daniel (2015): "Hechos y acciones en el derecho", en González Lagier, D. (coord.), *Conceptos básicos del derecho* (Madrid, Marcial Pons) pp. 65-80.

González Lagier, Daniel (2020): *Emociones sin sentimentalismo. Sobre emociones y decisiones judiciales* (Lima, Palestra).

Guiraud, Pierre (1972): *La sémantique* (Paris, PUF).

Hart, Herbert Lionel Adolphus (2019): *Castigo y responsabilidad. Ensayos de filosofía del derecho*, traducción de Jacobo Barja de Quiroga y Alonso León García-Comendador, (Madrid, Marcial Pons).

Hohfeld, Wesley Newcomb (1997): *Conceptos jurídicos fundamentales*, traducción de Genaro Carrió (Ciudad de México, Fontamara).

Lucas, André (2001): "La responsabilité civile du fait des 'choses immatérielles'", in *Le droit privé français à la fin du* xx *siècle. Études offertes à Pierre Catala* (Paris, Litec) pp. 817-826.

M'causland Sánchez, María Cecilia (2020): *Responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas en Colombia. Balance reciente y aproximación crítica* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

M'causland Sánchez, María Cecilia (2023): "Causalidad y criterios de atribución de la responsabilidad civil: ¿una relación necesaria?", en M'Causland Sánchez, M.C. y Cortés Moncayo, É. (eds.), *La responsabilidad objetiva. Entre esquemas tradicionales y nuevas realidades* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 13-75.

Mantilla Espinosa, Fabricio (2007): "El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano", *Revista Opinión Jurídica* (Universidad de Medellín), vol. 6, n.º 5: pp. 131-150. Disponible en https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/144 [fecha de consulta: 20 de abril de 2026].

Mantilla Espinosa, Fabricio (2022): "La causa muy extraña", en Gaviria Cardona, A. y Uribe García, S. (eds.), *Instituciones de responsabilidad civil. Homenaje al maestro Jorge Santos Ballesteros*, tomo i (Bogotá, Ibáñez/Unaula) pp. 591-631.

Mantilla Espinosa, Fabricio (2025a): "'Responsabilidad' en el lenguaje del derecho civil. *Revista de Derecho Privado*, n.° 50. Disponible en https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/11070 [fecha de consulta: 20 de abril de 2026].

Mantilla Espinosa, Fabricio (2025b): "Daño en el lenguaje de la responsabilidad civil", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros* (Universidad Javeriana), vol. 34, n.° 63. Disponible e https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/41599 [fecha de consulta: 20 de abril de 2026].

Mantilla Espinosa, Fabricio y Pizarro Wilson, Carlos (2013): "La responsabilidad civil por actividades peligrosas: aplique primero y explique después", *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* (Universidad de Chile) n.° 4 pp. 17-56. Disponible en https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/35099/36795 [fecha de consulta: 20 de abril de 2026].

Markesinis, Basil (1983): "La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance", *Revue internationale de droit comparé*, N° 2: pp. 301-317.

Martínez Amador, Emilio (1961): *Diccionario gramatical* (Barcelona, Ramón Sopena).

Menéndez Pidal, Ramón; Lapesa, Rafael y García, Constantino (2003): *Léxico hispánico primitivo. Siglos viii al xii. Versión primera del Glosario del primitivo léxico iberorrománico* (Madrid, Fundación Ramón Menéndez Pidal/Real Academia Española).

Moreno Machado, Carlos Iván (2022): *Responsabilidad civil por producto defectuoso. Sustancia y proceso* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

Naménvargas, William (2022): "La responsabilidad por daño ambiental", en Gaviria Cardona, A. y Uribe García, S. (eds.), *Instituciones de responsabilidad civil. Homenaje al maestro Jorge Santos Ballesteros*, tomo ii (Bogotá, Ibáñez/Unaula) pp. 51-89.

Pipes, Richard (1999): *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, traducción de Josefina de Diego (Ciudad de México, Turner/Fondo de Cultura Económica).

Pizarro Wilson, Carlos (2023): *Introducción a la responsabilidad civil* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Quicherat, Louis, Daveluy, Amedée et Chatelain, Émile (1933): *Dictionnaire latin-français* (Paris, Hachette).

Recueil complet des discours prononcés lors de la discussion du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunat et discussion particulière de ces deux corps avec la rédaction définitive de chaque projet de loi (1867) (Paris, Firmin Didot Frères).

Rengifo Gardeazábal, Mauricio (2011): *Teoría general de la propiedad. Bases para la construcción de un derecho civil realista en el ámbito de la tradición jurídica romana* (Bogotá, Temis/Universidad de Los Andes).

Restrepo Rodríguez, Tomás (2023): "¿Responsabilidad objetiva por actividades contaminantes? Interpretación del artículo 16 de la Ley 23 de 1973 como expresión del principio de el que contamina paga", en M'Causland Sánchez, M.C. y Cortés

Moncayo, É. (eds.), *La responsabilidad objetiva. Entre esquemas tradicionales y nuevas realidades* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 227-275.

Rey, Alain (dir.) (1998): *Le Robert. Dictionnaire historique de la langue française*, t. 1: A-E (Paris, Dictionnaire Le Robert).

Rochfeld, Judith (2025): *Les grandes notions du droit privé* (Paris, PUF).

Ross, Alf (1971): *Lógica de las normas*, traducción de José Hierro (Madrid, Tecnos).

Ross, Alf (1976): "*Tû-Tû*", traducción de Genaro Carrió (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).

Ross, Alf (1997): *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro Carrió (Buenos Aires, Eudeba).

Salvá, Vicente y De Toro y Gómez, Miguel (1895): *Novísimo diccionario latino-español* (París, Garnier Hermanos).

Sánchez Hernández, Luis Carlos (2019): *La responsabilidad civil extracontractual sin culpa. La tutela de la seguridad de los transeúntes en el Derecho Romano y la moderna responsabilidad por actividades peligrosas* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia/Roma e America. Diritto romano comune).

Seco, Manuel; Andrés, Olimpia y Ramos, Gabino (1999): *Diccionario del español actual*, volumen I (Madrid, Aguilar).

Silva Romero, Eduardo (2002) *Wittgenstein et la philosophie du droit* (Paris, PUF).

Sokal, Alan y Bricmont, Jean (2005): "Prólogo", traducción de Laura Wittner, en Bouveresse, J., *Prodigios y vértigos de la analogía. Sobre el abuso de la literatura en el pensamiento*, traducción de Helena Alapin (Buenos Aires, Libros del Zorzal).

Stevenson, Charles (1979): "El significado emotivo de los términos éticos", en Ayer, A., *El positivismo lógico* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica) pp. 269-286.

Tamayo Jaramillo, Javier (2007): *Tratado de responsabilidad civil*, t. I (Bogotá, Legis).

Tapia Rodríguez, Mauricio (2007): "El contrato de seguro y el exceso de responsabilidad civil", en Mantilla Espinosa, F. y Ternera Barrios, F. (dirs.), *Los contratos en el derecho privado* (Bogotá, Legis/Universidad del Rosario) pp. 963-994.

Tricoire, Emmanuel (2008): "La responsabilité du fait des choses immatérielles", *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau* (Paris, Dalloz) pp. 983-1002.

Velásquez Posada, Obdulio (2013): *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá, Temis/Universidad de La Sabana).

Villey, Michel (1993): *Le droit romain* (Paris, PUF).

Villey, Michel (2001): *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit* (Paris, Dalloz).

Villey, Michel (2009): *Critique de la pensée juridique moderne. Douse autre essais* (Paris, Dalloz).

Von Wright, Georg Henrik (1979): *Norma y acción. Una investigación lógica*, traducción de Pedro García Ferrero (Madrid, Tecnos).

Von Wright, Georg Henrik (1998): *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, traducción de Ernesto Garzón Valdés (Ciudad de México, UNAM).

Von Wright, Georg Henrik (2001): *Normas, verdad y lógica* traducción de Carlos Alarcón Cabrera (Ciudad de México, Fontamara).

Jurisprudencia

Corte Constitucional colombiana (08/02/2024) SU-029/2024, Exp. SU-029 DE 2024.

Corte Suprema de Justicia colombiana (06/05/1927) *G.J.* xxxiv pp. 263-267.

Corte Suprema de Justicia colombiana (11/04/1930) *G.J.* xxxvii pp. 506-508.

Corte Suprema de Justicia colombiana (18/05/1972) *G.J.* cxlii pp. 183-191.

Corte Suprema de Justicia colombiana (13/05/2008), Ref. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01.

Corte Suprema de Justicia colombiana (08/08/2013) Ref. Exp. 1100-3103-003-2001-01402-01.

Corte Suprema de Justicia colombiana (19/12/2018) SC5686-2018, Radicación n.° 057 36318900120040004201.

Corte Suprema de Justicia colombiana (13/12/2019) SC5469-2019, Radicación n.° 68 001-31-03-002-2007-00276-01

Corte Suprema de Justicia colombiana (23/11/2020) SC4427-2020, Radicación n.° 11001-31-03-006-2005-00291-02.

Corte Suprema de Justicia colombiana (23/09/2021) SC4232-2021, Radicación n.° 11 001-31-03-006-2013-00757-01.

Corte Suprema de Justicia colombiana (22/09/2021) SC4204-2021, Radicación n.° 050 01-31-03-003-2004-00273-02.

LOS BIENES COMUNES EN CHILE: UN DEBATE ABIERTO

THE COMMUNS IN CHILE: AN ONGOING DEBATE

Carlos Pizarro Wilson*

Resumen: El presente artículo analiza la crisis de la noción de lo "común" en el ordenamiento jurídico chileno. A partir de una revisión histórica y filosófica, se examina cómo el concepto moderno de propiedad exclusiva ha actuado como un obstáculo para la integración de los bienes comunes. Se contrastan las visiones de la "tragedia" de Garrett Hardin con la gobernanza policéntrica de Elinor Ostrom y la "comedia" de Carol Rose. Finalmente, se propone la construcción de un régimen de base que supere la bipolaridad *publicatio/apropriatio*, reconociendo la función social de la propiedad y el derecho al acceso frente a la lógica de la exclusión.

Palabras clave: propiedad, bienes comunes.

Abstract: This article analyzes the crisis surrounding the notion of the "commons" in the Chilean legal system. Drawing on a historical and philosophical review, it examines how the modern concept of exclusive property has acted as an obstacle to the integration of common goods. Garrett Hardin's vision of the "tragedy" is contrasted with Elinor Ostrom's polycentric governance and Carol Rose's "comedy". Finally, the article proposes the construction of a foundational regime that overcomes the publicatio/apropriatio dichotomy, recognizing the social function of property and the right of access in the face of the logic of exclusion.

Keywords: property, communs.

* Profesor de Derecho Civil en la Universidad Diego Portales y en la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Paris II Panthéon-Assas. En este artículo hubo uso de IA, en particular NotebookLM, para mejora del estilo y redacción. Correo electrónico: carlos.pizarro@udp.cl

Introducción

Chile es un país que ha olvidado lo común y, en general, se desconoce la expresión o categoría de los bienes comunes. Salvo algunas excepciones, en el año 2014 el académico Rodrigo Miguez escribió sobre "Las cosas comunes a todos los hombres. Notas para un debate" y también algo se ha escrito por especialistas del derecho administrativo y la académica María Agnes Salah a propósito de bienes culturales y las playas[1]. El derecho civil, en cambio, se ha mantenido pasivo frente al debate sobre la introducción de la noción de bienes comunes al derecho chileno y basta en algunas frases referirse a los bienes nacionales de uso público para despejar este asunto.

Las referencias a lo común en el derecho se observan como anacronismos inservibles ante el predominio de una propiedad exclusiva atendida la definición clásica de propiedad o dominio del art. 582 del *Código Civil* y una política económica neoliberal que exacerba la libertad de emprendimiento en cuanto derecho constitucional, al igual que la propiedad sobre bienes corporales e incorporales, conforme los arts. 19 n.° 23 y 19 n.° 24 de la *Constitución*. Sin duda, con las limitaciones clásicas, la inapropiabilidad de las cosas comunes a todas las personas, la función social de la propiedad, la expropiación y la conservación del patrimonio ambiental o el patrimonio cultural de la nación a partir del derecho a la educación (19 n.° 10 de la *CPE*) y, por cierto, una serie de convenios internacionales. En Chile, son de propiedad privada, las aerolíneas, la electricidad, el agua en general, el gas, incluso las pensiones de jubilación son privadas, aunque de júbilo haya poco; y nuestro país está plagado de concesiones privadas, mineras, acuícolas, viales y de toda índole, al mismo tiempo que la tierra agrícola ha ido cediendo terreno a la subdivisión para fines habitacionales encubiertos bajo un supuesto destino agrícola, al amparo del DL 3516 sobre división de predios rústicos. El país es sino el único, sin gran compañía, de los países que reconocen la propiedad privada sobre el agua a través del derecho real de agua.

Campea el neoliberalismo y el viento sopla en esa dirección luego del fracaso rotundo del proyecto constitucional como respuesta al estadillo social hace seis años, cuya propuesta contenía una regulación de los bienes comunes naturales o bienes comunes con una marcada orientación de protección al ambiente. Esta pasividad ha facilitado la profundización de un modelo neoliberal donde bienes esenciales como la electricidad, el gas y el agua están sometidos a regímenes de propiedad privada o concesiones que exacerban la exclusión. El desafío actual consiste en entender los bienes comunes no como un anacronismo, sino como una categoría necesaria para garantizar derechos fundamentales y la sostenibilidad de la vida.

[1] Miguez (2014) p. 7; Salah (2012) p. 179; Salah (2017) p. 943.

Pero lo común, si uno desempolva la legislación chilena, puede encontrarse, pues siempre ha estado en la historia de la humanidad, desde el derecho romano, con las cosas inapropiables y aquellas inapropiables por ser comunes a todas las personas, las *res communes omnium*, más tarde lo común siguió bastante presente en el medioevo y, por cierto, en las *Siete Partidas*, lo que de alguna manera se cristaliza en nuestro art. 589 inc. 2.º del C*ódigo Civil* bajo la denominación de bienes nacionales de uso público, aquellos inapropiables cuyo uso pertenece a todas los habitantes de la nación, como las calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas[2].

La experiencia comparada muestra algunos casos. Colombia comparte esta regulación, a través de un C*ódigo Civil* calcado, pero muestra una normativo algo más amplio, por ejemplo, a través de los bienes ejidos, resabio colonial, dado el Decreto 1333 de 1986 que señala

> "Los terrenos ejidos situados en cualquier municipio del país no están sujetos a la prescripción por tratarse de bienes municipales de uso público o común"

y la Ley 9.ª de 1989 sobre reforma urbana en su art. 71 n.º 5 indica que los bienes ejidos pertenecerán a los denominados Bancos de Tierras, y estos terrenos ejidales deben destinarse en forma prioritaria al desarrollo de programas de vivienda de interés social...[3]. Otro tanto ocurre en México con las tierras ejidales de uso comunitario fruto de la revolución mexicana, aunque susceptibles de regularización.

En Chile, de hecho, como lo ha mostrado Fernando Atria en una bella conferencia, el C*ódigo Civil* se creó sin revolución, a diferencia del C*ode*, "sin derrota de la clase terrateniente", sin con ella y para ella, por lo que hubo que esperar a la reforma agraria para matar la hacienda, la cual habría privatizado la propiedad y no publificarla, dando lugar al término de la tarea de la Revolución francesa[4].

La comodificación de la tierra, en la expresión de José Bengoa, significó enterrar, particularmente en el mundo mapuche, la concepción comunitaria de la tierra, asociada a la identidad colectiva y la reproducción cultural[5].

Con todo, estos ejemplos no dejan de ser excepcionales. El C*ódigo Civil* chileno, como tantos otros códigos decimonónicos, parte de una determinada imagen del sujeto: la del individuo propietario. En ese sentido, puede afirmarse que el C*ódigo Civil* es, ante todo, una ley de propiedad y, en buena medida, una

[2] Miguez (2014) p. 13.
[3] Velásquez (2010) p. 80.
[4] Atria (s/a) p. 11.
5 Atria (s/a) p. 13, nota 26; Bengoa (2017) p. 80.

ley de propiedad terrateniente. La hegemonía de esta concepción, forjada antes de la Revolución Industrial, de la crisis ambiental y climática y de la era digital, permanece notablemente incólume frente a las transformaciones radicales de las sociedades contemporáneas. Esta persistencia ha sido concomitante con lo que puede denominarse el confinamiento de los comunes.

Por ello, la cuestión de los bienes comunes no puede abordarse sin interrogar de manera crítica la categoría de propiedad, pues ambas se encuentran vinculadas de forma indisoluble. Pensar los bienes comunes implica revisar la estructura clásica del dominio y explorar formas de afectación, limitación o reconceptualización de la propiedad. En este sentido, la discusión contemporánea sobre los bienes comunes emerge como una categoría disruptiva frente al paradigma dominante, construido sobre la oposición entre propiedad pública-estatal y propiedad privada. Su relevancia no reside solo en recuperar una tradición olvidada, sino en ofrecer herramientas conceptuales y normativas para afrontar los desafíos sociales, ambientales y culturales del presente.

I. La propiedad como obstáculo a la introducción de los bienes comunes

Para introducir los bienes comunes, es imperativo deconstruir la noción de propiedad que heredamos de la modernidad. Veremos, en forma acotada, la propiedad o el origen de ella y cómo lo común podría manifestarse o estructurarse. El origen y la distribución. En la comprensión de la propiedad y para entender su origen uno de los postulados célebres refiere a la ley permisiva en la obra de Immanuel Kant[6]. En el estado natural donde todo es común, lo que explica el tránsito a la propiedad es la ley permisiva que legitima la apropiación, autoriza la conducta sin que haya obligación o proscripción. Es esto lo que justifica el paso desde el estado de naturaleza al estado civil. Surge así la posibilidad de excluir a otro. Esto se verifica no solo en la posesión empírica o material, sino, también en aquella nouméntica o inteligible que se encuentra a la base del *animus* en cuanto elemento de la posesión[7]. Es el paso necesario del hecho al derecho, la legitimación de la exclusión, aspecto normativo, en la noción de propiedad. Esta idea, como es bien sabido ya había sido tratada por Graciano, por Francisco Suárez en la escolástica tardía y de alguna manera en la obra de santo Tomás, conforme lo desarrolla Carlos Peña. La justificación de la distribución es un tanto la misma, el consentimiento de todos, una idea de reciprocidad. Al aceptar la pro-

[6] Peña (2018) p. 45 y ss.
[7] *Op. cit.* p. 50.

piedad individual y la exclusión, al mismo tiempo otorgó que los demás puedan hacer lo propio con otros bienes.

La construcción de la idea y justificación de la propiedad nos lleva a su definición del art. 582 del *Código Civil* como un derecho real sobre cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente no siendo contra la ley o derecho ajeno. Se trataría de la cristalización jurídica de la posesión nouménica dada la ley permisiva que legitima la apropiación y el derecho de exclusión. El derecho de propiedad liberal posee la limitación de no comprender la complejidad de la relación entre la persona y las cosas, reduciendo al sujeto a su posición respecto al dominio.

II. Los bienes comunes como alternativa a la exclusión

En contraste, cuestión diversa ocurriría con los bienes comunes, aquellos abiertos al público, pues se produciría un desperdicio o una sobreexplotación bajo la premisa de la tragedia de los comunes. Así lo pretende Garrett Hardin en su célebre escrito en el cual recurre a la metáfora de la "tragedia de los comunes" para ilustrar cómo los individuos, al buscar su beneficio personal, terminan agotando recursos compartidos y limitados. Argumenta que depender de la conciencia individual es ineficaz y contraproducente, ya que favorece a quienes ignoran el bienestar colectivo. Por el contrario, propone adoptar un sistema de coerción, acordado de manera democrática, para restringir libertades como el derecho ilimitado a la reproducción. La supervivencia humana, asevera, exige una mutación fundamental en la moralidad y el abandono de antiguas libertades en favor de la estabilidad social[8]. La propiedad exclusiva sería junto a la regulación una de las formas de evitar el uso común irrestricto o dañino.

Sabemos que Elinor Ostrom rebatió esta visión mostrando de manera empírica cómo la solución adecuada proviene de la acción colectiva y de grupos autoorganizados que gestionan los recursos de manera efectiva, definiendo democráticamente sus normas y sanciones. Enfatizó que el punto en común de las experiencias exitosas es la gestión participativa y la gobernanza democrática[9]. Carol Rose, una de las mayores especialistas en propiedad en Estados Unidos, en su célebre texto la *Comedia de los comunes*, enfrenta a Garrett Hardin y su tragedia, dando cuenta que los bienes comunes no generan tragedia, sino que se produce un enriquecimiento con el uso compartido, argumentando que la aper-

[8] Hardin (1968) p. 1243 y ss.
[9] Ostrom (1990) p. 1 y ss.

tura de ciertos bienes (como vías y canales) es más productiva que su cerramiento porque fomenta los "efectos de red" (*network effects*), en especial en el comercio y la comunicación. El comercio, en sí mismo, fue concebido filosóficamente por pensadores de los siglos XVIII y XIX como una práctica interactiva que promueve la sociabilidad y el sentimiento comunitario. Se requiere una narrativa, símbolos y justificaciones para aceptar que algo común haya pasado a ser exclusivo, y no basta la racionalidad. La propiedad no es solo relacional en un sentido lógico de reciprocidad, sino en un acto comunicativo y social que supone la aceptación[10]. Frente a la lógica del "dominio despótico" de William Blackstone, surgen marcos teóricos que rescatan la gestión compartida.

En síntesis, la tragedia de Garrett Hardin, planteó que la libertad en un recurso común lleva de manera inevitable a la ruina, pues cada individuo maximiza su beneficio personal agotando el recurso. Su solución fue la privatización o la coerción estatal. Carol Rose sostiene que ciertos bienes producen "efectos de red" (*network effects*), donde el valor del recurso aumenta con su uso compartido, convirtiendo la tragedia en una "comedia" donde el acceso abierto es más productivo que el cerramiento. Y Elinor Ostrom demostró que las comunidades pueden evitar la sobreexplotación mediante la acción colectiva y el diseño de instituciones autogestionadas. Para que la gobernanza comunitaria sea exitosa y duradera, la politóloga estadounidense identificó principios clave que deben integrarse en cualquier propuesta de régimen común: Límites definidos: claridad sobre quién tiene derechos y cuáles son los límites físicos del recurso. Congruencia local: reglas adaptadas a las condiciones del entorno y a la capacidad de la comunidad. Elección colectiva: los afectados por las reglas deben participar en su modificación. Monitoreo: supervisores que rinden cuentas a los usuarios o son los propios usuarios. Sanciones graduadas: castigos proporcionales y progresivos para quienes infringen las reglas. Resolución de conflictos: acceso a mecanismos locales y de bajo costo para dirimir disputas. Derecho de organización: reconocimiento de la autonomía comunitaria por parte de las autoridades externas. Empresas anidadas: en sistemas grandes, organización en múltiples capas interconectadas.

La noción conceptual de los bienes comunes tiene raíces profundas en el derecho romano con las *res communes omnium*, que designaban aquellas cosas (como el aire, el agua corriente, el mar y sus riberas) que eran comunes a todos los hombres, destinadas a su goce, y que, por derecho natural, escapaban a la soberanía estatal. Estas cosas existieron para garantizar a los ciudadanos el acceso y uso directo de ciertos recursos básicos, sin que el Estado pudiera sustraerlos. A diferencia de la categoría de las *res nullius* (cosas de nadie esperando ser

[10] Rose (1986) p. 711.

apropiadas), las *res communes* eran usadas por cada uno como propias, y su utilidad individual se transformaba en un derecho subjetivo real. El derecho de los bienes comunes, por lo tanto, no se centra en la apropiación ni en la titularidad, sino en la función y la gestión de bienes de vocación colectiva.

La propiedad liberal tiene la limitación intrínseca de no comprender la complejidad de la relación entre la persona y las cosas. El debate contemporáneo exige transitar de la lógica de la exclusión (propia del dominio) a la lógica de la inclusión y el acceso, entendiendo la propiedad también como un derecho individual a no ser excluido del uso y goce de ciertos bienes.

Esta realidad está muy bien retratada en el estudio sobre las huellas de los bienes comunes en los primeros Códigos C*iviles* latinoamericanos[11], y el proceso de confinamiento de ellos por presiones de propiedad exclusiva para los pastos en Argentina, o de índole fiscal, a fin de un mayor recaudo de parte del Estado. Es evidente que el tránsito de la comunalidad a la propiedad exclusiva en este ámbito se limitó a la tierra, pues ahí era donde se presentaba el problema.

III. Lo común
o lo que debiera ser común

El sistema jurídico chileno se ha estructurado tradicionalmente en la bipolaridad *publicatio/apropriatio*, dejando un ámbito muy restringido para las cosas inapropiables. De hecho, los bienes nacionales de uso público, cuyo uso es para todos los habitantes de la nación, más que expandirse se ha reducido bajo una fuerte política de concesiones viales a través de la desafectación y, a fin de cuentas, el resultado es una privatización de lo que era común. Las grandes extensiones de latifundios, campos que han dado lugar a un proceso de subdivisión descontrolado en parcelas de agrado de 5 000 m^2, amparado por una pasividad de la autoridad que ha comenzado a despercudirse, conforme lo mostrará el profesor Munita en su ponencia.

La experiencia ha demostrado que la categoría de bien nacional de uso público ha sido incapaz de sostener una regulación eficaz para la protección de bienes esenciales para la sostenibilidad de la vida, quedando en una mera enunciación retórica.

Veamos algunos ejemplos:

– El caso del agua: el problema más dramático es el agua, cuyo reconocimiento como bien nacional de uso público coexiste contradictoriamente con el derecho real de aprovechamiento de aguas, lo que ha

[11] Bailo, Bonet de Viola y Marichal (2018) p. 775.

permitido una mercantilización que ha derivado en graves conflictos. Aguas corrientes que escurren por cauces naturales son bienes nacionales de uso público, salvo algunas excepciones definidas en el *Código de Aguas* que las considera bienes privados (por ejmplo: vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad o lagos menores no navegables).

El ejemplo más conocido en Chile, entre muchos, es el de la cuenca de Petorca. La crisis hídrica ha significado una espantosa realidad social dado el uso exacerbado del regadío para plantaciones privadas bajo el amparo del derecho real de aguas. La palta Hass ha sido en la agroindustria la causante de esta catástrofe hídrica, sin que el Estado pueda hacer mucho frente al derecho de propiedad.

– Conflictos territoriales y derechos indígenas: los pueblos originarios, como las comunidades aimaras y atacameñas, enfrentan litigios con empresas mineras por el derecho de uso de aguas. La ley minera tiene rango constitucional y prevalece sobre la ley indígena (Ley n.° 19253), lo que significa que las comunidades, incluso si están sobre un yacimiento minero, no pueden prohibir la explotación, aunque sí cobrar por el uso del terreno (salvo en áreas muy restringidas).
– Desaparición de la propiedad comunitaria: sucesivas leyes, como el Decreto Ley n.° 2568 de 1979 (Ley de División de las Comunidades Indígenas), promovieron la división y liquidación de las comunidades, llevando prácticamente a la desaparición de la propiedad comunitaria en el sur de Chile. Aunque la ley indígena (Ley n.° 19253) busca devolver el control sobre la tierra y contempla mecanismos de protección y defensa jurídica de tierras y aguas, su aplicación es difícil debido a la coexistencia de diversos cuerpos legales conflictivos.

Así ocurre también año tras año en el verano con el acceso a las playas, bienes nacionales de uso público, cuyos riberanos buscan múltiples artimañas para impedir el acceso.

Es posible sostener que en Chile prima aún una propiedad privada fuerte, exclusiva y excluyente, exacerbada por una política económica productivista, ¿es posible, entonces, la idea de bienes comunes y de la comunalidad? Resulta difícil pensarlo o avizorarlo.

La introducción de los bienes comunes implica una resignificación y ampliación de las categorías tradicionales de bienes. El concepto moderno se centra en la función que el bien desempeña. Un bien común es un bien o recurso, apropiado o no, que presenta para una comunidad dada un interés colectivo indivisible (vital, cultural, ecológico, etc.). Los bienes comunes son aquellos funcionales al ejercicio efectivo de derechos fundamentales y al libre desarrollo de la personalidad. La noción de bienes comunes es coherente con la lógica del

constitucionalismo, ya que busca tutelar bienes esenciales que deben quedar "a salvo de intromisiones por parte de toda clase de agentes, ya sean privados o estatales". El nuevo régimen implica que el Estado debe configurarse como "custodio", y no como titular o propietario de los bienes comunes. Esto significa que el Estado tiene *deberes* (como asegurar su preservación intergeneracional), pero no *derechos* de disposición. El régimen debe apostar firmemente por la institucionalización con amplios márgenes de participación. Esta gestión participativa, gobernanza democrática y acceso responsable es clave para diferenciarlos de los bienes públicos, tradicionalmente gobernados por una lógica vertical-burocrática. La clave es superar la desconfianza hacia la gestión pública y privada, y generar una institucionalidad ampliamente democrática que fiscalice y apoye el papel del Estado como custodio.

Dado el gran desorden y la falta de sistematización coherente en el derecho positivo actual, una propuesta posible es la construcción de un régimen de base. La función central de este régimen mínimo debe ser impedir los *renfermements* (encerramientos o recesos) en el nivel de apertura y uso colectivo ya alcanzado. Esto significa reconocer e integrar jurídicamente las comunidades interesadas (los terceros interesados en el destino de la cosa), ya sea en calidad de beneficiarias, deliberativas o de control.

La implementación de este régimen implicaría reconocer en sede judicial los intereses difusos a la protección, uso o acceso de estas cosas, permitiendo que terceros interesados puedan actuar, superando las restricciones actuales sobre el interés personal del requirente.

En definitiva, un régimen legal posible en Chile implica una concepción renovada del derecho de bienes donde los intereses comunes sean aceptados al lado de los intereses propietarios individuales. El Estado, a través de la garantía de la función social de la propiedad (art. 19 n.° 24 inc. 2.° de la *CPE*), debe garantizar el bienestar colectivo mediante un régimen de bienes que establezca la equidad en las relaciones sociales.

El sistema chileno ha extremado la "propietarización" a través del derecho de aprovechamiento de aguas (DAA). A partir del *Código de Aguas* de 1981, se permitió que una facultad sobre un bien nacional de uso público se sometiera a un estatuto de propiedad privada, perpetuo y libremente transferible. Esta "mercantilización" choca con la visión del agua como un derecho humano vital y un bien común que requiere protección ecosistémica. Asimismo, las comunidades indígenas (como las mapuche y aimara) ofrecen modelos de organización donde el acceso a la tierra y al agua se gestiona de forma colectiva, desafiando la lógica individualista y productivista imperante.

Es imperativo transitar de la lógica de la exclusión a la lógica del acceso e inclusión. Se propone la construcción de un régimen de base que: se impidan nuevos *renfermements*. Evitar el cerramiento de bienes que ya gozan de apertu-

ra y uso colectivo. Integre a las "comunidades interesadas": reconocer jurídicamente a los terceros que tienen un interés legítimo en la preservación y control de la cosa. Active el papel del Estado como "custodio": el Estado debe dejar de verse como titular para configurarse como un garante con deberes de preservación intergeneracional, bajo la directriz de la función social de la propiedad. En definitiva, la integración de los bienes comunes exige una concepción renovada del derecho de bienes donde la equidad en el acceso sea tan fundamental como el derecho al dominio.

Conclusión

El análisis del régimen jurídico de los bienes en Chile permite constatar una tensión estructural no resuelta entre la lógica tradicional de la propiedad exclusiva y la emergente necesidad de reconocer espacios de uso y gestión colectiva. En efecto, el modelo chileno se ha construido históricamente sobre una concepción fuerte, individualista y excluyente del dominio, lo que ha dificultado la incorporación efectiva de la categoría de los bienes comunes.

En este contexto, la noción de bienes comunes no solo aparece como una categoría jurídica alternativa, sino como una respuesta necesaria frente a los límites del paradigma propietario, especialmente en escenarios de crisis ambiental, desigualdad en el acceso a recursos esenciales y conflictos territoriales. La evidencia comparada y teórica demuestra que la dicotomía entre propiedad privada y pública resulta insuficiente para abordar bienes cuya relevancia es colectiva, indivisible y muchas veces vital.

Asimismo, las teorías analizadas permiten descartar una visión simplista del uso común. Mientras la "tragedia de los comunes" enfatiza los riesgos de sobreexplotación, los aportes de Elinor Ostrom y Carol Rose evidencian que la gestión colectiva puede ser eficiente, sostenible y socialmente valiosa, siempre que exista una institucionalidad adecuada, participación efectiva y mecanismos de control y responsabilidad compartida.

Desde una perspectiva normativa, el derecho chileno muestra insuficiencias estructurales para proteger bienes esenciales bajo una lógica de acceso universal. Ejemplos como el régimen de aguas, los conflictos con comunidades indígenas o las restricciones al acceso a playas reflejan una tendencia hacia la privatización o "confinamiento" de lo común, incluso respecto de bienes formalmente públicos.

Frente a ello, se vuelve imprescindible avanzar hacia una reconfiguración del derecho de bienes, que incorpore de manera explícita la categoría de los bienes comunes. Esto implica, entre otras cosas, reconocer la función social y ecológica de los bienes, entender el acceso como un derecho fundamental comple-

mentario al dominio, redefinir el papel del Estado como custodio y garante e integrar a las comunidades interesadas en la gestión, deliberación y control de los recursos.

Finalmente, la incorporación de un régimen de bienes comunes supone una rearticulación del derecho de propiedad a título limitado, dentro de un sistema más equilibrado, donde los intereses colectivos y la sostenibilidad tengan un lugar equivalente al interés individual. En definitiva, el desafío del derecho chileno es transitar desde una lógica de exclusión hacia una lógica de inclusión, acceso y responsabilidad compartida, acorde con las exigencias contemporáneas.

Bibliografía

Atria Lemaitre, Fernando (s/a): "Código civil sin revolución". Disponible en https://uchile.cl/ dam/jcr:168f424a-9339-4c8b-8e9e-d8790c242223/Código%20Civil%20sin%20 revolución.%20Fernando%20Atria.pdf [fecha de consulta: 1 de mayo de 2026].

Bailo, Gonzalo, Bonet de Viola, Ana María y Marichal, María Eugenia (2018): "Bienes comunes en los primeros códigos civiles latinoamericanos", *Revista DireitoGV*, vol. 13, n.º 2: pp. 775-803.

Bengoa Cabello, José (2017): "La vía chilena al 'sobre' capitalismo agrario", *Anales*: pp. 75-93.

Hardin, Garret (1968): "The tragedy of the communs. The population problema has no technical solutio, in requires a fundamental extensión in morality", *Science*, No. 168: pp. 1243-1248.

Miguez Nuñez, Rodrigo (2014): "De las cosas comunes a todos los hombres. Notas para un debate", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 1: pp. 7-36.

Ostrom, Elinor (1990): "Ostrom, Elinor. *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*", Cambridge university press.

Peña González, Carlos (2018): "Kant: de la propiedad al contrato social", en Papayannis, D. y Pereira Fredes, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado* (Madrid, Marcial Pons) pp. 45-58.

Rose, Carol (1986): "The comedy of the commons; custom, commerce, and inherently public property", *The University of Chicago Law Review*, vol. 53, No. 3: pp. 711-781.

Salah Abusleme, María Agnes (2012): "Apropósito de la jurisprudencia sobre acceso a las playas del mar, ríos y lagos: algunas reflexiones sobre las limitaciones al dominio", en Elorriaga de Bonis, F. (coord.), *Estudios de derecho civil VII: Jornadas de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 179-193.

Salah Abusleme, María Agnes (2017): "Lo público y lo privado en la protección de los monumentos en Chile", en Marín, J.C. y Schopf Olea, A., *Lo público y lo privado en Chile. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 943-1014.

PROTEGER LA PROPIEDAD: LAS HERRAMIENTAS DEL DERECHO FRANCÉS

PROTECTING PROPERTY: THE TOOLS OF FRENCH LAW

Aude Denizot*

Resumen: El derecho francés ofrece una amplia gama de instrumentos destinados a proteger el derecho de propiedad. Más allá de la protección constitucional y convencional, y al margen de los mecanismos del derecho penal y administrativo, el derecho privado presenta una variedad de herramientas específicas. El trabajo distingue, por una parte, los instrumentos periféricos de protección –aplicables tanto a los bienes incorporales como a los corporales, e incluyendo la responsabilidad civil, y el contrato– y, por otra parte, la acción reivindicatoria, mecanismo por excelencia para proteger la propiedad. Se analizan las dificultades prácticas de la reivindicación tanto de bienes muebles, limitada por la regla del art. 2276 del *Código Civil*, como de los inmuebles, donde la prueba de la propiedad se construye sobre indicios. Se destaca el papel central del juez de *référés* en la protección efectiva de la propiedad.

Palabras clave: propiedad, acción reivindicatoria, responsabilidad, contrato.

Abstract: French law offers a wide range of instruments to protect property rights. Beyond constitutional and conventional protection, and apart from the mechanisms of criminal and administrative law, private law presents a variety of specific tools. This article distinguishes, on the one hand, the peripheral protection instruments –applicable to both incorporeal and corporeal goods, including civil liability and contract law– and, on the other hand, the revindication action, the primary mechanism for property protection. It examines the

* Profesora titular de Derecho Privado, Universidad del Mans (Le Mans Université), laboratorio THEMIS-UM, Francia. Correo electrónico: aude.denizot@univ-lemans.fr

Se conservó el estilo oral de la ponencia.

practical difficulties of revindication for movable goods, limited by the rule of article 2276 of the Civil Code, and for immovable goods, where proof of ownership relies on indicia. It highlights the central role of the judge of *référés* in the effective protection of property.

KEYWORDS: property, revindication action, liability, contract.

Las herramientas del derecho francés para proteger la propiedad son variadas. Y primero hay que decir unas palabras sobre los instrumentos de los que disponemos para proteger la propiedad contra el derecho, es decir, contra las leyes que puedan vulnerar esa propiedad[1]. En efecto, la propiedad está protegida tanto a nivel constitucional como convencional, es decir, en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[2]. En Francia, por tanto, existen leyes que son censuradas por el Consejo Constitucional porque atentan de manera excesiva contra el derecho de propiedad[3]. Y del mismo modo, en el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede condenar al Estado francés si este no ha respetado suficientemente el derecho de propiedad[4]. Aclarado esto, nos centraremos ahora en los textos del derecho francés que garantizan esta protección del derecho de propiedad.

No hablaremos del derecho penal, pero hay que tener presente que el derecho penal protege la propiedad mediante la sanción de todas las infracciones contra los bienes. Si uno lo piensa, es algo considerable. Existe una cantidad impre-

[1] TERRÉ, SIMLER et FORTI (2024) §490; MALAURIE, AYNÈS et JULIENNE (2025) §175; ZÉNATI-CASTAING et REVET (2008) §165; DROSS (2025) §38; REBOUL-MAUPIN (2024) §254.

[2] SUDRE (1988) p. 71.

[3] TRÉMEAU, BACHERT (2024); SÉRIAUX (2024) §16 et s. Por ejemplo: CONSEJO CONSTITUCIONAL (13/08/2015), DC n.° 2015 -718, §19.

[4] SÉRIAUX (2024) §22 et s. A este respecto, conviene recordar que, según la Asamblea Plenaria del Tribunal de Casación, los Estados adheridos al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales están obligados a respetar las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin esperar a ser demandados ante él ni a haber modificado su legislación. Esto significa que una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada contra otro país tendrá el mismo alcance que si fuera la propia Francia la condenada (CORTE DE CASACIÓN (15/04/2011) n.° 10-30.316). Sin embargo, a través del control de proporcionalidad, sucede con frecuencia que el derecho de propiedad se pone en relación con otro derecho fundamental, de modo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como el Tribunal de Casación, aceptan una vulneración cierta del primero para no debilitar de manera desproporcionada el segundo. Así, la protección del derecho de propiedad puede ceder ante la del derecho a la vida privada y familiar, lo que resulta determinante en todos los casos en que una persona tiene su domicilio en la propiedad de otra.

sionante de normas penales que protegen la propiedad, tanto en el C*ódigo Penal* como también en otros C*ódigos*.

También disponemos de herramientas en el ámbito del derecho administrativo. Existen normas destinadas a proteger la propiedad contra una forma específica de vulneración: la que procede del poder público. El derecho protege la propiedad privada frente a las injerencias de la administración. En este contexto se habla de las "vías de hecho"[5].

Lo interesante aquí es que se ha procurado restringir la competencia de los tribunales judiciales en favor de los tribunales administrativos[6]. ¿Y cómo se ha logrado eso? En pocas palabras, adoptando una concepción muy restrictiva de la noción de "vía de hecho"[7]. Para que exista una vía de hecho –y, por tanto, para que los tribunales judiciales sean competentes–, es necesario que el propietario haya sido privado de su propiedad. Por ejemplo, si la compañía eléctrica instala un poste en nuestro terreno en condiciones irregulares, se entiende perfectamente que ese poste nos moleste, pero no nos priva de nuestra propiedad: en ese caso, la jurisdicción competente es la administrativa. ¿Y qué cambia con eso? Pues la diferencia es importante, porque la jurisdicción judicial suele exigir la demolición de la obra pública, mientras que la jurisdicción administrativa realiza una especie de balance: la obra solo se demuele si esa demolición no perjudica el interés general. Esta concepción restrictiva de la vía de hecho debilita, por tanto, el derecho de propiedad.

Si dejamos de lado el derecho penal y el derecho administrativo, llegamos a nuestro ámbito: el derecho privado, donde existen también muchas herramientas. Procederemos en dos etapas para exponer, muy brevemente, lo que tenemos. Cuando hablamos de los instrumentos de protección, nos parece que existen dos tipos de herramientas. En primer lugar, hay toda una serie de instrumentos muy variados que se utilizan según la situación y según las características del bien de que se trate (I). Y luego, junto a esa gama de mecanismos, encontramos el núcleo de la protección, el instrumento principal, cuya función específica y exclusiva es proteger la propiedad, pues ha sido creado para ello: la acción reivindicatoria (II).

[5] Corte de Casación (09/09/2009) n.º 08-11.154 (municipio que emprendió obras de construcción sin esperar a que se pronunciara la ordenanza de expropiación: la sola constatación de una vía de hecho abre derecho a reparación).

[6] Tribunal de Conflictos (17/06/2013) n.° 3911; para el contencioso de las antenas repetidoras: Tribunal de Conflictos (14/05/2012) n.º 3844.

[7] Reboul-Maupin (2024) §526.

I. La periferia

En esta primera parte, nos proponemos examinar lo que podría denominarse la periferia de la protección del derecho de propiedad, mediante una exposición que adoptará, inevitablemente, la forma de un cierto catálogo. Esta opción metodológica puede parecer, a primera vista, poco sistemática; sin embargo, se impone por la propia naturaleza del objeto estudiado. En efecto, el derecho positivo ofrece una pluralidad muy amplia y heterogénea de instrumentos destinados a garantizar la protección de la propiedad, cuya diversidad dificulta cualquier intento de sistematización estricta. Por ello, resulta más adecuado proceder a una presentación ordenada de estas distintas técnicas, atendiendo a su ámbito de aplicación y a las características de los bienes implicados. Con este fin, se abordará, en primer lugar, la protección de la propiedad de los bienes incorporales (I.1), antes de analizar, en un segundo momento, los mecanismos aplicables a los bienes corporales (I.2).

I.1. Los bienes incorporales

Quisiéramos señalar, ante todo, cuanto existe en materia de propiedad de ciertos bienes incorporales: las obras literarias, las patentes, las marcas, los dibujos y modelos, el nombre comercial, el fondo de comercio, los saberes técnicos, etc. Para cada uno de estos bienes, existen por una parte técnicas jurídicas específicas de protección del propietario[8] como, por ejemplo, las normas que permiten la protección de una patente[9]. Y, por otra parte, existe una técnica de derecho común, con un instrumento fundamental para proteger la propiedad de los bienes incorporales: la acción de responsabilidad extracontractual (responsabilidad delictual). El derecho de propiedad sobre el nombre o la imagen se protege mediante una acción de responsabilidad. Y lo mismo ocurre en el derecho mercantil: la acción por competencia desleal[10] y la acción por parasitismo, que protegen, en definitiva, el derecho de propiedad sobre el fondo de explotación, son acciones de responsabilidad civil, fundadas en el art. 1240 del *Código Civil* (antiguo art. 1382).

Lo verdaderamente interesante es que puede detectarse una flexibilización de las condiciones de la responsabilidad cuando esta responsabilidad del art. 1240 del CC se utiliza para garantizar la protección de la propiedad[11]. En

[8] Zénati-Castaing et Revet (2008) §198.

[9] Dross (2025) §44.

[10] Picod et Dorandeu (2024) § 27. Cabe señalar que muchos autores cuestionan esta vinculación de la acción por competencia desleal a la responsabilidad civil.

[11] Danos (2021) § 8-9.

efecto, muy a menudo la jurisprudencia no exige ni la prueba de una falta ni la prueba de un daño: atentar contra la propiedad constituye una falta y causa un perjuicio[12]. Es el caso, por ejemplo, de la acción por competencia desleal, que protege –como hemos mencionado– la propiedad de una clientela o la propiedad de un fondo de comercio. Parte de la doctrina, incluso, ha hablado de una función "atributiva" de la responsabilidad civil, en el sentido de que este instrumento del derecho de la responsabilidad permite concretar una relación de apropiación sobre un valor económico[13].

Resulta de particular interés observar que esta flexibilización de las condiciones de la responsabilidad civil, cuando se la emplea como instrumento de protección del derecho de propiedad, no se limita al ámbito de los bienes incorporales. Por el contrario, este fenómeno se extiende igualmente a los bienes corporales, lo que pone de relieve una cierta unidad de lógica en la manera en que el derecho de la responsabilidad es movilizado con fines protectores. Así, con independencia de la naturaleza del bien considerado, la tutela de la propiedad tiende a apoyarse en un régimen de responsabilidad cuya aplicación se ve adaptada –e, incluso, atenuada en sus exigencias tradicionales– para garantizar una protección más eficaz del titular del derecho.

I.2. Los bienes corporales

Vamos a referirnos a las normas aplicables en materia de invasión[14]. ¿Qué sucede si nuestro vecino construye un edificio que invade unos cuantos centímetros de nuestro terreno? La respuesta es sencilla: podemos exigir la demolición, sin necesidad de probar una falta. Y la jurisprudencia es muy estricta: incluso si la invasión es de solo unos pocos centímetros, se ordena la demolición[15]. Según la Corte de Casación, todo propietario tiene derecho a obtener la demolición de una obra que invade su fondo, sin que su acción pueda constituir falta ni abuso. El autor de la invasión no puede invocar las disposiciones del art. 1 del Protocolo adicional n.° 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la protección de la propiedad, en la medida en que la obra que ha construido desconoce el derecho al respeto de los bienes de la víctima de la invasión. Algunos consideran

[12] Le Tourneau (2024) § 2214.33; Fortune (2022) p. 14.

[13] Danos (2021) p. 207. V. igualmente: Ripert (1951) N° 86; Le Moal (1972) p. 162 et s. Sobre las desviaciones de este enfoque en materia de sanción del parasitismo: Passa (2024) p. 474. V. igualmente Ravenne (2026) p. 434.

[14] Terré, Simler et Forti (2024) § 254; Malaurie, Aynès et Julienne (2025) §198; Reboul-Maupin (2024) § 289; Dross (2025) § 404.

[15] Corte de Casación, 3-ª Sala Civil (03/07/2025) n.° 23-12.925; Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (21/12/2017) n.° 16-25.406; Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (17/05/2018) n.° 16-15.792.

que esta jurisprudencia es excesiva[16]. Por nuestra parte, creemos que es excelente. ¿Por qué? Porque, de lo contrario, los constructores no serían cuidadosos: si sabemos que podemos invadir un centímetro, cinco centímetros, diez centímetros, nos aprovecharemos y construiremos más allá de nuestros límites; eso equivale a una expropiación privada. Y la Corte de Casación francesa no lo admite, ni siquiera por unos centímetros. Y eso está muy bien, pues obliga a los constructores a ser vigilantes.

Esta posibilidad de proteger la propiedad independientemente de la existencia de una falta también se encuentra cuando una persona se ve perturbada en el goce pacífico de su propiedad a causa de su vecino. Tenemos una teoría de las molestias de vecindad, y una ley reciente de 2024 ha codificado, en líneas generales, la construcción jurisprudencial existente. Por tanto, no es necesario probar la culpa del vecino: basta con demostrar la existencia de una molestia anormal, es decir, una molestia que exceda los inconvenientes normales del vecindario. La nueva ley ha ampliado considerablemente las excepciones a esta regla, especialmente en favor de los agricultores. Se ha consagrado un "derecho a molestar", y el derecho de propiedad se ha visto debilitado, de manera considerable, en beneficio de los agricultores, que disponen ahora de un verdadero derecho a contaminar[17].

También para proteger la propiedad inmobiliaria, el derecho francés cuenta con normas que permiten luchar contra la ocupación ilícita. Es importante distinguir dos situaciones: la del arrendatario que ya no puede pagar el alquiler y la de las personas que se introducen ilegalmente en un inmueble vacío para habitarlo. En 2023 se aprobó una ley[18] que endureció las sanciones, especialmente para la primera categoría, la de los inquilinos con dificultades de pago. La idea era posibilitar una expulsión más rápida, en un momento en que Francia atraviesa una grave crisis de la vivienda. En efecto, el número de expulsiones se ha disparado: en 2004 había unas siete mil quinientas por año, en 2023 hubo veinte mil y en 2024, veinticinco mil. Es decir, un aumento del 30 % entre 2023 y 2024. Con estas cifras, se ve claramente que, entre el derecho a la vivienda y el derecho de propiedad, el legislador ha tomado partido por este último.

Si pasamos ahora a los bienes muebles corporales, se observa que el instrumento principal del derecho civil para proteger la propiedad es el contrato. La vía contractual es, con mucho, la vía privilegiada cuando el conflicto enfrenta al propietario con su cocontratante. Por ejemplo, en un conflicto entre un

[16] Carbonnier (2000) § 143; Revet (2002); Mallet-Bricout (2002); Planque (2004).

[17] Ley n.º 2024-346 (15/04/2024); Michelin-Mazéran (2024); Le Rudulier (2024); Le Fur, André (2025); Denizot (2024).

[18] Ley n.º 2023-668 (27/07/2023); Reboul-Maupin (2023) p. 1521; Cantin (2023) p. 583; Denizot (2023) p. 979; Houtcieff (2023) p. 574; Dreyer (2023) p. 37; Battistini (2023) p. 62.

arrendador financiero (crédito-arrendamiento) y un arrendatario, el arrendador, propietario del bien alquilado, actuará sobre la base del incumplimiento del contrato para recuperar su bien. El contrato de compraventa también puede servir de protección, ya que en una venta existe una garantía de evicción: el comprador-propietario podrá actuar contra su vendedor si es desposeído por un tercero.

Para concluir esta primera parte, conviene destacar la lógica común que atraviesa los distintos mecanismos que acabamos de evocar. A pesar de la diversidad de los bienes considerados y de las técnicas movilizadas, se observa una misma tendencia de fondo: la protección del derecho de propiedad se organiza en torno a instrumentos de gran eficacia. Ya se trate de bienes incorporales o corporales, el ordenamiento jurídico busca, ante todo, garantizar la efectividad del derecho del propietario, incluso al precio de una cierta flexibilización de las condiciones tradicionales de la responsabilidad civil. Más allá de esta "periferia" de la protección, caracterizada por la multiplicidad de técnicas y su adaptación a la naturaleza de los bienes, existe un mecanismo que ocupa un lugar singular, tanto por su estructura como por su función: la acción reivindicatoria, mecanismo central de protección por excelencia.

II. La acción reivindicatoria

A primera vista, la acción reivindicatoria parece el instrumento ideal para proteger la propiedad. En primer lugar, porque es imprescriptible[19], por lo que podría parecer bastante poderosa. Además, es la acción por excelencia, aquella cuya propia finalidad es permitir al verdadero propietario recuperar su bien.

Por tanto, es muy poderosa y protege contra una afectación grave. Sin embargo, veremos que las cosas no son tan simples. Estudiar la acción reivindicatoria supone distinguir primero los bienes muebles (II.1) y después los inmuebles (II.2).

II.1. La reivindicación de los bienes muebles

En efecto, tratándose, primero, de los bienes muebles, la acción reivindicatoria es bastante poco frecuente[20], y suele ejercerse sobre todo en el marco de una quiebra[21], cuando existe un contrato que contiene, por ejemplo, una cláusula de

[19] Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (21/02/2019) n.º 17-25.733; Zénati-Castaing et Revet (2008) § 199.

[20] Leveneur et Mazeaud (2005), p. 188.

[21] Laroche (2007).

reserva de propiedad. Fuera de esa hipótesis, reivindicar un bien mueble resulta bastante complicado[22], porque tenemos la regla del art. 2276 del CC: "en materia de muebles, la posesión vale título"[23]. Por tanto, para poder ejercer la acción reivindicatoria, es necesario que:

- No exista posesión.
- O que la posesión esté viciada[24].
- El bien haya sido perdido o robado.

Quisiéramos detenernos en el primer punto, que merece algunos comentarios. Probar que no hay posesión, es decir, demostrar que solo existe una mera detención, y que, la mayoría de las veces, esa detención se inscribe en un marco contractual; en otras palabras, es nuevamente el contrato el que viene en auxilio del propietario.

Existe un caso célebre en Francia, de 2012, relativo a la sucesión del artista Alexander Calder[25]. Esto fue lo que ocurrió: había confiado unas obras a un marchante de arte, Aimé Maeght. Surgió, entonces, un conflicto entre las herederas de Alexander Calder y las herederas de Aimé Maeght. Las primeras querían recuperar las obras de arte, mientras que las segundas querían conservarlas. Y fue el contrato el que permitió demostrar que no existía una verdadera posesión, sino una mera detención precaria.

En los casos en que no haya contrato, las cosas se complican enormemente para el propietario. Este puede intentar probar que la posesión está viciada, por ejemplo, que es equívoca. El vicio de equivocidad se invoca con frecuencia, especialmente en las relaciones familiares. Pero si no hay vicio, si no hay ni violencia, ni clandestinidad, ni discontinuidad, ni equivocidad, el propietario fracasará. Nuestra acción reivindicatoria queda entonces bloqueada. Se observa, pues, que el instrumento no es tan eficaz como podría pensarse.

Quisiéramos añadir unas palabras sobre la reivindicación de los bienes muebles y la fungibilidad. En efecto, se admite, en el ámbito civil[26], pero tam-

---

[22] Libchaber (2024) p. 1399.

[23] Es necesario precisar que el segundo párrafo del art. 2276 del CC prevé una regla diferente para los bienes muebles perdidos o robados. Según este párrafo: "quien ha perdido una cosa o a quien le ha sido robada puede reivindicarla durante tres años, a partir del día de la pérdida o del robo, contra aquel en cuyas manos la encuentre". El derecho ha preferido sacrificar al adquirente de la cosa antes que a quien ha sido involuntariamente despojado de ella –Dross (2025) § 303–. El primero podrá, por supuesto, dirigirse contra su vendedor desleal sobre la base de la garantía por evicción.

[24] Reboul-Maupin (2024) § 507 y § 508. Muchos autores critican la exigencia: Libchaber (2024); Zénati-Castaing et Revet (2008) § 200; Dross (2025) § 239 y § 306.

[25] Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (22/03/2012) n.° 10-28.590; Corte de Casación, 1.ª Sala Civil (19/03/2009) n.° 07-12.290; Robert (1991) p. 306.

[26] *Código Civil* (CC) art. 2369.

bién especialmente en el marco de los procedimientos de quiebra, gracias a un texto del *Código de Comercio* que así lo permite[27], que el propietario pueda reivindicar cosas de la misma naturaleza. Esto resulta interesante, porque aquí se aprecia la fuerza de la protección de la propiedad: aunque no pueda reivindicar nuestra cosa concreta, se nos autoriza a reivindicar otra que sea semejante. El problema radica en determinar a partir de qué momento dos cosas son fungibles. La jurisprudencia es muy fluctuante, porque la Corte de Casación considera que no se trata de una cuestión de derecho, sino de hecho[28]. Por consiguiente, los tribunales de instancia son soberanos para apreciar la fungibilidad y, en consecuencia, tenemos soluciones divergentes.

¿Es lo mismo reivindicar uvas que mosto de uva, es decir, las uvas prensadas? La respuesta es sí. En materia de reivindicación de medicamentos, ha habido muchos litigios con farmacias en quiebra. Y hemos visto tribunales de apelación que consideran que los medicamentos son fungibles, y otros que no lo son: en unos casos, la reivindicación fue admitida y, en otros, rechazada. Hemos tenido, por tanto, posiciones totalmente divergentes en este ámbito, lo cual no resulta nada satisfactorio.

II.2. La reivindicación de los bienes inmuebles

Para reivindicar un inmueble, es necesario probar la propiedad. En el derecho francés no existen títulos oficiales de propiedad conferidos por el Estado, salvo en Mayotte, donde sí existe un sistema de matriculación de los inmuebles[29]. Pero en los demás territorios de Francia solo contamos con un sistema de prueba indirecta, mediante el cual el propietario trata de demostrar que su derecho de propiedad es más verosímil que el de su adversario[30].

Se puede, pues, probar la propiedad por cualquier medio[31]. ¿Cuáles son esos medios? Tenemos tres categorías de indicios:

- Los títulos de propiedad: escritura de compraventa, testamento, donación, partición sucesoria.
- Los indicios: datos catastrales, pago de los impuestos inmobiliarios, planos del terreno, declaraciones de los vecinos.
- La posesión, que hace presumir la propiedad.

---

[27] *Código de Comercio* (CC*om*) art. L. 624-16, inc. 3.

[28] Corte de Casación, Sala de lo Mercantil (15/03/2005) n.º 03-20.332.

[29] *Código Civil* (CC) art. 2510 y s.; v. Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (27/02/2025) n.º 23-12.971.

[30] Reboul-Maupin (2024) § 512.

[31] *Op. cit.* § 517; Dross (2025) § 44 y s.

De ahí el interés de estar en posesión del inmueble cuando se quiere reivindicar su propiedad: se presume que uno es propietario, y la otra parte –la que no tiene la posesión– deberá aportar otros elementos de prueba para demostrar o, bien, que no existe posesión o, bien, que los títulos, los indicios, etc., son más convincentes que la posesión, lo cual no es sencillo. Cabe señalar, a propósito de la posesión, que las acciones posesorias fueron suprimidas por una ley de 2015[32]: ya no figuran en nuestro *Código Civil*. Existían tres acciones posesorias: la *complainte*, la *dénonciation de nouvel* œuvre y la *réintégrande*.

Estas tres acciones casi no se utilizaban ya, porque los litigantes preferían acudir al juez de *référé*, es decir, al juez de urgencia[33]. Y este es, de hecho, un instrumento muy importante del derecho francés, diríamos, incluso, el más importante para proteger la propiedad: el juez de *référés*, que puede intervenir de manera inmediata en caso de perturbación manifiestamente ilícita. También contamos con un juez de *référés* en la jurisdicción administrativa, en particular con un procedimiento llamado *référé-liberté*, que permite proteger la propiedad. Se ha debatido mucho sobre si la propiedad es realmente una libertad fundamental; pero el Consejo de Estado francés ha admitido que puede interponerse un *référé-liberté* para proteger la propiedad[34].

Volvamos ahora a la reivindicación de los inmuebles y a la posesión. Si esta posesión no está viciada y dura un cierto tiempo –diez o treinta años–, se produce la usucapión (*prescripción adquisitiva*)[35]. La usucapión es, a la vez, un modo de adquisición de la propiedad y el mejor medio de prueba de la propiedad inmobiliaria: es el más fuerte. Es decir, en presencia de un conflicto entre dos personas, si una ha usucapido y la otra posee un título, prevalece quien ha usucapido: él es el propietario.

Puede ocurrir que haya conflicto de títulos de propiedad. Es decir, que dos personas se proclamen propietarias y ambas presenten un título –un acto de venta, una donación, etc. En tal caso, hay que distinguir dos hipótesis:

– Primera hipótesis: los dos títulos proceden de la misma persona. Es el caso en que un mismo vendedor vende dos veces el inmueble de manera sucesiva. La regla es la siguiente: es propietario quien, de buena fe, haya publicado su título primero, salvo que el otro pueda invocar la usucapión, por supuesto. Así lo establece la Corte de Casación francesa: "la prescripción de treinta años puede oponerse a un título"[36].

[32] Ley n.° 2015-177 (16/02/2015); Dross (2025) § 254 y § 255; Reboul-Maupin (2024) § 344.

[33] Reboul-Maupin (2024) § 346.

[34] Consejo de Estado (23/03/2001) n.° 231559. Delvolvé (2013); Zupan (2025).

[35] Dross (2025) § 268 y s.

[36] Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (17/12/2020) n.° 18-14.434.

– Segunda hipótesis: cuando los dos títulos proceden de autores distintos, la anterioridad de la publicidad no es más que un indicio, no es un elemento determinante. Los jueces aprecian la situación en su conjunto. Puede ocurrir que la persona que publicó primero no sea finalmente preferida a la otra.

Conclusión

En definitiva, el análisis de las herramientas del derecho francés destinadas a proteger la propiedad pone de manifiesto una realidad más matizada de lo que podría sugerir una visión puramente teórica. Si bien la acción reivindicatoria conserva un lugar central en la arquitectura del sistema, su eficacia práctica se ve limitada por importantes obstáculos, tanto en materia de bienes muebles como de inmuebles. Esta constatación explica que, en la práctica, los litigantes recurran con frecuencia a instrumentos alternativos, en particular al contrato y al juez de *référés*, cuya intervención rápida y flexible permite garantizar una protección más efectiva del derecho de propiedad.

Lejos de revelar una debilidad del sistema, esta pluralidad de mecanismos traduce, por el contrario, su riqueza y su capacidad de adaptación a la diversidad de situaciones. El derecho de propiedad no se protege mediante una única vía, sino a través de un conjunto de técnicas complementarias, que combinan rigor y pragmatismo. Sin embargo, esta evolución no está exenta de tensiones: en determinados ámbitos, como las relaciones de vecindad o el derecho a la vivienda, se observa una tendencia a relativizar la fuerza del derecho de propiedad en beneficio de otros intereses, individuales o colectivos.

No obstante, cabe preguntarse si esta evolución no conduce, en última instancia, a una cierta dilución del derecho de propiedad. La multiplicación de instrumentos, lejos de reforzar siempre su protección, puede generar inseguridad jurídica y una forma de desplazamiento del centro de gravedad del sistema, desde el derecho sustantivo hacia soluciones más pragmáticas, pero también más contingentes. En particular, el protagonismo creciente del juez de urgencia y la flexibilización de los requisitos de ciertas acciones plantean la cuestión de la previsibilidad de las soluciones jurídicas. A ello se añade una tendencia legislativa a sacrificar, en determinados contextos, la propiedad en favor de consideraciones sociales o económicas, lo que invita a reflexionar sobre el lugar que este derecho fundamental ocupa hoy en la jerarquía de los valores protegidos.

Así, el derecho francés ofrece la imagen de un equilibrio inestable, pero dinámico, en el que la protección de la propiedad sigue siendo fundamental, aunque ya no absoluta, y debe conciliarse con otras exigencias contemporáneas.

Bibliografía

Battistini, Patrice (2023): "Les régimes juridiques du squat et de l'expulsion locative sont précisés", *Les Petites Affiches*, N° 09: p. 62.

Cantin, Loïc (2023): "Squatteurs, loyers impayés: une nouvelle loi pour protéger les propriétaires", *AJDI*: p. 583.

Carbonnier, Jean (2000): *Droit civil*, t. III: Les biens (Paris, PUF, dix-neuvième édition).

Danos, Frédéric (2021): "Responsabilité civile et droit des biens", *Mélanges Carval* (IRJS).

Delvolvé, Pierre (2013): "Référé-liberté et voie de fait", *Revue française de droit administratif*: p. 299.

Denizot, Aude (2023): "Loi anti-squat: fermer les yeux", *Revue trimestrielle de droit civil*: p. 979.

Denizot, Aude (2024): "Faut-il instaurer un 'choc des savoirs' au Parlement?", *Revue trimestrielle de droit civil*: p. 739.

Dreyer, Emmanuel (2023): "Le Conseil constitutionnel et les valeurs protégées", *Gazette du Palais*, N° 27: p. 37.

Dross, William (2025): *Droit des biens* (Paris, Lextenso, septième édition).

Fortune, Ambre (2022): "Présomption de préjudice résultant d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme: une avancée jurisprudentielle en demi-teinte pour les demandeurs?", *Propriété industrielle*, N° 7-8, étude 14: p. 7.

Houtcieff, Dimitri (2023): "Chronique d'une censure salutaire: l'irresponsabilité du propriétaire de l'immeuble en cas d'occupation illicite", *AJDI*: p. 574.

Laroche, Maud (2007): *Revendication et propriété, du droit des procédures collectives au droit des biens* (Paris, Defrénois, préface de Ph. Théry).

Le Fur, Anne-Valérie, André, Christophe (2025): "La réforme en miettes de la responsabilité civile: regards croisés sur les articles 1253 et 1254 du code civil", *Recueil Dalloz*: p. 1628.

Le Moal, Robert (1972): *Contribution à l'étude d'un droit de la concurrence* (Rennes, Université de Rennes, thèse de doctorat).

Le Tourneau, Philippe (2024): *Droit de la responsabilité et des contrats* (Paris, Dalloz, quatorzième édition).

Le Rudulier, Nicolas (2024): "Codification des troubles anormaux du voisinage", *Revue trimestrielle de droit civil*: p. 813.

Leveneur, Laurent et Mazeaud Leveneur, Sabine (2025): *Droit des biens, le droit de propriété et ses démembrements* (Paris, LexisNexis, troisième édition).

Libchaber, Rémy (2024): "En fait de meubles..., on ne sait plus trop!", *Recueil Dalloz*: p. 1399.

Malaurie, Philippe, Aynès, Laurent et Julienne, Maxime (2025): *Droit des biens* (Paris, Lextenso, onzième édition).

MALLET-BRICOUT, Blandine (2002): "Tout empiétement, même négligeable, permet d'obtenir la démolition", *Recueil Dalloz*: p. 2507.

MICHELIN-MAZÉRAN, Sophie (2024): "Consécration légale du trouble anormal de voisinage: tout ça pour ça?", *Actualité Juridique Droit immobilier:* p. 826.

PASSA, Jérôme (2024): "Parasitisme économique: la Cour de cassation donne la plus large portée à un arrêt de nature à alimenter les incertitudes et le contentieux", *Dalloz IP/IT*: p. 474.

PLANQUE, Jean-Claude (2004): "Comment sanctionner un empiétement minime?", *Recueil Dalloz*: p. 2819.

PICOD, Yves et DORANDEU, Nicolas (2024): "Concurrence déloyale", *Répertoire de droit commercial Dalloz*.

RAVENNE, Sylvain (2026): "L'action en contrefaçon, action restitutive", *Recueil Dalloz*: p. 434.

REBOUL-MAUPIN, Nadège (2023): "La loi anti-squat: réelles avancées ou miroir aux alouettes?", *Recueil Dalloz*: p. 1521.

REBOUL-MAUPIN, Nadège (2024): *Droit des biens* (Paris, Dalloz, dixième édition).

REVET, Thierry (2002): "Empiétement et réparation en nature disproportionnée", *Revue trimestrielle de droit civil*: p. 333

RIPERT, Georges (1951): *Les aspects juridiques du capitalisme moderne* (Paris, LGDJ, deuxième édition).

ROBERT, André (1991): "La revendication d'un meuble possédé par autrui (tableau)", *Recueil Dalloz*: p. 306.

SÉRIAUX, Alain (2024): "Propriété", *Répertoire de droit civil Dalloz*.

SUDRE, Frédéric (1988): "La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme", *Recueil Dalloz*: p. 71

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe et FORTI, Valerio (2024): *Les biens* (Paris, Dalloz, onzième édition).

TRÉMEAU, Jérôme, BACHERT, Audrey (2024): "Propriété, fondement constitutionnel du droit de propriété", *Juris-Classeur Civil*, art. 544, fasc. 20.

ZÉNATI-CASTAING, Frédéric et REVET, Thierry (2008): *Les biens* (París PUF, troisième édition).

ZUPAN, David (2025): "L'évolution de l'office du juge administratif dans la protection des libertés", *Actualités juridiques droit administrative*: p. 1317.

Normas

Código Civil francés (*Code civil*): arts. 1240, 2276, 2369 y 2510 y siguientes.

Código de Comercio francés (*Code de commerce*): art. L. 624-16.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, Protocolo adicional n.º 1, art. 1.

Ley n.º 2015-177, de 16 de febrero de 2015, de modernización y simplificación del derecho y de los procedimientos.

Ley n.º 2023-668, de 27 de julio de 2023, sobre la protección de las viviendas frente a la ocupación ilícita.

Ley n.º 2024-346, de 15 de abril de 2024, sobre los trastornos anormales de vecindad.

Jurisprudencia

Consejo Constitucional (13/08/2015), DC n.° 2015 -718.

Consejo de Estado (23/03/2001) n.° 231559.

Corte de Casación, Sala de lo Mercantil (15/03/2005) n.º 03-20.332.

Corte de Casación, 1.ª Sala Civil (19/03/2009) n.º 07-12.290.

Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (09/09/2009) n.º 08-11.154.

Corte de Casación, Asamblea Plenaria (15/04/2011) n.° 10-30.316.

Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (22/03/2012) n.º 10-28.590.

Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (21/12/2017) n.º 16-25.406.

Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (17/05/2018) n.º 16-15.792.

Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (21/02/2019) n.º 17-25.733.

Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (17/12/2020) n.º 18-14.434.

Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (27/02/2025) n.º 23-12.971.

Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (03/07/2025) n.º 23-12.925.

Tribunal de Conflictos (14/05/2012) n.º 3844.

Tribunal de Conflictos (17/06/2013) n.° 3911.

LA RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO POR EL HECHO DE SUS COSAS

THE OWNER'S LIABILITY FOR THE ACTS OF HIS THINGS

Aude Denizot*

Resumen: El derecho civil francés, tradicionalmente fundado en la noción material de guarda consagrada por la sentencia Franck de 1941, muestra, en realidad, una tendencia jurisprudencial a hacer coincidir la responsabilidad con la propiedad. El propietario sigue siendo considerado responsable aun cuando ha perdido el control material de la cosa, y se le atribuye responsabilidad, incluso por cosas sobre las que, teóricamente, no ejerce derecho alguno, como la *res nullius*, los animales salvajes o los residuos. Esta evolución se justifica mediante la teoría del riesgo y la lógica del seguro. El trabajo analiza las manifestaciones prácticas y las justificaciones teóricas de esta responsabilidad sin guarda, así como la extensión de la responsabilidad más allá de las fronteras de la propiedad. Se concluye señalando la dificultad creciente del propietario para abdicar de su propiedad, lo que conduce a reconocer un verdadero deber de propiedad.

Palabras clave: responsabilidad civil, propiedad, guarda, teoría del riesgo, deber de propiedad.

Abstract: French civil law, traditionally founded on the material conception of custody established by the 1941 Franck decision, in fact shows a jurisprudential trend linking liability with ownership. The owner remains liable even after losing material control of the thing, and may be held responsible for things over which, theorically, he exercises no property right, such as *res nullius*, wild animals, or waste. This evolution is justified through the risk theory and the logic of insurance. The article analyzes the practical manifestations and theoretical justifications of this liability without custody, as well as the extension of liability

* Profesora titular de Derecho Privado, Universidad del Mans (Le Mans Université), laboratorio THEMIS-UM, Francia. Correo electrónico: aude.denizot@univ-lemans.fr

Se conservó el estilo oral de la ponencia.

beyond the boundaries of ownership. It concludes by highlighting the owner's growing difficulty in abdicating property, which leads to the recognition of a genuine duty of ownership.

KEYWORDS: civil liability, ownership, custody, risk theory, duty of ownership.

Cuando, en el derecho francés, hablamos de responsabilidad por el hecho de las cosas, tradicionalmente nos referimos a la noción de guardia, de custodia y no a la de propiedad. En efecto, según el art. 1242, párrafo primero, del *Código Civil*, uno es responsable de las cosas que tiene bajo su guarda. Por lo tanto, se considera que la responsabilidad recae sobre el guardián de la cosa.

En realidad, en el *Código Civil* napoleónico de 1804 como en el actual (que no ha cambiado en este punto), las cosas son un poco más complicadas, porque tenemos dos textos adicionales que, esos sí, hacen referencia a los propietarios:

– Por un lado, el art. 1243 del *Código Civil* (CC) sobre la responsabilidad por el hecho de los animales, que menciona expresamente la responsabilidad del propietario del animal:

> "El dueño de un animal, o el que se sirviese de él, mientras estuviera utilizándolo, es responsable del daño causado por el mismo animal, estuviese bajo su custodia o se hubiese extraviado o escapado".

– Y, por otro lado, el art. 1244 del CC, que está dedicado a la responsabilidad por los edificios en ruina, y que se aplica únicamente a los propietarios, ya que es el propietario, y solo él, quien será responsable del derrumbe del edificio:

> "El dueño de un edificio es responsable del daño que ocasione su ruina, cuando se ha producido como consecuencia de una falta de mantenimiento o de un vicio en la construcción".

Vemos, entonces, que, con estos tres artículos, la situación es bastante confusa en el *Código Civil*, pues unas veces se hace referencia a la guarda y otras a la propiedad, y otras a las dos.

A pesar de esta relativa complejidad, las cosas parecen, en apariencia, mucho más sencillas. Existe una especie de consenso acerca de la importancia de la noción de guarda en el régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas. Este consenso, tanto doctrinal como jurisprudencial, se puede resumir en cuatro frases:

– El responsable por el hecho de la cosa es el guardián.
– El guardián es quien tiene el uso, el control y la dirección de la cosa.

– El propietario se presume guardián. Se trata de una presunción simple.
– El propietario puede probar un traslado de la guarda para liberarse de su responsabilidad.

El consenso se ha construido, pues, en torno a lo que llamamos la concepción material de la guarda, con los tres criterios de uso, control y dirección[1]. Y, como sabemos, esta concepción material de la guarda se opone a la concepción jurídica, según la cual lo importante no es la aprehensión concreta de la cosa, sino la propiedad.

Esta concepción material de la guarda fue establecida por la sentencia Franck de 1941[2], dictada durante la Segunda Guerra Mundial, en un asunto en el que un hombre había sido atropellado por un carro robado. La Corte de Casación estimó que el propietario del carro robado no era guardián y que, en consecuencia, no podía ser responsable. Curiosamente, esta concepción material sigue prevaleciendo hoy en Francia.

Ahora bien, cuando miramos la jurisprudencia, nos damos cuenta de que no es en absoluto el caso[3]. No lo es, porque la mayor parte del tiempo el propietario no logra demostrar que ha perdido la custodia, aunque evidentemente así sea. Existen muchas sentencias en las que un propietario ya no tiene, de hecho, la cosa entre las manos, igual que en la sentencia Franck de 1941. Pero la Corte de Casación estima que no ha habido traslado de la custodia. Y, entonces, es el propietario quien resulta responsable[4]. La tendencia del derecho francés es, nos parece, la de considerar que propiedad y responsabilidad van de la mano[5].

Y diríamos que esta tendencia se ve acentuada por otro movimiento paralelo, que consiste en hacer recaer sobre el propietario la responsabilidad por cosas de las que no es propietario, pero que están, de una forma u otra, vinculadas con las suyas. Por lo tanto, la responsabilidad va más allá de las fronteras de la propiedad, y el dueño puede ser responsable por hechos relacionados con cosas sobre las que, quizá, no tenga un derecho de propiedad. Se observa, entonces, que el propietario soporta el peso de la responsabilidad: no solo, contrariamen-

[1] Terré, Simler, Lequette et Chénedé (2020) §1011; Carbonnier (2017) §1173 et §1179 c); Viney, Jourdain et Carval (2013) §875 et s.; Fabre-Magnan (2021) §268.

[2] Corte de Casación, Salas Reunidas (02/12/1941).

[3] Brun (2023) §385.

[4] Entre otros ejemplos: Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (19/06/2003) n.º 01-17.575; Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (11/02/1999) n.º 97-15.615; Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (27/03/2003) n.º 01-13.653; Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (23/11/1988) n.º 87-18.483; v., contra: Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (10/06/1998) n.º 96-21.228. Para los animales: Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (21/05/2015) n.º 14-17.582; Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (15/04/2010) n.º 09-13.370; Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (18/06/1997) n.º 95-17.891.

[5] Contra: Pierre (2009) p. 423.

te a lo que afirma la teoría de la guarda material, el propietario sigue siendo responsable, incluso cuando ya no tiene la cosa bajo su control, sino que, además, será responsable por hechos relacionados con cosas respecto de las cuales no pretendía ejercer ningún *usus*, *fructus* o *abusus*. El objetivo de este trabajo es, por tanto, mostrar que la responsabilidad del propietario es el principio en el derecho francés: es, nos parece, el deudor que el derecho designa para indemnizar a la víctima. Por supuesto, no es sistemáticamente el propietario quien resulta responsable, pero lo que parece interesante es que, a pesar de la pervivencia de los criterios de uso, de dirección y de control, existe una prevalencia de la propiedad como criterio de responsabilidad. Esta perspectiva implica estudiar, en primer lugar, la responsabilidad del propietario pese a la ausencia de guarda (I) y, en segundo lugar, la responsabilidad del propietario pese a la ausencia de propiedad (II).

I. La responsabilidad del propietario a pesar de la ausencia de guarda

Aunque la Corte de Casación sigue citando los criterios de la sentencia Franck, no los utiliza: cuando miramos de cerca la sentencia, nos damos cuenta de que se trata de una cita de fachada, salvo que vaciemos de sentido esas tres palabras: uso, control, dirección. Después de dar algunos ejemplos (I.1), intentaremos mostrar por qué esta jurisprudencia parece justificada (I.2).

I.1. Las manifestaciones prácticas de una responsabilidad sin guarda

El primer ejemplo es el de una señora que visita a unos amigos, acompañada de su hijo de once años[6]. El niño, un poco aburrido, comienza a explorar la casa. Baja al sótano y encuentra una pistola de fogueo con balines, con la que empieza a jugar. Se hiere. ¿Quién es el guardián de la pistola? Según el consenso que mencionamos en la introducción, debería ser el niño: es él quien tiene el uso, la dirección y el control de la pistola; está en la misma situación que el ladrón del carro del doctor Franck. El propietario de la pistola está arriba, en la sala, ignorando lo que está ocurriendo.

Pues no. La Corte de Casación dice que no hubo traslado de la guarda. ¿Será que la edad del niño influye en la solución? En principio, en el derecho francés, la edad no tiene absolutamente ninguna incidencia: incluso niños muy

[6] Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (26/11/2020) n.° 19-19.676.

pequeños, de apenas treinta y seis meses, pueden ser considerados guardianes. Desde 1984[7] no se exige discernimiento para ser guardián. Y, de hecho, tenemos muchas sentencias que rechazan el traslado de la guarda, incluso respecto de adultos, incluyendo armas[8].

Segundo ejemplo[9]. Un señor compra una escalera para una señora. Es, por tanto, ella la propietaria de la escalera. El señor llega a la casa de la señora con la escalera recién comprada, para colgar unas cortinas. Se cae. La Corte de Casación considera que la señora es la guardiana de la escalera, aunque ni siquiera la había tocado. Probar un traslado de guarda resulta, pues, muy difícil.

¿Cuándo hay traslado de la guarda? Rara vez[10]. Puede haber traslado de la guarda si existe un contrato que lo implique: contrato de arrendamiento, de depósito, etc.[11]. Pero no es automático. Puede haber contratos que los jueces consideren que no operan un traslado de guarda[12]. Existe una jurisprudencia que tiende a admitir el traslado de la guarda cuando el tenedor de la cosa es un profesional[13]. A nuestro juicio, es una jurisprudencia discutible[14]. Para empezar, muy a menudo existe un contrato con el profesional, y es ese contrato el que

[7] Corte de Casación, Asamblea Plenaria (09/05/1984) n.º 80-14.994.

[8] Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (28/03/1994) n.° 92-10.743; Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (30/01/1991) n.° 89-20.751; Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (24/05/1989) n°. 88-12.558. *Contra*: Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (21/11/1990) n.° 89-19.401 (asunto en el que la víctima había arrancado el fusil que el propietario tenía apoyado en el hombro, había sujetado el arma por el cañón y había golpeado con la culata un bloque de hormigón, provocando así el disparo que terminó alcanzándola).

[9] Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (07/05/2002) n.º 00-14.594.

[10] Julien (2024) §16.

[11] Carbonnier (2017) §1173.

[12] Por ejemplo, el propietario sigue siendo responsable de sus vacas a pesar de un contrato de venta de pasto, es decir, un contrato por el cual el vendedor de pasto acoge los animales de otro en su prado. Los animales ya no están en su terreno, sino en otro. Pero el propietario sigue siendo el guardián.

[13] Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (21/09/2023) n.º 22-11.143; Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (26/10/2017) n.º 16-24.703; Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (13/06/1985) n.º 84-10.664. Transferencia de la guarda de un caballo a un jockey-entrenador: Corte de Casación, 2ª Sala Civil (01/03/1989) n.º 88-10.493; Viney, Jourdain et Carval (2013) §689.

[14] Al facilitar la transferencia de la guarda en beneficio del profesional, se parte de la suposición de que este, gracias a sus conocimientos, está en mejor posición para dirigir y controlar al animal o al vegetal. Sin embargo, las circunstancias muestran, a veces, que el animal estaba precisamente fuera de control y que, incluso, un profesional sin culpa no pudo impedir el comportamiento inesperado. Admitir que la guarda se transmita más fácilmente al profesional supone partir de un postulado erróneo, el de una pretendida obligación de guarda, correlativa a un verdadero poder de control del ser humano sobre lo vivo no humano. Esta visión antropocéntrica conduce a identificar una forma de culpa del profesional que habría "guardado mal la cosa", a pesar de sus conocimientos, cuando ni siquiera se exige al propietario que sea conocedor de su animal o de su vegetal para responder por él. Sobre el tema de la culpa en la custodia: Mazeaud (1925) p. 793.

explica el traslado. Además, vincular responsabilidad con la condición de profesional equivale a considerar que las competencias del profesional le permiten evitar el daño, vigilar bien la cosa para que no lo cause y, por lo tanto, que tiene un poder importante sobre ella. Pero en ese momento estamos resbalando hacia la noción de culpa, porque se estaría diciendo que, pese a sus competencias, el profesional no manipuló bien la cosa y, por lo tanto, fue culpable. Vincular responsabilidad con competencias profesionales es también discutible porque nunca se exige al propietario ser competente para ser guardián. Esta confusión está ligada a la polisemia de la palabra 'poder', que significa, a la vez, posibilidad y dominio. En un régimen de responsabilidad objetiva, lo único que importa es la posibilidad de usar, controlar y dirigir la cosa. No deberíamos interesarnos en la ascendencia, en la dominación efectiva o técnica del responsable sobre su cosa, porque ello implica emitir un juicio sobre la calidad del trabajo realizado y, por tanto, identificar la eventual existencia de una falta.

En resumen: tenemos, en conjunto, una jurisprudencia que hace lo contrario de lo que dice. La jurisprudencia sigue refiriéndose a los criterios de la guarda material –uso, control, dirección– y, de manera artificial, afirma que quien tiene la cosa en sus manos no tiene su uso, control o dirección.

I.2. Las justificaciones teóricas de una responsabilidad sin guarda

Ahora, vamos a ver cómo justificar que el propietario siga siendo responsable, incluso si ha perdido la guarda material. Podemos comenzar con un argumento textual. El propio *Código Civil* nos muestra que se puede ser responsable aun habiendo perdido la cosa. Es el art. 1243 del CC sobre los animales:

> "El dueño de un animal, o el que se sirviese de él, mientras estuviera utilizándolo, es responsable del daño causado por el mismo animal, estuviese bajo su custodia o se hubiese extraviado o escapado".

La utilización de la doble conjunción 'ya sea… ya sea…' muestra que, si el animal está extraviado o huido, el propietario no es el guardián, pero sigue siendo responsable. Este artículo dice exactamente lo contrario de la sentencia Franck de 1941:

> "…en el momento en que ocurrió el accidente, el señor Franck, desposeído de su carro por efecto del robo, se encontraba en la imposibilidad de ejercer sobre dicho carro ninguna vigilancia".

Existe otro argumento para justificar que el propietario sea responsable: es lo que se denomina la teoría del riesgo, bien conocida. El propietario asume

un riesgo al convertirse o al permanecer propietario y, por lo tanto, es él quien debe soportar la carga de la indemnización cuando ese riesgo se materializa. A este respecto, quisiera recordar un artículo de Jean-Émile Labbé, que dijo, en 1890: "Es bajo su responsabilidad que uno introduce, para su interés, en la humanidad una causa de accidentes o de infortunios"[15].

Nos parece interesante esta idea de la introducción de una cosa en la humanidad. Compramos una pistola, una escalera, un cortacésped, un carro: introducimos en la humanidad un riesgo de daño. Si el daño se produce, debemos pagar, incluso si hemos perdido la guarda material. Obviamente, este sistema solo funciona si el seguro toma el relevo de esa indemnización: pagamos una prima, proporcional a nuestro patrimonio, y el asegurador se hace cargo de indemnizar los daños causados por nuestras cosas. La profesora Geneviève Viney decía:

> "No hay que perder de vista que la responsabilidad del guardián es, ante todo, un medio para designar a la persona que debe contratar el seguro que garantice los daños derivados del uso de las cosas"[16].

Y por eso, añadía, la guarda debería atribuirse siempre al propietario, lo que evitaría muchos litigios sobre quién es el guardián.

Conviene ahora señalar los límites de este sistema. Las reglas que acabamos de describir no permiten indemnizar al propietario víctima de su propia cosa. En Francia, generalmente es necesario contratar otro seguro, complementario, para estar cubierto cuando uno es víctima de su propia cosa. Y la mayoría de la gente no cuenta con este seguro adicional.

De ahí que tengamos un sistema muy curioso: si los franceses estuvieran bien organizados, y estuvieran bien informados sobre este estado del derecho, solo utilizarían las cosas de sus vecinos. El derecho nos permite ser indemnizados si es la cosa ajena la que nos causa un daño, mientras que necesitamos un seguro complementario para ser indemnizados si es nuestra propia cosa la que nos hiere. Entonces nos organizamos con nuestro vecino: le prestamos nuestra pistola, nuestro cortacésped, nuestra escalera y nuestro caballo, y él nos presta los suyos. Así, estamos seguros de ser indemnizados, sin pagar más. ¿Qué nos muestra esto? Que el derecho francés es absurdo, y a qué callejones sin salida se llega cuando se quiere a toda costa vincular los accidentes –ocurridos fortuitamente, sin culpa– con un sistema de responsabilidad que, en toda lógica, debería estar ligado a la culpa. Se percibió que la responsabilidad permitía indemnizar a las víctimas, y se quiso indemnizar a todas las víctimas a través de la respon-

[15] Labbé (1890) p. 17.
[16] Viney (1997) p. 153.

sabilidad, convirtiéndola en un instrumento de reparación objetiva, desligado de la culpa y del discernimiento. Pero el derecho francés no llegó hasta el final de esa lógica, como sí lo hizo, por ejemplo, el derecho neozelandés. El derecho francés se detuvo a mitad de camino, y así algunas víctimas siguen siendo dejadas de lado y no reciben indemnización.

Hemos visto, por tanto, hasta qué punto el derecho francés, aun cuando continúa remitiéndose a la noción de guarda material mediante los criterios de uso, control y dirección, designa al propietario de la cosa como responsable por el hecho de esta. La carga que pesa sobre el propietario es, por tanto, importante, puesto que, aun cuando ya no tenga los poderes de control sobre la cosa, sigue siendo responsable. Ahora bien, sucede que esta carga a veces se ve agravada, en la medida en que el derecho admite que un propietario sea responsable independientemente del poder jurídico sobre la cosa.

II. La responsabilidad del propietario a pesar de la ausencia de propiedad

Mencionaremos hipótesis en las que el propietario es responsable por el hecho de cosas de las que nadie tiene la propiedad. Debe señalarse, en primer lugar, que, sobre esta cuestión, la jurisprudencia ha sido vacilante[17]. Sin embargo, resulta interesante ver de qué manera la responsabilidad va ligeramente más allá de los límites de la propiedad, tanto en lo que respecta a las cosas sin dueño –*res nullius* o *res communis* (II.1), como a los residuos (II.2).

II.1. La responsabilidad por el hecho de la res nullius *o de la* res communis

Empezaremos con el ejemplo de la nieve. Existe un debate para saber si la nieve es una *res nullius* o una *res communis*; lo que nos importa es que es una cosa que el propietario, a veces, no quiso apropiarse. El caso que nos interesa es el siguiente[18]: una sociedad organiza una recepción. Un señor, que visiblemente conoce el sitio, decide, en lugar de tomar el camino que había sido despejado, usar otro camino que no había sido limpiado de nieve. Se cae y queda parapléjico. La sociedad, propietaria del terreno nevado, es declarada responsable. La Corte de Casa-

[17] Viney, Jourdain et Carval (2013) § 635 et s.

[18] Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (15/06/2023) n.° 22-12.162.

ción no dice que el propietario del suelo es propietario de la nieve. Se embarca en unas explicaciones que nos parecen un poco complicadas, al afirmar que fue el suelo el que causó el daño y que ese suelo, o más exactamente ese camino, estaba en un estado anormal, puesto que era resbaladizo y no se había prohibido el acceso. Desde nuestro punto de vista, sería más fácil decir que una vez que la *res nullius* se ha fijado en el inmueble, el propietario se convierte en su responsable –y, por qué no, se convierte en su propietario.

La doctrina también ha explicado esta solución afirmando que, una vez que la nieve se ha depositado sobre un inmueble, el propietario tiene sobre ella los poderes de uso, dirección y control, lo que podría justificar esta responsabilidad[19]. Sin embargo, también debe observarse aquí que no es cierto que el propietario tenga siempre estos poderes desde el punto de vista material, porque la nieve puede caer, por ejemplo, durante la noche o porque una caída brusca de la temperatura puede volver la nieve heladiza.

Otro ejemplo de *res nullius* son los animales salvajes, por ejemplo, los conejos salvajes[20]. El propietario es responsable de esos animales que no le pertenecen, como lo es por el canto insoportable de las ranas que molestan al vecino, aunque, en este último caso, no se dice que el propietario es responsable por el hecho de las ranas, sino que se utiliza la teoría de las inmisiones[21]. Aquí surge un problema complicado: es posible colmar la charca para hacer desaparecer las ranas, pero algunas especies de ranas están penalmente protegidas en Francia[22]. Así que el propietario que rellena su charca corre el riesgo de ser sancionado con una contravención.

Nos parece que todas estas soluciones encuentran una explicación única: ser propietario implica un cierto número de riesgos: que nieve en su terreno, que los conejos proliferen en él o que las ranas se instalen allí. El propietario es quien se encuentra en mejor posición para asegurarse contra estos riesgos y por eso debe ser designado como responsable de todos los daños que puedan emanar de su cosa, incluso cuando esta no sea directamente el origen del perjuicio[23].

[19] Viney, Jourdain et Carval (2013) § 635 y § 679.

[20] Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (19/05/2016) n.º 15-19.623; Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (14/12/2017) n.º 16-26.361; Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (05/02/2015) n.º 13-28.276; Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (13/11/1992) n.º 91-14.506.

[21] Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (14/12/2017) n.º 16-22.509; Corte de Apelaciones de Burdeos (17/12/2019) n.º 18/03044.

[22] Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (04/03/2021) n.º 20-14.195; Leray (2018) p. 995; Leray (2020) p. 757.

[23] Viney, Jourdain et Carval (2013) §690-1.

II.2. La responsabilidad por el hecho de la res derelictae

En cuanto a los desechos, es imprescindible distinguir dos tipos de desechos:

- Los desechos cuyo antiguo propietario se logra identificar.
- Y los desechos cuyo propietario se desconoce.

La regla es de sentido común: el propietario del suelo donde se encuentran los desechos solo será responsable si no se puede identificar al antiguo propietario de esos desechos. Tenemos, entonces, una responsabilidad subsidiaria del propietario del terreno contaminado[24]. La responsabilidad principal recae en el antiguo propietario de los desechos[25].

Hecha esta precisión, asistimos a dos fenómenos: la reatribución y la incorporación. La reatribución concierne a los desechos cuyo antiguo propietario se logra identificar. Un ejemplo clásico es el barro, proveniente de un campo, que queda en la carretera porque los carros lo arrastraron al salir del terreno. La Corte de Casación consideró que el propietario del campo es guardián del barro[26]. Lo mismo ocurre con el propietario de dunas: será responsable de los daños causados por la arena, aunque esta haya sido transportada por el viento[27]. Otro ejemplo nos lo ofrece una sentencia de 2003[28]. En este asunto, un obrero realizaba trabajos en una casa que una mujer había heredado de su padre. Este último solía utilizar, en los años treinta, detonadores para extraer piedra de construcción. Ahora bien, el obrero que realizaba estos trabajos, años después, resultó herido por una explosión cuando arrojaba restos de azulejos sobre un montón de escombros; explosión provocada por un detonador que se encontraba en dicho montón, a raíz de la demolición de un muro de esta propiedad. La hija negaba ser la guardiana de ese detonador. Y la Corte de Casación considera que la sola presencia del detonador, cualquiera que fuera su origen, en la propiedad de la señora la convertía en guardiana de esa cosa. Cualquiera que fuera su origen: esta precisión es importante. Poco importa de donde procediera el detonador.

La doctrina ha intentado teorizar estas soluciones con la noción de reatribución, una acción en reatribución, que todavía no existe, pero que sería el equivalente de la acción reivindicatoria[29]. Ella permitiría a cualquier persona exi-

[24] Reboul-Maupin (2024) §444; Consejo de Estado (01/03/2013) n.° 354188.

[25] O a veces, en derecho ambiental, en el productor o el poseedor de los mismos. Parance (2012) p. 2182.

[26] Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (08/10/1970) n.° 69-11.874.

[27] Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (16/06/1966) *Bull. civ*. II, n.° 697.

[28] Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (23/01/2003) n.° 01-11.043

[29] Dross (2017) p. 2553.

gir al propietario, sobre la prueba de que los desechos le pertenecen, que recupere la posesión de estos.

En el supuesto en que el antiguo propietario del desecho es desconocido, podemos hablar de incorporación. Es el término empleado por el derecho belga. Tenemos una sentencia de la Corte de Casación belga que nos parece muy interesante, y en el fondo bastante similar al caso de la nieve[30]. El asunto tuvo lugar en un centro comercial. Resulta que alguien dejó caer un helado en el suelo. Una señora resbaló en el helado, y el centro comercial fue declarado responsable. La Corte de Casación belga explicó que el helado se había incorporado al suelo para formar una estructura única. Cualquier personal de limpieza les diría que eso es falso: un helado no se incorpora al suelo... Pero lo interesante es que nuestra víctima pudo ser indemnizada por el asegurador del almacén, cuando sin esa ficción habría quedado sin reparación.

Hay que entender que, en este caso del helado, como en el de la nieve, no se examina en absoluto la culpa del guardián: no se dice que el centro comercial haya sido culpable de no limpiar el helado. Se dice únicamente que el propietario del suelo es responsable. No obstante, el derecho francés aquí es bastante complejo, porque en asuntos muy cercanos a los que acabo de describir, se exigirá una culpa del propietario. La doctrina criticó con dureza estas soluciones imprevisibles de la jurisprudencia[31]. Por ejemplo, en el pasado hubo sentencias que exigían culpa respecto de la nieve. En derecho ambiental, el propietario es responsable de los desechos que se encuentran en su terreno, pero únicamente si ha sido negligente. La jurisprudencia exige una falta de diligencia. No obstante, podemos ver que existe aquí una carga para el propietario.

Conclusión.
El difícil abandono de las cosas apropiadas

Entonces, ¿qué hacer? ¿Dejar de ser propietario? La doctrina ha demostrado que no es fácil para el propietario escapar de su responsabilidad abdicando de su propiedad[32]. Una cosa está clara: el abandono no permite escapar al pago de una deuda de reparación nacida antes de la decisión de abandono. ¿Pero para el futuro? Conviene distinguir el caso de los inmuebles y el de los muebles.

No es posible abandonar un inmueble, es decir, decidir que ya no soy propietario, salvo en un caso: el caso de tierras baldías o eriales, landas o brezales, o de

[30] Corte de Casación de Bélgica (30/12/1988) RG 6134.
[31] Viney, Jourdain et Carval (2013) §635.
[32] Dross (2016) p. 73; Dross (2015) p. 2317.

terrenos habitualmente inundados o devastados por las aguas[33]. En ese caso, en que la tierra no es cultivable, el abandono es posible y el municipio se convierte en propietario de ese inmueble. Pero la jurisprudencia es bastante estricta: si no se trata de una landa, un brezal o una tierra baldía, el propietario no puede desprenderse de su cosa.

En cuanto al abandono de los bienes muebles, también es muy complicado –y cada vez más. No es posible abandonar ni a los animales[34] ni a las cosas. Para el abandono de las cosas, el Código de Medio Ambiente prevé dos reglas importantes:

- Prohibición de depositar o abandonar cualquier tipo de desechos fuera de los lugares y contenedores previstos.
- Cuando se utilizan esos lugares o contenedores, se deben respetar las condiciones fijadas por la autoridad.

Por otra parte, el propietario sigue siendo solidariamente responsable de los daños causados por sus residuos junto con la persona encargada de tratarlos. Así, incluso una vez que los ha confiado a un tercero, el propietario sigue siendo responsable[35].

A priori, no parece haber problema. Lo que sucede es que esas condiciones de uso de los contenedores y vertederos son cada vez más estrictas en Francia, y cada vez más, propietarios tienen dificultades para deshacerse de sus cosas; lo que ha provocado, lamentablemente, una explosión de los llamados vertidos ilegales, es decir, residuos depositados fuera de los lugares previstos. Incluso, el propio Estado ha enterrado residuos bajo tierra porque le resultaba más barato.

Esta dificultad para abandonar las cosas merece ser destacada. Antes recordaba la fórmula de Jean-Émile Labbé: "es bajo su responsabilidad que uno introduce, para su propio interés, en la humanidad una causa de accidentes o de infortunios"[36]. Ahora bien, esa decisión de introducir una cosa en la humanidad es difícilmente reversible, al menos para ciertas cosas. Una vez que hemos introducido la cosa o el animal en la humanidad, será difícil dejar de ser propietario y, por tanto, dejar de ser responsable. La propiedad se convierte en una carga de la que resulta muy laborioso desprenderse. Es por ello que la doctrina empieza a hablar de un "deber de propiedad"[37], que implicaría conservar la cosa,

[33] Baki-Mignot (2025).

[34] Los refugios suelen estar saturados y no tienen obligación alguna de recibir a los animales que se les llevan. Pero de nuevo, constatamos que, por desgracia, los propietarios de perros tienden a abandonarlos de manera ilegal, aunque ello sea penalmente sancionado.

[35] *Código del Medio Ambiente,* art. L. 541-23.

[36] Labbé (1890) p. 17.

[37] Dross (2017) p. 2553; Reboul-Maupin (2022) p. 1917; Grimonprez (2020) p. 63.

no abandonarla al margen de las normas y responder por los daños causados por las cosas que se incorporen a ella.

Bibliografía

Baki-Mignot, Xavier (2025): *La vacance, principes d'une théorie générale de la propriété* (thèse de doctorat dirigée par W. Dross, Lyon, Universidad Lyon III).

Brun, Philippe (2023): *Responsabilité civile extra-contractuelle* (Paris, LexisNexis, 6.ª édition).

Carbonnier, Jean (2017): *Droit civil*, t. II, Les biens, les obligations (Paris, PUF Quadrige, 2.ª édition).

Dross, William (2015): "Qui répond du dommage causé par un immeuble dont personne ne veut?", *Recueil Dalloz*: p. 2317.

Dross, William (2016): "Abdiquer sa propriété pour échapper à sa responsabilité?", *Gazette du Palais*, Nº 8: p. 73.

Dross, William (2017): "De la revendication à la réattribution: la propriété peut-elle sauver le climat?", *Recueil Dalloz*: p. 2553.

Fabre-Magnan, Muriel (2021): *Droit des obligations 2. Responsabilité civile et quasi-contrats* (Paris, PUF Thémis, 5.ª édition).

Grimonprez, Benoît (2020): "Le propriétaire: l'appel du devoir", *Quel Code civil à l'heure de l'Anthropocène*: p. 63.

Julien, Jérôme (2024): "Responsabilité du fait des animaux", *Répertoire de droit civil Dalloz*: §16.

Labbé, Jean-Émile (1890): "Nota sobre Cass. Belg. 28 mars 1889", *Sirey*, 4: p. 17.

Leray, Grégoire (2018): "Grenouilles et *jurisdictio*: quand la cessation du trouble anormal de voisinage expose à une condamnation pénale", *Recueil Dalloz*: p. 995.

Leray, Grégoire (2020): "Le chant du cygne pour les grenouilles: réflexions sur le lien entre le trouble anormal et les conséquences des mesures de cessation", *Recueil Dalloz*: p. 757.

Mazeaud, Henri (1925): "La faute dans la garde", *Revue trimestrielle de droit civil*: p. 793.

Parance, Béatrice (2012): "Regard judiciaire sur l'étendue de la responsabilité d'un propriétaire pour les déchets abandonnés sur son site", *Recueil Dalloz*: p. 2182.

Pierre, Nathalie (2009): "Propriété et responsabilité", in Cachard, O., Henry, X., *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux* (Paris, Dalloz/LGDJ).

Reboul-Maupin, Nadège (2022): "Du droit de propriété au devoir d'assumer sa propriété squattée", *Recueil Dalloz*: p. 1917.

Reboul-Maupin, Nadège (2024): *Droit des biens* (Paris, Dalloz, 10ª édition).

Terré, François; Simler, Philippe, Lequette, Yves et Chénedé, François (2020): *Droit civil, les obligations* (Paris, Dalloz, 13.ª édition).

Viney, Geneviève (1997): "Conclusion générale", in Leduc, F. (dir.), *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire* (Paris, Economica) p. 153.

Viney, Geneviève, Jourdain, Patrice et Carval, Suzanne (2013): *Les conditions de la responsabilité* (Paris, LGDJ, 4.ª édition).

Normas

Código Civil francés: arts. 1240, 1242, 1243 y 1244.

Código del Medio Ambiente francés: art. L. 541-23.

Jurisprudencia

Consejo de Estado francés (01/03/2013) n.º 354188.

Corte de Apelaciones de Burdeos (17/12/2019) n.º 18/03044.

Corte de Casación, Asamblea Plenaria (09/05/1984) n.º 80-14.994.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (16/06/1966) *Bull. civ.* II, n.º 697.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (08/10/1970) n.º 69-11.874.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (13/06/1985) n.º 84-10.664.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (23/11/1988) N.º 87-18.483.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (01/03/1989) n.º 88-10.493.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (24/05/1989), n.° 88-12.558.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (21/11/1990) n.° 89-19.401.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (30/01/1991) n.° 89-20.751.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (13/11/1992) n.º 91-14.506.

Corte de Casación, 2ª Sala Civil (28/03/1994) n.° 92-10.743.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (18/06/1997) n.º 95-17.891.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (10/06/1998) n.º 96-21.228.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (11/02/1999) n.º 97-15.615.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (07/05/2002) n.º 00-14.594.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (23/01/2003), n.° 01-11.043.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (27/03/2003) n.º 01-13.653.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (19/06/2003) n.º 01-17.575.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (15/04/2010) n.º 09-13.370.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (05/02/2015) n.º 13-28.276.

Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (21/05/2015) n.º 14-17.582.
Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (19/05/2016) n.º 15-19.623.
Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (26/10/2017) n.º 16-24.703.
Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (14/12/2017) n.º 16-22.509.
Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (14/12/2017) n.º 16-26.361.
Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (26/11/2020) n.º 19-19.676.
Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (15/06/2023) n.º 22-12.162.
Corte de Casación, 2.ª Sala Civil (21/09/2023) n.º 22-11.143.
Corte de Casación, 3.ª Sala Civil (04/03/2021) n.º 20-14.195.
Corte de Casación, Salas Reunidas (02/12/1941), caso Franck.
Corte de Casación de Bélgica (30/12/1988) RG 6134.

SOBRE LAS DIFERENTES ACCIONES DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO CHILENO

ON THE DIFFERENT ACTIONS FOR THE PROTECTION OF PROPERTY IN CHILEAN LAW

Ramón Domínguez Águila*

Resumen: El trabajo examina, desde una perspectiva histórica, la evolución de las acciones que el derecho chileno ofrece para la protección de la propiedad. Junto a la acción reivindicatoria, única prevista en su origen por el *Código Civil* y cuyo alcance ha sido redefinido por la jurisprudencia a propósito de la teoría de la posesión inscrita; se revisan la acción de precario, construida por los tribunales sobre el inciso segundo del art. 2195; la acción meramente declarativa o de certeza de dominio; la acción innominada de restitución y la acción constitucional de protección. Se destaca el papel central de la jurisprudencia, con apoyo de la doctrina, en la creación y delimitación de estos remedios, así como las incertidumbres que subsisten mientras esas reglas terminan de asentarse.

Palabras clave: propiedad, acción reivindicatoria, precario, posesión inscrita, acción de mera certeza, recurso de protección.

Abstract: This paper examines, from a historical standpoint, the evolution of the actions available under Chilean law for the protection of ownership. Alongside the reivindicatory action, the only one originally provided by the *Civil Code* and whose scope has been redefined by case law in connection with the theory of registered possession, the paper reviews the precarium action, built by the courts upon the second paragraph of art. 2195; the merely declaratory action, or action for certainty of ownership; the innominate action for restitution; and the constitutional action for the protection of property. It underscores the cen-

* Abogado, Universidad de Concepción. Doctor en Derecho por la Universidad de Toulouse, Francia. Profesor de Derecho Civil de la Universidad del Desarrollo. Profesor emérito de la Universidad de Concepción. Correo electrónico: rda@entelchile.net

tral role of case law, supported by legal scholarship, in creating and shaping these remedies, as well as the uncertainties that remain while the rules thus formed become settled.

KEYWORDS: ownership; reivindicatory action; precarium; registered possession; action for mere certainty; constitutional action for protection.

Se ha preferido, para abordar esta cuestión, hacer un examen histórico de la evolución de las acciones que sirven para proteger el derecho de propiedad, porque la situación actual es muy distinta de la que fuera con la sola dictación del *Código Civil*.

En efecto, bajo la sola vigencia del *Código Civil*, solo existía una acción destinada a la protección del derecho de propiedad, como es la acción reivindicatoria definida en el art. 889 de esa codificación; pero paulatinamente se han ido creando nuevas acciones para esa protección, en su mayoría, de origen jurisprudencial con apoyo doctrinario.

La misma acción reivindicatoria ha tenido también evolución a través del tiempo, aunque su reglamentación legal no ha tenido modificación alguna.

I. La acción reivindicatoria

Esta es la acción que, por esencia, está destinada a la defensa del titular del derecho de propiedad frente a la privación de posesión que puede sufrir por acto de terceros. Pero en su aplicación práctica ha sufrido evoluciones en el tiempo, en especial cuando recae sobre inmuebles.

En efecto, en atención a la aplicación absoluta de la teoría de la posesión inscrita que se sostuvo durante largo tiempo, de acuerdo con la cual, tratándose de inmuebles la inscripción del título del poseedor es requisito, prueba y garantía de la posesión, el dueño de un inmueble debía tener inscrito el bien en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces a su nombre y, por consiguiente, no procedía la acción reivindicatoria en contra el ocupante material del inmueble porque este no es poseedor, ya que la posesión la detentaría el dueño que tiene inscripción a su nombre. De este modo, como la detentación material por un tercero no le hacía perder la posesión de ese bien, la reivindicación en contra del poseedor material no era procedente, pues el art. 895 del *Código Civil*, ordena que la acción reivindicatoria debe dirigirse en contra del poseedor y de acuerdo con aquella teoría, el ocupante material no era poseedor.

Esta posición se mantuvo hasta hace veinte años[1] y tuvo apoyo en alguna doctrina relativamente reciente[2]: la reivindicación procede en contra del actual poseedor y el detentador material no lo es porque carece de inscripción.

¿Qué podía hacer el dueño que tiene inscripción a su nombre en contra del ocupante material?

Una buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia resolvía la cuestión entendiendo que en ese caso podía recurrirse a lo que, para algunos, sería una acción autónoma llamada "acción contra el injusto detentador", que estaría dispuesta en el art. 915 del *Código Civil*, cuya naturaleza jurídica ha sido muy discutida[3]. Pero esta acción solo emanaba de una particular interpretación de esa disposición y no sería una forma especial de reivindicación, ya que, si así fuese, estaría contemplada en el párrafo tercero del título XII del libro II del *Código Civil* y no al final de las reglas de la reivindicación. Esta regla viene siendo discutida, aun en tiempos recientes, puesto que su interpretación nunca ha sido clara. Ella especifica que:

> "las reglas de este título (es decir las del Título XII del Libro II). Se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa sea mueble o inmueble, aunque lo haga a sin ánimo de señor".

¿Qué quiere decir esta regla? ¿Hay en ella la extensión de la acción reivindicatoria a un mero tenedor? ¿Hay solo aplicación de las normas de prestaciones mutuas propias de la reivindicación, al mero tenedor? ¿Hay allí una acción autónoma semejante a la reivindicación contra el tercer poseedor que se niega a restituir? La respuesta ha sido dispar y todas las hipótesis han sido defendidas.

Pero, también, se ha usado esa regla, hace algún tiempo, para dirigirse contra el poseedor material de un inmueble por parte del dueño, que tiene inscripción a su nombre, ante la supuesta inaplicabilidad de la reivindicación en ese caso; ello no obstante que ese poseedor material no es mero tenedor, porque no reconoce dominio al dueño con posesión inscrita.

Esta situación ha variado notablemente en los últimos años, porque la jurisprudencia ha modificado el alcance de la llamada posesión inscrita.

La Corte Suprema viene sosteniendo constantemente que la acción reivindicatoria es procedente en contra del detentador material de un inmueble porque, si bien la inscripción conservatoria cumple la función de solemnizar y asegurar la adquisición y conservación de la posesión, no es posible desenten-

[1] Corte de Apelaciones de Santiago (11/08/2003) p. 221.

[2] Véase Javier Barrientos, comentario citado, especialmente pp. 224 y 230; Rozas (2000) n.° 422, p. 375.

[3] Sobre ella, Tapia (2016) p. 405 y ss.

derse que la noción esencial de la posesión es la tenencia de una cosa que exige la concurrencia copulativa de dos presupuestos, uno de los cuales es la tenencia física o poder de hecho sobre el bien, de tal forma que si ella se ha perdido no cuenta con la posesión cabal e íntegra de la cosa, en los términos exigidos por el art. 700 del *Código Civil*, siguiéndose la doctrina de Friedrich Karl von Savigny, lo que hace procedente la acción reivindicatoria en contra del poseedor material. Así, ha podido resolverse que:

> "A fin de verificar la concurrencia o falta del presupuesto de la posesión del demandado –respecto de la acción reivindicatoria– debe tenerse en consideración que, tratándose de bienes inmuebles, esta pérdida de posesión puede producirse por la privación de la posesión inscrita solamente, conservándose la posesión material; por la pérdida de la posesión material, conservándose la posesión inscrita; o por carencia tanto de la posesión inscritas como de la material"

y

> "Si bien el inciso segundo del artículo 728 del Código Civil dispone que mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito no adquiere posesión de ella ni pone fin a la existente, tampoco puede esgrimir la recurrente que la falta de posesión inscrita a su nombre le impida ser sujeto pasivo de la acción reivindicatoria pues, como se ha visto, el requisito al que se refiere el artículo 889 del mismo código se satisface con una posesión material, como la declarada por los jueces del fondo"[4].

Esta solución implica entender la llamada teoría de la posesión inscrita en forma diversa a la clásica. La inscripción es garantía de posesión inmueble; pero la posesión siempre es la concurrencia de los dos elementos de *corpus* y *animus*, de forma que, si falta el primero, no se tiene íntegramente la posesión, de forma que si es un tercero el que tiene el bien materialmente, el dueño está en condiciones de usar de la reivindicación para obtener la posesión integral, es decir, la tenencia material de la cosa.

De este modo, ya no parece necesario recurrir a la supuesta acción especial del art. 915 y la acción reivindicatoria vuelve a ser la acción más propia para la defensa del derecho de dominio, como siempre debió serlo.

Pero ello no significa que la acción reivindicatoria haya recuperado plena vigencia y simplicidad.

[4] Véase Corte Suprema (07/06/2017) p. 70; Corte Suprema (17/08/2020) autos rol 24.827-2018; Corte Suprema (06/08/2024) autos rol 19.782-2023 entre otras

En efecto, ella mantiene dificultades prácticas que no la hacen simple. Así, como el art. 889 del *Código Civil* la define como la que tiene el dueño de una cosa singular, la jurisprudencia constante viene exigiendo que el demandante, en el caso de inmuebles, deba determinar y especificar de tal manera el bien que reivindica que no pueda caber dudas sobre su individualización. Si ello no se hace, la acción será desestimada y de aquí resulta que una gran parte de las acciones rechazadas lo sean por no haberse hecho con la precisión debida esta individualización. No obstante que se ha resuelto constantemente que:

> "al no singularizarse los bienes raíces cuya reivindicación se pretende en la demanda, ésta adolece de un vicio insalvable que hace imposible que el tribunal pueda resolver el litigio con pleno conocimiento de los hechos"[5];

a veces, se es menos exigente en la precisa individualización del bien reivindicado, cuando la acción se dirige a recuperar una porción de un inmueble de mayor extensión. Así se ha resuelto que la

> "dicha individualización no puede exigírsele la precisión que a quien demanda toda la propiedad, caso en el cual la exigencia no es sacramental y basta la indicación de aquellos hitos o parámetros de referencia que permitan situar el retazo dentro del bien raíz del que se dice forma parte"[6].

II. LA ACCIÓN DE PRECARIO

Ante las dificultades y controversias de la reivindicación, con creación puramente doctrinaria y jurisprudencial, surgió lo que hoy se conoce como acción de precario y respecto de la cual pudo llegar a decirse que terminó, en la práctica, por sustituir a la acción reivindicatoria.

Esta acción, como en toda creación doctrinal y especialmente jurisprudencial, aparece fundada en lo dispuesto en una regla legal, en el caso, el inciso segundo del art. 2195 del *Código Civil*. Esa es la norma que se aduce como conteniéndola; pero es lo cierto que es de creación jurisprudencial.

El art. 2195 inciso segundo dice, como se sabe: "Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño".

[5] Corte Suprema (06/04/2016) autos rol 7945-2015; Corte Suprema (26/05/2016) autos rol 28.881-2015.

[6] Corte Suprema (30/11/2016) autos rol 37.133-2015; Corte Suprema (23/05/2017) autos rol 70.795-2016.

El inciso primero define el llamado contrato de comodato precario, que es una particularidad del contrato de comodato; pero en el cual no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija plazo para su restitución. Se trata claramente de una variedad del contrato de comodato y, por lo mismo, las acciones que de él resultan son de naturaleza contractual. Luego, cuando el inciso segundo dice que también constituye precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, está asimilando en sus efectos ambas situaciones. El inciso primero trata de lo que, en sus precedentes, se denomina "contrato de precario", conocido en el derecho romano y en el antiguo derecho francés, al cual se refirió Robert Pothier en su *Tratado del préstamo de uso y del precario*. Pero el inciso segundo no tiene precedentes claros y, más bien, parece recoger una antigua tradición española que entendía la idea de precario a cualquier caso en que se posea una cosa ajena sin existir derecho para ello, reconociéndose al dueño, una acción de desahucio recogido luego en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, aclarada por la ley de 1877[7], norma que, según un ilustre magistrado español "haya deambulado por los ámbitos de nuestros ordenamientos civil y procesal como un fantasma jurídico"[8].

No hay allí ninguna acción real, como es la acción de precario que se conoce hoy.

Es solo a partir del año mil novecientos treinta que aparece en los anales jurisprudenciales la actual acción de precario. Es desde entonces que, poco a poco, la jurisprudencia, usando solo la letra del inciso segundo del art. 2195 empezó a construir una acción, semejante a la reivindicación; pero menos exigente y, por lo mismo, de uso más fácil y simple, acción que se desentiende de la naturaleza contractual del comodato precario y, por ello, olvida el adverbio 'también' del inciso segundo, que implica asimilación, igualdad de una cosa con otra ya nombrada. La acción de precario, de carácter real, pasa a distinguirse de la acción de comodato precario de índole contractual, aunque, a veces, en la práctica, los litigantes confundan la denominación, no obstante lo cual, se ha resuelto que:

> "la circunstancia de haber denominado el demandante su acción como de 'comodato precario' no altera la sustancia de la acción de precario verdaderamente ejercida"[9].

[7] Es el art. 1565 de esa ley y que decía: "Procederá el desahucio y podrá dirigirse la demanda: 3) Contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuera requerida con un mes de anticipación para que la desocupe".

[8] Son las expresiones del magistrado Juan Latour Brotons en la introducción en su artículo "El precario", p. 1065.

[9] Corte Suprema (11/04/2017) autos rol 17.686-2016.

La evolución jurisprudencial de esta acción ha sido expuesta por la doctrina nacional y aquí solo interesa destacar lo que la jurisprudencia ha hecho en torno a ese inciso, a veces en forma contradictoria, como ocurre necesariamente en la creación jurisprudencial de la regla jurídica, hasta que esta se fija por la repetición de las sentencias en el mismo sentido.

Como bien dice un autor, para referirse a la acción de precario, hasta los años treinta del siglo pasado "a nadie se le habían ocurrido ponerla en movimiento para pedir la restitución de un bien ocupado por un tercero"[10]; pero fueron justamente los avatares de la reivindicación en relación con la teoría de la posesión inscrita para enderezarla contra el mero detentador material, la que llevó a esta creación. A ello debía agregarse la dificultad que impone el art. 893 de una prueba acuciosa, completa y difícil, del dominio como causa de la acción reivindicatoria.

Nacida, pues, por vía jurisprudencial, la acción de precario desplazó, en la práctica, a la acción reivindicatoria. Y lo hizo porque la jurisprudencia la diseñó con caracteres más simples. Desde luego, ella le ha dado carácter de acción real que emana del derecho de propiedad; pero sin exigirse para el actor, sino una prueba simple y sumaria de su dominio, bastando, en el caso de inmuebles, según la jurisprudencia mayoritaria, con la exhibición de la inscripción dominical a nombre del demandante y hecha esa prueba, será el demandado el que cargará con la carga de probar el título que legitima su tenencia, llegándose a presumir la mera tolerancia si no existe tal prueba.

Más aún, la jurisprudencia llegó a resolver unánimemente que a esta acción debía aplicarse el procedimiento sumario ordenado por el art. 680 n.° 6 del *Código de Procedimiento Civil* para las acciones sobre comodato precario, luego de la modificación a esa regla por la Ley n.° 7760, a diferencia de la reivindicación que requiere el largo juicio ordinario.

La Ley n.º 21461 de 30 de junio de 2022 modificó ese procedimiento, dando mayor eficacia a la acción de precario y reconociendo expresamente su existencia, para permitir aplicarle un procedimiento monitorio que incorpora una medida precautoria de restitución anticipada del bien objeto de la acción, aunque la reforma puede no llegar a ser tan beneficiosa para el demandante si el demandado opone una excepción perentoria, pues en ese caso, termina el procedimiento monitorio y el dueño será obligado a iniciar un juicio ordinario[11], aunque esta conclusión podría discutirse, puesto que se podría seguir usando el procedimiento sumario invocando la necesidad de un procedimiento rápido para recuperar la tenencia de la cosa.

[10] Domínguez (1961) p. 749.

[11] Véase Domínguez Benavente y Domínguez Hidalgo (1991) p. 98 y ss. Sobre ello Alcalde (2024).

El carácter jurisprudencial de esta acción, determina, sin embargo, ciertos aspectos que no quedan bien asentados y que han variado en el tiempo. Es lo que ocurre con toda regla creada por la jurisprudencia. La regla jurídica se va decantando con el tiempo, a medida que se dictan sentencias, a veces contradictorias, hasta que se llega a la concretización final de la regla mediante lo que Philippe Jestaz califica como "la jurisprudencia constante de la Corte de Casación". El eminente autor dice bien: "la jurisprudencia constante es la expresión consagrada para designar una regla jurisprudencial, ella misma consagrada"[12]. Pero hasta que se produzca esa consagración reinarán incertidumbres. La jurisprudencia, dice Philippe Jestaz: "como el mar, no cesa de moverse: ella puede subir, descender e incluso permanecer quieta". Cuando sube es porque se trata de una regla en formación, pero de la que hay tener desconfianza, cuando desciende es porque corresponde a una solución que está siendo abandonada y cuando está quieta es porque la regla ya se formó.

Es lo que ocurre con la acción de precario, que aún no termina por decantarse. Aquí se trata de una jurisprudencia que sube. Así, la acción de precario pretende fundarse en el art. 2195 inciso final y este determina que ella requiere que el demandado tenga el bien objeto de dicha acción "sin previo contrato", es decir, este demandado, para oponerse a la petición de restitución, debería invocar y probar la existencia de un contrato que justifique la tenencia, aunque no derive del dueño. Mas la jurisprudencia ha entendido que, para la procedencia de la acción se requiere que el tenedor no tenga un título que le autorice a permanecer en el bien objeto del precario y ello determina que no solo vale que pruebe un contrato que le autorice dicha tenencia, sino que puede invocar, incluso, situaciones de hecho que le han permitido acceder al bien. La expresión "sin previo contrato" ha sido entendida, entonces, como equivalente a "carente de un título" que justifique la ocupación y ese "título" se entiende de la forma más amplia[13].

Así, son numerosas las sentencias que entienden que el demandado tiene un título que justifica la tenencia derivado de alguna relación de familia. De este modo, la calidad de cónyuge al tiempo en que se inició la ocupación resulta siendo un título suficiente para justificar la ocupación[14], ya que si el inmueble fue el hogar común la permanencia en él, del cónyuge que no es su dueño, no se debe a ignorancia ni a mera tolerancia del otro cónyuge que sí es el dueño. Y hay quienes entienden que lo mismo cabe aplicar en el caso de convivientes civi-

[12] Jestaz (2004) p. 113 et ss.

[13] Sí y limitándose a sentencias más recientes: Corte Suprema (23/04/2025) autos rol 31.896; Corte Suprema (12/2/2025) autos rol 4681-2024; Corte Suprema (21/01/2021) autos rol 2570-2021.

[14] Véase Corte Suprema (31/01/2020) autos rol 16.958-2019.

les[15]. La calidad de hijo que han continuado viviendo en la casa familiar también se ha entendido que sirve de título justificativo[16]. También se ha resuelto que la autorización dada por una abuela que entonces era dueña de un inmueble, es título suficiente para el nieto que sigue ocupando el inmueble[17]. La calidad de cuñado de la dueña de un inmueble ha servido para justificar el título de ocupación[18]. Todavía más, la Corte Suprema ha resuelto que es título justificante, la autorización de ocupación dada por un dueño anterior al demandante[19].

La existencia de un contrato de promesa de compraventa ha dado lugar a sentencias disímiles para justificar la tenencia en acciones de precario. Algunas sentencias entienden que ese contrato sirve de título para la ocupación[20], pero en otras no se acepta como título justificante, si ella se celebró con dueño anterior al demandante[21].

En suma, subsiste en esta acción aspectos no consolidados respecto al título que justificaría la tenencia y que haría obstáculo a su admisión, cuestión que ha sido examinada por doctrina reciente. Bien dice un autor, sobre ello:

> "De los múltiples problemas que suscita el discreto texto del dicho inciso (2° del art. 2195), el principal es el relativo al antecedente que esgrime quien detenta materialmente la cosa con el objeto de enervar la acción de precario"[22].

III. Acción meramente declarativa o de certeza de dominio

El derecho procesal reconoce diferentes modos de pretender y, por ello, distingue las acciones de condena, las acciones constitutivas, las acciones ejecutivas y las acciones de mera declaración.

En el caso de la acción meramente declarativa o de mera certeza, como también se les denomina, su función es "eliminar la incertidumbre en torno a la existencia o inexistencia de una relación jurídica" y mediante ella:

---

[15] Arévalo y Lulle (2024) p. 92. En ese sentido, Corte Apelaciones de Chillán (10/10/2025) autos rol 531l-2025; Corte Suprema (23/04/2025) autos rol 4681-2024.

[16] Corte Suprema (20/06/2017) autos rol 10.261-2017.

[17] Corte de Apelaciones de San Miguel (21/06/2023) autos rol 1411-2022.

[18] Corte de Apelaciones (05/11/2025) autos rol 595-2025.

[19] Corte Suprema (14/09/ 2022) autos rol 71.828-2021.

[20] Corte Suprema (25/03/2013) autos rol 2489-2012; Corte Suprema (19/12/2012) autos rol 7166-2022.

[21] Corte Suprema (29/11/2017) autos rol 248-2017; Corte Suprema (19/07/2017) autos rol 38.353-2016.

[22] Véase De la Maza (2024) p. 351 y ss.

> "se pide por el actor la declaración de existencia o inexistencia de una determinada situación jurídica, limitándose el juez, si concurren los presupuestos para ello, a reconocerla de forma positiva o negativa como tal"[23].

El gran procesalista italiano Giuseppe Chiovenda decía que esta función es "la más delicada, más elevada y más autónoma del proceso civil"[24].

Estas acciones de mera certeza son comunes en el derecho comparado y no solo en los de raíz romanista, sino, incluso, en el *common law*, el que conoce la *action of declarator o declaratory judment*[25]. Las reconoce hoy el derecho procesal español[26] y son comunes desde hace tiempo en el derecho italiano[27] y en el derecho francés[28].

En Chile, sin embargo, no existe regla procesal alguna que consagre en forma genérica acciones de mera certeza o declarativas. La doctrina cita, como excepción, la acción de jactancia del art. 269 y siguientes del *Código Procesal Civil*. Con todo, poco a poco se ha ido reconociendo, por simple vía jurisprudencial, la acción meramente declarativa o de certeza para poner fin a un estado de incertidumbre jurídica en diversas situaciones[29].

No obstante, la posibilidad de deducir una acción meramente declarativa en protección del dominio no había sido aceptada por la Corte Suprema sino en tiempos muy recientes. En sentencia de 4 de agosto de 2015, el máximo tribunal no aceptó que se acogiera una acción de esta especie en caso de disputa sobre el dominio de un predio forestal y resolvió que una discusión relativa al derecho real de propiedad

> "debe ser encauzada mediante los mecanismos que para tales fines el legislador ha establecido, más cuando se trata de bienes inmuebles sujetos a un sistema registral debidamente reglamentado"

y que lo procedente es la acción reivindicatoria[30].

Pese a ello, la misma Corte ha terminado por reconocer la acción meramente declarativa respecto de un derecho real, resolviendo:

---

[23] Calderón (2008) p. 29.

[24] Chiovenda (1933) p. 3.

[25] Sobre ella, Sunderland (1917) p. 69 and ss.

[26] Sobre ello, Calderón (2008). La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, las reconoce expresamente.

[27] Véase Chiovenda (s/f) p. 212 y ss..

[28] Véase Borchard (1938).

[29] Sobre ello, Romero (2014) p. 47 y ss.; Rivero (2019) pp. 89-130.

[30] Corte Suprema (04/08/2015) autos rol 10.840-2024.

> "La doctrina y la jurisprudencia la han entendido como aquella por la cual el dueño de una cosa busca que su derecho de propiedad sobre ella sea reconocido frente a quien lo niega, desconoce o perturba inmaterialmente y como toda acción propiamente declarativas, persigue no una condena del demandado ni la constitución de nuevas relaciones jurídicas o la alteración de un estado de hecho preexistente, sino la declaración de una determinada relación de derecho puesta en dida o discutida, es decir, busca que se aclare la existencia de un determinado derecho y, en suma, el establecimiento de certeza jurídica sobre una determinada cuestión"[31].

Ha precisado, también, que esta acción se diferencia de la reivindicación porque con ella no se busca la restitución de una posesión, sino solo la declaración judicial de propietario, poniéndose fin a un estado de incertidumbre jurídica frente a quien desconoce la calidad de dueño del actor y que no es poseedor del mismo.

Se entiende que, para la procedencia de esta acción meramente declarativa, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) que exista una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia, alcance o modalidades de un derecho o relación jurídica que puedan producir un perjuicio o lesión;
b) que quien tiene esta incertidumbre adquiera el carácter de parte en el proceso que promueve, es decir, que tenga un interés legítimo;
c) que dirija la acción en contra de quien cuestiona el derecho o situación jurídica o quien se atribuye este mismo derecho o un estatuto jurídico determinado[32].

No existe un reconocimiento expreso de esta acción; pero su existencia se deriva del principio de inexcusabilidad que rige a los tribunales de acuerdo con el art. 10 inc. 2 del *Código Orgánico de Tribunales* y 76 inc. segundo de la *Constitución Política de la República* unidos a lo que resulta de los arts. 2195 inc. 2, 915 y 582 del *Código Civil* y arts. 269 a 272 del *Código de Procedimiento Civil*[33].

Este reconocimiento jurisprudencial de la acción de mera certeza ha sido precedido del aporte esencial de la doctrina civil[34].

[31] Corte Suprema (04/04/2025) autos rol 239810-2023.

[32] Corte Suprema (13/06/2024) autos rol 92.651-2021.

[33] Corte Suprema (11/03/2024) autos rol 19.609-2023.

[34] En especial, de Lathrop (2011) p. 3 y ss. cuya doctrina ha sido seguida por Peñailillo (2019) n.° 260 quater, p. 1390 y s.

IV. Acción innominada de restitución

Como en el actual derecho procesal, la acción no es necesariamente típica o nominada[35], se ha postulado, también, que sería posible admitir la acción de restitución, no prevista expresamente por las normas civiles[36]. Ella sería procedente en casos en que no se reúnan los requisitos y condiciones de otras acciones dirigidas en contra de un tenedor de un bien, caso en el cual el dueño podría sin más solicitar la restitución de su bien, teniendo como causa de pedir su derecho de dominio, en contra de quien la tiene contrariando ese derecho.

Esta acción innominada o atípica tendría su fundamento, incluso, en normas constitucionales, como el art. 19 n.° 24 que consagra el derecho de dominio y, por tanto, todos los medios para defenderlo, el principio de inexcusabilidad ya mencionado y en el art. 582 del *Código Civil*.

V. La acción constitucional de protección del derecho de dominio

Una de las más grandes creaciones jurídicas en Chile ha sido la del recurso de protección de garantías constitucionales. Ella data del Acta Constitucional n.° 3 del año 1976, hace casi cincuenta años; pero ella significó una verdadera revolución en la garantía de los derechos constitucionales para ponerlos al abrigo de todo menoscabo o atentado de que pudieran ser objeto, sea que estos provinieren de actos de particulares o de órganos del propio Estado.

Ese recurso es recogido por el art. 20 de la *Constitución* de 1980. No se expondrán aquí sus orígenes que han sido de sobra analizados. El libro del eminente académico Eduardo Soto Kloss sobre este recurso es bastante para ello.

Pero interesa aquí exponer, en algunas líneas, su carácter de acción protectora del derecho de propiedad o dominio, ya que este derecho es señalado en ese art. 20, como uno de los objetos del recurso de protección.

Dicha disposición constitucional es muy genérica al consagrar este recurso. Se limita a ordenar que aquel que por causa de actos u omisiones arbitrarios ilegales sufra privación, perturbación o amenazas en el ejercicio legítimo del derecho, en este caso de dominio, puede recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva para que esta adopte las medidas necesarias para la protección del afectado y el restablecimiento del derecho. Pero la reglamentación de este recurso fue entregada a la Corte Suprema, la que lo ha hecho mediante un auto acor-

[35] Véase Romero (2014) p. 37.

[36] Véase Peñailillo (2019) n.° 260 tre, p. 1387 y ss.

dado que ha tenido varias versiones. Mas ese auto acordado se limita a establecer los aspectos procesales que reglan la tramitación del recurso. Siendo, entonces, muy genérica la noma que lo establece, es la jurisprudencia la que ha ido delineando los requisitos y condiciones de fondo que permiten aducirlo como protección del derecho de dominio.

Una primera cuestión que debe destacarse, en lo que concierne al derecho de propiedad, es la enorme amplitud con la que este derecho ha venido siendo concebido por la jurisprudencia.

En efecto, desde que el art. 19 n.° 24 de la C*onstitución* consagra "el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales", la jurisprudencia constante, tanto de la Corte Suprema como de las Cortes de Apelaciones, ha entendido que ello significa concebir que el derecho de dominio o propiedad no solo debe ser concebido de acuerdo con la definición del art. 582 del C*ódigo Civil* sino de un modo tan amplio, que la protección constitucional alcanza por la vía del derecho de propiedad, a derechos personales, a situaciones jurídicas, incluso a derechos de la personalidad. El silogismo usado para ello es primario: si el derecho de propiedad alcanza a las cosas incorporales, todas ellas merecen protección constitucional, puesto que toda forma de propiedad está garantizada por la C*onstitución*. Así, entonces, el derecho de un alumno para proseguir sus estudios es una propiedad suya que ha de ser protegida, el prestigio o la honra de una persona es un derecho de esta y, por lo tanto, tiene para protegerlo, el amparo del recurso de protección, un cargo o empleo público se convierte en derecho de propiedad y amparable por ese recurso. El médico tiene un derecho de dominio sobre su propio prestigio, de forma que el hecho que lo vulnera es un atentado a esa propiedad. El derecho que emana de una resolución judicial, es una cosa incorporal y, por ende, existe derecho de propiedad sobre ella, lo que permite su amparo constitucional. Solo se mencionan algunos casos curiosos. Pero los ejemplos serían abundantes Es lo que ya en 1991, el académico Alejandro Bergara Blanco denunciaba como la propietarización de los derechos y posteriormente el recordado Alejandro Guzmán Brito denominaba "la inflación de los derechos". De ese modo, la distinción que hace el C*ódigo Civil* entre derechos reales y derechos personales resulta curiosamente borrada, desde que sobre los derechos de crédito existiría un derecho de propiedad.

Pero ha sido la misma jurisprudencia la que, por otra parte, ha restringido el recurso de protección, al establecer que el recurrente debe aducir un derecho de propiedad indubitado. Ello tiene como consecuencia que la acción constitucional no es admisible si ella incide en una controversia sobre la titularidad del derecho de domino. Así, entonces, la protección solo se refiere a actos o hechos que afectan al ejercicio de ese derecho o vulneran el *statu quo* existente.

Tampoco sirve para declarar derechos, desde que el actor ha de tener un derecho indubitado[37].

Por último, una observación procesal. Esta acción constitucional fue pensada como una de urgencia y de naturaleza cautelar y, por ello, el auto acordado sobre su tramitación suponía un procedimiento sumarísimo y, por lo mismo, breve. De allí que la sentencia debía ser dictada dentro del quinto día hábil después de la vista del recurso. Ello se cumplió a cabalidad durante varios años: pero esa realidad ya no existe. El recurso se ha transformado en una acción sin tiempo previsto para su duración. Es que, como decía el Ramón Domínguez Benavente, el tiempo de los jueces no es el mismo tiempo que el de las demás personas.

Bibliografía

Alcalde Silva, Jaime (2024): "Las consecuencias sustantivas del procedimiento monitorio aplicable al simple precario ¿Una reconfiguración de su régimen jurídico?", en Domínguez Hidalgo, C. (dir. y ed.); Alcalde Silva, J.; Carvajal Ramírez, P. y Goldenberg Serrano, J.L. (eds.), *Estudios de derecho civil XVII. XIX Jornadas Nacionales de Derecho. Villarrica 2023* (Santiago, Thomson Reuters).

Arévalo Ayala, Patricio y Lulle Navarrete, Philipe (2024): *Tratado práctico del precario* (Santiago, El Jurista).

Borchard, Edwin M. (1938): "Les développements récents du jugement déclaratoire", in *Etudes en l' honneur d'Eduard Lambert*, t. 2 (Paris, Librairie de la Société Anonyme du Recueil Sirey).

Calderón Cuadrado, María Pía (2008): *Tutela civil declarativa* (Valencia, Tirant lo Blanch.

Chiovenda, Giuseppe (1933): "Azioni e sentenze di mero acertamento", *Riv. Di Diritto Provessuales.*

Chiovenda, José (s/f.): *Principios de derecho procesal civil*, t. 1 (Madrid, Reus).

De la Maza, Iñigo (2024): "El antecedente que justifica la detentación material en la acción de precario ante la Corte Suprema: el síntoma, el diagnóstico y la cura", en Domínguez Hidalgo, C. (dir. y ed.); Alcalde Silva, J.; Carvajal Ramírez, P. y Goldenberg Serrano, J.L. (eds.), *Estudios de derecho civil XVII. XIX Jornadas Nacionales de Derecho. Villarrica 2023* (Santiago, Thomson Reuters).

Domínguez Benavente, Ramón (1961): "El precario", *Revista de Derecho Español y Americano,* año VI, n.° 27.

[37] Véase Corte de Apelaciones de Temuco (14/10/2025) autos rol 1571-2025.

Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Hidalgo, Carmen Aida (1991): "Lo que la jurisprudencia se llevó", *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), vol. lix.

Jestaz, Philippe (2004): "La jurisprudence constante de la cour de cassation", in Jestaz, P., *Autour du Droit Civil* (Paris, Dalloz).

Lathrop Gómez Fabiola (2011): "Procedencia de la acción meramente declarativa del dominio en el derecho chileno", *Ius et Praxis*, año 17, n.° 2

Latour Brotons, Juan (1959): "El precario", *Revista de Derecho Privado*.

Peñailillo Arévalo, Daniel (2019): *Los bienes* (Santiago, Thomson Reuters).

Rivero Hurtado, Renée Marlene (2019): "La tutela meramente declarativa o de mera certeza y su reconocimiento en el sistema procesal civil chileno", *Ius et Praxis*, año 25, n.° 1: pp. 89-130.

Romero Seguel, Alejandro (2014): *Curso de derecho procesal civil*, tomo I (Santiago, Thompson Reuters, segunda edición).

Rozas Vial, Fernando (2000): *Los Bienes* (Santiago, Lexis Nexis, segunda edición).

Sunderland, Edson R. (1917): "A modern evolutios in remedial rignts- then declaratory judments", *Michigan Law Review*, No. 16.

Tapia Rodríguez, Mauricio (2016): "Reivindicación contra el injusto detentador. El controvertido y enigmático artículo 915 del Código Civil, en Universidad de Concepción, Departamento de Derecho Privado, *Estudios de Derecho Civil*. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2015 t. xi (Santiago, Thomson Reuters).

Jurisprudencia

Corte Apelaciones de Chillán (10/102025) autos rol 531-2025.

Corte de Apelaciones de Chillán (05/11/2025) autos rol 595-2025.

Corte de Apelaciones de San Miguel (21/06/2022) autos rol 1411-2022.

Corte de Apelaciones de Santiago (11/08/2003), comentada en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 4, por Javier Barrientos.

Corte de Apelaciones de Temuco (14/10/2025) autos rol 1571-2025.

Corte Suprema (19/12/2012) autos rol 7166-2022

Corte Suprema (25/03/2013) autos rol 2489-2012.

Corte Suprema (04/08/2015) autos rol 10.840-2024.

Corte Suprema (06/04/2016) autos rol 7945-2015.

Corte Suprema (26/05/2016) autos rol 28.881-2015.

Corte Suprema (30/11/2016) autos rol 37.133-2015.

Corte Suprema (11/04/2017) autos rol 17.686-2016.

Corte Suprema (23/05/2017) autos rol 70.795-2016.
Corte Suprema (07/06/2017) *Gaceta Jurídica*, n.° 444.
Corte Suprema (20/06/2017) autos rol 10.261-2017.
Corte Suprema (19/07/2017) autos rol 38.353-2016.
Corte Suprema (29/11/2017) autos rol 248-2017.
Corte Suprema (31/01/2020) autos rol 16.958-2019.
Corte Suprema (17/08/2020) autos rol 24.827-2018.
Corte Suprema (14/09/2022) autos rol 71.828-2021.
Corte Suprema (11/03/2024) autos rol 19.609-2023.
Corte Suprema (13/06/2024) autos rol 92.651-2021.
Corte Suprema (06/08/2024) autos rol 19.782-2023.
Corte Suprema (04/04/2025) autos rol 239810-2023.
Corte Suprema (23/04/2025) autos rol 31.896.
Corte Suprema (23/04/2025) autos rol 4681-2024.

LES RENOUVELLEMENT DE LA PROPRIÉTÉ PAR LA RECONNAISSANCE DES BIENS COMMUNS EN FRANCE

RENOVACIÓN DE LA PROPIEDAD MEDIANTE EL RECONOCIMIENTO DE BIENES COMUNES EN FRANCIA

RENEWAL OF PROPERTY THROUGH THE RECOGNITION OF COMMON GOODS IN FRANCE

Judith Rochfeld*

Résumé: L'article retrace l'évolution de la reconnaissance, dans le droit positif français, non d'une catégorie générique de "biens communs", mais de qualifications et manifestations diverses de cette notion. Cell-ci revient à admettre des nuances aux caractères exclusif et absolu de la propriété privée –le "propre"– en intégrant, dans les prérogatives sur le bien, la considération d'autres intérêts –communs– que celui individuel du propriétaire, soit une dimension collective à l'égard de l'objet considéré. Cette considération peut prendre la forme de "charges" dans un intérêt commun –environnemental ou culturel par exemple–, voire de l'octroi d'un droit d'usage individuel ou collectif. Cette introduction de l'intérêt commun dans la propriété peut être imposée, mais il peut également être choisi, ainsi qu'en témoigne l'introduction récente en droit français de l'obligation réelle environnementale ou la pratique de la fiducie environnementale.

Mots-clés: propriété, biens communs, chose commune, patrimoine commun, intérêts communs, beni comuni, obligation réelle environnementale, fiducie environnementale

* Professeure de droit privé à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Institut de recherche juridique de la Sorbonne.

Resumen: El artículo repasa la evolución del reconocimiento, en el derecho positivo francés, no de una categoría genérica de "bienes comunes", sino de diversas calificaciones y manifestaciones de este concepto. Esto equivale a admitir matices en los caracteres exclusivos y absolutos de la propiedad privada –lo "propio"– al integrar, en las prerrogativas sobre el bien, la consideración de otros intereses –comunes– distintos del interés individual del propietario, es decir, una dimensión colectiva con respecto al objeto en cuestión. Esta consideración puede adoptar la forma de "cargas" en aras de un interés común –medioambiental o cultural, por ejemplo–, o incluso de la concesión de un derecho de uso individual o colectivo. Esta incorporación del interés común a la propiedad puede ser impuesta, pero también puede ser voluntaria, como lo demuestran la reciente introducción en el derecho francés de la obligación real medioambiental o la práctica del fideicomiso medioambiental.

Palabras clave: propiedad, bienes comunes, cosa común, patrimonio común, intereses comunes, *beni comuni*, obligación real medioambiental, fideicomiso medioambiental

Abstract: The article traces the evolution, in French positive law, not of a generic category of "commons", but of various classifications and manifestations of this concept. This amounts to acknowledging nuances in the exclusive and absolute nature of private property –the "own"– by incorporating, into the rights over the property, consideration of other interests –communal interests– distinct from the individual interest of the owner; that is, a collective dimension with respect to the object in question. This consideration may take the form of "encumbrances" in the interest of the common good –environmental or cultural, for example– or even the granting of a right of individual or collective use. This incorporation of the common interest into property rights may be imposed, but it may also be voluntary, as demonstrated by the recent introduction into French law of the environmental real obligation or the practice of environmental trusts.

Keywords: property, common property, common asset, common heritage, common interests, beni comuni, environmental real obligation, environmental trust.

Le premier projet de réforme de la Constitution chilienne, rejeté par referendum le 4 septembre 2022, présentait, entre autres, plusieurs articles portant reconnaissance des biens communs, notamment de l'eau comme bien commun.

La notion n'est pas inconnue en France. On peut avoir plusieurs définitions de la notion mais, dès l'abord, il faut de suite relever que le terme de bien commun ne renvoie pas, en droit positif français, à une catégorie générique. On peut néanmoins proposer de définir les biens communs comme:

- des biens, c'est-à-dire des choses appropriées, sur lesquels s'exerce une propriété privée ou publique,
- associés, ou plus exactement affectés, au service d'un intérêt commun, soit l'intérêt de la communauté nationale ou internationale, ou d'une communauté plus restreinte, intérêt qui peut être d'usage ou de préservation de la ressource en question (pour des usages présents ou futurs dans ce cas).

Plus largement, dans un recherche collective menée pour formuler des propositions de réformes en droit des biens, selon une "échelle de communalité" –le Rapport s'intitule "Echelle de communalité - Proposition de réforme pour intégrer les biens communs en droit"–, nous avions avancé une définition de la "communalité" (et non plus des seuls biens communs), selon 2 critères:

- l'affectation d'une ressource à un intérêt commun;
- l'absence de possibilité d'exclure autrui de certaines utilités des choses concernées, soit l'absence d'exclusivité.

Cette échelle de communalité embrassait en conséquence:

- les choses communes, choses inappropriables –"qui n'appartiennent à personne"–, mais dont l'usage est "commun à tous", selon les termes de l'article 714 du C*ode civil* français;
- les biens communs précédemment évoqués;
- jusqu'à ce que l'on appelle les "communs", compris dans la définition donnée par Elinor Ostrom et son Ecole de Bloomington, à savoir:
  - une ressource ou un ensemble de ressource dont on peut difficilement exclure autrui;
  - un ensemble de droit distribués entre plusieurs personnes –les droits d'accès, d'usage, de prélèvement, d'exclusion, de gestion, d'aliénation–, composant le faisceau de droits (*bundle of rights*) de la conception états-unienne réaliste de la propriété développée par certains auteurs au début du XIX^{e} siècle, selon donc une théorie relationnelle de la propriété où plusieurs personnes se partagent les utilités d'un bien;
  - et, surtout, un gouvernement de la ressource par la communauté intéressée selon des règles qu'elle se donne (d'où la création d'une institution et de l'appellation de théorie néo-institutionnaliste).

[Le tout paraît compliqué mais l'on peut par exemple se référer à l'habitat participatif, reconnu en France par la loi dite ALUR de 2014, qui consiste,

pour un ensemble de ménages à trouver un terrain, à concevoir des logements sur mesure en les adaptant aux besoins et au goût de chacun, et à imaginer une manière de vivre ensemble selon des valeurs partagées et des règles de vie de la communauté.]

A cette étape, on peut donc faire le constat qu'il existe divers agencements autour de la propriété, afin que celle-ci intègre la question de droits d'accès, d'usage et/ou d'une protection au bénéfice de tiers, en général à l'égard de biens "affectés" que l'on considère comme essentiels pour la vie ou la survie de l'espèce humaine.

Il va de soi que la reconnaissance de toutes ces figures bouleverse –ou fait évoluer– la propriété, selon une dialectique renouvelée du propre et du commun:

- au sens de l'article 544 du *Code civil*, celle-ci est définie, en France, comme "le droit de jouir et disposer des choses *de la manière la plus absolue*, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements"; le texte fut interprété pendant tout le XIX[e] comme renvoyant à une maîtrise directe sur la chose, non seulement absolue mais également exclusive et perpétuelle = *comme un "propre" selon les termes du juriste français Pothier*;
- intégrer l'idée de biens communs revient à nuancer ces caractères exclusif et absolu en intégrant, dans les prérogatives sur le bien, la considération d'autres intérêts –communs– que celui individuel du propriétaire, soit une dimension collective à l'égard de l'objet considéré; cette considération peut même aller dans certains cas jusqu'à accorder un usage ou des usages collectifs, ou faire prévaloir un intérêt de préservation plutôt qu'un libre usage ou une libre aliénation destructeur par le propriétaire = *c'est l'introduction du "commun"*.

On constate alors que les biens communs introduisent une nuance, et pour certains auteurs une contradiction, avec le propre: le propre est nuancé de commun.

Il faut néanmoins affiner l'analyse car cette nuance n'est pas toujours exacte. En effet, si l'on établit un petit bilan de l'évolution du cadre théorique de la propriété en France, et des admissions subies de l'irruption de l'intérêt commun dans cette dernière (I), on fera état de diverses techniques juridiques. Il ne faudra pas occulter, néanmoins, les évolutions qui se développent également pour permettre à un propriétaire non pas de subir cette irruption mais de la provoquer, d'introduire volontairement de l'intérêt commun dans sa propriété (II). Bien évidemment, on ne pourra pas traiter de l'ensemble des évolutions, massif et intervenant à différents niveaux normatifs et interprétatifs (constitutionnel et législatif par exemple). Pour donner des exemples pertinents dans l'un des champs où l'évolution se lit le plus, on se concentrera donc, par endroits –au moins quant aux exemples–, sur la matière environnementale: étant donné

la raréfaction des "ressources" naturelles et les enjeux qui y sont liés, elle implique évidemment les plus gros changements.

I. L'irruption subie de l'intérêt commun dans la propriété

L'irruption d'un intérêt commun subi par un propriétaire s'effectue majoritairement dans le droit des biens spéciaux, soit que celui-ci fasse appel à une qualification générale portant le commun (1), soit qu'il associe explicitement un intérêt commun à des biens appropriés (2). On fera aussi état, à titre prospectif, de la tentative italienne d'avancer une définition générale et fonctionnelle des biens communs dans le C*ode civil* même (3).

I.1. L'identification des biens communs par leur intégration dans une qualification plus générale marquant le "commun"

On peut tout d'abord identifier un bien commun à l'utilisation, dans les textes ou les décisions, d'une grande qualification ouverte par la loi.

a) Les choses communes

C'est le cas de celle de choses communs, sur laquelle on passera rapidement. Elle est ancienne, issue du droit romain et consacrée à l'article 714 du C*ode civil* dans les termes suivants:

> "Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous.
> Des lois de police règlent la manière d'en jouir".

Cette catégorie juridique est particulière car elle renvoie au caractère inappropriable de certains éléments, d'une part, ainsi qu'à un régime d'ouverture de l'usage au bénéfice de tous.

Il n'y a donc pas d'articulation entre propriété –absente– et commun et, par ailleurs et en droit positif français, elle n'embrasse que de rares éléments:

- Les cours d'eau non domaniaux;
- L'air;
- L'atmosphère pour certains (en relation avec le système climatique);
- les œuvres de l'esprit sur lesquelles des droits patrimoniaux s'exerçait mais passées dans le domaine public.

En outre, sauf à en modifier le régime –ce que nous proposions dans le Rapport sur l'Échelle de communalité évoqué–, c'est une qualification qui peut conduire à ce que l'on nomme la "tragédie des communs": ouverte à tous et

sans gouvernement ou régulation, la chose commune s'épuisera sous l'usage de tous (au moins quand elle est matérielle et que ses usages sont rivaux).

[Elle a cependant eu le mérite, dans l'histoire, de porter une approche naturaliste du commun qui n'a plus cours: Dans une première vue, on peut considérer que des biens plus que d'autres se destinent à un usage collectif: l'eau, l'air, le fonds des mers, les constellations, le sous-sol. Mais cela ne signifie pas pour autant que l'approche par la ressource incline nécessairement vers une certaine conception naturaliste du commun qui s'attacherait à en dégager les caractéristiques].

b) Les patrimoines communs

On s'attardera davantage sur la qualification de "patrimoines communs", qui commence à déployer des effets en matière environnementale en droit positif français. Il faut noter au préalable que, comme en droit international, l'entrée d'un élément dans un "patrimoine commun" ne préjuge en rien de l'appropriation dont il est l'objet: il peut être approprié privativement, objet de propriété publique, non approprié, etc. Cette figure porte une affectation à un but et certains auteurs de la doctrine française l'assimilent à la superposition de maîtrises différentes: celle d'un domaine universel qui concurrencerait le domaine propriétaire (F.G. Trébulle, G. Leray, S. Journet).

La qualification concerne le territoire (art. L. 101-1 du *Code de l'urbanisme*), la langue (loi n° 94-665 du 4 août 1994, "la langue française est un élément fondamental de la personnalité et du patrimoine de la France"), mais surtout des éléments environnementaux ou culturels.

En matière environnementale, les composantes du "patrimoine commun" sont ainsi définies par une loi spéciale, l'article L. 110-1 du *Code de l'environnement*:

> "I.- Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sons et odeurs qui les caractérisent, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation".

Cela aurait normalement pour conséquence de faire appliquer les principes associés à cette qualification: de conservation, de prévention, etc.

La qualification est pourtant longtemps restée symbolique, avant que le Conseil constitutionnel français lui fasse produire des effets, sur le fondement du préambule de la Charte constitutionnelle de l'environnement de 2005 qui l'évoque ("l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains"): dans une décision très remarquée du 31 janvier 2020, il a estimé constitutionnelle une loi interdisant l'exportation de produits phytosanitaires interdits en France –c'esy-à-dire a posé une limite à la liberté d'entreprendre–, au nom de l'objec-

tif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement, "patrimoine commun des êtres humains", soit même hors les frontières françaises.

On notera que la notion n'implique pas de modification des titulaires de la propriété ou de la souveraineté, ni n'accordent de droits aux personnes désignées comme affectataires. Bien davantage, elle maintient le titulaire originaire et insiste "seulement", par l'affectation, sur une préoccupation de protection pouvant venir nuancer les gestion et circulation classiques de(s) élément(s) concernés. Dans cette figure, il y a en définitive superposition de l'appropriation (par un propriétaire juridique) et de l'affectation au bénéfice d'une communauté internationale, nationale ou régionale (pour l'Union européenne).

I.2. L'identification du "commun" par la consécration de l'intérêt commun

L'affectation à un intérêt se lit encore en France, toujours dans le droit des biens spéciaux, et ce quelle que soit la qualité publique ou privée des propriétaires, dans la reconnaissance d'une affectation à un intérêt commun particulier.

Il en va ainsi de la reconnaissance de l'intérêt culturel, dont la proclamation permet de dégager la catégorie des "biens culturels": le C*ode du patrimoine* français les définit comme des meubles ou immeubles revêtus d'un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, etc. (art. L. 1) et organise à l'égard de certains –les immeubles classés monuments historiques par exemple– des servitudes d'utilité publique, imposant diverses charges et obligations de conservation au propriétaire (articles L. 621-1 et suivants du C*ode du patrimoine*: il ne peut pas le réparer sans contrôle, le détruire, etc.).

On trouve aussi des marques de l'intérêt scientifique, comme dans la loi relative à la création et au patrimoine de 2016 qui a décidé pour cette raison de "nationaliser" les éléments qui, dans le sous-sol, présentent un intérêt scientifique, ainsi que les gisements mobiliers et immobiliers, les grottes, qu'ils soient issus de fouilles ou découverts fortuitement (mais la propriété de l'État prend le relais).

En matières environnementale et historique par ailleurs, la reconnaissance d'un préjudice objectif réparable à certains biens d'intérêts communs va aussi dans ce sens: l'article 1247 ouvre à la réparation des atteintes non négligeables aux écosystèmes et à leurs fonctions, ainsi qu'aux bénéfices collectifs des humains, tandis que, en matière culturel, les juges ont pu manier l'intérêt historique des biens pour reconnaître un préjudice "commun", sur le modèle du préjudice écologique dit "objectif", c'est-à-dire le "préjudice moral d'atteinte au patrimoine collectif" en matière archéologique par exemple, issu de la destruction de l'histoire commune par exemple (CA Montpellier du 1er décembre 2016: destruction de biens maritimes; mais paiement à l'État…).

[de façon générale, pour des auteurs: affectation des biens immobiliers à une protection de l'environnement; Réforme de droit belge, entrée en application le 1er sept. 2021 : une conception moins absolue de la propriété (art. 3.50), notamment par la limitation de l'assiette, "à une hauteur au-dessus ou une profondeur en dessous du fonds qui peut être utile à l'exercice des prérogatives du propriétaire", mais surtout du fait d'une consécration d'un droit de déambuler (temporaire et finalisé aux loisirs), sur un terrain (même approprié) non bâti, non cultivé et non clôturé].

I.3. L'identification des biens communs par leur fonction: la définition fonctionnelle

Un troisième mode de reconnaissance de biens communs n'est pas de droit positif en France, loin s'en faut, mais a été proposé en Italie et a attiré l'attention. Il s'agit de la définition fonctionnelle des biens communs –les *beni comuni*–, proposée par le projet de loi émanant des travaux de la Commission de réforme du C*ode civil* sous la direction de Stefano Rodota. Elle se formulait dans les termes suivants: les biens communs sont

> "Des choses qui expriment des utilités fonctionnelles pour l'exercice des droits fondamentaux mais aussi pour le libre développement de la personne humaine. Les biens communs doivent être protégés et sauvegardés par l'ordre juridique, notamment au bénéfice des générations futures" (projet de loi Rodotà, art. 1.3.c).
>
> [Sont 'des biens communs parmi d'autres', dit le projet de loi, 'les fleuves, les torrents et leurs sources [...] l'air, [...], les zones de montagne de haute altitude, les glaciers et les neiges éternelles', mais aussi 'les zones archéologiques, culturelles, environnementales et les autres paysages protégés', mêlant ainsi, volontairement sans doute, biens tangibles et intangibles].
>
> *Les titulaires des biens communs peuvent être des personnes juridiques de droit public ou privé. Dans tous les cas, leur accès à tous doit être garanti, dans les limites et selon les modalités déterminées par la loi".*

C'est donc parce que ces biens sont indispensables à la réalisation de droits fondamentaux de la personne –du fait de leur fonction– qu'ils doivent être considérés comme des biens communs, indépendamment de la titularité de la propriété.

La proposition de la Commission a été embarquée dans la chute du gouvernement Prodi qui l'avait initiée, mais la jurisprudence de la Cour de cassation a eu l'occasion de servir de cette définition: le 14 février 2011 par exemple, les sections civiles réunies de la Cour ont décrété certaines vallées de pêche de la

lagune de Venise biens communs et pas seulement domaine public, en mettant en avant les usages collectifs et les fonctions environnementales et de paysage.

II. L'introduction volontaire de l'intérêt commun dans la propriété

En matière volontaire, deux exemples récents d'introduction de techniques d'articulation entre propriété et intérêt commun peuvent être donnés, que l'on puisera volontairement dans l'arsenal de protection de l'environnement (on pourra toutefois noter, pour chacune, que la défense de l'intérêt commun peut être mise au service de l'intérêt individuel, de compensation notamment: du "propre").

II.1. L'admission de maîtrises concurrentes sur son bien: l'obligation réelle environnementale

Le premier exemple tient en l'obligation réelle environnementale (ORE). Il s'agit d'un dispositif qui a été introduit en droit français en 2016, via la loi dite "biodiversité" du 8 août 2016, et qui se trouve actuellement codifié à l'article L. 132-3 du *Code de l'environnement*.

L'ORE peut être mise en parallèle avec le "droit réel de conservation environnementale" introduit au Chili par la loi n° 20930 du 25 juin 2016 et permettant la constitution d'un droit, pour son titulaire, de veiller à la conservation du bien sur lequel il porte (ce qui correspondrait davantage à un droit précis de jouissance spéciale dans l'appareil technique français).

Plus précisément, le dispositif français permet à un propriétaire qui le souhaite de faire peser sur son bien, pour une période qu'il déterminera et qui ne peut excéder 99 ans, des obligations actives et passives, librement définies dans le contrat, au bénéfice d'une collectivité, d'un établissement public ou encore d'une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement.

Les obligations acceptées valent pour la durée de la convention, y compris donc pour les successeurs, héritiers ou acquéreurs, du propriétaire constituant, et ont obligatoirement "pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques".

Il s'agit donc d'une sorte de servitude contractuelle, construite sur le modèle des "conservation easements" états-uniens ou canadiens et, ce, même si le terme de servitude a été repoussé car il marquait une attaque trop importante

envers la propriété, d'une part, et envers la notion stricte de servitude, d'autre part: celle-ci n'engage normalement pas d'obligations, à la charge du constituant et de tous ses successeurs pendant la durée du contrat; pas d'obligations de faire et de ne pas faire ayant pour finalité la protection de l'environnement.

En contrepartie des obligations acceptées, le propriétaire constituant peut recevoir:

- une somme d'argent, dont le contrat dira si elle lui sera attribuée en une seule fois ou au contraire versée à échéances régulières pendant tout ou partie de la durée du contrat;
- des aides techniques pour le suivi et la gestion de son terrain en lien avec l'objet de l'ORE;
- ou des aides "administratives", par exemple pour l'assister dans la demande de subventions destinées à aider ceux qui participent à la protection de la biodiversité.

L'adoption de cette technique s'est faite très lentement –il faut souligner qu'il n'y a pas eu de portage politique fort et que les notaires ont mis longtemps à l'intégrer–, mais le bilan est assez conséquent aujourd'hui, que ce soit à l'initiative de personnes publiques –des conservatoires d'espaces naturels ou du littoral– ou de personnes privées, d'un côté, et au bénéfice d'ONG majoritairement, d'un autre côté (comme la ligue de protection des oiseaux)[1]. Il y aurait désormais 6.000 à 10.000 hectares concernés des ORE "patrimoniales".

Une généralisation en est demandée par certains, sous la forme d'une ORIC: obligation réelle d'intérêt commun (au-delà de la matière environnementale donc).

[Mais il faut souligner la bifurcation des utilisations de l'ORE: comme le relève leur concepteur, Gilles J. Martin, Les premières sont les ORE dites "patrimoniales" avaient bien pour objet de protéger certains éléments de l'environnement, certaines fonctions et processus naturels, certains services écosystémiques, certains milieux dans une stricte perspective "conservationniste". Elles correspondaient pleinement à l'esprit qui a inspiré l'auteur de ces lignes lorsqu'il a proposé l'introduction dans notre droit de ce dispositif[2].

Les secondes dites "compensatoires" sont souscrites à la demande d'aménageurs ou de réalisateurs de travaux qui sont contraints, par la loi et par la décision administrative qui les autorise à conduire leur opération, de compenser les atteintes qu'ils vont porter à la biodiversité (L.163-1 du *Code de l'env*)[3]].

[1] Martin (2025) p. 69 et s.

[2] Martin (2008) p. 123.

[3] Martin (2025) p. 72.

II.2. La constitution d'un patrimoine affecté un intérêt commun: la fiducie environnementale

Le second exemple est fourni par l'utilisation d'un patrimoine affecté à un intérêt commun sous la technique de la fiducie, dont la possibilité de constitution a été consacrée en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, après d'intenses débats, aux articles 2011 et suivants du *Code civil*.

Elle se définit aujourd'hui comme:

> "l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires".

On distingue donc le constituant du patrimoine affecté, qui transmet des droits au fiduciaire, qui tient séparé ce patrimoine de son propre patrimoine et doit respecter le but fixé, et le bénéficiaire. Il s'agit d'un patrimoine volontairement affecté à une finalité particulière, assis sur une propriété renouvelée, fonctionnelle et temporaire (selon les termes de Blandine Mallet-Bricout par exemple), propriété selon laquelle le "propriétaire, peut avoir à supporter des obligations, peut avoir surtout à accomplir une mission".

Normalement, l'affectation ne peut se développer que dans deux directions strictement déterminées par la loi: une fiducie-gestion –faire gérer des biens ou droit dans l'intérêt du bénéficiaire– ou une fiducie-sûreté –affecter en garantie des biens ou droits.

Or, la pratique en est venue à distordre cette technique pour lui faire servir des causes environnementales ces dernières années, ou plus exactement, derrière ces causes environnementales d'autres intérêts individuels[4]. Des constituants s'en servent en effet:

- soit pour mettre en œuvre une obligation légale de compensation environnementale (avec un fiduciaire, professionnel et opérateur de compensation)[5];
- soit pour assurer une remise en état des sites dans le cadre d'une installation classée pour la protection de l'environnement)[6], d'une friche industrielle à dépolluer par exemple;

[4] Mallet-Bricout (año) p. 55 et s., spéc. p. 58. Plaidant pour cette utilisation, v. Hautereau-Boutonnet (2021). V. aussi le dossier "L'appréhension de l'environnement par le droit privé", EEI 2022/1.4; Wertenschlag, Baacro et Moreau (2015); Soleilhac (2017) p. 35. 5. Plus largement, en rapport avec la thématique, Normand (2021).

[5] Pour le détail de ces avantages, v. Mallet-Bricout, art. préc.

[6] Article L. 512-6-1 du Code de l'environnement relatif à l'obligation de remise en état du site d'une installation soumise à autorisation et mise à l'arrêt.

– ou encore pour l'exécution d'une convention judiciaire ou d'une décision de justice constatant un préjudice écologique à réparer.

Littérature

Hautereau-Boutonnet, Mathilde (2021): *Le Code civil, un code pour l'environnement* (Paris, Dalloz, coll. Les sens du droit (essai)).

Mallet-Bricout, Blandine: "Bilan et perspectives de la fiducie environnementale", in C*ontrat et engagement*.

Martin, Gilles. J. (2025): "Quel bilan pour les obligations réelles environnementales?", in Hautereau-Boutonnet, M.; Parance, B. et Rochfeld, J., *Engagements et contrats à l'aune des mutations environnementales* (Paris, Dalloz, Thèmes & commentaires).

Martin, Gilles J. (2008): "Pour l'introduction en Droit français d'une servitude contractuelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement", *RJE*, n° spécial.

Normand, Sylvio(2021): "Fiducie", in Cornu, M.; Orsi, F. et Rochfeld, J. (dir.), *Dictionnaire des biens communs* (Paris, PUF, deuxième édition).

Soleilhac, Thibault (2017): "La fiducie environnementale", EEI 2017/6.

Wertenschlag, Bruno; Baacro, Bruno et Moreau, Julien (2015): "La fiducie en matière environnementale", *AJDI*, n° 11.

LA PROPIEDAD FINANCIERA

FINANCIAL OWNERSHIP

Sarah Bros*

RESUMEN: La propiedad financiera designa el esquema en que una entidad financiera figura como titular de un bien no para apropiárselo, sino para garantizar u organizar una operación de crédito. El artículo examina este fenómeno a partir de dos mecanismos del derecho francés: el *leasing* y la cesión de sumas de dinero en garantía. En el primero, el arrendador acumula la condición de propietario y acreedor de los cánones, obteniendo prerrogativas reales como la reivindicación, exclusión concursal; mientras traslada las cargas económicas del dominio al arrendatario; la jurisprudencia ha limitado esa posición frente a la caducidad por contratos interdependientes y a la moderación de cláusulas penales. En la cesión de dinero en garantía, la titularidad recae sobre moneda escritural y su eficacia propietaria plena se verifica solo cuando el cesionario coincide con el banco depositario. Ambas figuras comparten una estructura común: propiedad temporal, funcionalmente acotada, que se "rematerializa" al extinguirse la financiación.

PALABRAS CLAVE: propiedad financiera, garantías reales, *leasing*, cesión en garantía, derecho francés.

ABSTRACT: Financial ownership refers to the arrangement in which a financial institution holds title to an asset not for the purpose of appropriation in the classical sense, but to secure or structure a financing transaction. This article examines the phenomenon through two paradigmatic mechanisms under French law: leasing and the assignment of sums of money by way of security. In the former, the lessor combines ownership and entitlement to rentals, thereby obtaining real-right prerogatives like vindication, insolvency ring-fencing, while transferring the economic burdens of ownership to the lessee; case law has curtailed that position through the rules on interdependent contracts and judicial reduction of penalty clauses. In the assignment of money by way of secu-

* Profesora en la Universidad de Paris Dauphine-PSL, DRJ. Correo electrónico: sarah.bros@dauphine.psl.eu

rity, title rests on scriptural currency and full proprietary effect materialises only when the assignee coincides with the depositary bank. Both structures share a common architecture: temporary, functionally constrained ownership that "re-materialises" upon termination of the financing.

Keywords: financial ownership, security interests, leasing, assignment by way of security, French law.

Introducción

La "propiedad financiera" describe un esquema en el que una entidad financiera figura como titular del derecho de propiedad sobre un bien, no con finalidad de apropiación en sentido clásico, sino como mecanismo destinado a asegurar u organizar una operación de financiación. Esta relectura funcional de la propiedad participa en una transformación más amplia del derecho de propiedad contemporáneo. En primer lugar, desplaza el centro de gravedad desde la relación inmediata entre propietario y cosa hacia una titularidad instrumental, cuyo valor reside en su eficacia como técnica de garantía y de gestión del riesgo. En segundo lugar, en el marco del derecho francés, la propiedad financiera reabre el problema estructural de la frontera entre derechos personales y derechos reales: mediante una arquitectura obligacional (el crédito y sus pactos), se persiguen efectos típicamente reales (oponibilidad, preferencia y, en su caso, protección frente a la insolvencia). El fenómeno obliga a interrogar tanto la plasticidad de la categoría "propiedad" como el diseño de los regímenes de publicidad, prioridad y tutela concursal.

El recurso a la propiedad como soporte de financiación no es nuevo. En sus formas clásicas, el crédito se refuerza mediante garantías reales constituidas sobre bienes del deudor: la hipoteca (sobre bienes inmuebles) y la prenda (sobre bienes muebles). Estas técnicas permiten afectar un activo al cumplimiento de una obligación sin desplazar, en principio, la titularidad del bien; el deudor conserva la propiedad y el acreedor obtiene una posición reforzada cuya eficacia se despliega, sobre todo, en términos de prioridad y ejecución.

Ahora bien, la práctica financiera contemporánea ha puesto de relieve los límites del modelo clásico cuando la operación exige un mayor control del activo, una realización más rápida o una protección reforzada frente al riesgo de insolvencia. De ahí que, en paralelo al régimen de garantías reales sin transmisión, se hayan consolidado técnicas que instrumentalizan la propiedad[1]: en lugar de limitarse a gravar el bien, la estructura atribuye al financiador una titulari-

[1] Entre una literatura abundante: Witz (1981); Crocq (1995); Gijsbers (2015).

dad formal –o un poder de disposición equivalente– con la finalidad primordial de garantizar el crédito u organizar la operación. Se produce así un desplazamiento funcional: la propiedad deja de concebirse como un estatuto de uso y disposición "en sentido pleno" para operar, ante todo, como una herramienta jurídica al servicio del crédito.

Los primeros usos de la propiedad con finalidad de garantía se observan, en particular, en la reserva de dominio (o reserva de propiedad) y en el fideicomiso utilizado en garantía. Ninguna de estas operaciones está reservada a las entidades o instituciones financieras: la primera beneficia al vendedor (o, en el derecho francés, también al contratista), mientras que la segunda puede constituirse a favor de cualquier acreedor, sea cual sea su naturaleza. En cambio, la "propiedad financiera" designa aquellas operaciones en las que el derecho de propiedad, empleado como garantía, es ostentado de manera exclusiva por una entidad financiera, porque la naturaleza misma de la operación así lo exige. Dos mecanismos realizan de forma paradigmática una propiedad financiera: el arrendamiento financiero (*leasing*) y la cesión de sumas de dinero en garantía a favor de una entidad financiera.

Esta evolución permite comprender la noción de "propiedad financiera" como una etapa ulterior de dicha instrumentalización. En la propiedad financiera, la entidad financiadora figura como titular del derecho de propiedad sobre el bien –o, según el tipo de activo, sobre un derecho incorporal– no para apropiárselo en el sentido clásico, sino para asegurar u ordenar la financiación: disciplinar el cumplimiento, gestionar el riesgo y predeterminar los escenarios de salida (ejecución, sustitución del activo o transferencia posterior). La consecuencia dogmática es doble. Por una parte, se desacopla la titularidad respecto del bien subyacente: la propiedad se valora por su eficacia funcional más que por su contenido tradicional de uso y disfrute (I). Por otra parte, el esquema reaviva –de modo visible en el derecho francés– la tensión entre derechos personales y derechos reales, pues a través de pactos nacidos del crédito se persiguen efectos típicamente reales (II).

I. La propiedad financiera del arrendador en el *leasing*

En esta operación, la entidad financiera que actúa como arrendadora concentra una doble condición –propietaria del bien y acreedora de los cánones–, y esa acumulación le procura ventajas superiores a las de un arrendador clásico (I.1.). No obstante, la jurisprudencia francesa ha trazado límites a esta explotación funcional del derecho de propiedad (I.2.).

I.1. La doble condición de la entidad financiera

La propiedad financiera del arrendador se observa con particular claridad en el *leasing*, que puede adoptar dos configuraciones principales:

i) arrendamiento financiero con opción de compra al final del contrato y

ii) arrendamiento operativo sin opción de compra.

Cuando hay opción de compra, el C*ode monétaire et financier* francés lo asimila a una operación de crédito (art. L. 3131) y, como las operaciones de banco incluyen el crédito (art. L. 3111), su práctica habitual queda reservada a establecimientos de crédito o sociedades de financiación (art. L. 5115). Aunque, sin opción de compra, el contrato no entra por sí solo en esa asimilación específica del art. L. 3131, en la práctica se comercializa predominantemente por entidades financieras especializadas. En ambos casos, la entidad financiera concentra dos calidades.

En primer lugar, en su calidad de propietaria del bien, la entidad financiera retiene una titularidad instrumental. En términos económicos, capta los beneficios típicos de la propiedad sin soportar, por regla general, las cargas materiales asociadas al uso del activo: percibe un ingreso (los cánones o rentas), mientras que el mantenimiento, la conservación y, a menudo, el seguro son asumidos por el usuario (arrendatario). Asimismo, la entidad financiera suele no ejercer las acciones derivadas del contrato de compraventa frente al proveedor/vendedor, ya sea porque dichas acciones se ceden al arrendatario o porque este actúa por mandato para reclamar por vicios, incumplimientos o falta de conformidad. En este sentido, la propiedad se "desmaterializa": la titularidad se conserva como técnica de estructuración y garantía de la operación más que como un vínculo de uso y disfrute directo. Con todo, la entidad financiera sigue siendo propietaria en sentido jurídico: puede reivindicar el bien y, por ese solo hecho, el activo no se confunde con el patrimonio del arrendatario. En particular, frente a la insolvencia del arrendatario, el arrendador no entra en concurso con los demás acreedores respecto del bien[2], porque se trata de un activo ajeno. No obstante, por efecto del contrato de *leasing*, las cargas económicas de la propiedad se transfieren al arrendatario, solución avalada por la jurisprudencia francesa[3]; así, la única obligación del arrendador se reduce al pago (financiación) del bien.

[2] En virtud de los arts. L. 624-9 y 624-16 y s. del C*ode de commerce*; Cass. com. (18/01/2017) n° 14-26086; Cass. com. (22/02/2020) n° 18-21897.

[3] Cass. com. (16/07/1981) n° 80-11.266; Cass. com. (10/01/1995) n° 92-20294; Cass. com. (08/11/2005) n° 03-17181.

En segundo lugar, en su calidad de acreedora de los cánones, la entidad financiera ocupa la posición de un acreedor común por el crédito derivado del contrato: en esta dimensión, sí concurre con los demás acreedores del arrendatario conforme a las reglas generales de prelación y tratamiento de créditos[4]. La misma entidad, por tanto, se sitúa simultáneamente fuera del concurso respecto del bien (por su titularidad real) y dentro del concurso respecto del crédito por cánones (por su naturaleza obligacional).

I.2. Límites a la doble condición

La coexistencia de ambas calidades no es ilimitada. Cuando la operación se frustra, la interdependencia contractual revela límites importantes a la posición del arrendador.

Por un lado, la ineficacia de la compraventa de soporte –o del mantenimiento asociado– arrastra la caída del contrato de arrendamiento (sea financiero u operativo) como contrato consecuente. La jurisprudencia francesa adoptó este enfoque[5] antes de que la reforma de 10 de febrero de 2016 lo consolidara en el *Código Civil* francés mediante la regulación de la caducidad de los contratos interdependientes (art. 1186). Como resultado, el arrendador no puede seguir percibiendo los cánones si la compraventa se deshace y, con ello, se derrumba el presupuesto de su posición propietaria dentro del esquema. Los contratos de arrendamiento intentaron neutralizar esta solución mediante cláusulas que imponían al arrendatario el pago de cánones "en toda circunstancia", pero la jurisprudencia francesa consideró tales estipulaciones como no escritas (ineficaces)[6].

Por otro lado, cuando el contrato de arrendamiento cesa por incumplimiento imputable al arrendatario –lo más habitual es la falta de pago de los cánones pese a que seguía usando el bien–, el arrendador no puede exigir, bajo la etiqueta de "indemnización por terminación anticipada", una suma equivalente a la totalidad de los cánones futuros. En efecto, la jurisprudencia francesa califica esa indemnización no como cánones debidos, sino como una cláusula penal, susceptible de moderación judicial cuando su cuantía resulte manifiestamente excesiva[7], en aplicación del art. 1231-5 del *Código Civil* francés. De este modo, el juez controla la ventaja económica que el arrendador ya obtiene con

[4] Al menos respecto de los créditos nacidos con anterioridad al auto de apertura del procedimiento concursal, Cass. com. (24/03/1998), n° 95-21244.

[5] Para el arrendamiento financiero con opción de compra: Cass. ch. mixte (09/12/ 1981) n° 79-15460 y Cass. ch. mixte (13/04/2018) n° 16-21345, para el arrendamiento operativo sin opción de compra: Cass. ch. mixte (17/05/2013) n° 11-22927.

[6] Cass. ch. mixte (17/05/ 2013) n° 11-22927; Cass. Com. (10/01/ 2024), n° 22-20466.

[7] Cass. com. (13/11/ 2013) n° 12-22643; Cass. com. (18/01/2017) n° 14-26086; Cass. com. (11/02/ 2020) n° 18-21897.

la recuperación del bien (y la posibilidad de volver a colocarlo o valorizarlo), evitando que, además, "recupere", por vía indemnizatoria, aquello que ya no puede reclamar como contraprestación por la puesta a disposición del activo.

La propiedad en la figura, aunque "desmaterializada" y descargada de las cargas ordinarias, continúa confiriendo al arrendador prerrogativas reales centrales: le permite capitalizar el bien mediante los cánones, reivindicarlo y, respecto del activo, quedar al margen de la concurrencia concursal del arrendatario. No obstante, la jurisprudencia francesa ha rechazado extender esa desmaterialización al vínculo locativo, y con ello ha consagrado la temporalidad estructural de la propiedad financiera. Cuando el arrendatario deja de poder gozar del bien, el arrendamiento se extingue y la propiedad del arrendador recupera su fisonomía clásica: el bien retorna a su titular, quien reasume las cargas ordinarias del dominio. Estas mismas características se encuentran, en términos equivalentes, en la propiedad financiera del cesionario de sumas de dinero en garantía.

II. La propiedad financiera del cesionario en la cesión de sumas de dinero en garantía

Al igual que en el arrendamiento financiero u operativo, la propiedad de sumas de dinero desmaterializadas es utilizada por las entidades financieras para garantizar el cumplimiento de obligaciones, principalmente de reembolso de crédito (II.1.). Sin embargo, la cesión de sumas de dinero en garantía también puede constituirse en beneficio de un acreedor que no sea un banco; en tal caso, el banco cumple la función de entidad depositaria o administradora de la cuenta en la que se encuentran los fondos (II.2.). Por ello, ambas hipótesis deben analizarse bajo regímenes diferenciados y no pueden abordarse de manera uniforme.

II.1. El derecho del banco cesionario

Con frecuencia, una entidad bancaria exige a un tercero la transferencia de fondos a su favor para garantizar el reembolso de un crédito otorgado a otra persona (por ejemplo, sociedades del mismo grupo o participantes en una misma operación). En ese supuesto, el banco se sitúa en una posición doble: es, a la vez, beneficiario de una garantía por transferencia de propiedad y entidad receptora de fondos (tenedor/administrador de la cuenta) en la que se depositan dichos recursos.

En el derecho francés, el art. L. 312-2 del *Code monétaire et financier* define los "fondos reembolsables del público" como fondos recibidos, en particular bajo la forma de depósitos, "con derecho a disponer de ellos por cuenta propia, pero con la obligación de restituirlos". En paralelo, la cesión de una suma

de dinero en garantía se regula como una modalidad de "propiedad cedida en garantía": la propiedad de una suma de dinero puede cederse para garantizar una o varias obligaciones presentes o futuras (art. 2374 del C. *civ.*), debiendo instrumentarse por escrito (art. 2374-1), y siendo oponible a terceros por la entrega de la suma (art. 2374-2). Como regla, el cesionario dispone libremente de la suma cedida, salvo pacto en contrario que precise su afectación (art. 2374-3).

Esta arquitectura permite comprender por qué, aun cuando las partes pacten que los fondos permanezcan en una cuenta separada, ello no elimina la lógica de disposición atribuida al banco en su calidad de depositario, tal como la configura el art. L. 312-2 del C*ode monétaire et financier*; lo que sí puede verse contractual y modulado es el régimen económico de la suma, especialmente en materia de frutos e intereses. En efecto, el C*ódigo Civil* distingue según exista o no libre disposición: si el cesionario no tiene libre disposición, los frutos e intereses incrementan la garantía; si la tiene, puede pactarse un interés a favor del cedente (art. 2374-4). Al final, en caso de incumplimiento, el cesionario está autorizado a imputar el monto de la suma cedida (y, en su caso, sus frutos e intereses) a la deuda garantizada y debe restituir el excedente (art. 2374-5); si la obligación garantizada se paga, debe restituir la suma (art. 2374-6).

Desde una perspectiva funcional, la operación presenta un perfil fiduciario: un tercero transfiere bienes (aquí, dinero) a un sujeto que los detenta y gestiona con separación finalista y en beneficio de un propósito determinado (garantizar un crédito). Esa lógica se aproxima a la definición legal del fideicomiso en el derecho francés, concebido como la operación por la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes o derechos a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de su propio patrimonio, actúan con un fin determinado en beneficio de uno o varios beneficiarios (art. 2011 del C. *civ*.).

Antes bien, el derecho francés no califica esta cesión de dinero como fideicomiso. En parte, ello se explica porque el fideicomiso "codificado" descansa en un régimen institucional específico que presupone la constitución de un patrimonio autónomo (*patrimoine d'affectation)* y, además, restringe la calidad de fiduciario a ciertas categorías profesionales de manera expresa habilitadas (art. 2015 del C. *civ*.).

Por su naturaleza, la titularidad es "desmaterializada" en la medida en que recae sobre moneda escritural transferible de cuenta a cuenta. Y, como ocurre en las estructuras fiduciarias en general, se trata de una propiedad temporal y limitada por el contrato: se justifica por la finalidad de garantía y se extingue por imputación y restitución, según el desenlace de la obligación garantizada.

Dicho esto, al menos en el marco francés, la eficacia propietaria plena sobre fondos bancarios se articula, en la práctica, alrededor de la entidad que recibe y administra el depósito: cuando el beneficiario de la garantía no coincide con la entidad tenedora de la cuenta, el "efecto propiedad" no se obtiene por

la misma vía del depósito y la estructura tiende a reconfigurarse (en términos de riesgo y oponibilidad) hacia derechos de crédito y reglas de cuenta, más que hacia una propiedad garantía.

II.2. El derecho del cesionario no bancario

El *Código Civil* no regula de manera expresa la hipótesis en la que el beneficiario de una cesión de suma de dinero en garantía (art. 2374 del C. *civ*.) no coincide con la entidad bancaria depositaria de los fondos, sino que es un acreedor distinto. En principio, el art. 2374 trata al beneficiario de la cesión como propietario de la suma transferida con finalidad de garantía. No obstante, como ya se señaló, cuando la operación se instrumenta a través de una cuenta bancaria, se superpone el régimen del depósito: en el derecho francés, los fondos recibidos "bajo la forma de depósitos" se reciben con derecho del receptor a disponer de ellos por cuenta propia, con obligación de restitución (art. L. 3122 del C. *mon. fin*.). De ahí que, si se toma literalmente el lenguaje de la "propiedad" sobre dinero, parezca emerger una concurrencia entre

i) la posición dominical que el *Código Civil* atribuye al acreedor garantizado en virtud del art. 2374 y
ii) la facultad de disposición que el derecho bancario reconoce a la entidad tenedora de cuenta en virtud del artículo L. 3122 del *Code monétaire et financier*.

La doctrina discute la naturaleza y el alcance de estas posiciones cuando el cesionario no es el banco: para algunos, la "disposición" del banco depositario reflejaría un poder distinto del derecho de propiedad; para otros, debería prevalecer la propiedad del acreedor garantizado. En la práctica, el problema se traslada al terreno operativo: el régimen de la cesión de suma de dinero en garantía organiza la realización por imputación (art. 23745 del C. *civ*.) y la restitución del excedente, pero no diseña, como regla, un mecanismo de reivindicación de "sumas" individualizadas frente al banco tenedor de cuenta.

Por esa dificultad, la solución más coherente consiste en desplazar el análisis: tratándose de dinero escritural depositado en cuenta, la posición típica del depositante se asemeja, en lo esencial, a un crédito de restitución frente al banco (y no a una "propiedad"). En esta lógica, la garantía no sería tanto una cesión de "suma de dinero" en el sentido del art. 2374, sino una cesión de crédito en garantía. Esa lectura encuentra hoy un apoyo normativo directo en el art. 2373 del *Código Civil*, que consagra la cesión de crédito a título de garantía ("la propiedad de un crédito puede cederse a título de garantía…"). La aparente coexistencia de varios "derechos de propiedad" resulta más un efecto del vocabulario de la propiedadgarantía que una duplicación real de titularidades sobre el mis-

mo objeto[8]. En la práctica, la configuración de una verdadera propiedadgarantía sobre fondos depositados en cuenta se verifica únicamente cuando el cesionario es el propio banco tenedor de la cuenta: en ese caso, el banco aparece como titular de la suma cedida en garantía, y es un propietario financiero.

En suma, la propiedad financiera, ya se articule mediante una estructura fiduciaria o a través del arrendamiento financiero u operativo, es verdadera propiedad: atribuye al titular el poder de disposición, la explotación económica y la acción reivindicatoria. Ahora bien, su contenido queda encauzado por la función de garantía, lo que limita, a la vez, su temporalidad y el modo de ejercicio de sus prerrogativas. Terminada la financiación, la propiedad se "rematerializa" y retorna al régimen ordinario del dominio.

Bibliografía

Crocq, Pierre (1995): *Propriété et garantie*, t. 248 (Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé).

Gijsbers, Charles (2015): *Sûretés réelles et droit des biens* (Paris, Economica).

Witz, Claude (1981): *La fiducie en droit privé* (Paris, Economica).

Normas

Code civil (2025). Francia.

Code de commerce (2025). Francia.

Code monétaire et financier (2025). Francia.

Jurisprudencia

Cour de cassation, chambre commerciale (16/07/1981) n° 80-11.266.

Cour de cassation, chambre commerciale (10/01/1995) n° 92-20294.

Cour de cassation, chambre commerciale (24/03/1998) n° 95-21244.

Cour de cassation, chambre commerciale (08/11/2005) n° 03-17181.

Cour de cassation, chambre commerciale (13/11/2013) n° 12-22643.

[8] Este ajuste conceptual se entiende mejor si se recuerda que el derecho francés reconoció tardíamente, por vía normativa, la cesión de crédito de derecho común a título de garantía: la reforma de 2021 la consagró (art. 2373) y, de manera concomitante, codificó la cesión de suma de dinero en garantía (art. 2374), con el objetivo declarado de asegurar prácticas financieras difundidas y mejorar la seguridad jurídica.

Cour de cassation, chambre commerciale (18/01/2017), n° 14-26086.
Cour de cassation, chambre commerciale (11/02/2020) n° 18-21897.
Cour de cassation, chambre commerciale (22/02/2020) n° 18-21897.
Cour de cassation, chambre commerciale (10/01/2024) n° 22-20466.
Cour de cassation, chambre mixte (17/05/2013) n° 11-22927.
Cour de cassation, chambre mixte (09/12/1981) n° 79-15460.
Cour de cassation, chambre mixte (13/04/2018) n° 16-21345.

ALGUNAS DIFICULTADES DE LA UTILIZACIÓN DE LA PROPIEDAD COMO GARANTÍA Y ESPECIALMENTE LA CLÁUSULA PENAL Y EL *LEASING*

SOME DIFFICULTIES IN THE USE OF OWNERSHIP AS SECURITY AND ESPECIALLY THE PENALTY CLAUSE AND LEASING

Bruno Caprile Biermann*

RESUMEN: En el marco de la utilización de la propiedad como garantía, el trabajo analiza la cláusula penal en el *leasing*, en particular, el catálogo de soluciones que se han ofrecido en el derecho chileno para mitigar el cobro de la totalidad o una parte significativa de las rentas futuras no devengadas, a título de multa o cláusula penal, en caso de incumplimiento del arrendatario. Refiere un trabajo anterior sobre el tema y actualiza la doctrina y la jurisprudencia dictada desde entonces. Luego efectúa un contrapunto de algunas soluciones del derecho francés, sobre la base de la exposición de la académica Sarah Bros, que lo precedió, específicamente niega que el *leasing* pueda ser calificado como operación de crédito de dinero (Ley nº 18010), lo que torna inaplicable sus reglas y genera dificultades para la terminación o desistimiento unilateral del cliente, en especial en el *leasing* inmobiliario, de larga duración, quien queda cautivo de su banco. Finalmente, refiere los efectos de la resolución de liquidación concursal del arrendatario en los contratos de arrendamiento con opción de compra vigentes y, para el caso que la Junta Constitutiva de Acreedores opte por terminar anticipadamente el *leasing*, restituyendo el bien, analiza si la masa deberá pagar al arrendador la multa o cláusula penal prevista en el contrato por el término anticipado.

* Abogado. Universidad de Concepción. Magíster (D.E.A.) en Derecho Privado General, Universidad de París II Panthéon-Assas, Francia. Profesor de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo, Concepción, Región del Biobío, Chile. Correo electrónico: bcaprile@udd.cl

Este ensayo corresponde a la adaptación escrita de la conferencia dictada en el congreso "Transformaciones de la Propiedad", de modo que conserva el cariz de una exposición verbal.

Palabras clave: Propiedad como garantía, leasing, cláusula penal, cláusula penal enorme, terminación o desistimiento unilateral del *leasing*, liquidación concursal y *leasing*.

Abstract: Within the context of the use of property as security, this paper analyses the penalty clause in leasing agreements, specifically the range of solutions provided under Chilean law to mitigate the collection of all or a significant portion of future, unaccrued rent, as a penalty or penalty clause, in the event of a breach by the lessee. It refers to a previous study on the subject and updates the legal doctrine and case law issued since then. It then contrasts this with certain solutions found in French law, based on the presentation by Professor Bros that preceded it, specifically denying that leasing can be classified as a money lending transaction (Law 18.010), which renders its rules inapplicable and creates difficulties for the client's unilateral termination or withdrawal, particularly in long-term property leasing, where the client remains tied to their bank. Finally, he discusses the effects of the lessee's insolvency proceedings on existing lease-purchase agreements and, in the event that the Constitutive Meeting of Creditors opts to terminate the lease early and return the asset, he analyses whether the estate must pay the lessor the penalty or forfeiture clause provided for in the contract for early termination.

Keywords: property as security, leasing, penalty clause, exorbitant penalty clause, unilateral termination or withdrawal from the lease. insolvency proceedings and leasing.

Introducción

En el marco de esta primera mesa, consagrada a la propiedad como garantía y la propiedad financiera, la profesora Sarah Bros nos ha deleitado con su conferencia acerca de la propiedad financiera, en que ha desarrollado el marco conceptual de la propiedad económica y la situación en el derecho francés; expuso en una primera parte acerca de la propiedad financiera del arrendador en el *leasing* y, enseguida, acerca de la propiedad financiera del cesionario en la cesión de sumas de dinero en garantía. Refiriéndose a la primera, enseña que el dominio se "desmaterializa", en el sentido que "la titularidad se conserva como técnica de estructuración y garantía de la operación más que como un vínculo de uso y disfrute directo". Con el académico Juan Luis Goldenberg tenemos la difícil misión de desarrollar las perspectivas de cada una de esas partes en el derecho chileno.

Es sabido que las formas de utilización de la propiedad como garantía son múltiples: la cláusula de reserva de dominio, escasamente aplicada en Chile en la práctica forense, pero de sesudo análisis doctrinario, lo que contrasta con su frecuente aplicación en Francia; la *fiducia cum creditore*, cuya eficacia como garantía ha sido reconocida por la Corte Suprema[1], pero que carece de regulación positiva en nuestro país y, señaladamente, el *leasing*.

En un trabajo relativamente reciente abordamos "La cláusula penal en el leasing: el exceso y el abanico de soluciones"[2] y desarrollamos el *leasing* como montaje contractual, la finalidad económica que las partes persiguen al celebrarlo, su validez y la calificación como contrato mixto o complejo, lo que determina el régimen jurídico aplicable; así como las dificultades a que da lugar esa operación. También denunciamos los excesos que se producen en caso de incumplimiento del contrato por el cliente arrendatario: la sociedad de *leasing* normalmente está investida del derecho, contractualmente pactado, de cobrar todas las rentas futuras, hasta la expiración del arrendamiento, a título de multa o cláusula penal, y expusimos el abanico de soluciones ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia chilenas para evitar o, al menos, mitigar ese exceso.

Desde la publicación de aquel trabajo se han publicado nuevos aportes doctrinarios y también dictado sentencias relevantes, por lo que en una primera parte daremos el catálogo de soluciones con referencia a esos nuevos elementos, que atestiguan que el debate conserva actualidad doctrinaria y jurisprudencial (I). Luego, en una segunda parte, tomaremos algunas soluciones específicas del derecho francés para refrendar que el cobro íntegro de la cláusula penal constituye un exceso que se puede resolver por la vía legislativa y, mientras ello no ocurra, por la vía jurisprudencial (II).

I. El catálogo de soluciones y los nuevos aportes doctrinarios y jurisprudenciales

Las soluciones que se han explorado en el derecho chileno al exceso denunciado conducen, sea a la nulidad o ineficacia de la cláusula penal, sea a su reducción. Mientras las primeras aniquilan la pena, las segundas le permiten sobrevivir, pero con moderación. La recomendación al forense es invocar las defensas, en forma subsidiaria, por ser incompatibles.

En el trabajo que publicamos anteriormente respecto a este tema expusimos que las respuestas que conducen a la nulidad o ineficacia de la pena son la

[1] Caprile (2025a) pp. 581-589.
[2] Caprile (2025b) pp. 329-348.

nulidad por ausencia de causa o por causa ilícita; la nulidad derivada del carácter abusivo de la cláusula penal, sanción que se puede explorar tanto en el derecho del consumo como en el derecho común y, por último, la ineficacia por falta de conmutatividad, por la imposibilidad de compensar dinero con dinero.

También dijimos que la reducción de la pena se puede obtener sea por cumplimiento parcial de la obligación principal (art. 1539 del CC), sea por ser enorme (art. 1544 del CC) y barruntamos cuál de los incisos correspondía aplicar, a saber, aquel que regula la reducción cuando la obligación principal y la pena consisten en el pago de una cantidad determinada (inc. 1), o aquel que aplica a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado (inc. 4) o, finalmente, al mutuo (inc. 3).

Con posterioridad, el tema ha sido también analizado por Luis López[3], quien distingue según si la cláusula penal

> "tenga relación exclusiva con el pago del precio referido al ítem del arrendamiento, sin tener en consideración el pago del precio de una compraventa u opción que no tendrá lugar",

en cuyo caso "si estima que la cláusula penal es excesiva podrá solicitar su reducción al tenor de las hipótesis del art. 1544", o si "la avaluación anticipada incorpora, para su determinación, el precio de la compraventa prometida u opción", en cuyo caso

> "el desequilibrio de las prestaciones puede traer como consecuencia la ilicitud del pacto o inclusive un enriquecimiento sin causa, pudiendo declararse la nulidad absoluta. Más aún, en caso que se admita la operación de leasing en el marco de la Ley de protección del consumidor, traerá como consecuencia la nulidad de la cláusula pactada, por considerarse abusiva"

La problemática conserva actualidad jurisprudencial, como lo atestigua el fallo dictado por la Corte Suprema el 18 de diciembre de 2025[4]; en la especie:

a) el Banco del Estado de Chile demandó la terminación inmediata del contrato de arrendamiento por no pago de rentas;
b) el pago de las rentas vencidas, más reajustes e intereses;
c) la condena al pago anticipado de las rentas restantes por;
d) el pago de las costas del juicio;
e) la restitución de los bienes arrendados, sin perjuicio del cobro de las rentas, si el demandado no paga dentro del tercer día de ejecutoriada la sentencia y

[3] López (2025) p. 600.
[4] Corte Suprema (18/12/ 2025) rol n.° 39.118-2024.

f) si paga dentro de dicho plazo, pueda ejercer la opción de celebrar un nuevo contrato o adquirir el bien arrendado, pagando la opción de compra respectiva.

La demandada calificó la cláusula penal invocada por el actor como abusiva, especialmente considerando que los bienes ya habían sido restituidos, por lo que el cobro carecería de causa.

La sentencia de primera instancia declaró terminado el contrato de arrendamiento, ordenó el pago de las rentas vencidas, así como las devengadas durante el juicio, dispuso la restitución de los bienes arrendados y rechazó el cobro de la cláusula penal, fundado en que:

> "solo procede exigir las rentas devengadas como contraprestación por el uso del bien, conforme al principio de equivalencia y correlación de prestaciones previsto en el artículo 1544 del Código Civil"[5].

La Corte de Apelaciones de Santiago revocó y ordenó el pago de la totalidad de las rentas vencidas, a título de cláusula penal, resolviendo que la obligación tiene causa lícita, conforme al art. 1467 del *Código Civil*[6].

La Corte Suprema casó fundada en que, considerando el tenor de la cláusula contractual:

> "los sentenciadores del tribunal de alzada, incurrieron en una infracción a la ley del contrato, en los términos del artículo 1545 del Código Civil, desde que desconocieron el tenor y alcance de la cláusula decimoséptima del contrato de arrendamiento con opción de compra"[7]

y dictó sentencia de reemplazo, confirmando la sentencia de primera instancia, que había rechazado el cobro de la cláusula penal por las rentas futuras, por las razones ya expuestas.

Recapitulando, el petitorio de la acción deducida por el banco demandante revela el exceso; el demandado al contestar la demanda invocó la abusividad de la pena y la ausencia de causa; la sentencia de primera instancia aplicó

[5] Corte Suprema (18/12/ 2025) rol n.° 39.118-2024, cons. 3.°: "Para arribar a esta determinación, en lo que interesa al recurso, el fallo recurrido reflexiona que la actora solicita el pago de las rentas adeudadas y del cincuenta por ciento de las rentas futuras a título de cláusula penal, conforme al contrato de arrendamiento con opción de compra (leasing). Sin embargo, tratándose de un contrato bilateral que combina arrendamiento y promesa de compraventa, y dado que la opción de compra no se ejercitará, la cláusula penal pierde su correlación con la obligación principal. Por tanto, concluye, que solo procede exigir las rentas devengadas como contraprestación por el uso del bien, conforme al principio de equivalencia y correlación de prestaciones previsto en el artículo 1544 del Código Civil".

[6] Corte Suprema (18/12/ 2025) rol n.° 39.118-2024, cons. 4.°.

[7] *Op. cit.*, cons. 5.°, que transcribe el tenor de la cláusula contractual y cons. 8.

la reducción y limitó el cobro a las rentas devengadas fundada en el art. 1544 del *Código Civil* y la Corte de Santiago revocó, ordenando el pago íntegro de la pena. La Corte Suprema barrió la mesa y optó por un análisis detenido del tenor de la cláusula penal y dedujo que, conforme a aquel, no procedía el cobro de la pena por las rentas futuras.

En otro asunto, resuelto por la Corte Suprema el 27 de enero de 2025, el Banco Scotiabank Chile S.A. demandó a su cliente, con el cual había celebrado un contrato de *leasing*, la terminación del contrato de arrendamiento, la restitución de la cosa arrendada, el pago de las rentas de arrendamiento vencidas y la cláusula penal estipulada, que asciende al cincuenta por ciento de las rentas pendientes de vencimiento al momento del incumplimiento, más IVA. En lo que nos interesa, la sentencia de primera instancia moderó la cláusula penal en conformidad al art. 1544 del *Código Civil*, a una cifra única y global, sin explicitar los parámetros para su avaluación[8]. Dicha sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago. El recurso de casación fue rechazado por deficiencias formales en su interposición[9].

II. Notas a algunas soluciones del derecho francés y el contrapunto con en el derecho chileno

La profesora Sarah Bros expuso:

> "En el leasing, la entidad financiera que actúa como arrendadora concentra una doble condición –propietaria del bien y acreedora de los cánones–",

y esa acumulación le procura ventajas, pero que "la jurisprudencia francesa ha trazado límites a esta explotación funcional del derecho de propiedad". En efecto: "Cuando la operación se frustra, la interdependencia contractual revela límites importantes a la posición del arrendador". Entre los límites refiere, en primer lugar, que: "la ineficacia de la compraventa de soporte –o del mante-nimiento asociado– arrastra la caída del leasing como contrato consecuente", tema que escapa a nuestro análisis hoy, y agrega:

> "En segundo lugar, cuando el leasing cesa por incumplimiento imputable al arrendatario –lo más habitual es la falta de pago de los cánones pese a que seguía usando el bien–, el arrendador no puede exigir, bajo

[8] 4.° Juzgado Civil de Santiago (09/02/2024) rol C-3278-2023, cons. 9.°.

[9] Corte de Apelaciones de Santiago (04/10/2024) rol n.° 6463-2024 y Corte Suprema (27/01/2025) rol n.° 58062-2024.

> la etiqueta de 'indemnización por terminación anticipada', una suma equivalente a la totalidad de los cánones futuros. Más precisamente, la jurisprudencia francesa califica esa indemnización no como cánones debidos, sino como una cláusula penal, susceptible de moderación judicial cuando su cuantía resulte manifiestamente excesiva, en aplicación del artículo 1231-5 del Código civil francés".

Resulta patente que el problema que evoca es común al derecho francés y al chileno. Conviene profundizar en ciertos aspectos de las soluciones aportadas en el derecho galo para abrir perspectivas que puedan aplicarse en nuestro medio, idealmente por vía de interpretación o jurisprudencial (*lege lata*) o, bien, orientar reformas legislativas futuras (*lege ferenda*).

II.1. El leasing financiero no puede ser calificado como operación de crédito de dinero y las consecuencias que de ello derivan, especialmente en materia de terminación o pago anticipado del leasing a petición del arrendatario

La profesora Sarah Bros expuso:

> "Cuando hay opción de compra, el Code monétaire et financier francés lo asimila a una operación de crédito (art. L. 313 1); y, como las operaciones de banco incluyen el crédito (art. L. 311 1), su práctica habitual queda reservada a establecimientos de crédito o sociedades de financiación (art. L. 511 5)".

En nuestro país los bancos no pueden, por regla general, avocarse directamente al negocio del *leasing*, pero sí pueden hacerlo a través de sociedades filiales (arts. 70, 72 y 73 de la Ley General de Bancos y capítulos 8-37 de la RAN de la CMF)[10]. Cabe precisar que el *leasing* NO es una operación reservada exclusivamente al giro bancario, de modo que entidades no bancarias pueden de forma legítima celebrar contratos de *leasing* bajo el derecho común, siempre que no financien sus operaciones mediante captación de dinero del público.

El *leasing* financiero, si bien constituye un mecanismo de financiamiento, no puede ser calificado como operación de crédito de dinero, en los términos que la define el art. 1.º de la Ley n.º 18010, lo que impide la aplicación de las reglas y límites de dicha ley en materia de interés máximo convencional, anatocismo

[10] Decreto con Fuerza de Ley n.° 3, fija texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican (1997); Comisión para el Mercado Financiero (2026), capítulos 8-37.

y pago anticipado. No obstante, el pago de las rentas constituye una obligación de dinero, regida por el art. 1559 del *Código Civil*, lo que ha permitido a la jurisprudencia declarar la ineficacia de la cláusula penal en el *leasing* fundada en la falta de conmutatividad y la imposibilidad de compensar dinero con dinero[11]. También pueden aplicarse las normas de la Ley n.° 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores, especialmente en lo relativo a los productos y servicios financieros.

En otra oportunidad sostuvimos que no existe, para el *leasing*, una regla equivalente al art. 10 de la Ley n.° 18010, sobre operaciones de crédito de dinero[12], de modo que si el cliente desea proceder al pago anticipado de lo que adeuda al *leasing*, las estipulaciones contractuales suelen compelerlo a pagar todas las rentas hasta la expiración del término convenido, lo que redunda en pagar no solo la amortización íntegra, lo que es legítimo, sino, además, los intereses del saldo insoluto hasta la expiración de la operación financiera, lo que resulta claramente exagerado[13].

El art. L. 313-9 del *Código Monetario y Financiero* francés establece una norma imperativa según la cual los contratos de *leasing* inmobiliario deben con-

[11] Caprile (2025) pp. 342-343. En las obligaciones dinerarias no existe indemnización compensatoria (no se puede compensar dinero con dinero), sino solo moratoria, cuyo monto está restringido al cobro de interés y limitado por el interés máximo que la ley permite estipular. Se ha fallado: "3° Que, conforme a lo que dispone el artículo 1559 del Código Civil, si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas que indica, que, en concreto, se traduce en el pago de los intereses convencionales o legales, según sea el caso, por lo tanto, en ese tipo de obligaciones no está contemplada la indemnización compensatoria. Lo anterior, porque ésta es justamente la suma de dinero que equivale al cumplimiento íntegro de la obligación, lo que el acreedor puede obtener a través de la ejecución forzada, esto es, embargando bienes suficientes del deudor para sacarlos a remate y pagarse con el producto del mismo; 4° Que, en ese contexto, tratándose de una obligación de dinero, naturaleza jurídica de la que participa aquella cuyo incumplimiento dio origen a estos autos, no corresponde, como se pretende, que se haga lugar al cobro del ochenta por ciento de las rentas que se encontraban pendientes de vencimiento a la época del incumplimiento, pues solo procede que se resarzan los perjuicios experimentados por el retardo en el pago de las cuotas en los términos establecidos en la cláusula décimo quinta del contrato de arrendamiento, esto es, disponiéndose el pago del interés máximo que la ley permite estipular, sobre el total de la obligación insoluta y hasta la fecha de su pago efectivo, sin perjuicio del reajuste que proceda". Corte Suprema (13/01/2015) rol n,° 8.426-2014, cons. 3.° y 4.°.

[12] Para el máximo tribunal, si bien es efectivo que el *leasing* opera como un mecanismo de financiamiento, no puede aplicársele la Ley n.° 18010, pues en el *leasing* "el banco de ninguna manera entrega o se obliga a entregar dinero a la demandada". Corte Suprema (18/11/2021) rol n,° 24.704-2018. El mismo fallo destaca, no obstante, la necesidad de conmutatividad: "Lo que, en cambio, repugna al ordenamiento jurídico, pues despoja a un contrato conmutativo de la equidad más elemental entre sus prestaciones es que, por un incumplimiento, el acreedor obtenga el total de las rentas adeudadas y el precio de la compraventa sin que surja para él obligación de hacer la entrega" (cons. 4.°).

[13] Caprile (2025) p. 335.

templar, so pena de nulidad, las condiciones en las que podrá ponérsele término anticipado a petición del arrendatario[14]. La procura evitar que el arrendatario quede prisionero o cautivo de su banco en un contrato de larga duración.

En el derecho chileno, a falta de una regla equivalente, la prudencia aconseja al arrendatario exigir la incorporación de una cláusula que regule esta materia.

II.2. El cobro de todas las rentas futuras o de una proporción significativa de ellas, a título de multa o cláusula penal, en caso de incumplimiento del arrendatario, señaladamente, de la obligación de pagar las rentas

Según se expuso con antelación Sarah Bros, la jurisprudencia francesa controla el monto de las cláusulas penales excesivas o irrisorias en virtud de la facultad que le concede el art. 1231-5 inc. 2 del *Código Civil* francés (antiguo art. 1152), que prescribe:

> "No obstante, el juez podrá, incluso de oficio, moderar o aumentar la pena así convenida cuando esta resulte manifiestamente excesiva o irrisoria".

Conviene recordar que el *Code* no admitía la revisión judicial de la cláusula penal, la que fue introducida el año 1975, a raíz de una reforma inspirada, precisamente, por los excesos en el caso del *leasing* financiero. En Chile, en cambio, la regla del art. 1544 existe desde la dictación de nuestro *Código*, aunque el escaso poder concedido al juez para la apreciación en los supuestos de los incs. 1.º a 3.º, reflejo de la desconfianza de la época al sentenciador, limita un control efectivo, salvo el supuesto del inciso final.

Los fallos citados en el acápite I precedente demuestran un favor de los jueces de la instancia por recurrir a la moderación de la cláusula penal enorme.

En contra puede retrucarse que, tratándose de arrendamientos regidos de inmuebles no destinados a la habitación, regidos por los arts. 1945 y 1955 del *Código Civil* y en que el art. 5.º de la Ley n.º 18101, sobre arrendamiento de bienes raíces urbanos, se admite por el propio legislador el cobro de las rentas futuras no devengadas a título de "indemnización de perjuicios" (art. 1945) o derechamente de "renta" (art. 1955). Sin embargo, se trata de arrendamientos propiamente tales, no de aquellos que se insertan en una operación crediticia y un

[14] La norma alude a "*résiliation*", es decir, a la terminación o desistimiento unilateral.

montaje contractual como lo es el *leasing*. Además, incluso en los arrendamientos propiamente tales, la jurisprudencia es reticente a aplicar el rigor de esas reglas.

II.3. Si el arrendatario con opción de compra cae en liquidación concursal, ¿qué efectos produce la resolución de liquidación en los contratos de arrendamiento con opción de compra vigentes? ¿Y si la Junta Constitutiva de Acreedores opta por terminar anticipadamente el contrato de arrendamiento con opción de compra, restituyendo el bien, deberá pagar la multa o cláusula penal prevista en el contrato para los efectos del término anticipado?

La Ley n.° 20720, sobre reorganización y liquidación de empresas y personas, regula en el párrafo 5 "Del leasing o arrendamiento con opción de compra", arts. 224 a 227.

La respuesta a la primera interrogante está en el art. 225, que prescribe:

> "La dictación de la Resolución de Liquidación no constituirá causal de terminación inmediata del contrato de arrendamiento con opción de compra".

La Junta Constitutiva de Acreedores deberá pronunciarse y acordar al respecto alguna de las alternativas que contempla, entre las cuales se cuenta la de "terminar anticipadamente el contrato de arrendamiento con opción de compra, restituyendo el bien".

Y la respuesta a la segunda interrogante está en el art. 226 literal c), que prescribe:

> "c) Si la Junta Constitutiva de Acreedores acordare el término anticipado del contrato de arrendamiento con opción de compra, se deberá restituir al arrendador el bien objeto del referido contrato dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se adoptó el acuerdo, prorrogables por igual período, previa autorización del tribunal competente. Si el contrato incluyese multas, ellas podrán ser verificadas únicamente con el mérito de una sentencia definitiva firme o ejecutoriada que declare su procedencia y que conceda las cantidades reclamadas, procedimiento que se sustanciará mediante las reglas del juicio sumario".

Resulta evidente que el legislador zanjó derechamente la procedencia o improcedencia del cobro de dichas multas, sino que hizo una verónica al juez.

Sin embargo, el art. 225 inciso final, dispone que

> "se tendrá por no escrita cualquier cláusula pactada en el contrato de arrendamiento con opción de compra, en contrario a lo regulado en este artículo",

regla que permite entender que si es una potestad de la Junta Constitutiva de Acreedores el terminar de manera anticipada el contrato de arrendamiento con opción de compra, restituyendo el bien, entonces no hay incumplimiento, sino que sencillamente operó una causal de terminación anticipada permitida y facultada por la ley y, por ende, no existiendo incumplimiento, no se puede aplicar multa o cláusula penal, que lo presupone como requisito esencial para su cobro.

Bibliografía

Caprile Biermann, Bruno (2025a): "El reconocimiento jurisprudencial de la fiducia *cum creditore*: La validez de la transferencia de la propiedad a título de garantía y notas acerca del régimen de la garantía", en Zárate, S. (coord.), *Estudios de derecho inmobiliario. Acta de las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Inmobiliario* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 581-589.

Caprile Biermann, Bruno (2025b): "La cláusula penal en el leasing: el exceso y el abanico de soluciones", en Domínguez C. (coord. y ed.), *Estudios de derecho privado homenaje al profesor Hernán Corral Talciani* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 329-348.

López Fuentes, Luis (2025): "¿Es válida la cláusula penal inserta en un contrato de leasing?", en Barría, M. (dir. y ed.), *Estudios de derecho civil. XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 583-603.

Normas

Código Civil, Chile.

Código Civil, Francia.

Código Monetario y Financiero francés (2026). Disponible en www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072026/ [Fecha de consulta: 1 de junio de 2026].

Decreto con Fuerza de Ley n.° 3, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n.° 19496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 31 de mayo de 2021.

Decreto con Fuerza de Ley n.° 3, fija texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican, 19 de diciembre de 1997.

Ley n.° 18010, establece normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero que indica, 27 de junio de 1981.

Ley n.° 20720, sustituye el régimen concursal vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo, 9 de enero de 2014.

Jurisprudencia

4.° Juzgado Civil de Santiago (09/02/2024) rol C-3278-2023.

Corte de Apelaciones de Santiago (04/10/2024) rol n.° 6463-2024.

Corte Suprema (13/01/2015) rol n.° 8426-2014. Cita Westlaw en línea CL/JUR/131/2015.

Corte Suprema (27/01/2025) rol n.° 58.062-2024. Cita Westlaw en línea CL/JUR/67363/ 2025.

Corte Suprema (18/12/2025) rol n.° 39.118-2024. Cita Westlaw en línea CL/JUR/69063/2025.

Corte Suprema (18/11/2021 rol n.° 24.704-2018. Cita Westlaw en línea CL/JUR/85886/2021.

Otros

Comisión para el Mercado Financiero (2025). Recopilación actualizada de normas de bancos, capítulos 8-37. Disponible en www.cmfchile.cl/portal/principal/613/w3-propertyvalue-29580.html [fecha de consulta: 1 de junio de 2026].

LES MUTILATIONS DE LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE EN DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN

MUTILACIONES DE BIENES INMUEBLES SEGÚN EL DERECHO FRANCÉS CONTEMPORÁNEO

THE MUTILATIONS OF REAL PROPERTY IN CONTEMPORARY FRENCH LAW

Charles Gijsbers*

Résumé: L'étude offre aux juristes latino-américains un panorama des contraintes croissantes qui pèsent sur la propriété immobilière en droit français contemporain. Au nom d'intérêts très divers (droit au logement, protection de l'environnement, mixité sociale, commerce de proximité), le législateur moderne atteint toutes les prérogatives du propriétaire: l'usus, à travers le durcissement de la réglementation du changement d'usage et le nouveau plan local d'urbanisme bioclimatique de Paris; le fructus, avec l'encadrement des loyers et l'interdiction de louer les "passoires thermiques"; l'abusus, par la multiplication des droits de préemption. Le contrôle du Conseil constitutionnel, réduit à un examen de proportionnalité peu exigeant, se révèle peu dissuasif. L'article s'interroge, en définitive, sur un renversement subreptice du modèle propriétaire hérité de la Révolution: la propriété deviendrait le droit de faire uniquement ce que la loi autorise.

Mots-clés: propriété immobilière, restrictions légales, changement d'usage; encadrement des loyers, droits de préemption, contrôle de constitutionnalité.

* Professeur, Droit privé et sciences criminelles, Université Paris Panthéon-Assas. E-mail: charles.gijsbers@u-paris2.fr

Resumen: El estudio ofrece a los juristas latinoamericanos un panorama de las crecientes restricciones que pesan sobre la propiedad inmobiliaria en el derecho francés contemporáneo. En nombre de intereses muy diversos (derecho a la vivienda, protección del ambiente, mixtura social, comercio de proximidad), el legislador moderno alcanza todas las prerrogativas del propietario: el *usus*, mediante el endurecimiento de la reglamentación del cambio de uso y el nuevo plan local de urbanismo bioclimático de París; el *fructus*, con el control de las rentas de arrendamiento y la prohibición de arrendar las viviendas de peor calificación energética; el *abusus*, por la multiplicación de los derechos de adquisición preferente. El control del Consejo Constitucional, reducido a un examen de proporcionalidad poco exigente, resulta poco disuasivo. El artículo se pregunta, en definitiva, por una inversión subrepticia del modelo de propiedad heredado de la Revolución: la propiedad pasaría a ser el derecho de hacer únicamente lo que la ley autoriza.

Palabras clave: propiedad inmobiliaria; restricciones legales; cambio de uso; control de rentas; derechos de adquisición preferente; control de constitucionalidad.

Abstract: The study offers Latin American jurists an overview of the growing constraints on real property under contemporary French law. In the name of very diverse interests (the right to housing, environmental protection, social mix, local commerce), the modern legislator reaches every prerogative of the owner: the usus, through stricter change-of-use regulation and the new bioclimatic local urban plan of Paris; the fructus, with rent control and the ban on letting the worst energy-rated dwellings; the abusus, through the multiplication of preemption rights. The review carried out by the Constitutional Council, limited to a rather undemanding proportionality test, proves scarcely dissuasive. The article ultimately asks whether the property model inherited from the Revolution is being quietly reversed: ownership would become the right to do only what the law allows.

Keywords: real property, legal restrictions, change of use, rent control, preemption rights, constitutional review.

L'étude des contraintes pesant sur la propriété immobilière n'est pas, loin s'en faut, un sujet inédit de la littérature juridique. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale (qui, en législation, constitue le point de départ d'un amenuisement constant des prérogatives du propriétaire d'immeuble), on ne compte

plus les études doctrinales dénonçant un "étiolement"[1] sinon la "désagrégation"[2] de ce pilier de l'ordre civil[3].

Cette critique est-elle absolument fondée? Il n'est pas impossible que les auteurs qui la portent aient été victimes d'une conception idéalisée de la propriété, telle que charriée par les grandes déclarations révolutionnaires, qui en faisaient un sanctuaire "inviolable et sacré". A bien y regarder, la loi n'a pourtant jamais défini la propriété comme une liberté illimitée, une souveraineté sans borne, ce qui serait une conception anti-sociale –et à dire vrai intenable…– de l'institution. L'article 554 du *Code civil*, inchangée en deux siècles, prend au contraire le soin de préciser que la propriété donne le droit de jouir et de disposer des choses "pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements".

En revanche, il est difficile de contester que, depuis le début du XXIe siècle, et au nom d'intérêts les plus divers –la lutte contre le dérèglement climatique, la sauvegarde de l'environnement et de la biodiversité, la protection de la mixité sociale, le maintien des commerces de proximité, le droit au logement, etc.–, les sujétions pesant sur la propriété immobilière ont cru dans des proportions parfois considérables. A telle enseigne qu'il est permis de se demander si notre modèle propriétaire, hérité de la Révolution, n'est pas, subrepticement, en train d'être renversé: la propriété ne serait plus le droit de tout faire sauf ce qui est interdit; elle deviendrait le droit de faire uniquement ce qui est autorisé par la loi.

Les lignes qui suivent ne prétendent pas trancher une telle question mais donner aux juristes latino-américains une idée générale du niveau des contraintes législatives et réglementaires[4] qui pèsent sur les propriétaires d'immeubles en France. Pour ce faire, on évoquera d'abord l'attitude du législateur moderne, par un échantillon représentatif réformes intervenues ces dernières années (I), puis celle du Conseil constitutionnel, dont le contrôle s'avère peu dissuasif (II).

I. Les audaces du pouvoir législatif

Aucune des prérogatives du propriétaire n'est épargnée par le législateur moderne: ni l'usus, le droit d'utiliser son bien comme on l'entend (1), ni le fructus, le droit d'en tirer des revenus (2), ni l'abusus, le droit d'en disposer librement (3).

[1] Agostini (1985) p. 3 s.
[2] Morin (1950) p. 3 s.
[3] Égal, Rouast, (1946) p. 110 et s., spéc. p. 115.
[4] On laissera de côté les aspects fiscaux, qui pourraient utilement compléter le tableau…

I.1. L'usus

Des atteintes portées à la liberté du propriétaire d'utiliser à sa guise l'immeuble qui lui appartient, on donnera une première illustration tirée du durcissement récent de la réglementation sur le changement d'usage.

Forgée au lendemain de la deuxième guerre mondiale, ce dispositif vise à protéger le parc de logement dans les grandes villes françaises. Ainsi, lorsque le propriétaire d'un immeuble à usage d'habitation souhaite l'affecter à un usage différent, il doit obtenir une autorisation par la commune (*CCH*, art. L. 631-7 et s.). Dans beaucoup de villes, cette autorisation est subordonnée à une mesure de compensation: concrètement, cela signifie que la transformation d'un appartement en bureau ou en local commercial ne sera autorisée que si, simultanément, sur le territoire de la commune (et parfois, sur le territoire du même arrondissement), des locaux non destinés à l'habitation sont transformés en appartements. À Paris, l'on exige même par principe une compensation au carré![5]. La transformation d'un appartement de 200 mètres carrés en cabinet d'avocat suppose donc qu'au même moment des locaux professionnels de 400 mètres carrés soient restitués à l'usage d'habitation. S'est ainsi développé un véritable marché parallèle de la compensation, où se négocient la "commercialité", c'est-à-dire l'aptitude à affecter un immeuble d'habitation à un emploi différent. Or cette réglementation, déjà très contraignante, a été considérablement durcie par la loi du 19 novembre 2024: extension du champ d'application territorial du dispositif; aggravation des sanctions encourues par les contrevenants; refonte du régime de la preuve de l'usage à titre d'habitation; etc.

Une deuxième illustration des restrictions portées à la liberté d'utiliser l'immeuble est tirée du droit de l'urbanisme, dont les derniers développements offrent à l'Administration de nouveaux leviers de contrainte sur les propriétaires. Un bon exemple en est fourni par le nouveau plan local d'urbanisme bioclimatique de la Ville de Paris. Présenté comme un outil ambitieux de transition écologique, de mixité sociale et de protection du commerce de proximité, ce document marque un accroissement inédit des charges désormais supportées par les investisseurs. Ainsi, en vertu de la servitude de mixité fonctionnelle instituée par ce document, tout projet conséquent de construction immobilière ou de restructuration lourde portant sur un immeuble de bureaux devra consacrer plus

[5] Voire, dans certains arrondissements particulièrement carencés, une compensation au triple lorsque le porteur de projet entend transformer un local à usage d'habitation en meublé de tourisme: v. Règlement municipal fixant les conditions de délivrance des autorisations de changement d'usage de locaux d'habitation et déterminant les compensations en date du 3 mars 2025, art. 3: "les locaux proposés en compensation doivent représenter une surface triple de celle faisant l'objet de la demande de changement d'usage".

de 10 % de surface à de l'habitation[6]. De même, par l'effet de la servitude de mixité sociale, tout nouveau programme de construction de logements réalisé dans une zone déficitaire en logements sociaux devra comprendre un certain pourcentage de surfaces dédiées au logement locatif social, qui peut atteindre 50 % dans certaines zones! Enfin, au nom de la valorisation des "externalités positives", les projets de construction ou de restructuration lourde dont la surface de plancher est supérieure à 150 m² –seuil particulièrement bas– doivent désormais être "sur-performants" sur au moins deux des trois séries de critères suivants: la biodiversité (création de surfaces végétalisées, de zones en pleine terre), la programmation (diversité des usages), et la sobriété énergétique (production d'énergie renouvelable, utilisation de matériaux à faible émission de carbone). À défaut, le permis de construire sollicité sera refusé.

I.2. Le fructus

Le propriétaire est normalement souverain dans le choix des modalités d'exploitation économique de son bien dont il peut tirer des revenus librement. Le procédé le plus naturel à cette fin est encore la mise en location. Or si le régime du bail a toujours été très protecteur des locataires, les dernières évolutions de la législation font apparaître des contraintes inédites sur les bailleurs.

Si l'on considère en premier lieu le régime des baux d'habitation, deux mesures spectaculaires ont récemment été adoptées par le législateur français.

La première tient dans un dispositif expérimental –mais qui pourrait être rendu définitif– d'encadrement des loyers. Certes, la loi du 6 juillet 1989 connaissait déjà, dans les zones dites "tendues", un régime dit de "plafonnement des loyers", interdisant de faire subir une augmentation importante au loyer lors du renouvellement du bail ou lors d'un changement de locataire. Mais le nouveau dispositif va beaucoup plus loin puisqu'il empêche, dans les communes qui en exprimeraient le souhait, une fixation libre du loyer lors de la conclusion initiale du bail, ce qui constitue une pure et simple régulation des prix[7]. Ainsi, à Paris, suivant les quartiers considérés, le montant maximal du loyer pratiqué avoisine 25 à 30 euros le mètre carré: le loyer d'un studio de 30 mètres carrés ne doit donc

[6] Le règlement du PLU indique en ce sens: "toute opération de construction neuve, restructuration lourde, extension, surélévation ou changement de destination ou de sous-destination dont la SPE créée, restructurée ou objet du changement de destination ou de sous-destination est supérieure à 4 500 mètres carrés doit comprendre après travaux, ou après changement de destination ou de sous-destination, une surface de plancher destinée à l'Habitation supérieure à 10 % de la surface de référence définie ci-après, avec un minimum de 500 mètres carré".

[7] L. du 23 novembre 2018, art. 140

pas excéder 750 à 900 euros[8]. Une récente proposition de loi, votée par l'Assemblée Nationale au mois de décembre 2025, propose de pérenniser le dispositif et d'en durcir le contenu.

Une seconde mesure, plus brutale encore, tient dans l'interdiction de louer les "passoires thermiques". En France, les locaux à usage d'habitation sont soumis à une classification énergétique allant, de A à G. Or, depuis le 1er janvier 2025, il n'est plus possible de louer des logements classés G –les plus énergivores[9]. Ou plus exactement, pareil logement est désormais considéré comme n'affichant pas les critères de décence attendus[10], de sorte que le preneur est en principe en droit d'exiger du bailleur des travaux permettant de remédier à cette difficulté[11]. Et parce que de tels travaux d'isolation ne seront pas toujours réalisables à l'intérieur même du logement concerné, la loi permet, à certaines conditions, de surplomber la propriété voisine afin de réaliser un ouvrage d'isolation par l'extérieur, ce qui n'est rien d'autre qu'une servitude d'empiètement[12].

Le régime des baux d'habitation n'est pas le seul concerné par ces restrictions croissantes à la liberté du propriétaire. Dans le domaine des baux commerciaux, qui est déjà fortement imprégné d'ordre public, une loi récente a considérablement durci les contraintes relatives au loyer dans le but affiché de préserver la trésorerie des entreprises (C.*com.*, art. L. 145-32-1). Ainsi, pour les locaux à usage commercial ou artisanal, le preneur sera désormais en droit d'exiger le paiement mensuel des loyers (ce qui rompt avec la pratique très répandue du paiement trimestriel d'avance). En outre, la loi plafonne désormais le dépôt de garantie versé par le preneur, qui ne pourra plus excéder trois mois de loyers, pas plus d'ailleurs que les autres garanties exigées du preneur, soumises au même plafond (C.*com.*, art. L. 145-40)...

I.3. L'abusus

S'agissant du droit de disposer, l'exemple le plus marquant des restrictions à la propriété concerne les droits de préemption, qui ne cessent de se développer au soutien d'intérêts les plus divers.

L'un des derniers en date est le droit de préemption reconnu au locataire commerçant sur le local qu'il occupe. Il est le fruit d'une loi du 18 juin 2014 visant à améliorer la protection des commerces de centre-ville. Désormais, lorsque

[8] La mesure est, de ce fait, de nature à dissuader l'investissement locatif dans la capitale.

[9] Cette interdiction sera progressivement étendue aux logements classés F, puis E, et ainsi de suite.

[10] L. 6 juill. 1989, art. 6.

[11] L. 6 juill. 1989, art. 20-1.

[12] Sur ce droit légal de surplomb, v. C*CH*, art. L. 113-5-1

le bailleur décide de vendre un local à usage commercial ou artisanal, il doit proposer prioritairement cette vente au preneur à bail (C. *com.*, art. L. 145-46-1). Au-delà des imperfections techniques du texte (champ d'application incertain, modalités d'acquisition par le preneur inadaptées, etc.), on est frappé par la désinvolture avec laquelle le législateur a annoncé la mesure, estimant que celle-ci ne créée par d'atteinte particulière aux droits du propriétaire, à qui il serait indifférent de vendre à un tiers ou au locataire lui-même, dès lors qu'il perçoit le prix. C'est ignorer la grave perturbation créé par tout droit de préemption dans les transactions immobilières[13].

Mais il y a parfois plus grave. Alors que le droit de préemption est normalement un simple droit d'acquérir en priorité un bien aux conditions fixées par le propriétaire, le régime de certains droits de préemption donne à leur titulaire la possibilité de remettre en cause les caractéristiques de l'opération projetée par le propriétaire. Tel est le cas en particulier du droit de préemption urbain, qui permet à son titulaire de contester le prix notifié par le propriétaire et de proposer l'acquisition un prix inférieur. Le propriétaire qui reçoit cette contre-offre peut certes retirer le bien de la vente[14]. Mais s'il entend persévérer dans son projet de vente sans pour autant accepter une diminution du prix, c'est au juge de l'expropriation qu'il appartiendra de fixer le juste prix[15]. Le résultat est tout à fait remarquable: alors qu'un acheteur avait été trouvé à un prix donné (dont on est fondé à penser qu'il correspond au prix du marché), le préempteur peut néanmoins contraindre le propriétaire à vendre à un prix minoré. Que reste-t-il, dans un tel cas, de la liberté de disposer ?

II. La passivité du juge constitutionnel

On pourrait certes attendre du juge constitutionnel français, en tant que gardien des droits et liberté garantis par la Constitution, qu'il censure les textes qui porteraient trop gravement atteinte aux prérogatives des propriétaires privés.

Or il apparaît que le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel au nom de la protection constitutionnelle de la propriété aboutit rarement à invalider

[13] Un exemple pour s'en convaincre: le locataire commerçant qui fait le choix de préempter le local loué dispose d'un délai de réalisation de la vente pouvant aller jusqu'à quatre mois s'il déclare avoir recours à l'emprunt. Or si l'emprunt annoncé n'est pas obtenu et que la vente ne peut donc pas se concrétiser, c'est autant de temps que le propriétaire aura perdu dans la commercialisation de son bien.

[14] C. *urb.*, art. L. 213-7. Mais si le propriétaire se décide à vendre ultérieurement, il devra purger à nouveau le droit de préemption.

[15] C. *urb.*, art. L. 213-4.

la loi. C'est que "les sages" se refusent à substituer leur appréciation à celle du législateur, leur mission se limitant à sanctionner les abus les plus criants:

> "Le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. Il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi"[16].

Cette impression se confirme à l'analyse de la méthode suivie par le juge constitutionnel, qui raisonne schématiquement en deux temps.

Il se demande d'abord si la mesure législative examinée aboutit à une privation de la propriété. Si tel est le cas, le contrôle est relativement strict: il faudra vérifier que cette privation est légitimée par l'utilité publique et si elles'est accompagnée d'une juste et préalable indemnisation. C'est l'application pure et simple de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 selon lequel

> "La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité"[17].

En revanche, et c'est l'hypothèse qui nous intéresse ici, si l'atteinte consiste simplement à limiter les prérogatives du propriétaire ou les conditions d'exercice de ses droits, le Conseil se contente simplement d'un contrôle de proportionnalité, lequel aboutit rarement, dans les faits, à la censure[18]. Le juge vérifie en effet, tout d'abord, que l'atteinte est justifiée par un motif d'intérêt général, ce qui est une condition aisément remplie car ce ne sont pas les nobles causes qui manquent (droit au logement, sauvegarde de l'environnement, lutte contre le réchauffement climatique, mixité sociale, etc.). Il s'assure, ensuite, que l'atteinte n'est pas disproportionnée au but poursuivi. Suivant une formule devenue rituelle, qui résume parfaitement la position actuelle du Conseil:

> "il est loisible au législateur d'apporter aux conditions d'exercice du droit de propriété des personnes privées, protégé par l'article 2 de la

[16] Déc. n° 2025-1186 QPC, 19 mars 2026.

[17] Texte qui trouve d'autres relais dans le corpus normatif français. V. *Code civil*, art. 545: "nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité".

[18] V. toutefois, Déc. n° 2021-978 QPC, 11 mars 2022.

> Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi"[19].

C'est par exemple ce qui a permis au juge constitutionnel de valider, au nom de la protection de la biodiversité, une loi imposant aux propriétaires forestiers une obligation de maintenir des passages pour la faune sauvage[20], au mépris du droit de clore leur fonds[21]. Sur la même ligne, et au nom cette fois de la protection des personnes vulnérables, le Conseil a refusé de censurer la loi interdisant au bailleur de congédier les locataires d'un certain âge et aux ressources modestes sans leur offrir une solution de relogement[22]. La même formule est fréquemment employée pour justifier la constitutionnalité des servitudes d'utilité publique en tout genre qui sont imposées propriétaires privés[23]. Citons un dernier exemple tiré d'une décision du 19 mars 2026, par laquelle le Conseil constitutionnel déclare conforme à la Constitution une loi permettant, à certaines conditions, d'interdire, à une majorité qualifiée (et non plus à l'unanimité), la pratique de la location meublée touristique dans les immeubles en copropriété[24].

***

En guise de conclusion, on aimerait signaler qu'à côté des restrictions imposées au propriétaire au nom d'intérêts publics les plus divers, le droit français se montre également de plus en plus accueillant aux limitations consenties par le propriétaire lui-même sur son bien. On songe par exemple à la consécration prétorienne du droit réel de jouissance spéciale (forme libre de démembrement de la propriété qui, s'agissant de la durée, échappe aux contraintes de l'usu-

[19] V. par ex. Déc. n° 2025-1142 QPC, 13 juin 2025, mais la même formule apparaît dans des dizaines de décisions.

[20] Concrètement, la clôture doit être établie à au moins 30 centimètres au-dessus du sol et ne peut excéder 1 mètre 20 de hauteur, le dispositif s'applique en principe aux nouvelles clôtures comme aux clôtures existantes, avec des coûts susceptibles d'être considérables pour les propriétaires concernés.

[21] Déc. n° 2024-1109 QPC, 18 octobre 2024.

[22] Déc. n° 2023-1050 QPC, 26 mai 2023.

[23] Déc. n° 2026-902 DC, 19 mars 2026 à propos de servitudes d'utilité publique (accès, survol, restrictions d'usage dans les périmètres de sécurité) justifiée par l'organisation des jeux olympiques en France.

[24] Déc. n° 2025-1186 QPC, 19 mars 2026.

fruit[25]) ou encore à des formes nouvelles de baux réels (au premier rang desquels le bail réel solidaire qui, à certaines conditions, peut être renouvelé au profit de nouveaux titulaires, de telle sorte qu'il pourrait durer perpétuellement). Sans doute ce phénomène inquiète-t-il moins dès lors que le propriétaire est ici à l'origine de la diminution de ses prérogatives: "Et s'il me plaît à moi d'être inféodée?". Il appelle néanmoins une certaine vigilance s'il devait en résulter une rupture avec la matrice conceptuelle, héritée de la révolution française, sur laquelle est bâtie le droit civil de la propriété.

Littérature

Agostini Éric (1985): "L'étiolement du droit de propriété en France: 1804-1985", *Mélanges Guy Flattet. Recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet* (Lausanne, Payot).

Morin, Gaston (1950); "Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété en France", *Le droit privé au milieu du* XXe *siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. II (Paris, LGDJ).

Égal, V.; Rouast, André (1946): "Problème de l'évolution du droit de propriété", *Journées de droit civil franco-Suisse, Association Capitant*, t. I (Paris, Dalloz).

[25] Lorsqu'il est octroyé à une personne physique, ce droit réel n'est pas nécessairement viager; lorsqu'il bénéfice à une personne morale, sa durée peut être supérieure à 30 ans.

MISCELÁNEOS

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

CONFLICTOS ENTRE SOCIOS Y PARÁLISIS ORGÁNICA EN LAS SOCIEDADES CERRADAS: TIPOLOGÍA Y ARQUITECTURA DE REMEDIOS

SHAREHOLDER CONFLICTS AND CORPORATE DEADLOCK IN CLOSELY HELD COMPANIES: TYPOLOGY OF CONFLICTS AND ARCHITECTURE OF REMEDIES

Enrique Alcalde Rodríguez*

RESUMEN: El trabajo examina dos materias interrelacionadas del derecho societario: los conflictos entre socios o accionistas y los mecanismos de resolución del bloqueo en las sociedades cerradas. En su primera parte, se sintetizan los conflictos típicos entre accionistas mayoritarios y minoritarios y las principales doctrinas que el derecho comparado ha elaborado para reprimir las conductas abusivas de unos y otros, proponiéndose una distinción –fundada en el art. 30 de la Ley de Sociedades Anónimas– entre la colisión del interés individual con el interés social y la colisión entre los intereses particulares de las distintas facciones de accionistas. En su segunda parte, se aborda el "bloqueo" (*corporate deadlock*) como patología estructural de las sociedades cerradas, ofreciéndose un catálogo escalonado de mecanismos destinados a superarlo, así como los diversos remedios judiciales para resolver el conflicto, concluyendo con cuatro principios rectores del diseño antibloqueo.

PALABRAS CLAVE: sociedad anónima cerrada, conflicto societario, abuso del derecho de voto, interés social, derechos del socio, bloqueo societario, mecanismos antibloqueo.

* Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Privado Pontificia Universidad Católica de Chile y director del Centro de Gobierno Corporativo UC. Correo electrónico: ealcalde@myaa.cl

Abstract: This paper examines two interrelated topics of corporate law: conflicts among members or shareholders and the mechanisms for resolving deadlock in closely held corporations. Its first part synthesizes the typical conflicts between majority and minority shareholders and the principal doctrines that comparative law has developed in order to curb the abusive conduct of both, and proposes a distinction –grounded in Article 30 of the Chilean Companies Act (Ley de Sociedades Anónimas)– between the collision of the individual interest with the corporate interest (interés social) and the collision among the particular interests of the various shareholder factions. Its second part addresses "deadlock" (corporate deadlock) as a structural pathology of closely held corporations, offering a tiered catalogue of mechanisms designed to overcome it, as well as the several judicial remedies available to resolve the conflict, and concludes with four guiding principles for antideadlock design.

Keywords: closely held corporation, intra-corporate conflict, abuse of voting rights, corporate interest, shareholder rights, corporate deadlock, antideadlock mechanisms.

I. Conflictos societarios y abuso de los accionistas mayoritarios y minoritarios

Al inicio de todo proyecto empresarial es habitual que los socios, llevados por la comprensible ilusión que acompaña a cualquier iniciativa, no ponderen con suficiente rigor las bases del proyecto común ni convengan los mecanismos de prevención y resolución de las discrepancias que el tiempo inevitablemente trae consigo; de ahí que la disparidad de criterios, tarde o temprano, derive en la frustración del negocio o en la separación de los socios. El conflicto societario, según lo advierte Lorena Schneider, encuentra una de sus raíces en una circunstancia paradójica: es la propia ley la que pone en manos de los socios –cualquiera sea la clase a la que pertenezcan– los derechos societarios que, ejercidos de forma abusiva, generan o agudizan la contienda[1].

[1] Schneider (2017) pp. 74-76, quien recoge la tipología de conflictos societarios elaborada por Van de Vliert –conflictos de información, de intereses, de estructuras y de valores–. La cuestión gira, en lo esencial, en torno a la noción de poder y a la dialéctica entre mayoría y minoría en la formación de la voluntad social; con todo, el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial del tema se ha concentrado casi exclusivamente en el abuso de la mayoría, relegando a la sombra las conductas abusivas imputables a la minoría, no obstante que ninguna presunción de "bondad" ampara a esta ni de "maldad" a aquella. Polo (1996) p. 2271; Rubio (2004) p. 3, quien advier-

En tales supuestos pueden suscitarse conflictos entre el interés individual del grupo mayoritario y el del minoritario o, bien, entre los intereses individuales de unos u otros y el interés social o común. Las materias en que estos problemas se manifiestan con mayor agudeza son, por ejemplo, los aumentos de capital, la distribución de dividendos, los acuerdos de fusión y la propia disolución de la sociedad. Respecto de las dos primeras, una aproximación económica demuestra que el interés social no suministra, en abstracto, un criterio unívoco que permita decidir si conviene financiarse mediante deuda o mediante un aumento de capital, ni si una política expansiva o restrictiva de dividendos sirve mejor a la compañía –para algunos, incluso, irrelevante en un mercado sin imperfecciones, según la conocida tesis de Merton Miller y Franco Modigliani–[2]; de ahí que la doctrina haya debido recurrir a "conductas indiciarias" –como la negativa injustificada y reiterada a repartir utilidades o el aumento de capital concebido con el solo fin de diluir al minoritario incapaz de concurrir a él– para discernir, en cada caso, si se está o no ante un ejercicio abusivo del voto[3]. La dificultad se agrava al considerar que la solución de estos conflictos queda entregada, en definitiva, a jueces que carecen de la experiencia técnica necesaria y que pueden verse compelidos a sustituir, indirectamente, el juicio empresarial de los socios.

Para reprimir tales abusos –cuyo desvalor jurídico es, al fin y al cabo, uno y el mismo, sea que provengan de la mayoría o de la minoría– el derecho comparado ofrece un repertorio de doctrinas a las que ya nos hemos referido en ocasiones anteriores[4].

---

te que no existe una justificada y proporcionada suposición de "bondad" de la minoría ni de "maldad" de la mayoría. Tales conductas pueden manifestarse, incluso, en un abuso de carácter procesal. Sobre este como manifestación del abuso de los derechos societarios véase, entre otros: Alcalde y Rutherford (2018) pp. 101-103; Romero (2007) p. 71; Couture (2010) pp. 59-62; Bilesio y Gasparini (2001) p. 18; Lépori (2001) p. 50; Airasca (2001) p. 110; Álvarez (2001) pp. 122-123 y 125; Rambaldo (2001) pp. 226 y 234; Ruzafa (2001) p. 262; Ferrari (2001) p. 281; Vallejos (2001) pp. 424-425; Masciotra (2005) p. 55; Peyrano (2001) p. 78; Castiglione (1921) pp. 92-95; Kemelmajer (1997) p. 223; Pastor (2001) pp. 68-70; Balestro (2001) p. 147; Vargas (1999) pp. 221-223; Carbone (2001) p. 361; Fluck (2001) pp. 385-390 y Lozano-Higuero (2005) pp. 81-82.

[2] Sánchez (2000) pp. 208-212 y 223; Cabanellas (1992) p. 621; Kübler (1998) pp. 282-283.

[3] Racciatti (1991) p. 228; Marsala (2007) pp. 254-255.

[4] La *doctrina de la justificación* objetiva, de raíz alemana, exige que toda decisión susceptible de afectar a los demás accionistas obedezca a un criterio de necesidad y proporcionalidad, de suerte que sus consecuencias negativas no sean sino un efecto secundario no querido, suficientemente explicado por el mérito del acuerdo. La *doctrina de la buena fe y del deber de fidelidad* reconduce la cuestión a las exigencias de lealtad recíproca que presiden las relaciones de quienes se vinculan por el contrato de sociedad, de modo que falta a ellas el socio que se ampara en la mera formalidad legal para imponer una decisión lesiva. Roimiser (1979) pp. 92-93; Juste (1995) p. 146

Sin embargo, creemos que, entre nosotros, la solución de estos problemas exige una distinción previa que el propio ordenamiento consagra: el art. 30 de la Ley de Sociedades Anónimas, al regular el ejercicio de los derechos del accionista, ordena respetar, por una parte, los intereses de la sociedad y, por otra, los de los demás accionistas. Menester es, pues, determinar si el comportamiento del socio –mayoritario o minoritario– enfrenta su interés individual con el interés social, o si la pugna se traba entre los intereses particulares de unos accionistas y los igualmente particulares de otros. En la primera hipótesis, el interés individual, aun legítimo en sí mismo, debe ceder ante el interés social, que constituye la causa típica del contrato de sociedad –la obtención de utilidades y la maximización del valor de las acciones en el largo plazo, mediante la ejecución de actos comprendidos en el objeto social–, conforme a la concepción contractualista a la que adherimos y que nuestra Corte Suprema ha hecho suya[5]. Su transgresión, sea por la minoría que entraba el desenvolvimiento social en provecho de un interés extrasocietario, sea por la mayoría que se prevale de su posición para beneficiarse en perjuicio de los demás –conducta que el art. 134 bis de la misma ley ha elevado, incluso, a la categoría de delito económico[6]–, configura una causa ilícita que habilita para demandar la nulidad del acuerdo y, en su caso, la indemnización de los perjuicios[7].

(citando a Hüffer); Betti (1969) p. 103; Senent (2013) p. 7. La *doctrina del motivo ilícito*, de cuño italiano, postula la nulidad del acuerdo adoptado para perseguir intereses extrasocietarios con daño de los consocios. La *doctrina del exceso o desviación de poder*, mediante el trasplante de categorías del derecho administrativo, concibe el voto no como derecho subjetivo atribuido en interés del socio, sino como potestad funcional ordenada a la consecución del interés social. La *doctrina del fraude a la l*ey alcanzaría a aquellas hipótesis en que el accionista, observando un respeto solo aparente al precepto legal, obtiene el resultado que este pretende impedir. Sobre la noción de fraude a la ley, Ferrara (1926) pp. 96-97; con mayor desarrollo, Alcalde (2005) p. 87 y ss. En torno a la disparidad de criterios sobre la sanción del acto *in fraudem legis* véase Vial Del Río (2003) p. 214; Santoro-Passarelli (1964) pp. 225-226; Domínguez (1991) pp. 27-29; Albaladejo (1996) pp. 27 y 42 y Planiol y Esmein, citados por Carbonnier (1971) p. 286. Y la *doctrina del abuso del derecho*, que permite impugnar el acuerdo cuando el voto se aparta de los fines para los cuales fue concedido, ya para dañar a los consocios, ya para obtener un beneficio ajeno al interés jurídicamente protegido Rodríguez (1998) pp. 43-44. En la jurisprudencia comparada, sentencia del Tribunal Federal Supremo de Alemania de 22 de mayo de 1989 (ZR 206/88).

[5] Sobre la identificación del "interés social" con la causa del contrato de sociedad, Alcalde y Guerrero (2024) p. 600 y ss. y 610 y ss.; en contra, Puelma (1996) pp. 122-123. La concepción contractualista ha sido acogida por la Corte Suprema en sus sentencias roles n.° 3.389-2015 y n.° 125. 574-2020.

[6] Sobre el delito del art. 134 bis de la LSA, Bacigalupo (2020) pp. 1-4, comentando el precepto español que lo inspira y Alfaro (2026). En la jurisprudencia española, sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1991 y de 7 de diciembre de 2011, citadas por Muñoz (2018) pp. 14 y 63; véase también Navarro (2020) pp. 516-517.

[7] Sobre la causa ilícita en supuestos como el analizado, Alcalde (2023) p. 447 y ss.

Distinta es la hipótesis en que el interés particular de la minoría o de la mayoría, sin vulnerar el interés social, atenta contra el interés individual de los restantes accionistas –supuesto que el art. 30 igualmente contempla al ordenar respetar los intereses de los demás socios–. Aquí el criterio de legitimidad no puede construirse sobre la sumisión del interés individual al social, sino sobre el concepto de causa entendido en sentido objetivo, esto es, como el supuesto de hecho normativamente suficiente para justificar el efecto jurídico perseguido[8]: si la causa típica que confiere el derecho de voto se convierte en un simple medio para alcanzar una finalidad contraria al interés jurídicamente protegido, deviene en ilícita. Así, no sería legítimo para el minoritario votar de manera obstruccionista con el solo objetivo de que la mayoría adquiera sus acciones a un precio superior al de mercado, ni a la mayoría aprobar un aumento de capital con el exclusivo fin de diluir al minoritario[9]. Esta clase de conflictos ocupa un lugar preponderante en la sociedad anónima cerrada, precisamente por la ausencia de un mercado ágil que permita al socio desprenderse de sus títulos a un precio razonable[10]. El principio mayoritario ofrece una primera aproximación, mas su eficacia vinculante supone que la mayoría vote inspirada en el interés social, pues solo entonces cabe reputarla *melior pars* e intérprete de la voluntad común; de lo contrario, aun una minoría ínfima se erige en *melior pars* cuando reclama la observancia del contrato[11].

Cierra esta sistematización el supuesto en que el conflicto compromete los denominados "derechos individuales" del socio –aquellos que, naciendo del contrato social, integran la ordenación jurídica de la sociedad y no pueden ser suprimidos por la mayoría, por afectar a la esencia misma de la estructura corporativa–[12]. Cuando el ejercicio examinado recae sobre uno de tales derechos, el juicio de licitud ha de ser especialmente cauteloso, pues estos se confieren al socio con relativa independencia de la suerte que el interés social corra a consecuencia de su ejercicio. De cuanto se ha expuesto se sigue que el ordenamiento societario, lejos de suprimir la tensión irreductible entre el principio mayoritario y los derechos del socio, la disciplina: a través del art. 30 impone un límite material al poder de la mayoría y un límite funcional al poder de obs-

[8] Sobre esta concepción objetiva de la causa, Alcalde y Boetsch (2021) p. 279 y ss., acogida por la Corte Suprema en su sentencia rol n.° 66.075-2021 y por la Comisión Arbitral de la Concesión Aeropuerto Nuevo Pudahuel en su fallo de 15 de mayo de 2024.

[9] Pulgar (2013) p. 35.

[10] Megías (2014) pp. 17-18, quien destaca que la transmisión de la participación social queda fuertemente condicionada, generándose un mercado únicamente entre los propios accionistas.

[11] Roimiser (1979) pp. 85-89; Girón Tena, citado por Sánchez (2000) p. 183. Sobre la disolución por causa grave como desenlace extremo de estos conflictos, Manterola (2024).

[12] Sobre la distinción entre derechos "individuales" y "sociales" del accionista, Brunetti (2002) pp. 450-451; Messineo (1979) pp. 488-489.

trucción de la minoría, cuya transgresión –cualquiera sea la doctrina que se adopte como fundamento– genera responsabilidad y habilita los remedios impugnatorios y resarcitorios pertinentes. Sentadas estas premisas, corresponde examinar la patología más aguda a que estos conflictos pueden conducir: la parálisis o bloqueo de los órganos sociales y la arquitectura de remedios destinada a superarla.

II. Remedios ante la parálisis orgánica

II.1. Planteamiento general: el bloqueo como patología de las sociedades cerradas

La sociedad cerrada presenta una paradoja estructural de singular interés: los mismos rasgos que la hacen eficiente como vehículo de empresa –la confianza recíproca, la alineación de intereses y la flexibilidad organizativa– son también los que la tornan especialmente vulnerable cuando esa confianza se quiebra[13].

El fenómeno del *corporate deadlock* –o bloqueo societario– constituye la expresión más aguda de dicha vulnerabilidad. Desde una perspectiva conceptual, puede definirse como aquella situación en que los órganos decisorios de la sociedad se encuentran estructuralmente incapacitados para adoptar los acuerdos indispensables para su funcionamiento ordinario, debido a la imposibilidad de alcanzar las mayorías requeridas o a la existencia de poderes de veto recíprocos entre socios con poder equivalente. A diferencia de la mera disensión entre accionistas –que es inherente a toda organización empresarial y no requiere, por sí sola, de instrumentos excepcionales–, el bloqueo supone una parálisis orgánica que compromete la viabilidad misma de la empresa[14].

Esta vulnerabilidad no es meramente contingente, sino estructural: la evidencia empírica indica que casi dos tercios de las *joint ventures* con dos miembros presentan participaciones paritarias[15], lo que convierte el bloqueo en un riesgo sistémico de estas estructuras. El problema se agudiza, además, porque

[13] Tal paradoja ha sido descrita con especial lucidez por Marazzotta (2021). Véase también Samushia (2021) y Scherer (2018).

[14] Como lo ha precisado la jurisprudencia canadiense, en la sentencia Palmieri v. A.C. Paving Co. (British Columbia, 1999), el bloqueo se configura cuando concurren: (i) una división igual o casi igual del capital y el control; (ii) un desacuerdo serio y persistente sobre cuestiones relevantes de gestión; (iii) el bloqueo resultante de esa controversia y (iv) la interferencia grave de dicho bloqueo en el normal funcionamiento de la organización.

[15] Obgolts (2019) p. 10. El dato corresponde a la sistematización de Hauswald y Hege sobre *joint ventures* estadounidenses entre 1985 y 2000. La cifra reviste importancia metodológica: transforma el bloqueo de riesgo contingente en riesgo estructural propio de estas estructuras.

–como lo explica la teoría de los contratos incompletos desarrollada por Herbert Hart– resulta imposible prever y regular de forma contractual todas las contingencias futuras susceptibles de generar una situación de parálisis[16], de suerte que cualquier arquitectura de desbloqueo debe, por definición, operar sobre la base de reglas de resolución cuya activación no pudo ser enteramente anticipada por las partes al momento de contratar.

Según examinamos en la primera parte de este trabajo, los conflictos societarios que pueden derivar en bloqueo reconocen, al menos, tres grandes categorías:

i) la colisión entre el interés de los accionistas minoritarios y el interés social;
ii) la colisión entre los intereses de los accionistas mayoritarios y el interés social y
iii) la colisión entre los intereses extrasocietarios de distintas facciones de accionistas.

Esta última categoría es la más relevante para el análisis que aquí nos ocupa, pues en ella el conflicto no se plantea respecto del interés social, sino entre intereses particulares de grupos con poder de veto recíproco –supuesto típico de la sociedad paritaria–, lo que impide resolverlo mediante el simple recurso al principio mayoritario. Como lo advertíamos en esa parte, es la propia ley la que pone en manos de los socios mecanismos que, ejercidos abusivamente, generan o agudizan la situación conflictiva, convirtiéndose así el derecho en instrumento de bloqueo en vez de herramienta de gobierno.

Frente a esta realidad, el ordenamiento jurídico societario ha desarrollado históricamente dos grandes tipos de respuesta: la planificación contractual *ex ante*, mediante la incorporación de mecanismos de desbloqueo en los estatutos sociales o en acuerdos de accionistas y la intervención judicial *ex post*, a través de remedios tales como la disolución judicial o la compra forzada de participaciones. La evidencia comparada es, sin embargo, unánime en señalar la insuficiencia de los marcos legales por defecto y la consiguiente necesidad de que sean las propias partes quienes diseñen de manera preventiva los mecanismos adecuados para gestionar el conflicto antes de que este destruya el valor de la empresa.

El propósito del presente capítulo es, precisamente, sistematizar dicho espectro de mecanismos, evaluarlos desde una perspectiva de derecho comparado y proponer criterios para su diseño óptimo. A tal efecto, pueden distinguirse tres grandes categorías funcionales: los mecanismos de preservación de la empresa, los mecanismos contractuales de salida y los remedios judiciales; con-

[16] Hart (2017) pp. 1731-1752.

cluyendo con una propuesta de arquitectura contractual escalonada y los principios que deben orientar tanto el diseño privado como la actuación legislativa en la materia.

II.2. La arquitectura escalonada como principio rector del diseño antibloqueo

Antes de examinar cada mecanismo en particular, conviene establecer el principio organizador que debe presidir su diseño e implementación. La doctrina especializada es, al respecto, concordante: el diseño óptimo no consiste en la identificación de un instrumento único y universal –que, como veremos, no existe–, sino en la articulación de una arquitectura escalonada que avance progresivamente desde instrumentos cooperativos hacia mecanismos adjudicativos, reservando los remedios más drásticos para los supuestos en que los anteriores hayan fracasado[17].

Esta opción metodológica descansa, a su vez, sobre una premisa normativa de primer orden: la preservación de la empresa como unidad económica es, en principio, preferible a su liquidación. El bloqueo societario no equivale, salvo en sus manifestaciones más extremas, a la destrucción irreversible de la relación societaria; antes bien, muchos conflictos de este tipo son susceptibles de resolución si se activan de manera oportuna los mecanismos adecuados. El error recurrente que la doctrina comparada identifica en el diseño contractual –y que queremos enfatizar desde el inicio– consiste, precisamente, en sobredimensionar un mecanismo específico (*v.gr.*, la cláusula *shotgun*) como si fuera capaz de resolver por sí solo cualquier situación de bloqueo o en reaccionar *ex post* frente al conflicto en lugar de diseñar *ex ante* estructuras institucionales para gestionarlo.

La segunda razón que justifica el enfoque escalonado es de naturaleza estrictamente estratégica: la mera existencia de mecanismos de salida drásticos actúa como poderoso incentivo para que las partes alcancen acuerdos en las etapas previas, de suerte que –paradójicamente– la incorporación de cláusulas de salida severas hace menos probable que estas deban activarse[18].

---

[17] La denominación "arquitectura escalonada" es recogida por la doctrina comparada con distintas formulaciones, pero responde a una misma racionalidad. Véase Scherer (2018) p. 77 y Field (1974) p. 1007.

[18] Almloff (2022) p. 199; Bell (2021) p. 11; Duffy (2008) p. 19 y Bamonte (2004) pp. 621-650. Esta racionalidad transforma el diseño de los mecanismos antibloqueo en un instrumento de gobernanza preventiva, cuya eficacia no se mide solo por su capacidad para resolver el bloqueo cuando este se produce, sino, también, por su aptitud para reducir la probabilidad misma de que surja. Esta insuficiencia de planificación previa tiene consecuencias directas sobre los costos de resolución del conflicto, toda vez que cuando los socios omiten anticipar las contingencias relevantes

Atendido lo anterior, en lo que sigue pretendemos ordenar los mecanismos disponibles en una secuencia funcional de tres niveles –preservación de la empresa, salida contractual y remedios judiciales–, dentro de cada uno de los cuales los instrumentos se organizan de menor a mayor intensidad interventora, conforme al principio de subsidiariedad que debe presidir la gestión de cualquier conflicto societario.

II.3. Mecanismos de preservación de la empresa

Los mecanismos de preservación tienen por objetivo restablecer la capacidad decisoria de la organización sin alterar su estructura de propiedad. Responden a la premisa de que no todo bloqueo societario refleja una ruptura definitiva de la cooperación entre los socios. En efecto, en numerosas ocasiones, el conflicto surge en torno a decisiones específicas que, aun siendo relevantes, no implican necesariamente la destrucción irreversible de la relación societaria. En tales circunstancias, la solución jurídicamente más eficiente no consiste en reorganizar la propiedad de la empresa, sino en habilitar a la organización para continuar funcionando mientras se resuelve el desacuerdo.

a. El periodo de reflexión *(cooling-off period)*

El mecanismo más elemental de preservación es el periodo de reflexión, que otorga a las partes un plazo –que puede variar de días a semanas según la materia y la urgencia del asunto– para resolver sus diferencias sin que la mera existencia del desacuerdo desencadene consecuencias adversas inmediatas. Su función es separar el conflicto operativo de la crisis institucional desde el momento en que, al eximir de manera transitoria a los socios de las consecuencias del desacuerdo, se genera el espacio necesario para que las diferencias sean abordadas con la racionalidad y la distancia que con frecuencia se pierde en el fragor del conflicto[19].

y contratar soluciones a medida, quedan expuestos a los remedios legales por defecto que, en la mayoría de los ordenamientos –el nuestro incluido–, son profundamente inadecuados para las necesidades específicas de las sociedades cerradas. Bell (2021) p. 2. Con igual expresividad, Alsaleh (2019) p. 19. La práctica del foro corrobora lo dicho: el porcentaje de sociedades cerradas con conflictos societarios que carecen de mecanismos pactados de desbloqueo es significativamente superior al que cabría esperar de operadores jurídica y económicamente racionales, lo que confirma la subestimación sistemática del conflicto que la doctrina ha documentado con expresiones tan elocuentes como que "pocos novios dedican mucho tiempo a planificar su divorcio".

[19] Scherer (2018) p. 26. La expresión "válvula de descompresión" que emplea la doctrina alemana para referirse a este mecanismo resulta particularmente ilustrativa de su función sistémica.

Estimamos que este mecanismo –de apariencia simple, pero de eficacia notable en la práctica– debería incorporarse con carácter obligatorio en todo pacto de accionistas de sociedades cerradas, como primera línea de defensa ante el bloqueo. Su incorporación no exige técnica jurídica compleja, bastando con establecer que ante la existencia de un desacuerdo que no hubiere podido resolverse en el órgano competente, las partes dispondrán de un plazo determinado para negociar de buena fe una solución, durante el cual la sociedad continuará operando conforme al presupuesto o resoluciones del periodo anterior.

b. El escalonamiento

El escalonamiento consiste en referir la disputa a niveles jerárquicos superiores cuando el órgano en que se produjo el bloqueo no logra resolverlo. Su racionalidad es relativamente simple: muchas controversias que parecen irresolubles en niveles operativos encuentran solución cuando son abordadas por actores con mayor capacidad estratégica o con una visión más amplia de los intereses de la empresa y de sus socios[20].

En nuestra opinión, la eficacia de este mecanismo depende críticamente de dos condiciones: que los niveles jerárquicos a los que se eleva el conflicto tengan efectiva capacidad decisoria y no sean solo formales y que se establezcan plazos precisos para cada etapa, de manera que el proceso no se convierta en una prolongación dilatoria del conflicto. En el caso de las *joint ventures* corporativas –es decir, aquellas en que los socios son personas jurídicas–, el escalonamiento hasta los órganos de administración de las matrices de los socios permite con frecuencia destrabar conflictos que, vistos desde la perspectiva de la filial, parecían insolubles.

c. La mediación y el arbitraje

La mediación es un mecanismo de resolución flexible y consensual en que un tercero neutral asiste a las partes para alcanzar un acuerdo negociado, sin imponer una solución. Su ventaja principal reside en su capacidad para preservar relaciones comerciales de largo plazo y para generar soluciones creativas –como la reorganización de la estructura de propiedad, la redefinición del objeto social o la incorporación de reglas sustantivas predeterminadas– que difícilmente podrían surgir en un proceso adjudicativo[21]. Sin embargo, la mediación presenta

[20] La evidencia empírica es contundente al respecto: Obgolts (2019) p. 14 (citando datos de Water Street Partners), reporta que el mecanismo de escalonamiento fue utilizado en el 88 % de los dieciocho acuerdos de *joint venture* analizados, convirtiéndolo en el instrumento de preservación más frecuentemente pactado. Este dato es significativo porque sugiere que los operadores prácticos reconocen en el escalonamiento la primera línea de defensa ante el bloqueo.

[21] Scherer (2018) p. 30.

un límite evidente: su éxito depende de la voluntad cooperativa de las partes. Cuando el conflicto societario se encuentra en una fase avanzada de deterioro relacional, puede convertirse simplemente en una etapa adicional dentro de un proceso inevitable de ruptura, con el consiguiente costo de tiempo y recursos que ello implica.

El arbitraje, en cambio, es un mecanismo heterocompositivo que produce una decisión vinculante. Su utilización en el contexto de conflictos societarios ha experimentado una notable expansión en las últimas décadas, en particular en la práctica de nuestro derecho donde –al amparo del artí. 227 del *Código Orgánico de Tribunales*– los conflictos entre socios y accionistas son de arbitraje forzoso. No obstante ello, la adecuación del arbitraje como mecanismo de resolución del *deadlock* depende fundamentalmente del tipo de conflicto de que se trate. Y así, por ejemplo, resulta particular eficaz para resolver controversias de carácter jurídico o interpretativo, pero su idoneidad es más discutible cuando el conflicto versa sobre decisiones empresariales de carácter estratégico, pues el árbitro se ve obligado a sustituir el juicio comercial de los socios, lo que puede generar soluciones formalmente correctas desde el punto de vista jurídico, pero cuestionables desde la perspectiva empresarial[22].

d. El voto dirimente
(casting vote)

El voto dirimente consiste en atribuir a un sujeto predeterminado –*v.gr.* el presidente del directorio– un voto adicional que resuelve los empates en los órganos colegiados[23]. Constituye, en cierto modo, la solución más directa al bloqueo decisorio: en lugar de buscar un acuerdo entre las partes, introduce en el órgano un mecanismo de desempate que garantiza la adopción de la decisión.

La objeción conceptual más relevante que esta figura suscita –y que el diseño contractual debe abordar de forma cuidadosa– consiste en que, en estructuras de propiedad paritaria, otorgar de manera permanente el voto decisorio a uno de los socios o a un director elegido con sus votos puede equivaler, en la práctica, a atribuirle el control efectivo de la sociedad, desnaturalizando así la lógica paritaria originalmente acordada. Por esta razón, la práctica contractual suele limitar la aplicación del voto dirimente a materias de gestión ordinaria, excluyendo de forma clara decisiones estructurales tales como: modificaciones de estatutos,

[22] Field (1974) p. 1000; Duffy (2008) p. 19. La observación es en particular relevante para el derecho chileno, donde el arbitraje societario ha experimentado una notable expansión práctica al amparo del art. 227 del *Código Orgánico de Tribunales*. Con todo, la naturaleza del conflicto de *deadlock* hace que su utilidad sea en todo caso circunscrita a las controversias de índole jurídica o interpretativa, mas no a aquellas que involucran decisiones estratégicas de gestión.

[23] Scherer (2018) p. 40.

aumentos o reducciones de capital, transformación, división, fusión y disolución de la sociedad[24]. En el derecho chileno, esta restricción es adicionalmente relevante por cuanto el art. 67 de la LSA impone mayorías calificadas para algunas materias, cuya exigencia no puede ser suplantada por el mecanismo del voto dirimente.

e. Las regulaciones sustantivas predeterminadas

Quizá el mecanismo preventivo de mayor eficacia práctica consiste en acordar, al momento de constituir la sociedad o celebrar el pacto de accionistas, las reglas que regirán en caso de desacuerdo sobre materias específicas, sustituyendo la necesidad de acuerdo por una solución automática. Así, por ejemplo, en caso de desacuerdo sobre la distribución de utilidades, puede estipularse que se distribuirá un porcentaje determinado de las utilidades del ejercicio (*v.gr.* dividendo mínimo obligatorio) o que, ante la imposibilidad de aprobar el presupuesto anual, regirá automáticamente el del ejercicio anterior[25].

Este mecanismo tiene la virtud de transformar el bloqueo potencial en una regla sustantiva preestablecida, eliminando el conflicto antes de que se produzca. Su limitación fundamental, sin embargo, reside en la imposibilidad de anticipar *ex ante* la totalidad de los escenarios conflictivos relevantes en contextos empresariales dinámicos: las reglas predeterminadas pueden devenir en inadecuadas ante cambios significativos en las condiciones del negocio o en la situación de los socios. Esta limitación no resta valor al mecanismo, pero sí aconseja que las regulaciones sustantivas predeterminadas se diseñen de manera flexible y se combinen con los demás instrumentos que aquí analizamos.

II.4. Mecanismos contractuales de salida: eficiencia y adjudicación del control

Cuando los mecanismos de preservación fracasan –o cuando el grado de deterioro de la relación societaria es tal que la cooperación se ha tornado inviable– el diseño institucional debe asumir una premisa distinta: la relación ya no puede preservarse y, por tanto, el objetivo del mecanismo antibloqueo pasa a ser la organización de una separación ordenada entre los socios.

Los mecanismos contractuales de salida tienen, precisamente, ese propósito, en cuanto buscan determinar quién sale, en qué condiciones y a qué precio, sin necesidad de recurrir a la intervención de los tribunales.

---

[24] Clar (2019) pp. 19 y 22.

[25] Scherer (2018) p. 39. Este mecanismo encuentra un cierto paralelo en la práctica chilena de los "acuerdos de accionistas" o "pactos de socios".

El fundamento de estos mecanismos reside en el principio de autonomía privada. Si las partes han previsto libremente las condiciones de su separación, los tribunales deben respetar y hacer cumplir esa previsión. La doctrina comparada distingue, en términos generales, entre mecanismos de adjudicación interna –aquellos en que el control es adquirido por uno de los propios socios– y mecanismos de venta a terceros –aquellos en que la empresa se transfiere a un adquirente externo–[26]. Dentro del primer grupo, que es el de mayor relevancia práctica en las sociedades paritarias, se encuentran las distintas variantes de la cláusula *buy-sell*, las opciones de compra y venta, y los mecanismos de subastas.

a. La cláusula *shotgun*
(ruleta rusa)

La cláusula *shotgun* –denominada también "ruleta rusa" o "cláusula duelo"– es, con diferencia, el mecanismo de salida más estudiado en la literatura comparada y el más frecuentemente pactado en la práctica contractual de las sociedades cerradas. Su mecánica es conceptualmente elegante: un socio (el oferente) propone un precio por participación; el receptor debe elegir entre vender sus acciones a ese precio o comprar las del oferente en los mismos términos[27]. La originalidad institucional del mecanismo radica en que el oferente se ve obligado a proponer un precio cuyo contenido económico le resulta potencialmente adverso: si lo fija demasiado bajo, el destinatario optará por comprar sus acciones; si lo fija demasiado alto, quedará obligado a comprar las del destinatario a un precio superior al que él mismo asignaba al negocio.

Como lo observara el juez Frank Easterbrook en Valinote v. Ballis (7.º Cir., 2002): "la posibilidad de que quien fija el precio pueda ser forzado tanto a comprar como a vender mantiene honesto al primer actor"[28]. Esta estructura de incentivos opera como una forma institucional de autorregulación en la fijación del precio, que sustituye la intervención de expertos o tribunales por un mecanismo de revelación estratégica de valor. A las ventajas señaladas se añaden las de celeridad y economía: una parte puede activar el mecanismo de manera uni-

[26] Bell (2021) p. 4.

[27] Scherer (2018) p. 60. La expresión "yo corto, tú eliges" a que alude la doctrina comparada remite a la intuición de equidad distributiva que subyace en el mecanismo: quien establece el precio queda expuesto a sus propios términos, lo que genera el incentivo para proponer un valor razonable.

[28] Landeo & Spier (2014) p. 7, citando Valinote v. Ballis, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 2002. La observación del juez Frank Easterbrook resume con singular precisión la lógica detrás de la estructura de incentivos del mecanismo, que la doctrina económica ha formalizado bajo el concepto de "revelación estratégica de valor".

lateral, sin necesidad de tasadores externos ni procedimientos contenciosos prolongados[29].

Con todo, la cláusula *shotgun* presenta limitaciones estructurales que no deben soslayarse.

La investigación experimental de Claudia Landeo y Kathryn Spier ha demostrado que, bajo condiciones de información simétrica, el mecanismo produce resultados equitativos (división aproximadamente 50/50) con alta eficiencia (90-95 %). Pero bajo información asimétrica –supuesto que se da con frecuencia cuando uno de los socios gestiona de forma directa la empresa– la eficiencia cae al 60-70 % y la distribución se sesga de modo sistemático en favor del socio mejor informado[30]. El problema se agrava en presencia de asimetrías de liquidez: si uno de los socios tiene dificultades financieras y el otro lo sabe, este último puede formular una oferta artificialmente baja, confiado en que el primero no podrá adquirir sus acciones, aunque las considere subvaloradas[31].

b. El *texas shoot-out* y el *mexican shoot-out*

El *texas shoot-out* es una variante de la cláusula *buy-sell* que introduce un proceso de puja competitiva: cada socio tiene el derecho de presentar una oferta indicando el precio al que está dispuesto a comprar la totalidad de las acciones del otro, y el destinatario puede aceptarla o presentar una contraoferta a un precio más alto. Este proceso puede continuar en múltiples rondas hasta que uno de los socios acepta[32]. Su principal ventaja sobre la ruleta rusa es que garantiza la mayor igualdad de oportunidades posible entre los socios y asegura

[29] Landeo & Spier (2014) pp. 7-8.

[30] Landeo & Spier (2014) pp. 18-21. Los experimentos de Claudia Landeo y Kathryn Spier constituyen la evidencia empírica más sistemática disponible sobre la eficiencia comparada de los mecanismos de salida, y sus conclusiones son ampliamente citadas en la literatura jurídica y económica. Para un análisis crítico de la metodología experimental, véase Cramton, Gibbons & Klemperer (1987).

[31] Obgolts (2019) p. 18. La solución más precisa para el problema de la asimetría de información fue propuesta por Claudia Landeo y Kathryn Spier, y consiste en asignar de manera judicial el rol de oferente al socio mejor informado: sus experimentos demuestran que esta asignación aumenta de manera estadísticamente significativa ($p = .02$) la tasa de adjudicación equitativa. Landeo y Spier (2014) p. 41. La asignación judicial del rol de oferente al socio mejor informado tiene, adicionalmente, la virtud de no exigir la determinación previa del valor de la empresa por un perito externo –tarea que, como analizamos infra, constituye por sí sola una fuente de conflicto y destrucción de valor–, sino de aprovechar la información privada del propio socio para generar un precio que se aproxima al valor real del negocio. En Kinzie v. Dells (British Columbia Supreme Court, 2010), el tribunal recogió expresamente este criterio.

[32] Scherer (2018) pp. 65-66.

que sea adquirida la empresa por quien asigna un mayor valor a su continuidad, reduciendo el riesgo de adjudicaciones ineficientes.

El *mexican shoot-out* –o subasta de sobre cerrado– opera de manera diversa: cada socio presenta, ante un tercero independiente (notario, árbitro o entidad financiera), una oferta sellada con el precio máximo que está dispuesto a pagar. El tercero abre los sobres de manera simultánea y el socio que ofreció más adquiere la participación del otro al precio por él indicado[33]. Una variante sofisticada de este mecanismo –denominada *Baseball Arbitration*– prevé que el tercero determine previamente el valor justo de las acciones y que gane el sobre más cercano a ese valor, lo que crea un incentivo para que ambas partes presenten ofertas realistas y desalienta la formulación de ofertas extremas[34]. Todos estos mecanismos reducen el margen para la manipulación estratégica, aunque comparten el presupuesto de que los socios cuenten con capacidades financieras relativamente comparables.

c. El remate inglés y el remate holandés

Junto a las variantes señaladas, la teoría de subastas –disciplina que ha alcanzado plena madurez académica desde los trabajos seminales de Vickrey– ofrece dos instrumentos de particular relevancia para el desbloqueo societario; a saber: el *remate inglés* y el *remate holandés*, cuya aplicación al contexto de las sociedades cerradas permite abordar con mayor precisión los problemas de asimetría informativa y de liquidez que afectan a los mecanismos tradicionales.

El *remate inglés* –o subasta ascendente– es el sistema de puja más conocido en la práctica: el precio parte de un mínimo y asciende de manera progresiva mediante ofertas sucesivas, adjudicándose las participaciones al licitante que alcanza el precio más alto. Su propiedad más valiosa en el contexto societario es la denominada "revelación progresiva de valor". Ello por cuanto, a diferencia de la cláusula *shotgun*, donde el precio se fija en un solo acto, el proceso ascendente de pujas permite que la información privada de cada socio sobre el valor real del negocio se incorpore de forma gradualmente al precio final. Esta propiedad hace que el *remate inglés* tienda a adjudicar el control societario al socio que genuinamente más valora la continuidad del negocio, convirtiéndolo en el mecanismo más adecuado cuando los socios tienen información comparable sobre el negocio, pero valoraciones subjetivas distintas. Su principal limitación consiste

[33] Scherer (2018) p. 72.

[34] *Op. cit*. p. 75. El mecanismo disuasorio constituye, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, una internalización del costo de la conducta oportunista: quien activa el procedimiento de manera estratégica asume una penalización proporcional que neutraliza el incentivo para el bloqueo artificial.

en la posibilidad de que el socio con menor capacidad financiera se vea forzado a abandonar la puja antes de alcanzar su verdadera valoración, produciendo una adjudicación financieramente determinada y no valorativamente óptima.

El *remate holandés* –o subasta descendente– opera en sentido inverso: el precio parte de un máximo establecido de forma externa –habitualmente el valor de tasación independiente de la empresa– y desciende de modo progresivo hasta que uno de los socios acepta adquirir las participaciones al precio vigente en ese momento. Este diseño genera una estructura de incentivos radicalmente distinta: dado que el precio decrece con el tiempo, el primer socio en aceptar debe calcular con precisión el momento óptimo de intervención, lo que lo obliga a revelar de forma implícita su valoración real del negocio. Su principal ventaja frente a la cláusula *shotgun* reside en su neutralidad respecto de la asignación del rol inicial –pues ninguno de los socios formula la oferta, sino que ambos reaccionan a un precio establecido de manera objetiva–, lo que lo hace especialmente adecuado para los casos de asimetría informativa. Sus desafíos propios consisten en la determinación del precio inicial máximo –cuya fijación excesivamente alta o baja distorsiona el proceso– y en el diseño de la velocidad de descenso del precio, que debe calibrarse para asegurar que los socios puedan evaluar de forma adecuada su posición antes de decidir.

La elección entre estos mecanismos de subasta depende, en definitiva, de las características específicas de la relación societaria en cuestión. Como criterio general, puede postularse que el *remate holandés* con tasación pericial previa es preferible cuando predominan las asimetrías informativas; el *remate inglés* con exigencia de acreditación financiera, cuando los socios tienen información comparable; y cualquiera de los mecanismos *shotgun* con las correcciones pertinentes, cuando las condiciones de simetría son razonablemente satisfechas.

d. Las opciones de compra y venta *(call* y *put options)*

Las opciones de compra (*call options*) y venta (*put options*) son instrumentos contractuales que otorgan a uno de los socios el derecho de comprar o vender la participación del otro a un precio predeterminado, dentro de un plazo establecido. Su principal virtud radica en la previsibilidad jurídica que ofrecen: cuando el acuerdo define con suficiente precisión los mecanismos de valoración, los plazos de ejercicio y las garantías de pago, las opciones permiten ejecutar la salida sin necesidad de recurrir a procedimientos contenciosos.

Sin embargo, la eficacia de estos instrumentos depende críticamente de la calidad de su diseño contractual. Si los procedimientos de valoración no están suficientemente definidos, o si las condiciones de pago carecen de garantías adecuadas, la opción puede convertirse en el punto de partida de una nueva controversia entre los socios.

e. Las cláusulas de arrastre y acompañamiento
(drag-along y *tag-along)*

Las cláusulas de arrastre (*drag-along*) permiten al socio mayoritario obligar a los minoritarios a vender sus acciones en las mismas condiciones cuando aquel encuentra un comprador para la totalidad de la empresa. Las cláusulas de acompañamiento (*tag-along*), en cambio, otorgan al minoritario el derecho de adherirse a la venta del mayoritario en iguales términos, evitando que el control sea transferido a un tercero sin ofrecerle la posibilidad de salir en condiciones equivalentes[35]. En el contexto del bloqueo societario, estas cláusulas adquieren especial relevancia cuando la parálisis afecta a una sociedad en que uno de los socios posee una participación mayoritaria y el otro –pese a ser minoritario– ejerce un poder de veto estatutario o contractual. En tal caso, la cláusula de arrastre permite al mayoritario superar el bloqueo transando la totalidad de la empresa a un tercero interesado.

f. El derecho de separación
o retiro

El derecho de separación o retiro –la facultad del socio de exigir que la sociedad adquiera su participación a valor razonable– es un mecanismo de salida de base legal que puede ser reforzado y precisado contractualmente. En nuestro medio se encuentra regulado en el art. 69 y ss. de la LSA y su ejercicio se vincula a determinadas causales taxativas que, en la práctica, limitan de forma considerable su utilidad como instrumento de desbloqueo. Su principal limitación es el riesgo de activación simultánea por todos los socios, pues si el valor de rescate supera el de mercado de las acciones, los socios tendrán incentivos para ejercerlo en forma concurrente, comprometiendo la solvencia de la sociedad. Por esta razón, en el diseño contractual de mecanismos antibloqueo, el derecho de separación suele operar como instrumento de última instancia, subsidiario respecto de los mecanismos de adjudicación interna ya examinados.

II.4. Remedios judiciales:
de la abstención a la intervención correctiva

a. La reticencia judicial
y sus fundamentos

Cuando los mecanismos contractuales de preservación y salida fracasan –o cuando simplemente no han sido previstos– la resolución del bloqueo queda en ma-

[35] Almloff (2022) p. 186. Para un tratamiento de los pactos de accionistas en el derecho chileno, véase Ugarte (2016) y Lagos (2023).

nos de los tribunales. La actitud histórica de la judicatura ante el bloqueo societario ha sido, y así lo acredita la experiencia comparada, notablemente cautelosa. En el derecho anglosajón esta reticencia ha sido caracterizada con expresividad singular: los tribunales adoptan una actitud "decididamente indiferente" ante los problemas reales del bloqueo y son reacios a intervenir por el solo motivo de que los principales de una sociedad están bloqueados, porque las meras alegaciones de bloqueo corporativo "no hacen hervir la sangre de los jueces"[36].

Esta cautela judicial tiene fundamentos legítimos que la doctrina reconoce con franqueza. La intervención temprana puede ser contraproducente si el bloqueo es transitorio o si las partes están utilizando el litigio como herramienta de negociación, lo que los tribunales comprenden con perspicacia. Se agrega a ello que los jueces carecen, de forma habitual, del conocimiento especializado necesario para adoptar decisiones empresariales complejas: la determinación de estrategias comerciales, la evaluación de proyectos de inversión o la definición de políticas financieras son materias que exceden la competencia natural de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, esta reticencia tiene, también, un costo evidente, ya que, en ausencia de intervención oportuna, las partes en conflicto recurren con frecuencia a medidas de "autotutela" agresivas y destructivas que dañan a la empresa más de lo que lo haría una intervención judicial calibrada[37].

b. La resolución parcial mediante el retiro

A nuestro juicio –y por razones cuyo desarrollo escapa a los límites de este trabajo– el retiro de un socio a cuyo respecto se han incumplido obligaciones derivadas del contrato de sociedad es consecuencia de la aplicación de las reglas generales de derecho civil patrimonial. Específicamente, ello es fruto de la resolución[38] del contrato de sociedad ocurrida en virtud del cumplimiento de la *condición resolutoria tácita* (art. 1489 del *Código Civil*).

Lo anterior supone, naturalmente, que el socio o accionista que demanda la resolución parcial haya sido víctima de la infracción de obligaciones por

[36] Bamonte (2004) pp. 626-628. La postura de los tribunales de Illinois descrita por Thomas Bamonte –"mere allegations of corporate deadlock do not get the judicial blood boiling"– ha sido calificada por la doctrina como una expresión del principio de subsidiariedad de la intervención judicial, que privilegia la autonomía de las partes para resolver sus conflictos internos antes de someter la cuestión a la jurisdicción ordinaria.

[37] Bell (2021) p. 11.

[38] Para excluir el efecto retroactivo de la resolución en los contratos de tracto sucesivo, se dice que estos "terminan" y no se "resuelven". Sin embargo, más allá de la utilidad de la nomenclatura, en lo sustantivo ambas denominaciones reconducen al efecto de la condición resolutoria cumplida, que es lo que aquí nos interesa.

parte de otros socios o de la propia sociedad, sin importar que estas hayan sido expresamente pactadas o que provengan de la naturaleza de la obligación que emana de la convención en el caso concreto; lo anterior, sobre la base de lo prevenido por el art. 1546 del *Código Civil*; disposición que, en lo tocante a las sociedades anónimas, debe relacionarse en especial con el art. 30 de la LSA, según lo comentado más atrás.

c. La exclusión

Sobre la base de los mismos institutos que fundamentan el mecanismo anterior, pensamos que excluir a uno o más accionistas es también un posible camino que, al mismo tiempo, evita el desenlace más gravoso consistente en la disolución de la sociedad. En nuestro medio, así se ha fallado por algunos tribunales arbitrales, sin que las pertinentes sentencias hayan sido revocadas o modificadas por tribunales superiores.

En este caso, no es el socio quien decide abandonar la sociedad, sino la propia sociedad o los demás socios quienes imponen su salida bajo determinadas circunstancias.

Este mecanismo suele vincularse a supuestos tales como incumplimientos graves de obligaciones societarias, conductas obstructivas sistemáticas, conflictos de interés relevantes o situaciones que comprometen la continuidad del negocio.

Desde el punto de vista económico, la *exclusión* puede resultar un instrumento eficaz para proteger a la sociedad frente a comportamientos oportunistas de uno de los accionistas. No obstante, su utilización debe ser cuidadosamente regulada para evitar que se transforme en un mecanismo de apropiación indebida del valor económico generado en conjuntoe por los socios.

d. La disolución judicial:
presupuestos y límites

La disolución judicial es el remedio más drástico disponible en los ordenamientos que contemplan la intervención jurisdiccional ante el bloqueo. Su lógica no se funda en la existencia de una conducta ilícita por parte de los socios, sino en la constatación de que la sociedad ha dejado de cumplir su función económica esencial. En ese sentido, la disolución es un remedio de naturaleza objetiva, que puede prescindir de la imputabilidad del conflicto y atender, exclusivamente, a la inviabilidad institucional de la organización.

El hito fundamental en la evolución de este remedio fue la decisión de la Cámara de los Lores en Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd. (1972), que extendió el estándar de la disolución por causa "justa y equitativa" a hipótesis en que las consideraciones de carácter personal entre los socios hacen inequitati-

vo insistir en los derechos legales formales, siendo esta extensión especialmente relevante en las sociedades cerradas asimilables a las asociaciones de personas (*quasi-partnerships*)[39]. Con todo, la jurisprudencia comparada también ha circunscrito esta apertura con límites precisos: un desacuerdo legítimo, por amargo que sea, no justifica por sí solo la disolución, que no puede transformarse en un instrumento para resolver disputas sobre la gestión ordinaria de una compañía[40].

En nuestro derecho, la hipótesis de disolución por paralización de los órganos sociales creemos que puede articularse a través del art. 103 n.° 3 y art. 105 de la LSA, cuya aplicación en el contexto del bloqueo exigiría, en consonancia con el derecho comparado, que la situación revista el carácter de definitiva e insuperable.

También entre nosotros, Pablo Manterola, en su obra *La disolución por causa grave de la sociedad de capital cerrada*, apunta:

> "la causa grave a que se refiere el art. 105 puede ser comprendida como un actuar abusivo por parte del accionista mayoritario, y también como la *afectación de las expectativas razonables del minoritario*. Ambas perspectivas arrojan luz desde su propio ángulo, contribuyendo a identificar en qué casos se justificaría este remedio[41]. Con todo, es posible afirmar que los tres ejemplos de causa grave ofrecidos por el art. 105 LSA quedan mejor explicados por el punto de vista de las *expectativas razonables*, y he aquí una primera ventaja importante del planteamiento de este trabajo".

[39] Bell (2021) p. 6, citando Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd. (House of Lords, 1972). La extensión del estándar de disolución "justa y equitativa" a las *quasi-partnerships* constituye uno de los hitos más significativos de la jurisprudencia anglosajona en materia societaria, cuya influencia se ha extendido a los sistemas de derecho civil a través de la doctrina de las *expectativas legítimas* de los socios.

[40] Bell (2021) p. 7, citando McKeough v. McKeough (Ontario Superior Court of Justice) y p. 8, citando Animal House Investments v. Lisgar (Ontario Superior Court of Justice). Ambos fallos son representativos de la postura jurisprudencial dominante en el *common law*, que reserva la disolución para los supuestos de ruptura definitiva e irreversible de la relación societaria. La jurisprudencia sintetizada en Macreanu v. Godino (Ontario, 2020), identifica cuatro circunstancias que pueden justificar la disolución por bloqueo: (i) pérdida de confianza justificable entre las partes; (ii) bloqueo que impide toda esperanza razonable de reconciliación; (iii) ruptura de una relación análoga a la *partnership* y (iv) derrota de las expectativas razonables de los socios, cuando la entidad del perjuicio es suficientemente grave para justificar el remedio solicitado. Bell (2021) pp. 9-10. El estándar de "expectativas razonables" desarrollado por la jurisprudencia ofrece una herramienta interpretativa de notable flexibilidad, que podría tener cabida en el derecho chileno a través de la doctrina de la causa y los deberes de lealtad y buena fe en las relaciones societarias, según la sistematización propuesta en la primera parte de este trabajo.

[41] Manterola (2022) p. 28. La cursiva es nuestra.

El mismo autor añade:

> "es indiferente el cuerpo normativo que se infringe: legal, administrativo, estatutario o extraestatutario. El 'perjuicio' que exige el precepto consistirá en la lesión de *esas expectativas*, lo que no implica acreditar un daño como se exigiría en sede de responsabilidad, sino algo más similar a la trascendencia, es decir, que esas *expectativas s*e refieran a puntos relevantes...".

Y es también por ello que "el perjuicio puede ser sufrido no solo por la sociedad, sino también, y agreguemos principalmente, por los propios accionistas"[42].

e. El remedio de opresión y los remedios alternativos a la disolución

Ante el costo destructivo de valor que acarrea la liquidación de una empresa económicamente viable, la tendencia del derecho comparado es la de proveer a los tribunales de un arsenal de remedios alternativos a la disolución, que permitan resolver el conflicto societario preservando la organización. Entre estos remedios, el más flexible y el que mayor desarrollo jurisprudencial ha alcanzado en los sistemas de *common law* es el denominado "remedio de opresión" (*oppression remedy*), que protege las "expectativas razonables" de los socios y habilita al tribunal para ordenar cualquier medida que estime equitativa, incluyendo la compra forzada de participaciones, la reorganización de la estructura de gobierno o la imposición de normas de conducta a los socios[43].

Junto al remedio de opresión, los ordenamientos de mayor desarrollo en esta materia han previsto la posibilidad de que los tribunales designen directores o administradores provisionales para desempatar bloqueos decisorios, actuando al mismo tiempo como mediadores para la búsqueda de soluciones alternativas[44].

f. El problema de la valoración

Un obstáculo que atraviesa transversalmente todos los remedios judiciales en materia de bloqueo es la valoración de las participaciones sociales. Cuando el

[42] Manterola (2024) pp. 84-85. La cursiva y el énfasis son nuestros.

[43] Bell (2021) p. 3.

[44] Bamonte (2004) pp. 638-640. Siguiendo la línea de los tribunales de Delaware en Fulk v. Washington Service Assocs. (2002), podría explorarse también la implementación judicial *ex post* de procedimientos análogos a la cláusula *shotgun*, con la ventaja de que el tribunal puede diseñar el mecanismo con conocimiento de las asimetrías existentes en la relación societaria concreta, superando así las limitaciones del diseño contractual *ex ante*. Landeo & Spier (2014) p. 35, citando Fulk v. Washington Service Assocs (Delaware Court of Chancery (2002).

remedio consiste en una compra forzada –ya sea a instancia de la sociedad, de los demás socios o por mandato judicial–, la determinación del "valor razonable" de las acciones del saliente es, con frecuencia, fuente de una nueva controversia que prolonga y encarece el conflicto original.

A este respecto, la tendencia jurisprudencial –como lo hiciera el tribunal en Gilvesy Enterprises (Ontario)– prefiere la transacción real entre socios conocedores del negocio a la opinión "altamente teórica" del tasador externo, reconociendo que los propios socios son con frecuencia los mejor posicionados para determinar el valor de su empresa[45]. Esta preferencia no solo es económicamente coherente –dado que el precio emergente de la interacción estratégica entre los socios captura información privada que ninguna tasación pericial puede replicar–, sino que refuerza la lógica de los mecanismos *shotgun* sobre la tasación por peritos externos.

II.5. Análisis comparado y principios rectores del diseño contractual y legislativo

a. La insuficiencia generalizada de los marcos legales por defecto

Una conclusión que emerge con fuerza del análisis comparado es la insuficiencia generalizada de los marcos legales por defecto para abordar el bloqueo en sociedades cerradas.

La propuesta teórica más elaborada para superar esta insuficiencia consiste en concebir el derecho societario como un "contrato estándar" que reduzca los costos de transacción de los socios. Las reglas legales deberían corresponder a lo que partes racionales habrían pactado si hubieran contado con información perfecta y sin costos de contratación[46]. Cuando la ley no provee este estándar adecuado, los costos de contratación recaen de forma íntegra sobre las partes, con el riesgo de que muchas de ellas –en especial aquellas de menor sofisticación jurídica–queden expuestas precisamente a los remedios legales cuya inadecuación se acaba de constatar. En nuestro derecho, esta consideración tiene

[45] Landeo & Spier (2014) p. 30, citando Gilvesy Enterprises (Ontario Superior Court of Justice). La preferencia jurisprudencial por la transacción real entre socios como evidencia de valor –frente a la tasación teórica de peritos externos– es coherente con la lógica de los mecanismos *shotgun*, que precisamente explotan el conocimiento privado de los socios para generar precios eficientes.

[46] Almloff (2022) p. 195. La propuesta de Johan Almloff de conceptualizar el derecho societario como un "contrato estándar" que reduzca los costos de transacción es particularmente pertinente para el debate legislativo chileno sobre la modernización de la LSA, que podría aprovechar la experiencia comparada para incorporar reglas dispositivas en materia de mecanismos de desbloqueo, en especial para las sociedades anónimas cerradas.

especial pertinencia de cara a una eventual reforma de la LSA que podría incorporar reglas dispositivas en materia de mecanismos de desbloqueo para las sociedades anónimas cerradas, tomando como modelo algunas de las experiencias comparadas que hemos pretendido sistematizar en este trabajo.

b. Los principios rectores del diseño contractual

La síntesis del análisis comparado permite identificar cuatro principios que deben presidir el diseño de los mecanismos de desbloqueo en los acuerdos o pactos de accionistas:

- *Principio de escalonamiento*: los mecanismos deben organizarse en una secuencia progresiva que comience con soluciones de baja intensidad interventora (periodo de reflexión, escalonamiento, mediación, voto dirimente) y que gire hacia instrumentos de mayor intensidad (mecanismos de salida, disolución judicial), de suerte que cada nivel se active solo cuando el anterior ha resultado ineficaz.
- *Principio de definición precisa*: el acuerdo debe definir con exactitud qué constituye un "bloqueo" para los efectos de activar los mecanismos previstos, evitando tanto la activación prematura ante desacuerdos menores como la incertidumbre sobre cuándo procede el recurso a remedios más drásticos. En particular, conviene distinguir entre los supuestos de empate en votaciones sucesivas y los de ausencia deliberada de *quorum* o de convocatoria a reuniones –manifestación esta del abuso de derechos societarios que examinamos en la primera parte de este trabajo–.
- *Principio de continuidad operativa*: el acuerdo debe prever cómo continúan las operaciones ordinarias durante el periodo de resolución del bloqueo, impidiendo que la mera existencia del conflicto paralice la actividad empresarial.
- *Principio de proporcionalidad*: los mecanismos de salida deben diseñarse de modo que el costo de activarlos sea proporcional a la gravedad del bloqueo, desincentivando la activación oportunista.

c. La oponibilidad de los mecanismos pactados y la brecha de ejecución

Un problema recurrente en el análisis comparado es el de la eficacia de los pactos parasociales frente a la sociedad y frente a terceros, así como el de la ejecutabilidad procesal de los mecanismos de salida convenidos. Los pactos que se mantienen reservados entre los socios no son oponibles a la sociedad en cuanto tal, lo que limita su eficacia a las relaciones entre los socios que los suscribieron. La

doctrina ha explorado la figura de los "pactos omnilaterales" –aquellos en que coinciden subjetivamente todos los socios de la sociedad y las partes del acuerdo– como vía para superar esta limitación y dar plena oponibilidad a los mecanismos antibloqueo pactados.

En cuanto a la "brecha de ejecución", conviene destacar que la sola existencia de un mecanismo de salida válido y exigible no garantiza que pueda hacerse cumplir cuando el socio renuente se niega a firmar el contrato de compraventa o a concurrir al acto de traspaso. Sin perjuicio de la existencia, entre nosotros, del procedimiento ejecutivo de las obligaciones de hacer, pensamos que la superación de este obstáculo aconseja una reforma procesal que dote a los tribunales de herramientas adecuadas para compeler el cumplimiento de los mecanismos pactados o, bien, el diseño contractual de alternativas que no dependan de la cooperación del socio renuente –como la designación de un mandatario especial irrevocable o la constitución de garantías reales sobre las participaciones sociales–.

Conclusiones

1. Los conflictos societarios no constituyen una patología excepcional del contrato de sociedad, sino una consecuencia estructural de la tensión irreducible entre el principio mayoritario y los derechos particulares del socio. El ordenamiento jurídico no puede suprimir esa tensión, pero sí disciplinarla. Así, según sistematizamos en la primera parte de este trabajo, la exigencia de que el ejercicio del voto se ajuste a la causa típica del contrato de sociedad y respete los intereses de los demás accionistas –según lo ordena explícitamente el art. 30 de la LSA– impone un límite material al poder de la mayoría y un límite funcional al poder de obstrucción de la minoría, cuya transgresión –con independencia de cuál de las doctrinas examinadas se adopte como fundamento– genera responsabilidad y habilita los remedios impugnatorios y, en su caso, resarcitorios que el mismo ordenamiento prevé.
2. La determinación de si una conducta societaria es o no jurídicamente legítima exige, a nuestro juicio, una distinción que el análisis comparado con frecuencia soslaya y que constituye el énfasis dogmático de la primera parte de este trabajo. No es lo mismo la colisión entre el interés individual de un accionista y el interés social –en que debe prevalecer este último, por ser la causa común que vincula a todos los socios– que la colisión entre los intereses particulares de facciones de accionistas –en que el juicio de legitimidad debe construirse sobre la base de la causa del contrato entendida en sentido objetivo, es decir,

como el supuesto de hecho normativamente suficiente para justificar el efecto jurídico perseguido–. Solo desde esa distinción es posible evitar tanto la instrumentalización del "interés social" como coartada para legitimar decisiones mayoritarias arbitrarias, cuanto el uso abusivo de los derechos de minoría como mecanismo de extorsión o de apropiación indebida del valor generado conjuntamente por los socios.

3. El bloqueo o *deadlock* societario es un riesgo estructural inherente a las sociedades cerradas de estructura paritaria, explicable desde la teoría de contratos incompletos e irresoluble mediante marcos legales por defecto. La disolución –remedio más frecuente en la ley– es también el más destructivo de valor. La arquitectura óptima de respuesta es escalonada y progresiva: parte de mecanismos de preservación (periodos de reflexión, escalonamiento, mediación, voto dirimente, retiro, exclusión), avanza hacia instrumentos de salida (cláusulas *shotgun*, *texas shoot-out*, subastas, opciones) y solo en último término recurre a la disolución judicial. La mera existencia de mecanismos de salida drásticos opera como incentivo para que las partes alcancen acuerdos en las etapas previas; su ausencia, en cambio, expone a los socios a remedios legales inadecuados que destruyen valor empresarial.
4. La eficacia de cada mecanismo depende de variables estructurales –simetría informativa, capacidad de liquidez, ejecutabilidad procesal– que el diseño jurídico no puede ignorar. La cláusula *shotgun* es el instrumento de salida más eficiente bajo información simétrica, pero se distorsiona ante asimetrías; la solución de asignar el rol de oferente al socio mejor informado podría ser el correctivo más preciso. La jurisprudencia comparada evoluciona hacia remedios alternativos a la disolución, pero esa evolución es incompleta mientras subsistan los descuentos por minoría e iliquidez y la brecha de ejecución que impide forzar la firma de contratos de compraventa. El legislador debe proveer reglas dispositivas proporcionales y los socios, planificar proactivamente mediante acuerdos que anticipen el conflicto. En este ámbito, como en tantos otros del derecho, la prevención es siempre preferible a la cura.
5. La aportación metodológica central de este trabajo consiste en proponer una arquitectura conceptual que ordena, dentro de una lógica funcional unitaria, mecanismos que la doctrina ha examinado hasta ahora de manera predominantemente fragmentaria. La clasificación tripartita –preservación, salida y remedio judicial– no es meramente taxonómica: responde a una gradación de intensidad interventora presidida por el principio de subsidiariedad, en que cada nivel se activa solo cuando el precedente ha resultado insuficiente. Queda, con todo, un problema abierto: la brecha entre el diseño óptimo de estos meca-

nismos y su ejecutabilidad procesal efectiva cuando el socio renuente se niega a cooperar. Cerrarla es, a nuestro juicio, el desafío más urgente que una reforma legislativa en el ámbito societario debiese abordar.

6. El análisis efectuado en este trabajo permite extraer una conclusión de alcance general. Los mecanismos adjudicativos de resolución del bloqueo societario, y en particular las cláusulas *shotgun*, se sitúan en una zona de tensión entre dos objetivos potencialmente divergentes. Por una parte, estos mecanismos buscan producir soluciones eficientes desde el punto de vista económico, permitiendo que el control de la empresa sea adjudicado al socio que más valora su continuidad. Por otra parte, el derecho societario no puede desentenderse completamente de consideraciones relativas a la equidad distributiva entre los socios, en especial cuando existen desequilibrios estructurales en términos de información o de acceso a recursos financieros. El desafío del diseño jurídico consiste, por tanto, en preservar la capacidad de estos mecanismos para producir decisiones finales –evitando la perpetuación del bloqueo– sin permitir que se conviertan en instrumentos de apropiación oportunista del valor generado por la empresa.

Bibliografía

Airasca, Ivana María (2001): "Algunas reflexiones sobre el abuso procesal", en Peyrano, J. (dir.), *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores): pp. 89-140.

Albaladejo, Manuel (1996): *Derecho civil*, tomo i, volumen i (Barcelona, Bosch).

Alcalde Rodríguez, Enrique (2005): "La teoría del fraude a la ley", en AA.VV., *Teorías del derecho civil moderno* (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo).

Alcalde Rodríguez, Enrique (2023): *Desacuerdos entre voluntad real y declarada. Vicios del consentimiento, simulación, fraude a la ley y causa de los contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Alcalde Rodríguez, Enrique y Boetsch, Cristián (2021): *Teoría general del contrato*, t. i y t. ii (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Alcalde Rodríguez, Enrique y Guerrero Valenzuela, Roberto (2024): *Tratado teórico y práctico sobre la sociedad anónima y la responsabilidad de sus administradores* (Santiago, Ediciones UC).

Alcalde Rodríguez, Enrique y Rutherford Parentti, Romy (2018): "El abuso de la minoría en la sociedad anónima", *Actualidad Jurídica*, n.° 34: pp. 87-108.

Alfaro, Tomás (2026): "El abuso como aprovechamiento del controlador: una aproximación al concepto de "abuso" en el delito de acuerdos abusivos", *Revista Chilena de Derecho* vol. 53, n.° 1: pp. 159-181.

ALMLOFF, Johan (2022): "Regulation of Shareholder Exits in Closely Held Companies - Reflections from Sweden", *European Company and Financial Law Review*, vol. 19, Issue 2: pp. 177-202.

ALSALEH, Abdulrahman Nabil (2019): *Protecting Minority Shareholders in Close Corporations: An Analysis and Critique of the Statutory Protection in the Saudi Companies Law*, Doctoral Thesis (Indiana, Indiana University Maurer School of Law).

ÁLVAREZ, Mariela (2001): "Abuso del proceso", en Peyrano, J. (dir.), *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores): pp. 115-133.

BACIGALUPO, Enrique (2020): "El art. 291 CP: ¿La penalización del abuso del derecho en el ámbito de las sociedades?", *Diario La Ley*, n.º 9646, sección Tribuna, 4 de junio de 2020, Wolters Kluwer: p. 4.

BALESTRO FAURE, Miryam (2001): "La proscripción del abuso de los derechos procesales. Un principio de principios", en Peyrano, J. (dir.), *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores) pp. 131-167.

BAMONTE, Thomas J. (2004): "Should the Illinois Courts Care about Corporate Deadlock", *DePaul Business and Commercial Law Journal*: pp. 621-650.

BELL, Derek (2021): "Trapped in an impasse: Is deadlock enough to wind up a closely-held private company?". Disponible en www.lexology.com/library/detail.aspx?g=05f5b910-86b8-44f5-8449-1885289160f0 [fecha de consulta: 30 de junio de 2026].

BETTI, Emilio (1969): *Teoría general del negocio jurídico* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).

BILESIO, Juliana y GASPARINI, Marisa (2001): "Reflexiones sobre el abuso en materia procesal", en Peyrano, J. (dir.), *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores) p. 18.

BRUNETTI, Antonio (2002): *Sociedades mercantiles*, tomo II (Ciudad de México, Editorial Jurídica Universitaria).

CABANELLAS, Guillermo (1992): "El interés societario y su aplicación", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* (Buenos AiresEditorial Depalma).

CARBONE, Carlos (2001): "Abuso del proceso en las medidas cautelares y en los procesos diferenciados: sentencia anticipada y autosatisfactiva", en Peyrano, J. (dir.), *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores) pp. 349-368.

CARBONNIER, Jean (1971): *Derecho civil*, t. II, vol. I (Barcelona, Bosch).

CASTIGLIONE, José (1921): *El abuso del derecho* (Buenos Aires, Valerio Abeledo).

CLAR, Patricia (2019): *Mecanismos antibloqueo en sociedades de capital* (Madrid, Universidad Pontificia Comillas, trabajo académico).

COUTURE, Eduardo J. (2010): *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires, Metropolitana, cuarta edición).

CRAMTON, Peter; GIBBONS, Robert & KLEMPERER, Paul (1987): "Dissolving a Partnership Efficiently", *Econometrica*, vol. 55, n.º 3: pp. 615-632.

Domínguez Águila, Ramón (1991): "Fraus Omnia Corrumpit. Notas sobre el fraude en el derecho civil", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, año LIX, n.° 189: pp. 7-34.

Duffy, Michael J. (2008): "Shareholder agreements and shareholders' remedies: Contract versus statute?", *Bond Law Review*, vol. 20: pp. 1-27.

Ferrara, Francisco (1926): *La simulación de los negocios jurídicos* (Madrid, Librería General de Victoriano Suárez).

Ferrari, Griselda (2001): "Aplicación de la teoría del abuso del derecho en materia procesal civil", en Peyrano, J. (dir.), *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).

Field, Harold D. Jr. (1974): "Resolving Shareholder Disputes and Breaking Deadlocks in the Close Corporation", *Minnesota Law Review*, vol. 58, Issue 5: pp. 985-1007.

Fluck, Anna (2001): "La medida cautelar trabada abusivamente y los daños y perjuicios ¿Preclusión o prescripción?", en Peyrano, J. (dir.), *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).

Hart, Oliver (2017): "Incomplete Contracts and Control", *American Economic Review*, vol. 107, No. 7: pp. 1731-1752.

Juste Mencía, Javier (1995): *Los derechos de minoría en la sociedad anónima* (Pamplona, Aranzadi).

Kemelmajer De Carlucci, Aída (1997): "Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.° 16: pp. 209-286.

Kübler, Friedrich (1998): *Derecho de sociedades* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, quinta edición).

Lagos Villareal, Osvaldo (2023): *Los pactos de accionistas* (Santiago, Thomson Reuters).

Landeo, Claudia M. & Spier, Kathryn E. (2014): "Shotguns and Deadlocks", *Yale Journal on Regulation*, vol. 31, No. 1: pp. 143-187.

Lépori White, Inés (2001): "Abuso procesal (la función de los jueces y el abuso procesal)", en Peyrano, J. (dir.), *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).

Lozano-Higuero, Manuel (2005): "La buena fe procesal: consideraciones doctrinales y jurisprudenciales", *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.° 18: pp. 41-102.

Manterola Domínguez, Pablo (2022): "La frustración de expectativas razonables: un concepto análogo de causa grave para la disolución de la sociedad anónima cerrada chilena", *Ius et Praxis*, año 28, n.° 1: pp. 20-38.

Manterola Domínguez, Pablo (2024): *La disolución por causa grave de la sociedad de capital cerrada* (Santiago, Thomson Reuters).

Marazzotta, Luca Salvatore (2021): *'Shareholders' Agreements in Closely Held Companies: An Analysis of the Regulation in the United States and Italy*, Master's Thesis (Padua, University of Padua).

Marsala, Eduardo (2007): "El abuso de las minorías", VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Córdoba FESPRESA).

Masciotra, Mario (2005): *La conducta procesal de las partes* (Buenos Aires, Ad Hoc).

Megías López, Javier (2014): "Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, vol. xlvii: pp. 13-56.

Messineo, Francesco (1979): *Manual de derecho civil y comercial*, tomo v (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América).

Muñoz Paredes, Alfonso (2018): *Los conflictos de intereses* (Navarra, Aranzadi).

Navarro Morales, Amador (2020): "La imposición de manera abusiva por la mayoría como causa de impugnación de los acuerdos sociales", en González, M.B y Cohen, Amanda (dirs.), *Derecho de sociedades. Los derechos de socio* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 505-522.

Obgolts, Anastasia (2019): *Contractual Deadlock Resolution Mechanisms in Joint Ventures: A Comparative Analysis* (Tilburg, Tilburg University).

Pastor, Carlos Daniel (2001): "El abuso procesal", en Peyrano, J. (dir.), *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).

Peyrano, Jorge (2001): "Abuso de los derechos procesales", en Peyrano, J. (dir.), *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).

Polo, Eduardo (1996): "Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima", en Iglesias Prada, J.L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*", vol. 2 (Madrid, Civitas): pp. 2271-2293.

Puelma Accorsi, Álvaro (1996): *Sociedades*, tomos i y ii (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Pulgar Ezquerra, Juana (2013): "Reestructuración de sociedades de capital y abuso de minorías", Universidad Complutense. Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense. Disponible en https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/88abe953-dc61-4496-b534-4892ff34888f/content [fecha de consulta: 30 de junio de 2026].

Racciatti, Hernán (1991): "Abuso de derecho por las minorías en el marco societario", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, vol. 1-A, n.º 139-141.

Rambaldo, Juan Alberto (2001): "El abuso procesal", en Peyrano, J. (dir.), *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).

Rodríguez Grez, Pablo (1998): *El abuso del derecho y el abuso circunstancial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Roimiser, Mónica (1979): *El interés social en la sociedad anónima* (Buenos Aires, Depalma).

Romero Seguel, Alejandro (2007): *Curso de derecho procesal civil. La acción y la pretensión de los derechos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la primera edición).

Rubio Vicente, Pedro (2004): "Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n.° 205: pp. 1-41.

Ruzafa, Beatriz (2001): "El abuso del derecho y la conducta procesal abusiva", en Peyrano, J. (dir.), *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).

Samushia, Mariam (2021): *Corporate "Deadlock" Breaking Mechanisms in Close Corporations*, Master's Thesis (Tiflis, Georgia, New Vision University).

Sánchez Ruiz, Mercedes (2000): *Conflictos de intereses entre socios en las sociedades de capital* (Navarra, Aranzadi).

Santoro-Passarelli, Francesco (1964): *Doctrinas generales del derecho civil* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).

Scherer, John-Patrick (2018): *Deadlock Provisions in Equity Joint Venture Agreements*, Master's Thesis (Cape Town, University of Cape Town).

Schneider, Lorena (2017): *Ejercicio abusivo de los derechos societarios* (Buenos Aires, Astrea).

Senent Martínez, Santiago (2013): "Abuso de minoría y ejecución judicial de acuerdos sociales no adoptados o rechazados", Universidad Complutense. Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense. Disponible en https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/64717342-b658-47c0-85b9-7d21254a0406/content [fecha de consulta: 30 de junio de 2026].

Ugarte Vial, Jorge (2016): *Pactos sobre transferencias de acciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Vallejos, Juan Carlos (2001): "El abuso del proceso en materia probatoria", en Peyrano, J. (dir.), *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).

Vargas, Abraham (1999): *Estudios de derecho procesal*, t. I (Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo).

Vial Del Río, Víctor (2003): *Teoría general del acto jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición actualizada).

Jurisprudencia

Cámara de los Lores, Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd. [1973] AC 360 (HL), 3 de mayo de 1972.

Comisión Arbitral de la Concesión Aeropuerto Nuevo Pudahuel (15/05/2024).

Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Séptimo Circuito, Valinote v. Ballis, 295 F.3d 666 (2002).

Corte de la Cancillería de Delaware, Fulk v. Washington Service Associates, Inc., 2002 WL 1402273 (2002).

Corte Superior de Justicia de Ontario, McKeough v. McKeough, [1993] O.J. No. 3294.

Corte Superior de Justicia de Ontario, Animal House Investments Inc. v. Lisgar Development Ltd. (2007), 87 O.R. (3d) 529; 2007 CanLII 82794, conf. (2008), 237 O.A.C. 261 (Corte Divisional).

Corte Suprema (03/12/2015) rol n.º 3.389-2015.

Corte Suprema (24/03/2021) rol n.º 125.574-2020.

Corte Suprema (14/01/2022) rol n.º 66.075-2021.

Corte Suprema de Columbia Británica, *Palmieri v. A.C. Paving Co.* (1999), 16 B.C.T.C. 7; 48 B.L.R. (2d) 130, 14 de julio de 1999.

Corte Suprema de Columbia Británica, Kinzie v. Dells Holdings Ltd., 2010 BCSC 1360; 74 B.L.R. (4th) 306.

Tribunal Federal Supremo de Alemania, II ZR 206/88, de 22 de mayo de 1989 (BGHZ 107, 296).

SENTIDO EN QUE SE EMPLEA LA VOZ 'RESCISIÓN' EN EL *CÓDIGO CIVIL* CHILENO

MEANING OF THE TERM 'RESCISSION' IN THE CHILEAN *CIVIL CODE*

Juan Andrés Orrego Acuña*

Resumen: La doctrina mayoritaria en Chile ha postulado que la rescisión se asimilaría a la nulidad relativa. Sin embargo, en su origen, dicha identificación no era absoluta, pues en algunos casos la palabra 'rescisión' se empleaba para aludir al efecto supresor de las consecuencias generadas por un acto jurídico válido y en otros a ese mismo efecto cuando concurrían ciertas causales que hoy se enmarcan en la nulidad relativa. Andrés Bello tenía claridad acerca de estas dos posibilidades en las que podía producirse la rescisión y así se puede observar del tenor de algunas normas del *Proyecto de Código Civil de 1846-1847* y después del Proyecto de 1853. Sin embargo, las modificaciones introducidas a este último proyecto por la Comisión Revisora y el tenor del proyecto definitivo de 1855 oscurecieron el distingo, originando la sinonimia entre rescisión y nulidad relativa. No obstante, en el *Código Civil* puede constatarse que subsisten varios casos en los que el vocablo 'rescisión' no se vincula con la nulidad relativa. La palabra 'rescisión' tiene, por ende, en el *Código Civil* un carácter polisémico, pues la misma palabra alude a distintas hipótesis y presenta un sentido anfibológico, y su significado debe determinarse en cada caso conforme al contexto en el que se la emplea.

Palabras clave: rescisión, nulidad relativa, efecto rescisorio, justicia conmutativa, buena fe, ejercicio de potestades normativas, polisemia.

* Académico de planta de Derecho Civil. Director del departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho, Universidad Finis Terrae. Candidato a Doctor en Derecho, Universidad de Mendoza, República Argentina. Correo electrónico: juanandres orrego@yahoo.es

Abstract: The prevailing doctrine in Chile has posited that rescission would be assimilated to relative nullity. However, originally, this identification was not absolute, since in some cases the word rescission was used to refer to the suppressive effect of the consequences generated by a validly executed legal act, and in others to that same effect when certain causes occurred that today fall within the scope of relative nullity. Bello was clear about these two possibilities in which rescission could occur, as can be seen from the wording of some provisions of the 1846-1847 Draft Civil Code and later the 1853 draft. However, the amendments made to the latter draft by the Review Commission and the wording of the Final Draft of 1855 obscured the distinction, giving rise to the synonymy between rescission and relative nullity. Nevertheless, it can be seen in the *Civil Code* that there are several cases in which the term "rescission" is not linked to relative nullity. The word "rescisión" therefore has a polysemic character in our *Civil Code*, as the same word refers to different scenarios and therefore has an amphibological meaning, and its meaning must be determined in each case according to the context in which it is used.

Keywords: rescission, relative nullity, rescissory effect, commutative justice, good faith, exercise of regulatory powers, polysemy.

Introducción

Este trabajo trata acerca del binomio conceptual "rescisión" y "nulidad relativa", que para la mayor parte de los autores se identificarían. Se alude primero, al origen de la palabra 'rescisión' en Roma y al sentido que a lo largo de la historia del derecho se le dio a esta palabra y, en particular, en la época de la codificación moderna, para abordar después algunas opiniones de autores nacionales que aceptaron la aludida identificación conceptual. Se recogen los interesantes planteamientos que apuntan a que la razón de haber propuesto Andrés Bello en el *Proyecto de 1846-1847* y después en el *Proyecto de 1853* una regulación conjunta de la nulidad y de la rescisión se explicaría porque en ambas debe considerarse la buena fe como mecanismo de control tanto del comportamiento de las partes al momento de contratar cuanto del contenido del contrato. Luego, se identifica el origen de la confusión entre ambas figuras, no atribuible al redactor del *Código Civil*, sino a las modificaciones que la Comisión Revisora hizo al *Proyecto de 1853*, frustrándose, en alguna medida, el propósito de Andrés Bello, que buscaba distinguir entre la nulidad y la rescisión, entendidas como distintos modos de extinguir obligaciones y que operaban a partir de supuestos distintos. Se demuestra que la palabra 'rescisión' y sus derivados no pueden entenderse siempre y en todo lugar en el *Código Civil* como sinónimo de nulidad

relativa, y que ella tiene un carácter polisémico y un sentido anfibológico, aunque en la mayoría de los casos corresponda a dicha clase de invalidez.

I. Origen de la palabra 'rescisión'

Para aclarar el sentido de la palabra 'rescisión', es fundamental considerar, en primer lugar, la evolución que experimentó el tratamiento de la nulidad a lo largo del tiempo[1]. Se podría esquematizar tal evolución, en líneas gruesas, de la siguiente forma:

a) En el derecho romano, se distinguían dos situaciones: por una parte, los actos que, por ser contrarios a la ley, no podían tener ningún efecto y, por tal razón, eran denominados *nullus*, pues no se les atribuía relevancia jurídica. Por otra parte, los actos que, en principio, eran eficaces ante el derecho, pero que el pretor podía privar de efectos, habida cuenta de que una de las partes experimentaba un perjuicio que se consideraba como no razonable, porque se trataba de un incapaz (aun habiendo intervenido su representante legal), o porque había contratado en virtud del error, de la fuerza o del dolo[2].
b) En el derecho medieval, se mantuvo un esquema similar, pero algunos autores señalaron que en aquellos casos en que la nulidad no era evidente, se requería una declaración judicial[3].
c) En el antiguo derecho francés (previo al *Código Civil* de 1804), se entendió que las causales de nulidad que tenían su origen en el derecho del pretor solo podían aplicarse por los jueces en la medida que antes se emitiera para el caso una autorización de la Cancillería Real, conocida como "lettre de rescisión"[4]. Victorio Pescio, aludiendo al origen de estas "letras de rescisión" o "cartas de rescisión", expresa:

> "Laurent dice que las acciones de nulidad se entablan directa e inmediatamente ante los tribunales competentes, mientras que para demandar la rescisión era necesario proveerse, previamente, de 'cartas' o 'patentes rescisorias', que entregaban las Cancillerías, en nombre del Rey. 'La verdadera razón de esta diferencia, escribe Laurent, es una razón histórica. Fueron los jurisconsultos, enemigos natos de la feudalidad, quienes imaginaron las 'cartas de rescisión' para sustraer las demandas –tan frecuen-

[1] Sobre este particular, el lector puede consultar el completo estudio de San Martín (2015) pp. 745-784.
[2] Corral (2018) p. 667.
[3] *Ibid*.
[4] *Ibid*.

tes de nulidad– de la jurisdicción de los señores; el Rey que dispensaba u otorgaba las cartas rescisorias autorizaba, al mismo tiempo, a los jueces reales para pronunciar la rescisión. Era un medio de extender la jurisdicción de los parlamentos y de restringir la de los señores feudales. Se sabe que la lucha de la reyecía contra la feudalidad terminó con la victoria de los reyes, que llegaron a ser soberanos absolutos. Desde entonces, las patentes de rescisión y, por consiguiente, la diferencia entre las acciones rescisorias y las acciones de nulidad, dejaron de tener razón de ser"[5].

Explicando Louis Josserand la diferencia planteada en el derecho francés entre los contratos "anulables" y los contratos "rescindibles" (hipótesis esta última circunscrita solo a la lesión y a los vicios de la voluntad, es decir, a situaciones que en la actualidad corresponden a nulidad relativa), decía:

"*Históricamente*, es ésta una distinción esencial: la *acción de nulidad* y la *acción de rescisión* procedían de fuentes diferentes; mientras que la primera sancionaba las reglas establecidas por las ordenanzas o por la costumbre, es decir, por el derecho nacional, la segunda se refería a los contratos, perfectamente válidos para el derecho francés, pero contra los cuales admitía el derecho romano la *restitutio in integrum*, por ejemplo, por causa de dolo, de violencia, de error, de lesión. Ahora bien, el derecho romano no tenía, en nuestro país de costumbre, fuerza de ley; en principio, sólo gozaba de una autoridad moral. De ahí la consecuencia de que el litigante no podía demandar de buenas a primeras al juez la rescisión de un contrato; debía obtener previamente las *letras reales*, las *letras de rescisión*, que se libraban, en nombre del rey, por las cancillerías de los parlamentos y de las otras cortes soberanas. Estas *letras* daban en cierto modo fuerza de ley al derecho romano, pero sólo para el litigio respecto del cual habían sido libradas; por lo demás, no se otorgaban sino mediante el pago de un precio por ellas; los litigantes tenían que comprar la autoridad de la 'razón escrita'[6], que de esa manera pagaba derechos de entrada en nuestra antigua Francia. En este sentido se decía que 'las vías de nulidad no tienen lugar en Francia'. Si se añade que la acción de nulidad prescribía generalmente por *treinta años*, mientras que la acción de rescisión estaba sometida a la prescripción de *diez años*, se comprenderá todo el interés de una distinción cuyos orígenes históricos se remontaban tan allá en el pasado que iban unidos a la dualidad del derecho romano y del derecho francés"[7].

[5] Pescio (1948) n.° 298, pp. 204-205.

[6] Expresión con la que se aludía al derecho romano.

[7] Josserand (2008) n.° 330, pp. 185-186.

Como señala Nathalie Walker:

"en el derecho antiguo francés, la distinción entre nulidad y rescisión era importante, porque cuando una convención era nula, solo había que demandar u oponerse a la nulidad para obtener una declaración; mientras que, si la convención no era más que rescindible, había que conseguir cartas de rescisión, que el juez ratificaba si lo consideraba necesario. Esa necesidad de obtener cartas de rescisión se explica porque si el acto no era nulo, sino únicamente rescindible –gracias a que reunía las condiciones esenciales para la validez de los contratos–, el magistrado no podía por sí mismo rescindir ese contrato. Ese poder pertenecía solo al Rey. En consecuencia, la parte lesionada por el acto debía solicitar cartas de rescisión, las que eran emitidas por la Cancillería, previa solicitud que contenía la exposición de los hechos. Luego, el juez interino otorgaba las letras y rescindía el acto"[8].

d) Este sistema dual, sin embargo, se extinguirá a partir de los hechos desencadenados en 1789. En palabras de Louis Josserand,

"la Revolución debía naturalmente tender a la unificación en este punto como en tantos otros: la ley de 7-11 de septiembre de 1790, que suprimió las cancillerías al mismo tiempo que los parlamentos, borró por la misma razón uno de los intereses que presentaba la distinción; como, por otra parte, la gran codificación napoleónica iba a poner fin al dualismo del derecho consuetudinario y del derecho escrito, del derecho nacional y del derecho romano, fundiéndolos a los dos en un cuerpo de ley único; y como, finalmente, el Código Civil somete las acciones de nulidad y las de rescisión a la misma prescripción *decenal* (art. 1304); parecería como que la distinción misma hubiere terminado y que nulidad y rescisión fueran una misma cosa en adelante [...]. Sin embargo, si se recorre atentamente el Código Civil se observa que no se ha abolido la antigua terminología, porque las expresiones 'acción de nulidad' y 'acción de rescisión' no se emplean allí indiferentemente la una por la otra. Cuando un contrato está afectado del vicio de *lesión*, se trata de *rescisión*, no de nulidad [...]. Se llega a la conclusión que la antigua distinción no ha muerto, sino que ha sido simplemente *traspuesta*; el legislador de 1804 ha conservado la antigua terminología, dándole una significación nueva; los contratos rescindibles son los afectados de ese vicio especial, la *lesión*, y la *acción de rescisión* es la dirigida contra ellos"[9].

[8] Walker (2019a) pp. 16-17.

[9] Josserand (2008) n.os 330-332, pp. 185-186.

e) De esta manera, al momento de entrar en vigor el *Código Civil* francés, el 21 de marzo de 1804, ya habían desaparecido las "lettres de rescisión", pero se conservó la palabra 'rescisión' para aquella nulidad o causal de ineficacia diversa de la nulidad destinada a proteger a los menores, a los incapaces o a quienes padecieren vicios de la voluntad o a quienes hubieren sufrido lesión en la celebración del contrato (aunque admitida esta última en muy pocos casos, *v. gr.* solo en favor del vendedor de un inmueble). La doctrina llamó a esta rescisión como "nulidad relativa", ya que solo podían pedirla las personas protegidas, reservándose el empleo de la palabra 'nulidad' para la "nulidad absoluta", que, a diferencia de la anterior, podía declararse a petición de cualquier interesado o, ncluso, de oficio por el juez[10].

II. Significado del vocablo en la época de la codificación moderna

Para la época en que se redactan por Andrés Bello los proyectos de *Código Civil* chileno, la palabra 'rescisión' se empleaba o, bien, como sinónimo de lo que hoy se entiende por nulidad relativa, o para aludir al efecto restitutorio que se generaba al declarar la nulidad o al dejarse sin efecto mediante una sentencia judicial algunos actos jurídicos válidos.

En su célebre *Diccionario*, Joaquín Escriche escribía lo siguiente en la entrada 'rescisión': "La anulación o invalidación de algún contrato, obligación o testamento"[11].

Pero, en realidad, la "anulación o invalidación" a la que se refería Joaquín Escriche corresponde a la actual nulidad relativa. En efecto, él mismo, al referirse a la palabra 'nulidad', decía: "Esta voz designa a un mismo tiempo el estado de un acto que se considera como no sucedido, y el vicio que impide a este acto el producir su efecto". Agregaba:

> "Hay nulidad absoluta y nulidad relativa: aquella es la que proviene de una ley, sea civil o criminal, cuyo principal motivo es el interés público; y esta es la que no interesa sino a ciertas personas".

Luego, formulaba esta importante precisión: "No ha de confundirse la nulidad con la rescisión". Para explicar el distingo, señalaba, aludiendo primero a la nulidad:

[10] Corral (2018) p. 667.
[11] Escriche (1852) p. 1.439.

> "Hay nulidad cuando el acto está tocado de un vicio radical que le impide producir efecto alguno, ya sea que no se haya ejecutado con las formalidades prescritas por la ley, como en el caso de que no asista en un testamento el competente número de testigos; ya sea que se halle en contradicción con las leyes o las buenas costumbres, como la fianza de la mujer y la venta de una sucesión futura; ya sea en fin que se haya celebrado por personas a quienes no puede suponerse voluntad, como un niño o un demente".

Luego, se refería así a la rescisión:

> "Hay rescisión, cuando el acto, válido en apariencia, encierra sin embargo un vicio que puede hacerle anular, si así lo pide alguna de las partes, como por ejemplo el error, la violencia, el dolo, una causa falsa, la menor edad, etc.".

Note el lector que, de los cinco ejemplos de rescisión mencionados por Joaquín Escriche, cuatro se sancionan en el derecho chileno con la nulidad relativa, y solo el que se refiere a "una causa falsa" corresponde, más bien, a una hipótesis de nulidad absoluta (art. 1467 del *Código Civil* chileno). Se refería también a algunas diferencias entre nulidad y rescisión, consignando las siguientes características de la primera:

> "La nulidad se refiere generalmente al orden público, y no puede por tanto cubrirse entonces con la ratificación ni con la prescripción; de modo que los tribunales deben pronunciarla por sola la razón de que el acto nulo no puede producir ningún efecto, sin detenerse a examinar si las partes han recibido o no han recibido lesión".

La segunda, en cambio, tenía los siguientes rasgos:

> "La rescisión, por el contrario, puede cubrirse por la ratificación o el silencio de las partes; y ninguna de estas puede pedirla sino probando que el acto les es perjudicial o dañoso".

Concluía sus comentarios admitiendo lo siguiente:

> "Mas a pesar de estas diferencias que existen en las cosas, se emplean a veces indiferentemente las espresiones de nulidad y rescisión; y suelen suscitarse algunas cuestiones sobre si tal o tal acto es nulo por su naturaleza o necesita rescindirse"[12].

Asimismo, la palabra 'rescisión' se aplicaba en el derecho vigente en la época en que se inicia la codificación moderna (fines del siglo XVIII y comienzos del

[12] ESCRICHE (1852) p. 1285.

siglo XIX) para aludir al acto por el cual las partes se restituían al estado anterior al de la celebración del contrato, cuando alguna de ellas sufría lesión o en la hipótesis de *restitutio in integrum*.

Como refiere Luis Claro Solar, la palabra 'rescisión', *rescissio*, significa la acción de anular, cortar, despedazar, destrozar, romper una cosa y en el derecho civil se ha aplicado para designar la acción de restitución de las partes contratantes al estado anterior cuando alguna de ellas sufría lesión en el acto o contrato o en el caso de un acto válido celebrado por el guardador de un menor o por el representante de ciertas personas jurídicas que, sin embargo, se estimaba, en definitiva, como no beneficioso para el incapaz o para dicha persona jurídica. Agrega:

> "En este sentido, principalmente, se ha conservado en el Código Civil francés; pero en nuestro Código, en que [...] la acción rescisoria de restitución in integrum ha sido suprimida, no tiene esta significación sino en los contados casos en que la admite la ley por lesión enorme [...] y en general se emplea como sinónima de nulidad relativa, en el sentido de sanción de esta clase de nulidad"[13].

Robert Pothier, en su obra acerca de la compraventa, al referirse a "la naturaleza de la acción rescisoria que compete al vendedor por causa de lesión", dirá lo siguiente:

> "La acción que la ley segunda *cod. de rescind. vend.*[14] concede al vendedor, es rescisoria y se dirige a hacer rescindir y declarar nulo el contrato de compra y venta y la enajenación de la cosa, a no ser que el comprador prefiera completar lo que falta para el justo precio, en consecuencia de cuya rescisión el vendedor vindica por esa misma acción la cosa, como si jamás hubiese dejado de pertenecerle"[15].

Agrega más adelante:

> "Siendo el objeto de esta acción rescindir el contrato; síguese que declarada su nulidad en virtud de la misma, el comprador tiene el derecho de repetir el precio, de la propia manera que el vendedor lo tiene de repetir la cosa vendida; porque entonces ha desaparecido la causa por la cual el uno podía retener la cosa y el otro el precio"[16].

---

[13] Claro (1939) n.° 1.933, pp. 613-614.

[14] Se refiere Robert Pothier a la llamada "Ley Segunda *de rescindenda venditione*", como se le ha denominado al rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano (dictado en el 285 d.C.), recogido en el siglo VI en el *Código Justiniano*, del *Corpus Iuris Civilis*, considerado como el primer antecedente histórico de lesión objetiva en un acto jurídico.

[15] Pothier (1841) n.° 332, p. 177.

[16] *Op. cit.* n.° 333, p. 177.

En verdad, se observa cierta ambigüedad en las expresiones de Robert Pothier, pues asume que el efecto rescisorio en los casos de lesión presupone la declaración previa de nulidad. En otras palabras, la rescisión no sería autónoma de la nulidad, al menos en el caso de la lesión.

De cualquier forma, concluye Robert Pothier con la siguiente afirmación, que arroja completa luz sobre el alcance de la voz 'rescisión':

> "Por otra parte, es de la naturaleza de todas las acciones rescisorias, que las partes sean repuestas en el mismo estado en que se hallaban antes de celebrar el acto que se rescinde"[17].

En otras palabras, sea que la acción rescisoria se identifique en algunos casos con la acción de nulidad, sea que ella opere al margen del estatuto de la nulidad, el efecto siempre será el mismo.

Se desprende, entonces, de lo expuesto, que la idea de "rescisión" apunta al efecto que se genera cuando se admite la acción rescisoria, que podría definirse como aquella que tiene como propósito eliminar todas las consecuencias derivadas del otorgamiento o celebración de un acto o contrato nulo o válido, en términos tales que las partes se retrotraigan al estado anterior al de dichos actos jurídicos, como si ellos nunca hubiesen existido.

El efecto rescisorio no está declarado en los términos recién planteados en ninguna disposición del *Código Civil* chileno. En este, el aludido efecto se consagra para la nulidad judicialmente declarada, en el art. 1687, inc. 1.°.

El *Diccionario panhispánico del español jurídico* expresa, por su parte, lo siguiente respecto del significado de la palabra 'rescisión':

> "1) En sentido estricto, procedimiento iniciado a petición del interesado que lleve a dejar sin efecto un acto jurídico válido para evitar consecuencias injustas. 2) En sentido lato, anulación"[18].

En similares términos, María Laura Valletta consigna lo siguiente en su *Diccionario jurídico* acerca de la entrada 'rescindir': "dejar sin efecto un contrato, obligación, etc. Anular o dejar sin efecto lo pactado o convenido con anterioridad". En cuanto a la palabra 'rescisión', incluye distintas hipótesis:

> "una de las formas en que se extinguen los contratos. Se produce por disolución del vínculo por mutuo consentimiento de las partes[19] o por iniciativa de una de las partes en contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada sin plazo fijo[20]. Acción de dejar sin efecto un acto

[17] Pothier (1841) n.° 333, p. 177.

[18] RAE (2020).

[19] Hipótesis que corresponde más bien a la *resciliación* o *mutuo disenso*.

[20] Situación que corresponde en realidad al *desistimiento unilateral*.

jurídico. Recurso que significa el remedio concedido a la parte que ha sido condenada en rebeldía, y que no compareció al proceso por razones no imputables a ella, para obtener su anulación y, consecuentemente, de la sentencia, aun cuando esté firme[21]. Finalización del contrato en una fecha distinta a la prevista en el mismo"[22].

III. Rescisión y nulidad relativa

Ahora bien, lo cierto es, que, en el caso de Chile, y tal como lo planteaba Luis Claro Solar, en la práctica la palabra 'rescisión' es asimilada a la nulidad relativa, sin perjuicio de ciertos casos en que se emplea la expresión en el C*ódigo Civil* de Andrés Bello para aludir a otras instituciones jurídicas, que no presuponen un acto invalido, sino que, por el contrario, uno válido.

En efecto, la doctrina chilena mayoritaria adhiere a la conclusión ya apuntada de Luis Claro Solar, en cuanto la rescisión corresponde, por regla general, a la nulidad relativa. Así, Alfredo Barros Errázuriz, en una obra publicada en 1916:

> "Nulidad *relativa* o *rescisión* es la que tiene lugar respecto de ciertos actos jurídicos que han sido formados por la concurrencia de los elementos esenciales; pero de manera que encierran un vicio que puede traer su nulidad"[23].

Ramón Domínguez Águila:

> "Cuando se trata de proteger un interés personal o particular, la nulidad es relativa, a la que se llama también rescisión (arts. 1682, inc. final y 1691)"[24].

Gonzalo Ruz:

> "Se habla de nulidad, por regla general, cuando nos referimos a la nulidad absoluta y cuando hablamos de nulidad relativa, el Código prefiere usar el término *rescisión*. Ésta, la nulidad relativa, es la regla general, por ello cuando el Código señala que la sanción es la nulidad del acto se entiende que se refiere a la nulidad relativa"[25].

[21] Situación prevista en el art. 79 del C*ódigo de Procedimiento Civil*.
[22] Valletta (2007) p. 710.
[23] Barros (1916) p. 161.
[24] Domínguez (2020) n.° 156, p. 321.
[25] Ruz (2011) pp. 499-500.

Rodrigo Barcia:

> "La doctrina ha desprendido el concepto de nulidad relativa de los artículos 1681.1° y 1682.1° del CC, y ha asimilado la rescisión a la nulidad relativa por aplicación del inciso 3° de la disposición precedentemente señalada. [...] Así, la tendencia general, dentro de nuestro Derecho, ha sido hacer sinónimos, conforme a lo preceptuado en el artículo 1682.3° del CC, la nulidad relativa y la rescisión"[26].

Víctor Vial:

> "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1681, la nulidad relativa o rescisión es la sanción a todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según la calidad o estado de las partes. El artículo 1682, luego de mencionar las causales de nulidad absoluta, dice que 'cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato'"[27].

Carlos Ducci: "La nulidad relativa la llama también generalmente nuestro Código 'rescisión' (arts. 1348, 1888, 2456)"[28].

Arturo Alessandri Besa: "La nulidad relativa o 'rescisión', como también la denomina el Código Civil, es la otra forma que puede revestir la nulidad", y agrega:

> "Podemos definir la rescisión como 'la sanción legal impuesta a las omisiones de los requisitos prescritos por la ley para la validez del acto o contrato en consideración a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan'"[29].

Más adelante, consigna:

> "Uniformidad de la nulidad relativa. Al igual de lo que sucede con la nulidad absoluta, la rescisión es una sola, sea cual fuere el vicio que la produzca, y tampoco admite gradación, es decir, no hay actos más nulos que otros, aun cuando sea causada por la concurrencia de varios vicios, y no de uno solo: el acto será siempre nulo y esta nulidad producirá siempre los mismos efectos"[30].

[26] Barcia (2024) n.° 652, p. 406.
[27] Vial (2004) n.° 179, p. 257.
[28] Ducci (1984) n.° 363, p. 317.
[29] Alessandri (2008) n.° 726, p. 9.
[30] *Op. cit.* n.° 727, p. 10.

Victorio Pescio:

> "la diferenciación entre la nulidad absoluta, a la que también se denomina nulidad radical, de pleno derecho, ab initio, etc., y la nulidad relativa o ANULABILIDAD y a la que se suele denominar genéricamente con la expresión RESCISIÓN, tiene un origen histórico [...]"[31].

Antonio Vodanovic:

> "En ciencia jurídica se reserva la palabra *nulidad* para designar la absoluta, y *rescisión* para referirse a la nulidad relativa. Por eso nuestro Código habla, en el título correspondiente, de nulidad y rescisión. Pero esta distinción de términos, para denotar determinados conceptos, no la mantiene, ya que emplea el término para señalar indistintamente la nulidad relativa o la absoluta"[32].

Pablo Rodríguez, de manera implícita, también identifica la rescisión con la nulidad relativa, como se desprende del siguiente párrafo:

> "F. ORDEN PÚBLICO Y NULIDAD RELATIVA. Para abordar esta situación debemos señalar que también es procedente distinguir entre el *estatuto jurídico de la rescisión*, consagrado principalmente en los artículos 1684, 1685 y 1686, y las *causales de nulidad relativa* que, como se recordará, constituye la regla general en materia de nulidades virtuales"[33].

Más adelante, reitera esta asimilación entre nulidad relativa y rescisión:

> "ii) NULIDAD RELATIVA O RESCISIÓN. La nulidad relativa plantea problemas muy diferentes. No merece ninguna duda que algunas causales de nulidad pueden dar lugar a la indemnización de perjuicios, en razón de un daño que no sea reparable en su integridad con la sola declaración de la nulidad. En tal caso, podrá demandarse la reparación de los daños que se experimenten en el patrimonio. Para una adecuada sistematización debemos analizar cada una de las causales de rescisión"[34].

Pedro Lira, refiriéndose a la partición de bienes, expresa:

> "123.- El sistema vigente. El artículo 1348 del Código Civil está redactado en forma explícita. 'Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las [mismas][35] reglas que los contratos'. Todo

[31] PESCIO (1948) n.° 298, p. 204.
[32] VODANOVIC (1991) n.° 1448, pp. 313-314.
[33] RODRÍGUEZ (2015) p. 254.
[34] *Op. cit*. p. 288.
[35] Palabra omitida por Pedro Lira al transcribir el inc. 1.° del art. 1348 del *Código Civil*.

> lo que se ha dicho, así, en el Título XX del Libro IV sobre la nulidad es aplicable a las particiones. Habrá, pues, nulidad absoluta y nulidad relativa que se llama también rescisión. Y habrá rescisión no únicamente por causa de violencia y dolo sino por causal de error y por otras causales que no digan relación con la voluntad misma. Los artículos 1.351 y 1.352 manifiestan de una manera desembozada que el legislador consideró la causal de rescisión por error, y aprovechó este último artículo para repetirnos que en su prescripción estas acciones de nulidad o de rescisión se sujetan a las reglas generales. En cuanto a la lesión, existe una norma particular en el inciso segundo del artículo 1.348"[36].

Nótese, sin embargo, que la redacción del art. 1348 alude, por separado, a la nulidad y a la rescisión, al señalar: "[...] se anulan o se rescinden [...]". Más adelante, se revisará este punto.

Como se concluye de las aseveraciones de los autores citados, es más que centenaria la doctrina que postula la asimilación de la rescisión y la nulidad relativa.

El principal argumento afincado en el tenor literal de la ley, para afirmar que nulidad relativa y rescisión corresponden a nociones equivalentes tiene relación con el texto del enunciado o epígrafe del título XX del libro IV del *Código Civil* chileno, que reza:

"De la nulidad y la rescisión" y de lo dispuesto en el inc. 3.° del art. 1682 de dicho título. Dado que en el mencionado título XX el *Código* trata, en forma sucesiva, de la nulidad absoluta (arts. 1681 a 1683), de la nulidad relativa (arts. 1684 y 1685), de la nulidad en general (arts. 1686 a 1690) y otra vez de la nulidad relativa (arts. 1691 a 1697), podría entenderse, en principio, que el enunciado también podría leerse como "de la nulidad absoluta y la relativa". Asimismo, dicha equiparación entre nulidad relativa y rescisión también parece desprenderse del tenor literal de algunas de las normas de este título XX. Así, en el art. 1682, después de indicar en los dos primeros incisos las causales de nulidad absoluta, se agrega: "Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato". Más adelante, el art. 1694, que se refiere al plazo de prescripción de la acción de nulidad relativa, expresa en su primer inciso: "El plazo para pedir la rescisión durará cuatro años". tras disposiciones del *Código Civil* chileno a las que se aludirá más adelante parecieran, también, sostener esta equiparación entre nulidad relativa y rescisión.

También podría entenderse el enunciado del título XX "de la nulidad y la rescisión" como significativo de *la nulidad y el efecto que ella genera*, que co-

[36] Lira (1948) n.° 123, p. 211. La "norma particular" a la que alude Pedro Lira es la siguiente: "La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota". Inc. 2.° del art. 1348 del *Código Civil*.

rrespondería, precisamente, a la rescisión, es decir, a la supresión de las consecuencias que el acto írrito hubiese producido y se restablezca la situación existente antes del otorgamiento o celebración del acto o contrato. Planteado en estos términos, le rescisión sería un efecto común para la nulidad absoluta y la nulidad relativa, y que se consagra en el art. 1687 del *Código Civil*. Si así se comprendiera, la frase del inc. 3.° del art. 1682 "produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato", significaría que, aun siendo la nulidad solo relativa y no absoluta, también da derecho a la rescisión del acto o contrato, al igual que ocurriría y con mayor razón, si la nulidad fuere absoluta. El punto es relevante, pues en la doctrina chilena nadie duda que los efectos de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa son idénticos.

Aunque esta segunda lectura es la que, a nuestro juicio, sería hoy la correcta, todo indica que ni ella ni la primera era la que tuvo en mente Andrés Bello. Según se expondrá, la inclusión de la palabra 'rescisión' en el enunciado del título se habría debido a que el redactor del *Código Civil* quiso aludir también a otros casos en los que se produce el efecto rescisorio, pero en el entendido que en ellos el acto jurídico era válido. En otras palabras, nulidad y rescisión debían entenderse, en realidad, como dos modos de extinguir distintos. Esta idea, nítida en el *Proyecto de Código Civil* de los años 1846-1847 y también en el *Proyecto del año 1853*, se desvirtuó, sin embargo, por las modificaciones que a este proyecto se le hicieron, presumiblemente por indicaciones de los demás integrantes de la Comisión Revisora. Se desarrollará esta idea en los dos numerales que siguen.

Cabe, también, tener presente que, al enumerar los modos de extinguir las obligaciones, el art. 1567 del *Código Civil* chileno indica:

> "Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula. / Las obligaciones se extinguen además en todo o parte: [...] 8º. Por la declaración de nulidad o por la rescisión".

Adviértase que se alude en un mismo numeral a las dos figuras. Dos posibles interpretaciones podrían formularse:

i) Que la palabra 'nulidad' se refiere a la nulidad absoluta y la voz 'rescisión' a la nulidad relativa;
ii) Que la palabra 'nulidad' corresponde tanto a la absoluta como a la relativa, y que la expresión 'rescisión' se refiere a otros casos, de actos válidos, en los que se extingue una obligación por sentencia judicial, suprimiendo todos los efectos que generó el acto jurídico rescindido (aunque en ningún caso comprendiendo en ellos la resolución, pues a esta figura se refiere el n.° 9 del mismo precepto: "9º. Por el evento de

la condición resolutoria"). Es factible suponer que esta segunda lectura era la que proponía Andrés Bello.

IV. Críticas a la asimilación de la rescisión a la nulidad relativa

En los últimos años, algunos autores, aunque minoritarios todavía, discrepan, con buenas razones, de esta asimilación de la rescisión a la nulidad relativa. Entre ellos, Jorge Baraona González, en términos menos categóricos, y de manera más enfática Jaime Alcalde Silva, Nathalie Walker Silva y Fernando Atria Lemaitre.

Jorge Baraona previene, en la línea de la doctrina más tradicional, que "Nuestro Código Civil suele hacer sinónimos la frase 'nulidad relativa' con 'rescisión' " y que, "de hecho en el Título XX del Libro IV habla de '*La nulidad y la rescisión*' "[37]. Sin embargo, precisa:

> "La verdad es que históricamente suele distinguirse entre nulidad y rescisión. Ya en el derecho romano se diferenciaba la nulidad proveniente de la ley, de la otra que era de origen pretoriano y que puede estimarse como el origen de la distinción entre nulidad absoluta y relativa o rescisión. Más tarde, en el antiguo derecho consuetudinario francés, se diferenció entre la nulidad que provenía de causales establecidas en el *Corpus Iuris Civilis* y la rescisión que otorgaba la autoridad por cartas, fundadas precisamente en esas causales"[38].

Agrega, además, que:

> "Durante el siglo XX en Europa la palabra rescisión se reservó para hablar de los supuestos de nulidad fundados en la lesión de derechos de terceros; pero también se usó el término para referirse a los efectos de la ineficacia que se produce como consecuencia de la declaración de nulidad relativa y, por lo mismo, bajo esta terminología, la rescisión será un efecto más que una causa"[39].

Del mismo modo destaca los términos del Mensaje del *Código Civil*, que permitirían aclarar la confusión entre nulidad relativa y rescisión, originada por tener ambas figuras idénticos efectos:

[37] Baraona (2007) p. 539.
[38] *Ibid*.
[39] *Op. cit*. p. 540.

> "En nuestro Código, aunque parece obvia la identificación, el Mensaje ayuda a captar el sentido que se requiere dar al término rescisión como opuesto a nulidad *ipso iure*, cuando expresa: '[*s*]*egún estos códigos, el contrato celebrado por un menor sin el consentimiento de un guardador no es nulo ipso jure, aunque puede rescindirse*'. Esta frase ayuda a captar que Bello no desconocía la posibilidad de nulidad de pleno derecho y, es más, parece oponerla a la noción de rescisión, que es precisamente el efecto que se produce con la declaración de nulidad relativa, previa sentencia judicial"[40].

Sin embargo, en sus conclusiones, no se aparta de la doctrina tradicional en cuanto a la asimilación de la rescisión a la nulidad relativa, al señalar:

> "La rescisión o nulidad relativa es una sanción que se incrusta en la tradición del Derecho medieval francés, pero con claros orígenes romanos, y que encuentra su fundamento en la necesidad de hacer justicia en un acto que, en sí mismo, no parece reunir vicios de nulidad"[41].

Jaime Alcalde plantea que la equiparación entre nulidad relativa y rescisión es "un mito jurídico" y que la rescisión es una categoría distinta y separada de la nulidad relativa, de la que esta última solo es una de sus causas. Y señala que "la razón de la lectura distorsionada" que se ha hecho del inciso final del art. 1682 se encuentra en la supresión por parte de la Comisión Revisora del art. 1865 del *Proyecto de 1853*, según el cual:

> "Los contratos que, válidos en su principio, pueden rescindirse por alguna causa que han previsto las leyes, están sujetos a las mismas reglas que los contratos que adolecen de nulidad; salvo en cuanto se hayan dictado reglas especiales para ciertos contratos o para ciertas causas de rescisión".

Agregando:

> "En esta norma se apreciaba claramente que la nulidad y la rescisión eran, en el sistema originalmente pensado para el código, dos conceptos distintos, y que sólo podía existir rescisión de contratos inicialmente válidos, lo que no ocurre en la nulidad".

Ahora bien, la supresión del art. 1865 del *Proyecto de 1853* en el *Código* promulgado en 1855 no implica, sostiene Jaime Alcalde, "una alteración del sistema pensado para la ineficacia de los actos y contratos, sino sólo una mayor dificultad

[40] Baraona (2007) p. 540.
[41] *Op. cit.* p. 548.

en su establecimiento". De esta forma, la redacción del inciso final del art. 1682 no hace equivalentes nulidad relativa y rescisión, de suerte que pueda predicarse que cualquier otra especie de vicio diverso a los enumerados en los incisos primero y segundo produzca tal reacción, incluyendo en ella otros supuestos de rescisión ajenos a la eficacia del acto o contrato. Para situar de manera correcta ambas categorías, hay que atender a la propia redacción de la norma, que distingue entre la causa (la nulidad relativa) y el efecto (la acción rescisoria):

> "Así, la consecuencia que se sigue de la existencia de una causa de rescisión, es que la ley otorga a la parte afectada una acción destinada a dejar sin efecto el acto, si así lo estimaba conveniente, cuyo régimen es el mismo que el establecido para la nulidad relativa, salvo que se hubiese consignado a su respecto uno particular"[42].

En suma, el *Código Civil* chileno:

> "realizó una operación de reordenación de las categorías de ineficacia existentes en el derecho romano. La nulidad absoluta quedó concebida como el equivalente de las estipulaciones *ipso iure* inválidas, de suerte que el acto o contrato que padece un vicio de nulidad absoluta es nulo (del latín *nullus*, nada) y no produce efecto alguno desde su misma celebración (artículos 10, 1545 y 1681)".

En cambio:

> "La inutilidad de ciertos actos válidos, equivalente a la actual nulidad relativa o anulabilidad, pasó a ser en el Código Civil una causa de rescisión (artículo 1682), de guisa que la privación de efectos de un acto o contrato por vicios o defectos funcionales distintos a los que producen su nulidad absoluta se logra mediante el ejercicio de dicha acción. Mientras tal no se ejerce, el acto o contrato es válido y produce los efectos propios de su clase. Esta dicotomía quedó reflejada no sólo en la rúbrica del Título XX del Libro IV, sino también en el catálogo de modos de extinguir las obligaciones, en el que la nulidad se contrapone a la rescisión (artículo 1567 N° 8°). Así, las obligaciones se extinguen o bien por la declaración de nulidad, si el acto adolece de un vicio de nulidad absoluta, o bien por la declaración de rescisión, en todos los casos en que hay lugar a ella"[43].

Advierte Jaime Alcalde que este "mito jurídico" de la equiparación de la nulidad relativa y la rescisión se produjo en la tercera etapa del desarrollo cien-

[42] Alcalde (2010) pp. 68-69.
[43] *Op. cit.*p. 69.

tífico del derecho civil en Chile, después de la primera etapa de las "reexposiciones literales" y de la segunda etapa de los "comentarios". En efecto, afirma:

> "El mito jurídico al que nos venimos refiriendo aparecerá, en tanto, en la tercera de dichas etapas, y que se caracteriza por la aparición de los primeros tratados de derecho civil, en los que se aprecia un sistema expositivo y una elaboración conceptual y dogmática que evidencia la independencia constructiva en relación a la exposición del Código, lo que permitió incluso la crítica".

En esta tercera etapa, que corresponde a las primeras décadas del siglo XX:

> "se hace evidente una fuerte influencia de la doctrina francesa (fenómeno que también ocurrió con la adaptación de los programas de estudios conforme los vigentes en las universidades francesas), que conllevará una trasposición de las explicaciones de la nulidad en el sistema del *Code Civil* a la disciplina que de ella se hace en el Código Civil chileno, sin reparar en las diferencias históricas y de tratamiento que en cada uno de ellos se observa"[44].
>
> Pero, lo cierto es que:
>
> "pese a la supresión del mentado artículo 1865 del Proyecto de 1853, en el Código Civil la categoría de la rescisión no se agota en la nulidad relativa. Fuera de ella, aunque tratadas de forma asistemática, el código reconoce también otras causas que conceden acción rescisoria a la parte afectada".

Enumera Jaime Alcalde los siguientes casos en el *Código Civil*:

i) art. 93, muerte presunta;
ii) art. 143, falta de consentimiento del cónyuge no propietario, en los bienes familiares;
iii) art. 1234, aceptación de una asignación por causa de muerte;
iv) art. 1238, repudiación de una asignación testamentaria;
v) art. 1384, enajenación de bienes del difunto;
vi) arts. 1187 y 1425, donaciones excesivas;
vii) art. 1426, donación con cargas;
viii) arts. 1486, 1590 y 2271, incumplimiento esencial de un contrato;
ix) art. 1782, renuncia a los gananciales;
x) arts. 1234, 1348, 1888 y 1900, lesión enorme;
xi) arts. 1832, 1900 y 1978, diferencia entre la cabida real y la cabida declarada;

[44] Alcalde (2010) pp. 69-70.

xii) art. 1852, evicción parcial;
xiii) arts. 1857, 1860, 1868, 1932 y 2203, vicios redhibitorios y
xiv) art. 2468, fraude a los acreedores.

Agrega también otros casos, existentes en el *Código de Comercio* (arts. 169, 563, 170, 195, 332, 527, 538, 544, 557, 558, 559, 564, 575, 599, 153, 156, 182, 333, 334 y 1249 n.° 1° letra b) y en el *Código de Procedimiento Civil* (arts. 79 y 80)[45].

Sistematizando las diversas causas de rescisión esparcidas a lo largo del *Código Civil*, del *Código de Comercio* y del *Código de Procedimiento Civil*, se obtiene que ella existe:

i) cuando se han realizado actos de disposición patrimonial que afectan al ausente que ha reaparecido;
ii) cuando falta el consentimiento de aquél a quien una determinada prohibición busca proteger;
iii) cuando el consentimiento se encuentra viciado;
iv) cuando se han celebrado actos o contratos en fraude a los acreedores;
v) cuando existe incumplimiento esencial de una obligación;
vi) cuando hay lesión enorme en determinados actos o contratos;
vii) cuando una de las partes desea retirarse unilateralmente del contrato;
viii) y, en general, cuando concurre un vicio de nulidad relativa o de nulidad procesal.

Agrega:

> "Reduciendo aún más los casos, hay rescisión cuando existen irregularidades que acaecen al momento de celebrar un determinado acto o contrato que afectan a principios objetivos de justicia conmutativa o derechos de terceros. La constante en todos los supuestos anteriormente expuestos es, en suma, la existencia de un negocio jurídico válidamente celebrado que, por producir un perjuicio a una de las partes o a un tercero (perjuicio que la ley considera especialmente injusto, y para el cual no hay otro recurso legal para obtener su reparación), puede ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del interesado. Para los Código Civil y de Comercio, en consecuencia, la rescisión carece de un sentido técnico preciso y no denota más que la anulación o invalidación de algún contrato, obligación o testamento".

Esta imprecisión técnica repercute en la carencia de un régimen restitutorio común para todos los casos de rescisión como el que proponía el art. 1865 del *Proyecto de 1853* y los arts. 195 y 197 del *Proyecto de 1846-1847*, de manera que:

[45] Alcalde (2010) pp. 71-72.

> "La conclusión más lógica parece ser, entonces, que el efecto restitutorio derivado del ejercicio de la acción rescisoria se rige por sus reglas particulares y, subsidiariamente, por las de la nulidad (artículo 1872 del Proyecto de 1853)"[46].

Nathalie Walker, con conceptos similares a los planteados por Jaime Alcalde, también advierte el error en la equiparación de la nulidad relativa y la rescisión, y al igual que Jaime Alcalde, después de aludir al art. 1865 del *Proyecto de 1853*, afirma:

> "Este artículo, aunque suprimido de la versión definitiva del Código, es muy relevante para entender el pensamiento de Bello en la materia".

Tres razones formula al efecto Walker para fundar su aseveración:

> "En primer lugar, porque plantea con claridad que la rescisión es un tipo de ineficacia que afecta a los contratos 'válidos en su principio', situándola fuera del ámbito de la nulidad".

Como segunda razón, agrega:

> "En segundo término, porque distingue a esos contratos que 'pueden rescindirse', separándolos del grupo de aquellos que estarían viciados de nulidad relativa; lo que demuestra que, para Bello, nulidad relativa y rescisión no son –en definitiva–, términos sinónimos".

Finalmente:

> "En tercer lugar, este artículo es clave porque permite sustentar que el conjunto de normas que el Código denomina 'nulidad relativa' no son más que la regulación de una acción genérica y subsidiaria de rescisión, en contraposición a todos los casos especiales –dispersos a lo largo del Código– y que dan lugar a acciones rescisorias, también especiales".

De esta forma, concluye Nathalie Walker:

> "Consideramos que la supresión de este artículo 1865, que explicaba con claridad la relación entre las normas rescisorias situadas en el Título XX del Libro IV del Código Civil y las demás normas especiales –reguladas de manera casuística–, dejó un gran vacío en un tema de primera importancia. No obstante, es posible llegar hoy a idéntica conclusión por vía interpretativa"[47].

[46] Alcalde (2010) pp. 72-73.
[47] Walker (2019b) p. 151.

En otro trabajo, al que se aludió *ut supra* y que fue publicado por Nathalie Walker en el mismo año en que se publicó el libro que contiene el texto recién transcrito (2019), postula que el tratamiento conjunto de la rescisión y la nulidad relativa en el título XX del libro IV del *Código Civil* no obedece a un error atribuible a Andrés Bello. Afirma que existe una relación de género a especie entre la rescisión y la nulidad relativa, siendo esta solo uno de varios casos o supuestos rescisorios. La confusión entre ambas nociones, explica, se produce cuando en el antiguo derecho francés, en 1790 –como ya se ha señalado– se eliminan las cancillerías y el requisito de las letras de rescisión y, con ello:

> "los procedimientos para reclamar de la nulidad y la rescisión concluyen en uno solo. De ahí en adelante, se desarrollará una interesante discusión en torno a si continúan o no existiendo diferencias entre ambas formas de ineficacia de los actos"[48].

Expresa, asimismo, que la diferencia esencial entre la nulidad y la rescisión radica en que en la primera se está ante "ineficacias estructurales" del acto, mientras que en la segunda el acto solo es ineficaz desde un punto de vista "funcional". ¿Por qué, entonces, se produjo en el *Código Civil* chileno el contrasentido de regularlas de manera conjunta en el citado título XX? Para encontrar una respuesta, se remonta a la *Lex Secunda* del 285 d.C., que, como está dicho, constituye el primer antecedente histórico de la lesión objetiva *ultra dimidium*, así como también a la *Ley Octava*, que los mismos coemperadores Diocleciano y Maximiano dictaron en el 293 d.C. Ahora bien:

> "Una premisa fundamental y que permite cambiar el enfoque del problema de la regulación conjunta de la nulidad y la rescisión en el título XX del libro IV del *Código Civil* chileno es que el mencionado título *De rescindenda venditione* [del Código de Justiniano] contiene una regulación conjunta tanto del comportamiento que deben observar las partes contratantes como del contenido del negocio. En esa regulación, el elemento unificador y que otorga sentido a elementos que parecen más bien diferentes entre sí, es la buena fe"[49].

Siguiendo Nathalie Walker los planteamientos de Paola Ziliotto[50], en el título *De rescindenda venditione*, la buena fe aparece como un "criterio de juicio unitario", en torno al cual se valoran dos momentos diversos de la actividad negocial:

[48] Walker (2019a) p. 17.
[49] *Op. cit*. pp. 17-20.
[50] Cfr. Ziliotto (2007), citada por Walker (2019a).

1. El comportamiento de los contratantes;
2. El contenido del negocio.

Si la buena fe persigue examinar cómo se han conducido las partes al momento de celebrar el contrato, es decir, cuál ha sido su comportamiento, habrá que situarse en el ámbito de la nulidad relativa, ocasionada por la violencia o por el dolo. En cambio, si la buena fe se considera para examinar el contenido del contrato, la reglamentación de los intereses de las partes, la medida de intercambio, existirá un caso de rescisión. De esta forma, lo expuesto explica por qué el art. 1682 del *Código Civil* excede los límites de la nulidad e incorpora una mención explícita a la rescisión.

> "En tal sentido el espíritu que está detrás de la sanción al acto lesivo –desde la *lex Secunda* en adelante, incluido, por cierto, nuestro *Código Civil*– es la consideración de que las exigencias de la buena fe en la vida negocial no se satisfacen solo con la sanción a los hoy denominados vicios del consentimiento –ámbito que el *Código* deja entregado a la nulidad relativa–, sino que también alcanzan a la valoración del acto o contrato, considerado como un resultado. Resultado en el que, necesariamente, debe estar presente la equidad"[51].

La noción de buena fe y de su imprescindible control sobre los actos jurídicos opera, entonces, como factor unificador de las normas del título XX y justifica que en él no solo se aluda a la nulidad, sino que, también, a la rescisión, pues en una y otra puede atentarse contra la buena fe:

> "En tal sentido, postulamos que, cuando los artículos 1681 y 1682 emplean el término 'valor' –aplicado a los actos o contratos– dicha valoración está vinculada no solo a la verificación de la existencia o validez del negocio, sino, también –y más bien–, al control de la buena fe. Esta última constituye el criterio o medida con que se valora el acto o contrato para determinar si será necesario aplicar la rescisión (mirado el contenido del negocio) o la nulidad relativa (mirado el comportamiento de las partes), en caso de que tal valoración arroje un resultado contrario a los dictados de la buena fe"[52].

Agrega Nathalie Walker, refiriéndose al contenido del título xx del libro IV:

> "más que en presencia de una categoría dogmática de las voluntades contractuales viciadas, nos encontramos en presencia de una serie de supuestos en los cuales se decide acerca de la justicia o la injusticia de

[51] Walker (2019a) pp. 20-22.
[52] *Op. cit.* p. 22.

> la vinculación contractual. En tal sentido, la decisión no recae tanto sobre si el consentimiento se encontraba o no viciado sino, más bien, si es justo o injusto que ese contratante quede o no vinculado por el acuerdo y continúe o no estándolo. Para esos efectos, será necesario enjuiciar su propia diligencia y valorar si la situación de la otra parte contratante es digna de ser protegida"[53].

La clave del problema, siguiendo a Nathalie Walker, no está en el examen de la existencia o validez del acto jurídico, pues en este ejercicio la rescisión no tiene ninguna cabida. En efecto, si se entiende que las normas del título XX solo tienen relación con dicho examen de existencia y de validez, tal razonamiento restringido conduce a identificar la rescisión con la nulidad relativa, en hacer sinónimos estas figuras. En esta tesitura, que solo admite la existencia de nulidades en el título XX:

> "carece de sentido incorporar la rescisión, instituto que, desde sus más remotos orígenes conocidos, ha permitido privar de efectos a ciertos ac tos válidamente celebrados"[54].

De esta forma:

> "En el esquema interno del *Código Civil*, la nulidad relativa se encuentra emparentada con la rescisión no solo por sus efectos (art. 1687), sino, también, porque ambas comparten un mismo fundamento, conformado por la tutela de la buena fe en la contratación. Más aún, la nulidad relativa configura un caso particular de rescisión: uno más de tantos otros que se regulan en diversas materias. Existe, por tanto, una relación de género a especie entre los conceptos de rescisión y nulidad relativa, siendo la rescisión el género. Por consiguiente, puede concluirse que la cercanía que presenta la nulidad relativa con la rescisión es mayor que la que tiene con la nulidad absoluta, con la que solo comparte la igualación de los efectos"[55].

Concluye Nathalie Walker que, a diferencia de los postulados de la doctrina clásica en la materia, que considera como sinónimos a los conceptos de nulidad relativa y rescisión, ellas no son idénticas:

> "sino que, por el contrario, cada una tiene su espacio y su función dentro de la organización interna del *Código Civil*. En tal sentido, la nulidad relativa opera con la finalidad última de resguardar la buena fe en

[53] Walker (2019a) pp. 22-23.
[54] *Op. cit*. p. 23.
[55] *Ibid*.

> el comportamiento de los contratantes mediante el control de los denominados vicios del consentimiento. Mientras que, en un sentido más amplio, la rescisión por lesión se orienta a la tutela de la buena fe en el contenido del acuerdo, por cuanto permite demandar judicialmente la ruptura de la convención cuando el desequilibrio contractual traspasa ciertos límites tolerables"[56].

Fernando Atria Lemaitre, por su parte, también se inscribe entre aquellos que rechazan que la rescisión "es uno de los nombres de la nulidad relativa". Previo a entrar en el tema, plantea que la nulidad, en general, no debe ser entendida como una sanción (como se ha postulado por la mayor parte de los autores), sino que, más bien, "como el desconocimiento del ejercicio de potestades normativas cuando ellas han sido ejercidas irregularmente". Sigue en esto a Herbert L.A. Hart, quien, desde la publicación de *El concepto de derecho*, puso el centro de su atención en la noción de "poderes normativos". En efecto, sostiene:

> "que el derecho no puede ser entendido como un conjunto de normas que imponen obligaciones bajo el apercibimiento de una sanción, que él llamó primarias. Junto a ellas, existen normas que confieren poderes de distinto tipo. La nulidad, explicaba el autor, debe ser entendida como la contracara de las normas que confieren poderes".

Así, en opinión de Fernando Atria:

> "el foco en los poderes normativos y su modo de actuación en el derecho privado permite una reconstrucción racional del concepto de nulidad de un modo que está en general en línea con las aportaciones mencionadas".

¿Qué se entiende por "poderes normativos"? Responde Fernando Atria:

> "Dicho muy en breve, se trata de poderes que el sistema jurídico reconoce a alguien para crear normas. Ellos son conferidos por normas que Hart llamó 'secundarias', que para hacerlo especifican los modos de su ejercicio".

En este sentido:

> "En el derecho privado, el poder normativo más importante es el poder de contratar, que la ley le reconoce en general a todas las personas. Mediante su ejercicio, las partes crean obligaciones y derechos para ellas. Lo hacen realizando ciertas acciones que son adecuadas para ejercer esos poderes".

[56] Walker (2019a) p. 28.

Mediante estas acciones, las partes "crearán normas que serán reconocidas por el sistema jurídico". Pero ese reconocimiento dependerá de que las partes hayan ejercido de manera regular –con arreglo a las normas secundarias que lo confieren– el poder de contratar. Ahora bien:

> "Si el ejercicio ha sido (suficientemente) regular, el derecho reconocerá el contrato que las partes pretendieron celebrar; en caso contrario, el derecho no registrará el ejercicio de los poderes normativos, por lo que desde el punto de vista jurídico las partes simplemente no habrán ejercido el poder de contratar".

De esta manera, la nulidad "no es sino la declaración institucional de que las partes no ejercieron el poder de contratar". Es decir, "no ha habido ejercicio regular de la potestad contractual, y por consiguiente no hay reconocimiento de contrato alguno"[57].

Delimitado, entonces, lo que debe entenderse por nulidad en opinión de Fernando Atria, agrega:

> "las condiciones de ejercicio de las potestades normativas no son todas iguales. El Código Civil distingue según si se trata de condiciones que dependen de la 'especie' (art. 1681) o 'naturaleza' (art. 1682) del acto que se pretende realizar mediante su ejercicio, por una parte, o de la 'calidad o estado de las personas que los ejecutan o celebran' (art. 1682), por la otra. Esto permite reconstruir las reglas configuradoras de la potestad contractual conforme a dos finalidades generales: unas miran a las condiciones generales de la práctica de contratar, mientas otras miran a asegurar ciertas condiciones de ejercicio de esos poderes por las personas que los tienen"[58].

Luego Fernando Atria refiriéndose al postulado de Nathalie Walker, en virtud del cual es el control de la buena fe el factor unificador de la nulidad relativa y de la rescisión, afirma lo siguiente:

> "Esta unificación de todos los casos de rescisión en la noción de buena fe es, a mi juicio, interesante pero demasiado rápida. Para empezar, porque hay hipótesis de nulidad relativa que no suponen mala fe, como el error, y porque el caso principal (o único) de rescisión que no es nulidad relativa, el de la lesión enorme, no exige mala fe, solo exige suficiente desproporción entre las prestaciones de ambas partes; por otra, porque la sola mala fe es insuficiente como causal de rescisión; es ne-

[57] Atria (2024) pp. 111-113.
[58] *Op. cit*. p. 125.

> cesario siempre *algo más*, y ese algo más queda oculto al apelar directamente a la buena fe"[59].

Después de pasar revista Fernando Atria a los casos en los que el *Código Civil* concede acción rescisoria, concluye que, en la mayoría de ellos, lo que existe es nulidad relativa, resolución o inoponibilidad, y que solo en dos de ellos habría rescisión "en sentido estricto": se trataría de los actos realizados en perjuicio de los acreedores (repudio de una asignación por causa de muerte en perjuicio de los acreedores, art. 1238; y enajenaciones con fraude pauliano, art. 2468) y de los casos en que existe lesión enorme. Pero agrega que en los casos de los arts. 1238 y 2468 en realidad hay inoponibilidad. Así las cosas, el único caso, a juicio de Fernando Atria, en el que hay rescisión en su sentido estricto, sería el de lesión enorme[60].

Afirma entonces:

> "Los vicios de nulidad relativa identifican condiciones en las cuales no puede asumirse que la voluntad manifestada por una persona expresa su juicio respecto del valor de las cosas. La voluntad expresada, entonces, no es jurídicamente suya. El afectado puede, por supuesto, *hacerla suya* más tarde, saneando el contrato o simplemente cumpliéndolo sin alegar la nulidad pudiendo hacerlo. El 'perjuicio' que se presume de derecho es el perjuicio de estar vinculado sin que esa vinculación sea, en el sentido relevante, querida".

Agrega más adelante:

> "En el caso de la lesión enorme es el contenido de lo querido lo que es deficitario. La ley por regla general entiende que si alguien quiere algo en las condiciones adecuadas, eso es lo que va en interés de esa persona: *volenti non fit injuria*. Pero aquí hay un acto o contrato que va manifiestamente en contra de sus intereses. Aunque el hecho de que no haya habido error, fuerza o dolo, y que el que ejecuta o contrata sea mayor de edad son razones para concluir que efectivamente quiere el contrato, el extraordinario desequilibrio entre el valor de las prestaciones muestra que algún déficit *debió haber* en la formación de su voluntad"[61].

Fernando Atria, sin embargo, a diferencia de Nathalie Walker, que propone la noción de buena fe, postula como elemento unificador de la nulidad relativa y la rescisión el desconocimiento al ejercicio de las potestades normati-

[59] Atria (2024) p. 146.
[60] *Op. cit*. pp. 147-149.
[61] *Op. cit*. pp. 150-151.

vas, sea porque se trató de un ejercicio irregular, sea porque el ejercicio no produce la verdadera voluntad de la persona afectada:

> "De modo que es correcto decir que nulidad relativa y rescisión se unifican, pero no se unifican en la noción de buena fe, se unifican en la reconstrucción de las características estructurales de la rescisión (usándolo ahora como nombre del género) como desconocimiento de un pretendido ejercicio de potestades normativas cuando esas potestades se han ejercido de modo que la voluntad expresada por una parte no puede ser jurídicamente atribuida a ella. La razón para no atribuirle la voluntad expresada puede ser directa, en el sentido de que hubo un vicio en su manifestación (casos de nulidad relativa), o indirecta, atendiendo al contenido de la voluntad que se pretende imputar (casos de lesión enorme). Pero en ambos casos se trata de lo mismo"[62].

Pero más allá de estos esfuerzos doctrinarios por delimitar los conceptos de nulidad relativa y de rescisión y por identificar cuál podría ser el factor unificador de ambas figuras, lo cierto es que, según se expondrá en el acápite que sigue, el aparente propósito de Andrés Bello, de dar cabida tanto a la nulidad relativa como a la rescisión en un mismo título, habida cuenta de que se trataba de dos modos de extinguir las obligaciones y del factor unificador de la protección a la buena fe inmanente a las dos figuras (Nathalie Walker) o de un ejercicio irregular o ilícito de la potestad normativa o cuando esas potestades se han ejercido de modo que la voluntad expresada por una parte no puede ser jurídicamente atribuida a ella (Fernando Atria) o de su efecto común en virtud del cual las partes se restituyen al estado previo al de la celebración del contrato (nuestra opinión), se frustró, al menos en los términos amplios propuestos primero en el *Proyecto de los años 1846-1847* y después en el *Proyecto del año 1853*, quedando la rescisión "arrinconada" o disminuida por el tenor de las normas del proyecto definitivo del año 1855 y ocasionando como un efecto no querido por el autor de del *Código* sustantivo que con el tiempo se tendiera a confundir este remedio con el de la nulidad relativa.

V. Origen de la confusión entre rescisión y nulidad relativa

El actual título XX del libro IV, corresponde al título XIX del *Proyecto de Código Civil* del año 1842. Ahora bien, en este proyecto inicial, el enunciado era: "De

[62] Atria (2024) p. 151.

la nulidad judicialmente declarada". No se incluía, en tal enunciado una referencia a la rescisión. Es más, en las normas de los proyectos hasta el año 1845, el título en cuestión no incluía ninguna alusión a la rescisión. Se hablaba nada más que de la nulidad. Solo en el *Proyecto de 1846-1847*, se incluyó la rescisión, redactándose el enunciado, ahora del título XX, de la siguiente manera: "De la nulidad i la rescisión". Ahora bien, de los veintiún artículos contenidos en este título (185 al 205), en cinco de ellos se aludía a la rescisión. De estos, el más importante era el art. 193, del siguiente tenor:

> "Los contratos orijinalmente válidos no podrán rescindirse sino por sentencia de juez i en los casos especialmente señalados por las leyes / La rescisión concedida por el juez produce los mismos efectos que la nulidad judicialmente declarada".

Quedaba en claro, entonces, que la rescisión era algo distinto de la nulidad, pero sus efectos eran semejantes.

Los otros artículos que se referían a la rescisión en el *Proyecto de 1846-1847* eran el 194, el 195, el 198 y el 199. El art. 194 establecía:

> "Si se han observado las formalidades que las leyes requieren para el valor de los actos del incapaz, no habrá lugar a la declaración de nulidad o a la rescisión de tales actos, sino en los casos en que ellas conceden este beneficio a personas capaces de contratar, i fuera de éstos en los casos especialmente prescritos por las leyes".

El art. 195 expresaba:

> "La nulidad o la rescisión pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiese existido el acto cuya nulidad o rescisión se ha pronunciado. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de la nulidad o la rescisión del contrato, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses i frutos, i del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos i la buena o mala fe de las partes; i sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo".

Disponía el art. 198:

> "Los efectos de la nulidad o rescisión judicialmente pronunciada, se extienden a los terceros poseedores, cuando se trata de recobrar por medio de ella bienes raíces, o muebles preciosos o que tengan valor de afección; salvo el derecho de los terceros a ser indemnizados por sus autores en cuanto hubiere lugar a él".

El art. 199, por su parte, consignaba lo siguiente:

> "El término que se concede para pedir la rescisión de un contrato, o para alegar la nulidad, cuando el vicio del contrato puede sanearse por el lapso de tiempo, se extiende hasta la espiración de un cuadrienio contado desde que se descubrió la falta de causa o de objeto, el error o el dolo, o desde que cesó la violencia, o la cualidad personal, que produce la nulidad o da derecho a la rescisión. / Para la rescisión por causa de lesión, correrá el cuadrienio desde la fecha de la consumación del contrato. / Todo lo cual se entiende en los casos en que leyes especiales no hubiesen designado otro término".

Una operación semejante realizó Andrés Bello en el *Proyecto de 1846-1847*, en orden a incluir la rescisión después de la nulidad, en el artículo que se refería a la enumeración de los modos de extinguir las obligaciones. Se revisará este punto más adelante.

En el *Proyecto de 1853*, se mantuvo el mismo enunciado, que ahora correspondía al título XXI del libro IV y aumentaron, incluso, los artículos que aludían a la rescisión. Desde ya, es interesante consignar que el citado art. 1865 de este proyecto era, por su ubicación, el tercero que Andrés Bello incluyó en este título XXI, y lo insertó entre los actuales arts. 1682 y 1683. A su vez, Andrés Bello aludía a la rescisión en otros siete artículos del título XXI: 1869, 1870, 1872, 1873, 1874, 1875 y 1877. De esta manera, de los veinte artículos que tenía el título XXI, en ocho de ellos se aludía a la rescisión. Ahora bien, en los ocho preceptos, la voz 'rescisión' se empleaba para aludir a algo distinto de la nulidad. En concreto, se empleaba dicha voz para hacer referencia al efecto supresor de las consecuencias que se habían generado al otorgar o celebrar un acto jurídico, de manera que las partes se restituyeran al mismo estado en el que se encontraban con antelación, aunque en algunos casos dicho acto jurídico hubiere sido válido. A continuación, se reproducirá el tenor que tenían estos preceptos del *Proyecto de 1853* y se comparará con los artículos vigentes, que subsistieron en el proyecto definitivo.

i. Art. 1869 del Proyecto de 1853

> "Los actos i contratos que los incapaces han celebrado por medio o con autorización de sus tutores o curadores con las formalidades i requisitos legales, no se declaran nulos ni se rescinden, sino por las causas en que gozarían de uno u otro beneficio las personas que administran libremente sus bienes".

Nótese que la frase "de uno u otro beneficio" debe entenderse aludiendo a la nulidad o a la rescisión, dejando en claro que se trata de "beneficios" distintos.

Este artículo corresponde al actual art. 1686, del siguiente tenor:

> "Los actos y contratos de los incapaces en que no se ha faltado a las formalidades y requisitos necesarios, no podrán declararse nulos ni rescindirse, sino por las causas en que gozarán de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes".

Al comparar los artículos se observa que son muy semejantes, aunque el actual art. 1686 no se refiere a "uno u otro beneficio" para aludir tanto a la nulidad como a la rescisión, sino que a "este beneficio", en singular. Este cambio, en realidad, no fue técnicamente correcto, pues con él se tiende a confundir la nulidad con la rescisión. Mejor era la redacción del art. 1869 en este punto.

ii. Art. 1870 del Proyecto de 1853

> "La nulidad o la rescisión pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto cuya nulidad o rescisión se ha pronunciado. / En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses i frutos, i del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes, según las reglas generales i sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo".

Este artículo corresponde al actual art. 1687, del siguiente tenor:

> "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. / En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo".

En la comparación de los artículos se observa que en el vigente no se incluyeron las referencias a la rescisión que contenía el art. 1870 del *Proyecto de 1853*. Tal decisión parece errónea, pues no cabe duda de que el efecto es el mismo en la nulidad y en los casos de rescisión. No debió, pues, eliminarse la frase "o la rescisión".

iii. Art. 1872 del Proyecto de 1853

> "Las reglas de los artículos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo que disponga la lei sobre los efectos de la rescisión en casos i contratos especiales".

Este precepto no se incluyó en el *Código* aprobado en 1855, siguiendo la misma suerte que tuvo el art. 1865. También pareciera que se incurrió en un error al eliminar este precepto, pues con él se prevenía que el efecto *ex tunc* de la rescisión podía alterarse por otras normas para casos especiales, y que en virtud del principio de especialidad, estas soluciones particulares debían prevalecer por sobre la solución general. Así, la posibilidad de evitar la rescisión, prevista en el art. 1890, en las reglas de la lesión enorme.

iv. Art. 1873 del Proyecto de 1853

> "La protección que conceden los artículos anteriores a los incapaces, no se extenderá a los fraudes que hubieren cometido en el deterioro o pérdida de la cosa que, declarada la nulidad absoluta o relativa, o concedida la rescisión, estén obligados a restituir".

Esta disposición tampoco subsistió en el proyecto definitivo de 1855, no obstante, de que en ella era muy claro que la rescisión se entendía como una figura distinta a la nulidad, si se observa el tenor de la frase "declarada la nulidad absoluta o relativa, o concedida la rescisión".

v. Art. 1874 del Proyecto de 1853

> "Los efectos de la nulidad o rescisión judicialmente pronunciada se extienden a la acción reivindicatoria contra terceros poseedores".

Corresponde este artículo al actual 1689, del siguiente tenor:

> "La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales".

Como se puede constatar, en el proyecto definitivo desapareció toda referencia a la rescisión, lo que no parece justificado, pues al igual que al pronunciarse una sentencia de nulidad, la sentencia que declare la rescisión también confiere acción reivindicatoria contra terceros poseedores, salvo en aquellos casos en que la ley establece otra cosa (un ejemplo de esto último, en el art. 1895, respecto de las hipotecas u otros gravámenes constituidos sobre el inmueble, que siguen vigentes a pesar de la sentencia rescisoria).

vi. Art. 1875 del Proyecto de 1853

> "Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad o rescisión decretada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras".

Esta disposición corresponde al actual art 1690, del siguiente tenor: "Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras".

También puede constatarse que se eliminó la alusión a la rescisión. No se justifica esta exclusión, pues el efecto relativo de las sentencias es común a un juicio de nulidad o a uno rescisorio.

vii. Art. 1877 del Proyecto de 1853

> "Los herederos mayores de edad gozarán del cuadrienio entero si no hubiere principiado a correr; i gozarán del residuo en caso contrario. A los herederos menores empieza a correr el cuadrienio o su residuo, desde que hubieren llegado a edad mayor; pero a los treinta años de posesión pacífica, no interrumpida, contados desde la consumación del contrato, no podrá pedirse por persona alguna la declaración de nulidad o la rescisión".

Este precepto corresponde al actual art. 1692, del tenor siguiente:

> "Los herederos mayores de edad gozarán del cuadrienio entero si no hubiere principiado a correr; y gozarán del residuo en caso contrario. / A los herederos menores empieza a correr el cuadrienio o su residuo, desde que hubieren llegado a edad mayor. / Pero en este caso no se podrá pedir la declaración de nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato".

Una vez más se puede corroborar que en el proyecto definitivo desapareció la referencia a la rescisión, que en el art. 1877 del *Proyecto de 1853* se refería a una institución distinta de la nulidad, desde el momento que expresaba "no podrá pedirse por persona alguna la declaración de nulidad o la rescisión".

Lo expuesto esclarecería las dudas formuladas acerca del enunciado del título XXI del *Proyecto de 1853* y que subsisten en el actual título XX del libro IV del C*ódigo* vigente. Dicho enunciado aludía a la rescisión por el tenor que tenía tanto el art. 1865 como los otros siete preceptos que aludían a tal efecto. Es decir, en el cuarenta por ciento del título XXI (ocho preceptos de un total de veinte) se hacía referencia a la rescisión, circunstancia que justificaba que tal palabra se agregara por Andrés Bello en la rúbrica del título a continuación de la pala-

bra 'nulidad'. En cambio, en el actual título XX, solo se alude a la rescisión en los arts. 1682 ("rescisión"), 1686 ("rescindirse") y 1691 ("rescisión"), tres de un total de diecisiete, es decir, nada más que en un dieciocho por ciento. En estricto rigor, al eliminar la Comisión Revisora el art. 1865, así como también las referencias a la rescisión en varios artículos del título XXI, lo coherente habría sido, como lógica consecuencia, que en el enunciado del título también se hubiese eliminado la frase "y la rescisión", quedando solo como "De la nulidad", y que se hubiere aprobado un título especial para aludir en él a la rescisión, separando los dos modos de extinguir en títulos diversos.

Llama la atención que en el art. 1691, inc. 1.° del *Código Civil* vigente, se expresa que "El plazo para pedir la rescisión durará cuatro años". Este artículo corresponde a la nulidad relativa. ¿Por qué se habla en él de "rescisión" y no de "nulidad"? Sobre el particular, cabe señalar que el tenor de esta norma en el art. 1876 del *Proyecto de 1853* era el siguiente: "El término que se concede para pedir la declaración de nulidad, durará cuatro años". Al igual que en la actualidad, se trataba de la nulidad relativa, pues la acción de nulidad absoluta no prescribía en el *Proyecto de 1853* y solo se extinguía la acción en el caso de que hubiese operado prescripción adquisitiva extraordinaria de treinta años. En otras palabras, conforme al tenor del art. 1866 del *Proyecto de 1853* la acción de nulidad absoluta no se extinguía por la prescripción extintiva, sino por la prescripción adquisitiva extraordinaria. El tenor del art. 1866 del *Proyecto de 1853* era el siguiente:

> "La nulidad absoluta puede i debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el contrato; puede alegarse por todo el que tenga un interés pecuniario en ello, excepto el que ha contratado a sabiendas de la causa ilícita que vicia el contrato; puede asimismo pedirse por el ministerio público su declaración en el interés de la moral pública o de la lei; i no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por el lapso de tiempo. / No podrá, sin embargo, alegarse contra una posesión pacífica que haya durado treinta años".

Pero este último inciso fue suprimido en el proyecto definitivo y, en su lugar, se admitió prescripción extintiva de la acción, por el plazo de treinta años. El artículo aprobado quedó como sigue en su parte final: "y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años". Este texto originario fue modificado, primero, por la Ley n.° 6162 de 28 de enero de 1938, que cambió el plazo de treinta a quince años, y después por la Ley n.° 16952 de 1 de octubre de 1968, que fijó el plazo actual de diez años.

Así las cosas, todo indica que se cometió un error por la Comisión Revisora al incluir en el inciso primero del art. 1691 la voz 'rescisión', pues lo correcto era aludir a la nulidad, y de manera más específica a la relativa. Este error contribuyó también a la confusión entre la nulidad relativa y la rescisión.

El distingo entre nulidad relativa y rescisión también se formulaba con claridad en los proyectos de *Código Civil* anteriores al definitivo, en materia de partición. En efecto, en esta, los primeros proyectos solo aludían a la acción rescisoria por fuerza, dolo o por causa de lesión, y no así a la acción de nulidad. Expresa al respecto Pedro Lira:

> "124.- La nulidad y la rescisión en los Proyectos. Es interesante comprobar que en los primeros Proyectos de Código Civil redactados por Bello se hablaba únicamente de rescisión de las particiones. Nada se decía de la nulidad absoluta, o, simplemente, de la nulidad. La rescisión era abordada en la misma forma con que figuraba y figura en el Código francés, es decir, ejercitaba esa acción el copartícipe que resultara perjudicado en más de una cuarta parte de su cuota. Este era el sistema francés (artículo 887) y que aplicaban los Códigos de la época: Código de la Luisiana (artículos 1.435, 1.436 y 1.439); Goyena (artículos 922, 923 y 924)"[63].

Agrega, además, que recién en el *Proyecto inédito* aparece una referencia a la nulidad para los vicios de la voluntad que puedan afectar a un copartícipe, conservándose la rescisión para el caso de lesión enorme. Se transcribe el interesante análisis que hace Pedro Lira acerca de la evolución que experimentó la materia entre el año 1842 y el año 1855, de la que puede desprenderse que la rescisión no se vinculaba con la nulidad, operando una y otra en ámbitos diversos:

> "En el Proyecto de 1842 las disposiciones pertinentes a la rescisión eran las de los artículos 20[64], 21[65], 22[66] y 23[67]; en el Proyecto de 1846, los

[63] Lira (1948) p. 212.

[64] Art. 20 del *Proyecto de 1842*: "Las particiones se rescinden por causa de fuerza o de dolo. / habrá asimismo lugar a la rescisión en favor del coasignatario que probare haber sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor del objeto adjudicado, estimándose este valor a la época de la partición. / La omisión involuntaria de objetos no será motivo para rescindir la partición. Los bienes que, debiendo ser comprendidos en la masa partible, no lo hubieren sido, se dividirán entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos". Bello (1887a) p. 136.

[65] Art. 21 del *Proyecto de 1842*: "La acción rescisoria no será admisible contra la transacción formal que hayan hecho entre sí los partícipes para corregir los errores u obviar las dificultades de una partición anterior", *op. cit*. p. 137.

[66] Art. 22 del *Proyecto de 1842*: "Podrán los otros partícipes atajar la acción rescisoria de uno de ellos, ofreciendo i asegurando al actor el suplemento de su porción en especie o en numerario, a juicio de buen varón", *ibid*.

[67] Art. 23 del *Proyecto de 1842*: "Aquél de los partícipes que haya enajenado su lote en todo o parte, no podrá intentar la acción rescisoria por fuerza o dolo, si la enajenación ha sido posterior a la cesación de la fuerza o al descubrimiento del dolo", *ibid*.

artículos 316[68], 317[69], 318[70] y 319[71]. No existía en esos Proyectos un precepto análogo al artículo 1.348 actual, en su primer inciso. En el Proyecto de 1853 se mantiene la idea de no considerar sino la rescisión en materia de particiones (artículos 1.522[72], 1.523[73], 1.524[74], 1.525[75], 1.526[76] y 1.527)"[77]. En el Proyecto Inédito, ya aparece la norma amplia. El artículo 1.522 está redactado en la misma forma que el actual artículo 1.348. Ignoramos si este cambio fue debido a la Comisión Revisora o al propio Bello. Lo cierto es que pasa a hablar de nulidad o de rescisión y a aplicarles a ellas las mismas reglas que los contratos. La lesión fue aumentada de una cuarta parte a una mitad de la cuota del partícipe. O sea, se abandonó el sistema francés y se adopta otro diverso. En el artículo 1.527 de este Proyecto Inédito se observa que el término nulidad se aplicaba a la nulidad relativa causada por error, fuerza o dolo, y que el término rescisión se reservaba para la causada por lesión enorme. La distinción es clara en ese precepto, como puede verse leyendo su texto[78] [...]. Por lo demás, el artículo 1.522 del Proyecto Iné-

[68] El art. 316 del *Proyecto de 1846* es idéntico al art. 20 del *Proyecto de 1842*. Bello (1887a) p. 393.

[69] El art. 317 del *Proyecto de 1846* es idéntico al art. 21 del *Proyecto de 1842*, *op. cit*. p. 394.

[70] El art. 318 del *Proyecto de 1846* es idéntico al art. 22 del *Proyecto de 1842*, *ibid*.

[71] El art. 319 del *Proyecto de 1846* es idéntico al art. 23 del *Proyecto de 1842*, *ibid*.

[72] El art. 1522 del *Proyecto de 1853* es idéntico al inciso 1.° del art. 20 del *Proyecto de 1842* y al inciso 1.° del art. 316 del *Proyecto de 1846*. Bello (1887b) p. 361.

[73] Art. 1523 del *Proyecto de 1853*: "La omisión involuntaria de objetos no será motivo para rescindir la partición. Los bienes que, debiendo ser comprendidos en la masa partible, no lo hubieren sido, se sujetarán a una partición separada, i se dividirán entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos". Bello (1887b) pp. 361-362.

[74] Art. 1524 del *Proyecto de 1853*: "La acción rescisoria prescribe en cuatro años, contados desde el día en que cesó la fuerza, o en que se descubrió el dolo; i si es por causa de lesión, correrá el cuadrienio desde el día en que se otorgó el acto de partición con las solemnidades debidas". Bello (1887b) p. 362.

[75] Art. 1525 del *Proyecto de 1853*: "La acción rescisoria no será admisible contra la transacción formal que hayan hecho entre sí los partícipes para correjir los errores u obviar las dificultades de una partición anterior, sino por las causas jenerales que hacen rescindibles las transacciones", *ibid*.

[76] Art. 1526 del *Proyecto de 1853*: "Podrán los otros partícipes atajar la acción rescisoria de uno de ellos, ofreciendo i asegurando al actor el suplemento de su porción en numerario", *ibid*.

[77] El art. 1527 del *Proyecto de 1853* es idéntico al art. 23 del *Proyecto de 1842* y al art. 319 del *Proyecto de 1846*, *ibid*.

[78] El tenor del art. 1527 del *Proyecto inédito* es el siguiente: "Aquel de los partícipes que haya enajenado su porción en todo o parte, no podrá intentar la acción de nulidad por error, fuerza o dolo, si la enajenación ha sido posterior a la cesación del error o la fuerza o al descubrimiento del dolo. / La acción rescisoria no podrá en ningún caso después de la enajenación. / El que no quisiere o no pudiere intentar la acción de nulidad o de rescisión, conservará el derecho a la indemnización que según las reglas generales le corresponda".

> dito[79], que corresponde al artículo 1.348 actual hablaba ya de rescisión por causa de lesión. Es muy verosímil suponer entonces que en esa época no se tuvo en vista la nulidad absoluta al hablarse de nulidad, sino la nulidad relativa; y que se reservó el término rescisión para la acción rescisoria por lesión. Esto vendría a confirmar el alcance que ahora se da al artículo 1.350 actual[80] en el sentido de que sólo se aplica a la acción rescisoria por lesión y no a otras"[81].

La propuesta de Andrés Bello en la que distinguía entre nulidad y rescisión en las normas del título XXI del libro IV del *Proyecto de 1853* también aparecía de manifiesto en el art. 1749 de ese proyecto, referido a la enumeración de los modos de extinguir las obligaciones, del siguiente tenor: "Las obligaciones se extinguen en todo o parte: [...] 8.° Por la declaración de nulidad o por la rescisión". Es relevante consignar que, en el *Proyecto de 1842*, el número 7 del art. 1 del título XIII decía: "Por la nulidad judicialmente declarada". Pero en el art. 108 número 9 del *Proyecto de 1846-1847*, la redacción cambió, agregándose la rescisión: "7.° Por la nulidad judicialmente declarada o por la rescisión". Esta modificación denota que Andrés Bello entendía que la rescisión correspondía a un modo de extinguir diverso al de la nulidad y, por ello, agregó la primera a partir del *Proyecto de 1846-1847*. Debe prevenirse que la solución adoptada por Andrés Bello al agregar en el mismo numeral en que se aludía a la nulidad como modo de extinguir las obligaciones la frase "o por la rescisión", ha contribuido a la confusión o asimilación entre nulidad relativa y rescisión. Habría sido deseable que la nulidad y la rescisión hubiesen aparecido en distintos numerales, pues correspondían a distintos modos de extinguir las obligaciones.

De cualquier manera, lo cierto es, que los arts. 108 del *Proyecto de 1846-1847* y 1749 del *Proyecto de 1853* son en la práctica idénticos en cuanto al tenor de sus respectivos numerales 7 y 8, al actual art. 1567. Pues bien, no se debe olvidar que las normas del actual título XX del libro IV cierran la regulación de los modos de extinguir. Entonces, lo que fluía con claridad de las normas del *Proyecto de 1853* era que la nulidad y la rescisión correspondían a dos modos de extinguir, pero de distinta naturaleza. El primero operaba, porque el acto jurídico carecía de validez. El segundo, en cambio, operaba aun tratándose de un acto jurídico válido, pero de contenido lesivo para una de las partes o para terceros como en el caso de la lesión enorme (lesión para una de las partes) o en el caso

[79] Art. 1522 del *Proyecto inédito*: "Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. / La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota".

[80] Art. 1350 actual del *Código Civil*: "Podrán los otros partícipes atajar la acción rescisoria de uno de ellos, ofreciéndole y asegurándole el suplemento de su porción en numerario".

[81] Lira (1948) pp. 213-214.

de las donaciones irrevocables a terceros que resultan a la postre excesivas (segundo acervo imaginario, formado por la lesión a terceros, en este caso a los legitimarios o herederos forzosos).

VI. Carácter polisémico y sentido anfibológico que tiene la palabra rescisión en el *Código Civil*

Pero más allá de las consideraciones relativas a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, lo cierto es que se explica este debate en torno al sentido de la voz 'rescisión' en el *Código Civil* chileno, porque puede constatarse que, en este, dicha palabra es *polisémica*, y su sentido *anfibológico*, pues varía, según el contexto en que la emplea el legislador. Al menos puede observarse que siete son los posibles sentidos en que debe entenderse la palabra, según la materia en la que se aluda a ella: *nulidad relativa* del acto o contrato, *nulidad absoluta* del acto o contrato, *efecto que se genera* a consecuencia de la declaración de nulidad de un acto o contrato, *resolución* del contrato, *terminación* del contrato, *inoponibilidad* del contrato y *revocación* de una sentencia. En los tres primeros casos la rescisión supone un acto invalido y, por lo tanto, ineficaz *ab initio*, mientras que en el cuarto y quinto el acto jurídico es válido, pero circunstancias sobrevinientes lo tornan ineficaz, mientras que en el sexto caso el acto es también válido, pero no puede generar efectos ante terceros y en el séptimo caso el supuesto de hecho que había justificado dictar cierta sentencia resultó falso y, por tal motivo, el fallo debe ser revocado.

Razón tiene Nathalie Walker cuando sostiene:

> "Si bien es cierto que Bello conoce la distinción entre la nulidad y la rescisión –no podría desconocerla, teniendo acceso a la historia de su distinción en Francia y las fuentes francesas, que no cesan de examinar estos conceptos–, no es algo a lo que asigne demasiada importancia en términos de significado".

Asumiendo este predicamento, agrega Nathalie Walker:

> "Es por eso que se refiere, en muchas ocasiones, de manera indistinta a la nulidad y a la rescisión, formas de ineficacia que, en general, se identifican en sus efectos: privan al acto de sus efectos y eso es lo que resulta verdaderamente relevante".

Como conclusión, consigna: "De tal manera que 'invalidar', 'anular', 'revocar', 'resolver', implicarán 'rescindir' un acto, porque lo privarán de sus efectos"[82].

[82] Walker (2019b) pp. 153-154.

Jaime Alcalde Silva, en semejantes términos, afirma:

> "La revisión de las distintas normas que en el Código Civil, de Comercio y de Procedimiento Civil utilizan la expresión 'rescisión' o alguna de sus formas derivadas permite concluir que se trata de un concepto utilizado sin mayor precisión dogmática, para englobar distintas situaciones en las que existe un determinado defecto que permite a la parte perjudicada por la celebración de un acto o contrato impetrar una acción enderezada a dejarlo sin efecto, vale decir, a rescindirlo"[83].

O si se prefiere, la palabra 'rescisión' se habría empleado en su precisa significación técnica del efecto o consecuencia que se produce con la sentencia, pero en distintas situaciones, como son las de nulidad relativa, de nulidad absoluta, de resolución y de inoponibilidad. De esta manera, en cualquiera de estos cuatro casos, el elemento unificador consistirá en el efecto que se produce con la respectiva sentencia y que es el de toda rescisión: suprimir el acto jurídico y sus efectos, como si el aquel y en consecuencia estos, nunca hubiesen existido. En cambio, otro es el efecto que se produce con la "terminación" de un contrato, pues, aquí, la rescisión no puede destruir las consecuencias derivadas del acto jurídico, sino que solo la de ponerle término. Otro tanto podría afirmarse de la sentencia que "rescinde" el fallo previo en virtud del cual se había declarado la muerte presunta de una persona, pues en este caso, algunos efectos de la primera sentencia quedarán en pie, si los herederos presuntivos hubiesen actuado de buena fe.

No es menos cierto, sin embargo, que en el caso específico de la lesión, dicho efecto tendiente a destruir las consecuencias del acto jurídico podría evitarse en algunos casos, si el demandando ejecuta una prestación que permita la subsistencia de dicho acto o contrato. Es decir, en forma excepcional, a pesar de la existencia de un vicio de nulidad relativa (a juicio de algunos) o de rescisión al margen de la nulidad (en opinión de otros), esta nulidad o rescisión podría no operar, si el demandado optare por la conservación del acto jurídico y para ello complementare la prestación realizada o devolviere parte de lo recibido y de esta forma se lograre un equilibrio contractual razonable.

En efecto, al revisar el *Código Civil* chileno[84], se puede constatar lo siguiente:

i. El *Código Civil* emplea la palabra 'rescisión' en veintiocho oportunidades:
   i) en el art. 94 (en dos oportunidades), se refiere, en realidad, a la revocación de la sentencia judicial que había declarado la muerte presunta de una persona;

[83] Alcalde (2010) p. 77.

[84] Cfr. Fueyo (1952) pp. 302-303.

ii) en el enunciado del título XX del libro IV, la palabra alude al efecto que se produce al declarar la nulidad, sea esta la absoluta o la relativa (aunque en su origen Andrés Bello quiso aludir con la palabra 'rescisión' a un modo de extinguir las obligaciones distinto de la nulidad);
iii) en el enunciado del párrafo 13.° del título XXIII del libro IV, y en los arts. 143, 1348, 1351, 1352, 1353, 1432, 1567, 1682, 1691, 1792-4, 1890 (en dos oportunidades), 1893, 1932, 2459 y 2460, el empleo de la voz 'rescisión' debe entenderse como equivalente o sinónimo de "nulidad relativa" y
iv) en cambio, en los arts. 1590, 1852, 1853, 1854, 1860, 1868, 1978 y 2271, la palabra 'rescisión' debiera reconducir al concepto de 'resolución'.

ii. El *Código Civil* emplea la frase "acción rescisoria" en siete oportunidades:
i) en los arts. 1350, 1782, 1891, 1892 y 1896, emplean la frase "acción rescisoria" como equivalente a la de "acción de nulidad relativa" y
ii) en los arts. 1427 y 1432, la frase alude a la "acción resolutoria".

iii. El *Código Civil* emplea la palabra 'rescindirse' en ocho oportunidades:
i) en el art. 93, la expresión 'rescindirse' se emplea como sinónimo de 'revocarse' una sentencia;
ii) en el art. 1384, la voz se emplea para aludir a la inoponibilidad como fundamento de una acción pauliana o revocatoria y
iii) en los arts. 1234, 1686, 1782, 1888, 2456 y 2459, la palabra se usa como equivalente a "anularse", de nulidad relativa.

iv. El *Código Civil* emplea las palabras 'rescindir' en una oportunidad, 'rescinda' en cinco oportunidades, 'rescindan' en una oportunidad, 'rescinden' en una oportunidad, 'rescinde' también en una oportunidad, 'rescindibles' en tres oportunidades, 'rescindible' en una oportunidad y 'rescindida' en una oportunidad:
i) en el art. 1237, la palabra 'rescinda' se emplea como sinónimo de 'anule', de nulidad relativa y en el art. 1348 ocurre otro tanto con la palabra 'rescindir', como sinónimo de 'anular', de nulidad relativa;
ii) en los arts. 1426, 1486 y 1857, se emplea la voz 'rescinda' como sinónimo de 'resuelva';
iii) en el art. 2203, el uso de la expresión 'rescinda' remite a 'termine' el contrato;
iv) en los arts. 1238 y 2468, la palabra 'rescinde' y la expresión 'rescindan' ha de entenderse como "se declare su inoponibilidad";

v) en el art. 1348, la locución 'rescinden' ha de entenderse como 'anulen', de nulidad relativa;
vi) en el art. 1425, la expresión 'rescindibles' significa 'inoponibles';
vii) en el art. 1434, el vocablo 'rescindibles' remite a la nulidad absoluta por falta de insinuación para donar;
viii) en el art. 2468, la expresión 'rescindibles' significa 'inoponibles' y
ix) en los arts. 321 y 2416, las palabras 'rescindida' y 'rescindible' aluden al efecto que se produce a consecuencia de una sentencia de nulidad, sea absoluta o relativa.

Resumiendo:

i) en treinta oportunidades, la palabra 'rescisión' y sus derivados "acción rescisoria", 'rescindirse', 'rescindir', 'rescinda', 'rescindan', 'rescinden', 'rescinde', 'rescindibles', 'rescindible' y 'rescindida' aluden a la nulidad relativa del acto o contrato;
ii) en tres oportunidades, al efecto que se genera al declararse la nulidad, tanto absoluta como relativa;
iii) en trece oportunidades, a la resolución del contrato;
iv) en una oportunidad, a la terminación del contrato;
v) en cinco oportunidades, a la inoponibilidad;
vi) en dos oportunidades, a la revocación de una sentencia y
vii) en una oportunidad, a la nulidad absoluta.

Al expresar estos guarismos en porcentajes el resultado es el siguiente:

i) nulidad relativa: 54,54 %;
ii) efecto que se genera al declarar la nulidad: 5,43 %;
iii) resolución del contrato: 23,63 %;
iv) terminación del contrato: 1,81 %;
v) inoponibilidad: 9,05 %;
vi) revocación de una sentencia: 3,62 % y
vii) nulidad absoluta: 1,81 %.

Por cierto, para quienes consideran que los casos de lesión enorme no deben encuadrarse dentro de la nulidad relativa, sino que considerarse en forma autónoma, el cuadro sería el siguiente:

i) en diecisiete oportunidades, la palabra 'rescisión' y sus derivados aluden a la nulidad relativa;
ii) en tres oportunidades, al efecto que se genera al declararse la nulidad, tanto absoluta como relativa;
iii) en trece oportunidades, a la lesión enorme[85];

[85] Arts. 1348 (en tres oportunidades), 1351, 1352, 1353, 1888, 1890 (en dos oportunidades), 1891, 1892, 1893 y 1896.

iv) en trece oportunidades, a la resolución del contrato;
v) en una oportunidad, a la terminación del contrato;
vi) en cinco oportunidades, a la inoponibilidad;
vii) en dos oportunidades, a la revocación de una sentencia y
viii) en una oportunidad, a la nulidad absoluta.

Con este ajuste, los casos de nulidad relativa disminuyen de un 54,54 % a un 30,90 % y habría que agregar como octava hipótesis los casos de lesión enorme, que alcanzarían a un 23,63 % (igualando a los casos de resolución del contrato).

De esta manera, en lo que concierne al derecho chileno, razón tiene la doctrina mayoritaria, *desde un punto de vista cuantitativo*, en asimilar por regla general la rescisión a la nulidad relativa, pero no es menos cierto que, *desde un punto de vista sustantivo*, en ningún caso dicha asimilación puede ser absoluta, según se desprende de lo expuesto en los párrafos que preceden.

Es relevante destacar también que, en el sistema del *Código Civil* chileno, la rescisión puede operar sea que el contrato contenga un perjuicio originario (como en el caso de la lesión), sea que este se produzca con posterioridad a su celebración (como ocurre en algunas de las hipótesis de resolución o siempre en los casos de terminación de un contrato).

Conclusiones

Conforme a lo expuesto, pueden formularse las siguientes conclusiones:

a) Si bien *en la práctica* y por una razón *cuantitativa* es posible adherir a la posición mayoritaria que asimila la rescisión a la nulidad relativa por regla general, ello en modo alguno puede significar que la voz 'rescisión' y sus derivados se agoten en dicha especie de nulidad, pues en otras materias la locución y sus derivados aluden a la lesión (para quienes la entienden autónoma de la nulidad relativa), a la resolución, a la terminación o a la inoponibilidad de un contrato; en otras oportunidades a la revocación de una sentencia, en otras ocasiones al efecto general que se produce al declarar la nulidad de un acto jurídico o, incluso, en un caso a la nulidad absoluta.
b) Nulidad relativa y rescisión no son en verdad sinónimos. La nulidad es una de las causas de la segunda. La rescisión es el efecto que se produce cuando se declara la nulidad de un acto jurídico. Sin embargo, hay otros casos en los que también opera la rescisión a pesar de que el acto jurídico es válido.
c) Nulidad y rescisión corresponden, en realidad, a dos modos de extinguir las obligaciones de naturaleza diversa. Se asemejan en sus efectos,

pero no en sus causas. La nulidad se declarará por contener el acto jurídico un vicio que lo hace invalido *ab origine*. La rescisión se declarará porque el acto jurídico, aun entendiéndose válido, es lesivo para una de las partes o a terceros, sea que la lesión se produzca al momento de celebrar el acto o contrato (como ocurre en la lesión enorme) o con posterioridad (como acaece en la hipótesis de acción de inoficiosa donación al formarse segundo acervo imaginario).

d) Al afirmar que la rescisión es un modo de extinguir, solo se formula esta aseveración para significar que la rescisión tiene un carácter *instrumental*, y no *sustantivo*. Es decir, la acción rescisoria es el *medio* para obtener la extinción de un acto jurídico y, con ello, de la obligación por él generada y la rescisión es, asimismo, el *efecto* que se producirá al acogerse dicha acción. Dicho de otra forma: la rescisión –al igual que la nulidad, por lo demás y que en el caso de la resolución– no es un modo de extinguir autónomo, que se basta a sí mismo (como ocurre, en cambio, con el pago), sino que redirecciona siempre a otra institución. Así, en algunos casos el acto jurídico se rescindirá porque resultó inoponible a ciertos terceros a consecuencia del fraude en él contenido (caso de la acción pauliana o revocatoria, art. 2468 del *Código Civil*), o porque el valor de los bienes donados resultó a la postre excesivo y entonces dichas liberalidades también serán inoponibles a los legitimarios a consecuencia de haberse infligido lesión a sus asignaciones forzosas (caso de la acción de inoficiosa donación, art. 1425 del *Código Civil*), o porque la cosa objeto de la venta tenía defectos ocultos graves que justifican que el comprador demande la resolución del convenio (art. 1857 del *Código Civil*).

Lo que se quiere enfatizar en este punto es que existen modos que tienen carácter sustantivo, porque extinguen la obligación por sí solos, mientras que hay modos que ostentan un carácter instrumental, porque constituyen el medio para lograr dicha extinción, sobre la base de que un hecho o acto previo así lo justifica. La resciliación, el pago, la dación en pago, el plazo extintivo, la novación, la compensación, la confusión, la remisión, la pérdida fortuita de la especie o cuerpo cierto debido, la condición resolutoria ordinaria cumplida, la muerte en algunos casos y la transacción, corresponden a la primera clase. La nulidad, la rescisión y la resolución por regla general (condición resolutoria tácita, pacto comisorio simple y pacto comisorio calificado típico del art. 1879 del *Código Civil*), integran la segunda clase. Estas últimas se caracterizan porque requieren de una acción para que se produzca el efecto extintivo. Dicho en otros términos: hay modos que extinguen la obligación de manera directa, mientras que otros lo hacen en forma indirecta,

a consecuencia de extinguir la fuente de la que había emanado la obligación.

e) Andrés Bello tenía claridad acerca de que nulidad relativa y rescisión no correspondían a una misma institución, y así lo expresó en el art. 193 del *Proyecto de Código Civil* de los años 1846-1847 (en el título XX de la nulidad i la rescisión) y lo reiteró en el art. 1865 del *Proyecto de Código Civil 1853* (en el título XXI de la nulidad y la rescisión) y así también se desprendía del art. 108 del *Proyecto de 1846-1847* (en el título XIV) y del art. 1749 del *Proyecto de 1853* (en el título XV), al enumerar los modos de extinguir las obligaciones. Pero el art. 1865, en la redacción que se proponía, no subsistió en el proyecto definitivo de 1855 y ello ha contribuido a la confusión entre ambas instituciones. Lo mismo ocurrió con otros preceptos del *Proyecto de 1853* contenidos en el mismo título en el que se incluía al art. 1865, que también se referían a la rescisión como una institución autónoma de la nulidad. Al eliminarlos o al modificarlos suprimiendo en ellos las referencias a la rescisión, se oscureció el distingo entre nulidad relativa y rescisión, frustrándose el propósito original de Andrés Bello.

f) También ha contribuido a enturbiar la cuestión la circunstancia de que Andrés Bello, primero en el *Proyecto de 1846-1847* y después en el *Proyecto de 1853*, haya agregado en el mismo numeral en el que se aludía a la nulidad como modo de extinguir las obligaciones, la hipótesis de rescisión. Tal inclusión en un mismo numeral de la nulidad y de la rescisión, subsiste en el art. 1567 del *Código Civil*. Más claro habría sido que la rescisión hubiese figurado en otro numeral.

g) Razón tienen los autores que en los últimos años han señalado que la nulidad relativa y la rescisión no deben confundirse. Plausible parece también lo expuesto por Jaime Alcalde, en cuanto la razón que subyace en los casos de rescisión es la lesión a la *justicia conmutativa* del contrato o a los derechos de terceros, o lo expuesto por Nathalie Walker, en orden a que el factor que explicaría el tratamiento conjunto en el título XX del libro IV –truncado en buena parte, sin embargo– de la nulidad relativa y la rescisión es la *buena fe* como mecanismo de control del *comportamiento* de las partes (vicios del consentimiento) y del *contenido* del contrato (lesión), respectivamente, así como también lo formulado por Fernando Atria, al aludir al ejercicio irregular o ilícito de la *potestad normativa* o cuando esa potestad se ha ejercido de modo que la voluntad expresada por una parte no puede ser jurídicamente atribuida a ella. A dichos factores, se agrega el ya enunciado de tratarse de dos modos de extinguir las obligaciones que no deben confundirse y el efecto común en virtud del cual las partes se restituyen al estado

previo al de la celebración del contrato. En rigor, no hay antinomia entre estos cuatro factores. La ausencia de justicia conmutativa en el contrato o el afectar derechos de terceros (Jaime Alcalde), la lesión a la buena fe (Nathalie Walker), el ejercicio irregular de la potestad normativa o el desconocimiento de la manifestación de voluntad por el ordenamiento (Fernando Atria) y el efecto supresor de los efectos del acto jurídico, son factores que concurrirán en casi todos los casos de rescisión (los tres primeros) o en todos ellos (el cuarto).

h) El empleo en el derecho chileno de la locución 'rescisión' y sus derivados 'acción rescisoria', 'rescindirse', 'rescindir', 'rescinda', 'rescindan', 'rescinden', 'rescinde', 'rescindibles', 'rescindible' y 'rescindida' no es unívoco, sino que tiene diversos significados, según el contexto en que se utilice. En algunos casos, se identifica con la nulidad relativa de un acto jurídico, pero en otros corresponde a la lesión enorme (para quienes la escinden de la nulidad relativa), a la resolución de un contrato, a la inoponibilidad de un acto o contrato, al efecto general que se produce al declarar la nulidad de un acto, a la revocación de una sentencia, a la terminación de un contrato e, incluso, en un caso a la nulidad absoluta de un contrato.

i) El factor unificador de la palabra 'rescisión' en el *Código Civil* chileno, en la mayoría de los casos, tiene relación con el efecto que produce la sentencia que la declare, a saber: retrotraer a las partes al estado previo al del otorgamiento o celebración del acto o contrato, como si este nunca hubiese existido (nulidad relativa, nulidad absoluta, lesión enorme, resolución e inoponibilidad). Se trata del efecto *ex tunc* de los romanos. Es cierto que hay casos excepcionales, en los que "rescisión" implica poner término a una relación jurídica, pero sin eliminar los efectos que esta había generado ("terminación" de un contrato), es decir, efecto *ex nunc*, mientras que, en otros casos, la "rescisión" solo permite dejar sin efecto lo resuelto en una sentencia previa, pronunciando un nuevo fallo.

j) En la nulidad relativa y en la lesión enorme (si esta se entiende de manera autónoma a la primera), la rescisión tiene una causa coetánea con el otorgamiento o la celebración del acto o contrato. Igual cosa acontece en el único caso en que la rescisión permite demandar la nulidad absoluta del acto (contrato de donación remuneratoria no insinuado). Otro tanto ocurre en el caso de la sentencia que deja sin efecto la declaración de muerte presunta del desaparecido, pues el supuesto de hecho de dicho fallo era erróneo. Tratándose de las hipótesis de inoponibilidad, no es posible enunciar una sola regla, pues en algunas de ellas la causa de la rescisión se determina en el mismo momento en que se otorga

el acto (rescisión por fraude pauliano), y en otras, con posterioridad al acto (donaciones excesivas que origina el segundo acervo imaginario). En los casos de resolución, tampoco puede enunciarse una sola regla, pues la causa de la rescisión puede concurrir en el momento en que se celebra el contrato (vicios redhibitorios en la compraventa) o puede presentarse con posterioridad (resolución de una donación con cargas). En fin, en la terminación del contrato, la causa de la rescisión es sobreviniente al acto o contrato.

Bibliografía

Alcalde Silva, Jaime (2010), "La rescisión en el Código Civil chileno", en Departamento de Derecho Privado, Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de derecho civil v. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009* (Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing).

Alessandri Besa, Arturo (2008): *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, tomo ii (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición actualizada por Jorge Wahl Silva bajo la supervisión del autor).

Atria Lemaitre, Fernando (2024), "Poderes normativos, nulidad y reconocimiento", *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), n.° 255: pp. 111-154.

Baraona González, Jorge (2007): "Nulidad: ¿Por qué relativa?", en Corral Talciani H. y Rodríguez Pinto M.S. (coords.), *Estudios de derecho civil ii. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué, 2006* (Santiago, LexisNexis) pp. 539-548.

Barcia Lehmann, Rodrigo (2024): *Actos jurídicos, negocio jurídico y teoría general del contrato* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Barros Errázuriz, Alfredo (1916): *Curso de derecho civil.* Segundo Año (Primera parte que trata de la Teoría General de las Obligaciones) (Santiago, Imprenta y Encuadernación Claret).

Bello, Andrés (1887a): *Obras completas de Andrés Bello*, vol. xi: Proyectos de Código Civil (Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez).

Bello, Andrés (1887b): *Obras completas de Andrés Bello*, vol. xii: Proyectos de Código Civil (Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez).

Claro Solar, Luis (1939): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo duodécimo: De las obligaciones iii (Santiago, Imprenta Nascimento).

Corral Talciani, Hernán (2018): *Curso de derecho civil. Parte general* (Santiago, Thomson Reuters).

Domínguez Águila, Ramón (2020): *Teoría general del negocio jurídico* (Santiago, Prolibros Ediciones Ltda., tercera edición).

Ducci Claro, Carlos (1984): *Derecho civil. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).

Escriche, Joaquín (1852): *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, nueva edición corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el derecho americano, por Don Juan B. Guim, doctor en ambos derechos y abogado de los tribunales del Reino de España (Paris, Librería de Rosa, Bouret y Cía.) p. 1.438. Edición facsimilar de Editorial Jurídica Conosur, tomo II, 1995.

Fueyo Laneri, Fernando (1952): *Repertorio de voces y giros del Código Civil chileno*, tomo tercero (Santiago/Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).

Josserand, Louis (2008): *Teoría general de las obligaciones* (Santiago, Editorial Parlamento Ltda.).

Lira Urquieta, Pedro (1948): *La partición de bienes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Pescio Vargas, Victorio (1948): *Manual de derecho civil. Teoría general de los actos jurídicos y teoría general de la prueba* (Santiago, Editorial Nascimento).

Pothier, Robert J. (1841): *Tratado del contrato de compra y venta* (Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger).

RAE (2020): *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Disponible en www.dpej.rae.es>lema>rescisión [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2025].

Rodríguez Grez, Pablo (2015): *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno. Teoría bimembre de la nulidad* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Ruz Lártiga, Gonzalo (2011): *Explicaciones de derecho civil. Parte general y acto jurídico*, tomo I (Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing Chile).

San Martín Neira, Lilian (2015): "La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.° 3.

Valletta, María Laura (2007): *Diccionario jurídico* (Buenos Aires, Valletta Ediciones, quinta edición).

Vial del Río, Víctor (2004): *Teoría general del acto jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición actualizada y aumentada).

Vodanovic H., Antonio (1991): *Derecho civil. Parte preliminar y parte general*. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic, tomo segundo (Santiago, Ediar/Conosur Ltda., quinta edición).

Walker Silva, Nathalie (2019a), "Origen del tratamiento conjunto de la nulidad relativa y la rescisión en el título XX del libro IV del *Código Civil* chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 32 pp. 9-32.

Walker Silva, Nathalie (2019b), *La rescisión por lesión en el Código Civil chileno. Historia, regulación y vínculos con las nulidades* (Valencia, Tirant lo Blanch).

ZILIOTTO, Paola (2007), "La misura della sinallagmaticità: buona fede e 'laesio enormis'", in Luigi GAROFALO (ed.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obligationi nel Diritto Romano*, tomo primo (Padova, Cedam).

TRANSICIÓN AL REPORTE DE INFORMACIÓN DE SOSTENIBILIDAD BASADO EN NIIF S1 Y S2 – NORMA DE CARÁCTER GENERAL N.° 519 DE LA COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO

TRANSITION TO THE SUSTAINABILITY NFORMATION REPORT BASED IN NIIF S1 AND S2 – GENERAL RULE NO. 519 OF THE FINANCIAL MARKET COMMISSION

José Antonio Gaspar[*]

Resumen: La Norma de Carácter General n.° 519 de la Comisión para el Mercado Financiero dispone la adopción de las Normas NIIF S1 y S2 del International Sustainability Standards Board (ISSB) para el reporte de información de sostenibilidad a contar del ejercicio 2026, que se reporta en 2027. Si bien ello puede conllevar un costo para las entidades sujetas a la norma, debe considerarse que se trata de información materialmente relevante para los inversionistas. Por ello, esulta de interés explicar esta transición del reporte de información de sostenibilidad, que sigue las últimas recomendaciones internacionales sobre el tema.

Palabras claves: reporte de sostenibilidad, mercado financiero, NIIF S1 y S2.

Abstract: General Rule No. 519 of the Financial Market Commission sets forth the adoption of NIIF S1 and NIIF S2 rules of the ISSB for the sustainability information report since the 2026 exercise, to be reported in 2027. Even though

[*] Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master in Laws (LL.M.) Columbia Law School, New York, Estados Unidos. Profesor de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico jagaspar@uc.cl

such change may imply a cost for the entities subject to this rule, it should be considered that is materially relevant information for the investors. Because of that, it is interesting to explain this transition of the sustainability information report, that follows the last international recommendations about the subject.

KEYWORDS: sustainability report, financial market, NIIF S1 and S2.

INTRODUCCIÓN

Conforme lo dispuesto en la Ley n.° 18045 sobre Mercado de Valores (LMV) y el Decreto Ley n.° 3538, que Crea la Comisión para el Mercado Financiero (Ley CMF), corresponde a esta institución velar porque los emisores de valores provean a los inversionistas toda aquella información que un inversionista consideraría importante para sus decisiones de inversiones. En tal sentido, existe un conjunto de inversionistas cada vez más relevante en los mercados, tanto nacionales como extranjeros que, para elegir aquellos instrumentos financieros que se ajustan en mejor medida a sus políticas de inversión, deben contar con información de las políticas, prácticas y metas que en materia medioambiental, social y de gobernanza (ESG por *environmental*, *social* y *governance*) adoptan las entidades que ofertan esos instrumentos en el mercado de valores[1].

En tal sentido, en noviembre de 2021, la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) emitió la Norma de Carácter General n.° 461 que integró aspectos de sostenibilidad y gobierno corporativo a las memorias anuales de los emisores de valores de oferta pública y otras entidades fiscalizadas. En cuanto a su entrada en vigor, se estableció que las entidades quedaban obligadas a reportar conforme a las instrucciones de esa norma, de acuerdo con un cronograma que comprendía reportes entre 2023 y 2025[2].

[1] COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (2021) p. 5. La CMF agrega que la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) ha reconocido que las materias ESG y las finanzas sostenibles se han convertido en materias muy relevantes para los participantes del mercado y reguladores. IOSCO (2020) p. 3.

[2] De acuerdo con las disposiciones de la NCG 461:

- las sociedades anónimas abiertas con activos consolidados que superasen los veinte millones de UF, para el ejercicio 2022, debían reportar el 2023;
- las sociedades anónimas abiertas con un millón de UF en activos consolidados para el ejercicio 2023, debían reportar el 2024 y
- los bancos, compañías de seguros, bolsas de valores, bolsas de productos, empresas de depósito y custodia de valores, sociedades administradoras de sistemas de compensación y liquidación de instrumentos financieros, administradoras generales de fondos y el resto de las entidades inscritas en el Registro de Valores desde el ejercicio 2024, debían reportar el 2025.

Si bien la emisión de dicha norma fue un avance en la divulgación de información ESG, se ha observado que esta divulgación de una materia que está en proceso de evolución y madurez[3]. Por lo anterior, en 2024, la CMF estimó pertinente analizar cómo se habían desarrollado los estándares y prácticas internacionales, junto con los resultados de la implementación de la normativa hasta ese momento, con el fin de identificar eventuales perfeccionamientos a la misma.

En tal sentido, entre otros aspectos, la CMF analizó las Normas Internacionales de Información Financiera sobre Sostenibilidad, NIIF S1 y S2, emitidas por el International Sustainability Standards Board (ISSB), concluyendo la pertinencia de su adopción en Chile mediante la Norma de Carácter General n.° 519 (NCG 519), emitida mediante la resolución exenta n.° 10024 de 28 de octubre de 2024.

El presente trabajo busca exponer esta transición, desde la regulación previa a la NCG 519, el desarrollo de las NIIF S1 y S2, y la implementación de su adopción en Chile.

I. Marco regulatorio previo a la NCG 519

Como indica la CMF, la fuente legal de dicho proyecto normativo[4] está contenida en la Ley CMF, en los arts. 46 y 74 de la Ley n.° 18046 sobre Sociedades Anónimas (LSA) y en los arts. 9.° y 10 de la LMV[5]. En efecto, el art. 74 de LSA establece la responsabilidad del directorio de las sociedades anónimas de presentar la memoria anual. A su vez, el art. 46 de la LSA establece que es deber del directorio proporcionar a los accionistas y al público las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley o la CMF determinen respecto de su situación legal, económica y financiera. En el caso de la LMV, los arts. 9.° y 10 exigen que los emisores de oferta pública proporcionen al público en general, con la periodicidad, publicidad y en la forma que la CMF lo determine por norma de carácter general, toda información esencial, esto es, aquella que un hombre juicio consideraría importante para sus decisiones sobre inversión.

Si bien estas disposiciones legales se encuentran presente en nuestro ordenamiento jurídico desde la dictación de la LSA y la LMV en 1981, como indica Francisco Pfeffer, en un comienzo, la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), antecesora de la CMF[6], colocó toda su atención en la sola fiscalización

[3] Comisión para el Mercado Financiero (2024) p. 4.

[4] En cuanto a la función normativa de la SVS, véase Gaspar (2021) p. 449 y ss.

[5] Comisión para el Mercado Financiero (2024) p. 4. En el mismo sentido, respecto de la Norma de Carácter General n.° 461, véase Comisión para el Mercado Financiero (2021) p. 7.

[6] La Ley n.° 21000 (2017), creó la CMF, reemplazando el texto del Decreto Ley n.° 3 538. El art. 67 del Decreto Ley n.° 3538, conforme a su texto reemplazado por la Ley n.° 21000, dispone que la

de métricas y criterios estrictamente financieros, en el entendimiento de que en ello se agotaba su papel de supervisión. Lo anterior, en sintonía con los estándares existentes en mercado internacionales y en otras jurisdicciones[7].

En efecto, el primer paso que dio la SVS en la idea de orientar al mercado en la necesidad de informar para luego fiscalizar criterios que no fueran solo de carácter financiero, se dio con la dictación de la Norma de Carácter General n.° 341 (NCG 341), de noviembre del año 2012[8]. Unos años después, en 2015, la SVS decidió perfeccionar y actualizar las prácticas recomendadas y contenidas en la NCG 341, teniendo en consideración la experiencia de implementación de dicha norma y los avances que había habido sobre la materia en los años previos a nivel local e internacional, emitiendo al Norma de Carácter General n.° 385 que reemplazó a la NCG 341[9].

Pero en 2015, adicionalmente, la SVS buscó que se proveyese más información esencial a los accionistas y al público en general, en materia de responsabilidad social y desarrollo sostenible. Por ello, junto con la NCG 385, la SVS emitió la Norma de Carácter General n.° 386 (NCG 386), que modificó la Norma de Carácter General n.° 30, detallando los criterios de diversidad que en materia de responsabilidad social y desarrollo sostenible debían cumplir las empresas[10]. Lo anterior, precisando que, como señala Lusitania Villablanca, la información solicitada en la NCG 386 se restringía a la diversidad y brecha salarial[11].

Por la creciente relevancia de proporcionar a los inversionistas información sobre las políticas, prácticas y metas que los emisores de valores hubiesen adoptado en materia ESG a objeto que aquellos pudiesen optar por las alternativas que mejor se ajustasen a sus intereses, y teniendo en consideración que resultaba necesario revisar y actualizar los requerimientos que existían de este tipo de información, atendidas las nuevas demandas de los inversionistas, a fines del año 2019, la CMF sometió a consulta pública una propuesta con nuevas exigencias de información en materia ESG para los emisores de valores inscritos en el Re-

CMF debe ser considerada para todos los efectos la sucesora y continuadora legal de la SVS. Ahora bien, de acuerdo con el mencionado Decreto con Fuerza de Ley n.° 10, la SVS fue suprimida el 15 de enero de 2018, transformándose la CMF en su sucesora y continuadora legal.

[7] Pfeffer (2022) p. 322.

[8] En cuanto a los antecedentes que motivaron a la SVS a la elaboración de la Norma de Carácter General n.° 341, véase García (2014).

[9] Superintendencia de Valores y Seguros (2015) p. 3.

[10] Pfeffer (2022) p. 326. Sobre la NCG 386, Lusitania Villablanca destaca que se desmarca de la técnica regulatoria denominada *comply or explain* utilizada por la NCG 341 y la NCG 385, por cuanto no formulaba un cuestionario, sino que derechamente solicitaba la entrega de información en materia de responsabilidad social y desarrollo sostenible, según los términos usando en la norma. Villablanca (2024) p. 158.

[11] Villablanca (2024) p. 158.

gistro de Valores. Dicha propuesta modificaba el reporte de sostenibilidad social y desarrollo sostenible contenido en la memoria anual exigida por al NCG 30, incluyendo nuevos requerimientos de información agrupados en aspectos económicos, medioambientales y sociales. Posteriormente, en marzo de 2021, la CMF sometió a un segundo proceso de consulta pública el proyecto normativo que incorpora temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo a la memoria anual[12].

De este modo, en noviembre de 2021, la CMF emitió la Norma de Carácter General n.° 461, buscando modernizar y perfeccionar la información ESG que los emisores de valores de oferta pública inscritos en el Registro de Valores deben remitir en su memoria anual, en virtud de lo establecido en la Norma de Carácter General n.° 30, así como también regular el contenido de esa memoria para ciertas sociedades anónimas especial en función del tipo de información que por su naturaleza resultaba atendible hacerles aplicables[13].

Lo anterior implicó una revisión de los requisitos e indicadores establecidos por la NCG 386, para determinar si cumplieron o no con los objetivos tenidos en consideración al momento de su inclusión, además de evaluar la factibilidad de incluir nueva información e indicadores que pudiesen abordar un mayor espectro de la sostenibilidad, de acuerdo con los avances observados a escala nacional e internacional[14].

La NCG 461 exigió que la memoria anual fuese el documento único al que se integrase toda la información que incide y puede llegar a determinar la creación de valor de la organización. No solo la de carácter financiero, sino, también, aquella que produjese un efecto medioambiental e impacto social. A juicio de Francisco Pfeffer, lo que se buscó con esta exigencia era que cada empresa recogiese e informase a través de un solo documento cómo se estaban integrando las políticas medioambientales y sociales dentro del gobierno corporativo de la sociedad[15, 16].

---

[12] Comisión para el Mercado Financiero (2021) p. 5. En cuanto al proceso normativo de la CMF véase Gaspar (2021) p. 454 y ss.

[13] Esto último, a juicio de la CMF, en atención a que ese tipo de sociedades también se rigen por las disposiciones de las sociedades anónimas abiertas, no obstante no estar necesariamente comprometido el mismo interés público –Comisión para el Mercado Financiero (2021) p. 6–. Una visión contraria al respecto en Alvear (2025).

[14] Comisión para el Mercado Financiero (2021) p. 6.

[15] Pfeffer (2022) p. 327. Para Lusitania Villablanca, esta modificación del soporte de la información, constituido por las memorias societarias, texto cuya emisión y veracidad es, conforme la ley, de carácter obligatorio, se traduciría en la coercibilidad de las afirmaciones que las empresas realizaran respecto a sus prácticas de sostenibilidad. Villablanca (2024) p. 159, y especialmente pp. 166-173, en cuanto a las sanciones en caso de incumplimiento de la normativa.

[16] A juicio de Angela Toso, la incorporación de estos antecedentes en las memorias anuales de las sociedades encuentra su justificación, en primer término, en las iniciativas internacionales emprendidas para avanzar hacia un desarrollo sostenible, materializadas en variados y numerosos

La CMF señaló que se trata de una materia que está en continua evolución, lo que hace que la norma deba estar adaptándose de manera periódica a las nuevas tendencias. Pero, ante la necesidad de avanzar sobre la materia y la ausencia de un único estándar que se hubiese consolidado y que hubiese sido aceptado a nivel global a esa fecha para la divulgación de información de sostenibilidad, la CMF estimó pertinente y necesario avanzar en el proyecto normativo[17]. De este modo, en lo relativo a "indicadores de sostenibilidad", la NCG 461 exigió reportar sobre la base de un estándar dado: los Sustainability Accounting Standards establecidos por el Sustainability Accounting Standards Board (SASB), para lo cual la entidad debía atenerse a la clasificación de industrias contenidas en el Sustainable Industry Clasification System (SICS)[18].

Conforme ya se señaló[19], la NCG 461 estableció una entrada en vigencia gradual. Adicionalmente, para llevar adelante la vigilancia respecto del cumplimiento de la normativa, la CMF publicó, en octubre de 2022, la *Guía de implementación y supervisión de la sección 8.2 de la Norma de Carácter General N° 461*[20], referida a los indicadores de sostenibilidad por tipo de industria. Como señala Angela Toso, a través de dicho instrumento, se pretendió orientar a las sociedades en el cumplimiento de sus deberes de divulgación, de modo que la emisión e dicho documento constituyó el punto de partida del proceso de supervisión que la CMF buscaba llevar a cabo en este ámbito[21].

II. NIIF S1 y S2 de la ISSB

Desde la fecha de emisión de la NCG 461 se verificaron importantes acontecimientos en lo referido a la divulgación de información de sostenibilidad,

marcos de referencia e indicadores relacionados con la divulgación de información en los ámbitos ESG por parte de las compañías que han sido recogidos por diversos países alrededor del mundo. Toso (2024) p. 130,

[17] Comisión para el Mercado Financiero (2021) p. 45.

[18] Villablanca (2024) p. 163. Para esta autora, la CMF tomó una decisión acertada al establecer una métrica obligatoria, que, además, era de carácter internacional en su fuente y, por el hecho de contener una diferenciación por industrias, facilitó su comparabilidad. Hace notar que, a diferencia de los estándares Global Reporting Iniciative (GRI), que abarcan temas concernientes a distintos grupos de intereses y cómo la empresa impacta en ellos, los estándares SASB enfocan sus veintiséis temas relativos a la sostenibilidad desde el punto de vista de su impacto en la empresa, particularmente referido a sus resultados financieros. Así, para ella, la elección de los estándares SASB como métrica obligatoria era congruente con el objetivo de mejorar la información de interés para los inversionistas.

[19] Véase nota 2.

[20] Disponible en www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/articles-53716_doc_pdf.pdf [fecha de consulta: 26 de octubre de 2025].

[21] Toso (2024) p. 131.

principalmente por el trabajo que desarrolló el ISSB de IFRS con el objetivo de elaborar un estándar globalmente aceptado de divulgación de información ESG[22].

Previo a ello, hubo diversas iniciativas enfocadas en el desarrollo de estándares de divulgación de información relativa a sostenibilidad. La CMF destacó los indicadores GRI, las métricas por industria desarrolladas por SASB, las métricas y tópicos de divulgación de información elaborados por el World Economic Forum (WEF) y el marco del Task Force on Climate-related Financial Disclosure (TCFD)[23].

El 3 de noviembre de 2021, en la COP 26 desarrollada en Glasgow, la IFRS Foundation Trustees anunció la formación del ISSB para desarrollar un estándar globalmente aceptado de divulgación de información ESG. El ISSB quedó a cargo de dar continuidad al trabajo realizado por el TCFD y procedió a la absorción de la Climate Disclosure Standards Board (CDSB) y la Value Reporting Foundation (IIRC y SASB)[24].

En marzo de 2022, el ISSB publicó el *Exposure Draft IFRS S1 General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information* y el *Exposure Draft S2 Climate-related Disclosures*. Considerando el *feedback* recibido a los *Exposure Draft*, el ISSB revisó las propuestas, y en junio de 2023 emitió el *IFRS S1 General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information* (NIIF S1)[25] y el *IFRS S2 Climate-related Disclosures* (NIIF S2)[26].

El NIIF S1 es un estándar general enfocado en el reporte de información sobre riesgos y oportunidades relacionadas con la sostenibilidad, que resulte de utilidad para la toma de decisión de usuarios generales de los reportes financieros. Lo anterior, implica la divulgación de aquellos aspectos que pudieran razonablemente afectar el flujo de caja, acceso a financiamiento o costo de capital. Por su parte, el NIIF S2 es un estándar enfocado en aspectos climáticos, basado en las recomendaciones de TCFD y que incorpora requisitos de divulgación de información por industria, derivados de SASB[27].

[22] Comisión para el Mercado Financiero (2024) p. 7.

[23] *Ibid*.

[24] IFRS Foundation (2021).

[25] IFRS Foundation (2023a).

[26] IFRS Foundation (2023b).

[27] Comisión para el Mercado Financiero (2024) p. 8. La CMF agrega que, de acuerdo con la agenda de trabajo para el periodo 2024-2026, publicada por ISSB en 2023, se contempla una revisión de estos estándares en materia de (i) biodiversidad y ecosistemas, (ii) capital humano –personas que trabajan para una entidad–, (iii) derechos humanos y (iv) un proyecto referido a cómo lograr un reporte corporativo integrado, considerando los aspectos financieros y las materias de sostenibilidad.

II.1. NIIF S1

El informe normativo de la NCG 519[28] señala que el estándar NIIF S1 establece que las entidades revelarán información material o con importancia relativa sobre los riesgos y oportunidades relacionados con la sostenibilidad. Se explica que la información es material o tiene importancia relativa en la medida que pueda esperarse razonablemente que "la omisión, la expresión inadecuada o el ensombrecimiento" de esa información influya en la toma de decisiones de los usuarios de los informes financieros. Conforme al estándar, la información a revelar comprende:

- Gobernanza: información para permitir a los usuarios de los informes comprender los procesos, controles y procedimientos de gobernanza que una entidad utiliza para supervisar, gestionar y vigilar los riesgos y oportunidades relacionados con la sostenibilidad.
- Estrategia: información para permitir a los usuarios de los informes comprender el enfoque que utiliza la entidad para gestionar los riesgos y oportunidades relacionados con la sostenibilidad, lo cual incluye:
  a. los riesgos y oportunidades relacionados con la sostenibilidad que podría esperarse razonablemente que afecten a las perspectivas de la entidad;
  b. los efectos actuales y previstos de esos riesgos y oportunidades relacionados con la sostenibilidad sobre el modelo de negocio y la cadena de valor de la entidad;
  c. los efectos de los riesgos y oportunidades significativos relacionados con la sostenibilidad sobre su estrategia y toma de decisiones;
  d. los efectos de esos riesgos y oportunidades relacionados con la sostenibilidad sobre la situación financiera, el rendimiento financiero y los flujos de efectivo de la entidad en el periodo sobre el que se informa, y sus efectos previstos sobre la situación financiera, el rendimiento financiero y los flujos de efectivo de la entidad a corto, medio y largo plazo, teniendo en cuenta cómo se han considerado esos riesgos y oportunidades relacionados con la sostenibilidad en la planificación financiera de la entidad y
  e. la resiliencia de la estrategia de la entidad y de su modelo de negocio frente a esos riesgos relacionados con la sostenibilidad.
- Gestión de riesgos: los procesos que utiliza la entidad para identificar, evaluar, priorizar y supervisar los riesgos y oportunidades relacionados con la sostenibilidad. Esto incluye:

[28] Comisión para el Mercado Financiero (2024) pp. 9-10.

a. los procesos y las políticas relacionadas que la entidad utiliza para identificar, evaluar, priorizar y supervisar los riesgos relacionados con la sostenibilidad;
b. los procesos que utiliza la entidad para identificar, evaluar, priorizar y supervisar las oportunidades relacionadas con la sostenibilidad y
c. el grado y la forma en que los procesos de identificación, evaluación, priorización y seguimiento de los riesgos y oportunidades relacionados con la sostenibilidad se integran en el proceso global de gestión de riesgos de la entidad e informan al respecto.

– Métricas: información para dar a conocer el desempeño de la entidad en relación con los riesgos y oportunidades relacionados con la sostenibilidad, incluido el progreso hacia cualquier objetivo que la entidad se haya fijado o se le requiera cumplir por ley o normativa.

Para esos efectos, el estándar establece que, para cada riesgo y oportunidad relacionados con la sostenibilidad, la entidad revelará:

– Las métricas requeridas por una NIIF de información a revelar sobre sostenibilidad. Este es el caso de NIIF S2 en materias de riesgos y oportunidades relacionadas con el clima. En otros casos, es decir, en ausencia de otras NIIF, el estándar establece que quedará a juicio de la entidad la determinación de la información que resultará relevante, y que para esos efectos considerará la aplicación de las métricas de SASB y
– Las métricas que la propia entidad utilice para medir y monitorear el respectivo riesgo y su desempeño.

II.2. NIIF S2

Respecto de este estándar, el informe normativo de la NCG 519[29] señala que se estructura de idéntica forma que la NIIF S1 (gobernanza, estrategia, gestión de riesgos y métricas), pero está enfocada en aquellos riesgos y oportunidades relacionados con el clima, es decir: riesgos físicos y riesgos de transición. Esto implica que es complementaria a la NIIF S1. En cada componente de la estructura de la norma se profundiza con menciones especiales a materias relacionadas con el clima. Por ejemplo, al referirse a los riesgos y oportunidades se señala que la entidad deberá revelar si utiliza el análisis de escenarios relacionados con el clima para fundamentar su identificación de los riesgos y cómo lo hace. Además, se pronuncia sobre métricas relacionadas con el clima. En específico:

– Gases de efecto invernadero de alcance 1, 2 y 3. Los que deberán ser medidos conforme al protocolo de *Greenhouse Gas Protocol: A Corpo-*

[29] Comisión para el Mercado Financiero (2024) pp. 10-11.

rate Accounting Reporting Standard. Las emisiones alcance 1 son emisiones directas de fuentes que son de propiedad de la entidad o están controladas por esta; las emisiones de alcance 2 son emisiones indirectas de la generación de energía comprada por la entidad para sus procesos productivos o entrega de servicios y las emisiones de alcance 3 son todas las demás emisiones indirectas que ocurren en la cadena de valor de una entidad. El estándar NIIF S2 requiere que todas las entidades, independiente de su sector industrial, reporten cada uno de los alcances siempre que el impacto que tengan sea de carácter material. Lo anterior se basó en los comentarios principalmente de los inversionistas, quienes consideraban necesario que las entidades fueran capaces de reportar todas sus emisiones de gases de efecto invernadero con el fin de evaluar los riesgos presentes. La inclusión de las emisiones de alcance 3 permite obtener una imagen más amplia de la huella de carbono de una entidad, incluyendo actividades previas y posteriores al proceso específico que se realiza en la entidad misma.

- Riesgos de transición relacionados con el clima.
- Riesgos físicos relacionados con el clima.
- Oportunidades relacionadas con el clima.
- Despliegue de capital, la cantidad de gasto de capital, financiación o inversión aplicada a los riesgos y oportunidades relacionados con el clima.
- Precios internos de carbono. Esto implica:
  i) una explicación de si la entidad está aplicando un precio de carbono en la toma de decisiones y cómo lo está haciendo (por ejemplo, decisiones de inversión, precios de transferencia y análisis de escenarios) y
  ii) el precio por cada tonelada métrica de emisiones de gases de efecto invernadero que la entidad utiliza para evaluar los costos de sus emisiones de gases de efecto invernadero.
- Remuneración, incluyendo:
  i) una descripción de si las consideraciones relacionadas con el clima se tienen en cuenta en la remuneración de los ejecutivos y de qué manera y
  ii) el porcentaje de la remuneración de la gerencia ejecutiva reconocida en el periodo actual que está vinculada a consideraciones relacionadas con el clima.
- Objetivos relacionados con el clima. En este aspecto se requiere divulgar todos los objetivos cuantitativos y cualitativos relacionados con el clima que se haya establecido para supervisar el progreso hacia la consecución de sus objetivos estratégicos, así como cualquier obje-

tivo que se requiera cumplir por ley o regulación, incluido cualquier objetivo de emisiones de gases de efecto invernadero.

II.3. Otros aspectos de las NIIF S1 y S2

El informe normativo de la NCG 519[30] señala que estas NIIF tiene como fecha de entrada en vigor el ejercicio anual 2024. No obstante, esa sola disposición no las hace vinculantes para las entidades del mercado, sino que deberán ser los reguladores o el legislador de cada jurisdicción el que imponga su adopción o adaptación en el marco regulatorio. Además, estas NIIF contienen disposiciones de transición:

- Respecto de la NIIF 1:
  - i) Se permitió que las entidades pudiesen acogerse a la norma de manera voluntaria con anterioridad a su entrada en vigor, siempre y cuando hicieran lo mismo con lo requerido por NIIF S2.
  - ii) No se requiere que una entidad proporcione información anterior a su primera aplicación. Por lo tanto, la información comparativa no resulta aplicable para el primer periodo de reporte.
  - iii) En el primer periodo a reportar, se permite que la entidad pueda informar de manera tardía sus riesgos y oportunidades relativas a temas de sostenibilidad.
  - iv) En el primer periodo a reportar se permite que las entidades revelen información solo sobre los riesgos y oportunidades relacionados con el clima, y aplicar los requerimientos presentes en NIIF S1 en la medida que se relacionen con lo anterior. Si sucede esto, las entidades deberán hacerlo presente en dicho reporte.
  - v) Si se usa la exención anterior, la entidad no deberá entregar información comparativa sobre sus riesgos y oportunidades relacionadas con el clima. En el segundo periodo anual de reporte no se requiere que se revele información comparativa sobre sus riesgos y oportunidades relacionadas con sostenibilidad, aparte de sus riesgos y oportunidades relacionadas con el clima.
- Respecto de la NIIF 2:
  - i) Se permite su aplicación con anterioridad a su entrada en vigor, de manera voluntaria, siempre y cuando hicieran lo mismo con lo requerido por NIIF S1.
  - ii) No se requiere que una entidad proporcione información anterior a su primera aplicación. Por tanto, la información comparativa no resulta aplicable para el primer periodo de reporte.

[30] Comisión para el Mercado Financiero (2024) pp. 11-13.

iii) En el primer periodo a reportar se permiten las dos siguientes excepciones:
   iii.i) Si en el periodo inmediatamente anterior al primer reporte la entidad usaba una metodología de cálculo para medir sus gases de efecto invernadero distinta al *Greenhouse Gas Protocol: A Corporate Accounting Reporting Standard*, se le permitirá seguir utilizando dicho método.
   iii.ii) No se requiere que la entidad revele sus emisiones de gases de efecto invernadero de Alcance 3 si es que la entidad participa en la administración de activos, bancos comerciales y aseguradoras respecto de aquellos proyectos que financien.

Si la entidad se acoge a alguna de estas dos excepciones, el estándar permite que se conserve la información es esos términos, incluso para la presentación de información en términos comparativos de periodos posteriores.

En cuanto a la proporcionalidad, las NIIF S1 y S2 están determinadas por dos conceptos que guían el marco de divulgación:

– Que la entidad utilizará toda la información "razonable y sustentable de que disponga la entidad en la fecha de presentación, sin costos o esfuerzos desproporcionados": esto permite que las entidades no divulguen cierta información en caso de que el nivel de costos o de esfuerzo que se requiere para hacerlo excedan lo razonable, dada la realidad particular de la misma.
– Que la entidad utilizará un enfoque que sea proporcional a "las habilidades, capacidades y recursos disponibles": esto permite que las entidades puedan realizar sus reportes de forma cualitativa, en vez del cuantitativo, cuando sea requerido.

III. NCG 519

En el informe normativo de la NCG 461, la CMF señaló que sería probable que se debiesen realizar modificaciones a tal propuesta normativa en el futuro[31]. En tal sentido, con motivo del avance en el desarrollo e implementación de las normas NIIF de sostenibilidad del ISSB, cuyo objetivo es ser el estándar globalmente aceptado de divulgación de información ESG, la CMF identificó incertidumbre regulatoria en cuanto a la coherencia de esas normas con la NCG 461

[31] Comisión para el Mercado Financiero (2021) p. 45.

y su eventual aplicación[32]. A lo anterior, cabe agregar que, en julio de 2023, IOSCO respaldó públicamente las NIIF S1 y S2 del ISSB, instando a los reguladores a considerar formas en que se podían adoptar, aplicar o de algún otro modo de informar al mercado, de conformidad con los estándares del ISSB[33].

La CMF observó que las NIIF S1 y S2 siguen la misma estructura que lo hecho con la NCG 461, por cuanto se basaron, en parte, en los mismos estándares para su desarrollo. Por lo tanto, para la CMF no resultan incompatibles ni incongruentes con esta normativa[34]. Por otra parte, a juicio de la CMF se ratifica la pertinencia del reporte conforme al estándar SASB, ya que las mismas normas de ISSB lo reconocen, y esa entidad lo ha actualizado para ser consistente con el trabajo que hizo con NIIF S1 y S2[35].

Por lo anterior, en agosto de 2024, la CMF sometió a consulta pública una propuesta normativa que establecía que a contar del ejercicio anual 2026 los emisores de valores deberán reportar conforme al estándar NIIF S1 y S2 de ISSB. Siendo el interés de la CMF contribuir a que la información reportada sea útil, consistente y comparable a nivel local e internacional, y vistos los comentarios positivos del proceso consultivo, mediante la emisión de la NCG 519 en octubre de 2024, la CMF ratificó que a contar del ejercicio anual 2026, que se reporta el 2027, las entidades deberán reportar las normas NIIF S1 y S2 del ISSB[36].

Conclusión

Como señala el informe normativo de la NCG 519[37], la adopción de las normas NIIF S1 y S2 de ISSB para el reporte de información de sostenibilidad conlleva un costo para las entidades sujetas a la norma, quienes deberán destinar recursos al análisis y comprensión de tales normas, a la implementación o adecuación de sus procesos y sistemas de reporte, y al cálculo de las métricas a las que se refiere la NIIF S2 que no están consideradas en la actualidad en la normativa, particularmente en materia de emisión de gases de efecto invernadero.

[32] Comisión para el Mercado Financiero (2024) p. 7.

[33] IOSCO (2023).

[34] Comisión para el Mercado Financiero (2024) p. 29.

[35] *Op. cit*. p. 30. Sobre la actualización de los estándares SASB, véanse pp. 13-14.

[36] *Op. cit*. pp. 31-32. Cabe señalar que la NCG 519 incluyó otros perfeccionamientos que tendrían como objetivo facilitar la comprensión de lo requerido o complementar los requisitos vigentes con materias de relevancia para los inversionistas, como la diversidad e inclusión en los directorios. La NCG 519 también incorporó ajustes al régimen de implementación de la memoria anual integrada, flexibilizando su entrada en vigor y excluyendo de esa obligación a las entidades para las que resulta proporcionalmente más costoso.

[37] Comisión para el Mercado Financiero (2024) p. 38.

Sin embargo, ese costo adicional está justificado para la CMF por tratarse de información materialmente relevante para los inversionistas, tal como lo ha reconocido IOSCO y se ratificó en el proceso consultivo de la normativa[38].

Bibliografía

Alvear, Julio (2025): "Agenda 'woke' y regulación económica: el ejemplo de la CMF", *El Mercurio Legal*, Santiago, 2 de enero de 2025.

Comisión para el Mercado Financiero (2021): "Informe final: incorpora temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo en la memoria anual". Disponible en www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=c7cce0d0ef34e69eb4391d1a345c 9d81VFdwQmVVMVVSWGhOUkZFeFRtcFpkMDFuUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1761510085 [fecha de consulta: 26 de octubre de 2025].

Comisión para el Mercado Financiero (2024): "Informe final: proyecto normativo modifica memoria anual integrada". Disponible en www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd. php?s567=5a2dda718fc6b4f8c3868b2f5999d6bfVFdwQmVVNUVSWGROUkZVeFQwUlpNMDlSUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1761510112 [fecha de consulta: 26 de octubre de 2025].

García, Rodrigo (2014), "Normas de información sobre prácticas de gobierno corporativo en Chile". Disponible en www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/articles-16379_doc_pdf. pdf [fecha de consulta: 26 de octubre de 2025].

Gaspar, José Antonio (2021): "Función normativa de la Comisión para el Mercado Financiero y su impacto en el derecho comercial", en Railef Valenzuela, M.F. (ed.), *Ponencias de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 445-462.

IFRS Foundation (2021): "IFRS Foundation announces International Sustainability Standards Board, consolidation with CDSB and VRF, and publication of prototy pe disclosure requirements". Disponible en www.ifrs.org/news-and-events/news/2021/11/ifrs-foundation-announces-issb-consolidation-with-cdsb-vrf-publication-of-prototypes/ [fecha de consulta: 26 de octubre de 2025].

IFRS Foundation (2023a): "IFRS S1 General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information". Disponible en www.ifrs.org/issued-standards/ifrs-sustainability-standards-navigator/ifrs-s1-general-requirements/# [fecha de consulta: 26 de octubre de 2025].

IFRS Foundation (2023b): "IFRS S2 Climate-related Disclosures". Disponible en www.ifrs.org/issued-standards/ifrs-sustainability-standards-navigator/ifrs-s2-climate-related-disclosures/ [fecha de consulta: 26 de octubre de 2025].

[38] Además, la normativa contribuye a atenuar ese costo al establecer una entrada en vigor diferida, ya que regirá a contar del ejercicio 2026 que se reporta en 2027, y reconocer que resultan aplicable los criterios de gradualidad y proporcionalidad que las mismas NIIF S1 y S2 establecen.

Pfeffer Urquiaga, Francisco (2022): "Desde Friedman a Freeman. Una nueva mirada de la Comisión para el Mercado Financiero al incorporar los valores medioambientales, de impacto social y de gobernanza (ESG en inglés) en la Norma de Carácter General N° 461 y en su perímetro regulatorio", *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), n.° 46: pp. 315-333.

Superintendencia de Valores y Seguros (2015): "Informe final. Fortalecimiento de estándares de gobierno corporativo de las sociedades anónimas abiertas". Disponible en www. cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=368a3c2505c87dfb861e1c7890281dac VFdwQmVFOUVRVEZOUkVFMFRXcEpkMDVuUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1761511217 [fecha de consulta: 26 de octubre de 2025].

The Board of the International Organization of Securities Commissions (IOSCO) (2020): *Sustainable Finance and the Role of Securities Regulators and IOSCO. Final Report*. Disponible en www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD652.pdf [fecha de consulta: 26 de octubre de 2025].

The Board of the International Organization of Securities Commissions (IOSCO) (2023), "IOSCO endorses the ISSB´s Sustainability-related Financial Disclosures Standards". Disponible en www.iosco.org/news/pdf/IOSCONEWS703.pdf [fecha de consulta: 26 de octubre de 2025].

Toso Milos, Angela (2024): "Tratamiento del compliance en la Norma de Carácter General N° 461 de la Comisión para el Mercado Financiero", en Martínez A. y Lagos O. (dirs.), *Estudios de derecho comercial. XIII Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 127-154.

Villablanca Cerda, Lusitania (2024): "Nuevos estándares de referencia y coercibilidad de las declaraciones de sostenibilidad en virtud de la NCG CMF N° 461 de 2021", en Martínez A. y Lagos O. (dirs.), *Estudios de derecho comercial. XIII Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 155-179.

Normas

Comisión para el Mercado Financiero, Norma de Carácter General n.° 30 (1989).

Comisión para el Mercado Financiero, Norma de Carácter General n.° 341 (2012).

Comisión para el Mercado Financiero, Norma de Carácter General n.° 385 (2015).

Comisión para el Mercado Financiero, Norma de Carácter General n.° 386 (2015).

Comisión para el Mercado Financiero, Norma de Carácter General n.° 461 (2021).

Comisión para el Mercado Financiero, Norma de Carácter General n.° 519 (2024).

D.L. n.° 3538 de 1980, conforme a su texto reemplazado por la Ley n.° 21000 de 2017, que Crea la Comisión para el Mercado Financiero.

Ley n.° 18045 de Mercado Valores de 1981.

Ley n.° 18046 sobre Sociedades Anónimas de 1981.

Ley n.° 21000, que Crea la Comisión para el Mercado Financiero, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 23 de febrero de 2017.

HIPOTECA SOBRE CONCESIONES DE ACUICULTURA DE SALMÓNIDOS

MORTGAGE ON A SALMON AQUACULTURE CONCESSION

Joel González Castillo*

Resumen: El presente artículo aborda un tema escasamente tratado en la doctrina chilena, cual es la constitución de hipoteca sobre una concesión de acuicultura de salmones. En él, se trata la naturaleza jurídica de esta garantía, la n ormativa aplicable, a qué se extiende esta hipoteca, la caducidad de las concesiones y la forma en que se constituye la hipoteca. Finalmente, se analiza la legislación noruega, principal competidor de Chile en la industria del salmón.

Palabras clave: hipoteca, concesión, acuicultura, salmón.

Abstract: This article deals with a subject scarcely dealt with in Chilean doctrine, which is the constitution of a mortgage on a salmon aquaculture concession. It deals with the legal nature of this guarantee, the applicable regulations, the scope of this mortgage, the expiration of the concessions and the way in which the mortgage is constituted. Finally, it deals with the Norwegian legislation, Chile's main competitor in the salmon industry.

Keywords: mortgage, concession, aquaculture, salmon.

Introducción

Como cuestión previa conviene hacer la distinción entre concesiones marítimas y de acuicultura.

* Master en Derecho de la Unión Europea, Universidad Complutense de Madrid, España. Master en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. MBA, Esade, España. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile. Correo electrónico: jgonzalezc@dererecho.uchile.cl

Son concesiones marítimas, las que se otorgan sobre bienes nacionales de uso público o bienes fiscales, cuyo control, fiscalización y supervigilancia corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, cualquiera que sea el uso a que se destine la concesión y el lugar en que se encuentren ubicados lo bienes.

Por su parte, son concesiones de acuicultura las definidas como tales en la Ley General de Pesca y Acuicultura, que se otorgan para fines de cultivo de especies hidrobiológicas, en las áreas fijadas como apropiadas para el ejercicio de la acuicultura, por el Ministerio de Defensa Nacional y se rigen por las disposiciones de la Ley General Pesca y Acuicultura (art. 3.°, Decreto con Fuerza de Ley n.° 340 Sobre Concesiones Marítimas, Ministerio de Hacienda)[1].

La Ley n.° 20434 de 8 de abril de 2010[2], que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura (Ley n.° 18892, en adelante LGPA)[3] en materia de acuicultura dispuso:

> "17) Agrégase el siguiente artículo 81 bis:
> Sin perjuicio de otros negocios jurídicos, podrá constituirse hipoteca sobre la concesión o autorización de acuicultura"[4].

Esta norma, que permite a las empresas hipotecar sus concesiones y permisos acuícolas tuvo por objetivo salvar a la industria salmonera afectada de manera muy fuerte por el virus ISA. Pocas veces un marco normativo se adapta con tal celeridad a una crisis económica. A fines de la década de 2000, la industria salmonera chilena enfrentó su peor colapso: el virus ISA diezmó la producción, obligando a un rediseño urgente de su arquitectura financiera. En este contexto, el legislador introdujo una herramienta poco usual en el derecho administrativo chileno: la hipoteca sobre concesiones de acuicultura. Esta figura, aun escasamente tratada en la doctrina, abrió una ventana jurídica que permitió transformar un derecho administrativo en un activo bancariamente explotable.

Sin embargo, ¿puede, en realidad, hipotecarse un bien que no se posee en propiedad? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de estas concesiones y qué límites enfrenta su afectación como garantía? Este artículo explora una problemática jurídica de alta complejidad: la posibilidad de constituir hipoteca sobre concesiones

[1] Véase al respecto Fuentes (2013).

[2] Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1012014 [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

[3] El Decreto 430 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n.° 18892, de 1989 y sus modificaciones, ley general de pesca y acuicultura. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idnorma=13315 [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

[4] El 40 % de las concesiones salmoneras están hipotecadas. Véase Verdejo e Inostroza (2024).

de acuicultura en Chile, centrándose especialmente en el cultivo de salmones, y contrastándola con el régimen noruego, referente global en esta industria.

Más allá de un análisis exegético, proponemos una interpretación sistemática que combina el derecho civil, el administrativo y el comercial, para dilucidar el verdadero alcance de esta garantía. El presente trabajo desentraña las tensiones entre el carácter público del mar territorial y la utilización privada de sus recursos, ofreciendo una lectura jurídica crítica sobre cómo los instrumentos financieros han penetrado, incluso, los dominios tradicionales del derecho público.

El desarrollo se estructura en seis partes. Primero, se aclara la naturaleza jurídica de la concesión y el derecho que puede ser hipotecado. Luego, analizamos el marco normativo aplicable, los requisitos formales de constitución, el alcance de la hipoteca, y las reglas especiales sobre caducidad. Finalmente, se incorpora un análisis comparado con el sistema noruego.

I. Naturaleza jurídica

Alejandro Guzmán, con quien concordamos, califica la hipoteca sobre concesiones de acuicultura[5] de salmónidos como una sobre derechos reales administrativos inmuebles[6].

En el derecho chileno existen precedentes claros de concesiones administrativas consideradas derechos reales inmuebles habilitados para garantía real. Un ejemplo paradigmático es la concesión minera, definida por el *Código de Minería* como:

> "un derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hi-

[5] Sobre concesiones de acuicultura, en general, véase Barroilhet (s/f); Ramírez (2023). Sobre concesiones de salmonicultura, en particular, véase Arancibia (2019).

[6] En la legislación chilena, un derecho solo puede ser real o personal (art. 576 del CC). Real es el que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona (art. 577 inc. 1.°); y tal es precisamente el caso del derecho de concesión de acuicultura, que se ejerce sobre la superficie de playa, fondo y agua o terreno de roquerío delimitado en el acto administrativo concedente frente a todos y no respecto de persona determinada alguna, a quien el titular pueda exigir una prestación de dar, hacer o no hacer que este le debe merced a alguna fuente de obligación. Es un derecho real inmueble, por aplicación de la regla sentada en el art. 580 del CC, según la cual los derechos y acciones (reales) se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse; y la cosa en que recae la concesión, vale decir, el terreno de playa o de roquerío o el fondo de agua y agua, son inmuebles ellos mismos, de modo de traspasar este carácter al derecho. Por la naturaleza administrativa de su título, es un derecho real administrativo. Guzmán (2011) pp. 88, 92.

> poteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato" (art. 2.°).

Esta caracterización legal confirma que, pese a versar sobre recursos del Estado, la concesión otorga al particular un derecho en cierto modo análogo a la propiedad, apto para ser enajenado o gravado. En la misma línea, la Ley n.° 19657 de 2000 que creó las concesiones de energía geotérmica dispuso en forma expresa su hipotecabilidad en vez de una prenda sin desplazamiento, precisamente por el *carácter inmueble* de la concesión. Esta decisión legislativa de preferir la hipoteca (figura típica inmobiliaria) por sobre la prenda en concesiones geotérmicas marcó un antecedente que luego sería seguido por el legislador acuícola en 2010.

En teoría se podría haber establecido la figura de una prenda sin desplazamiento. Como explica el autor citado, la intención del Ejecutivo al principio era insistir en una prenda. El original art. 81 bis, contenido en el proyecto del Ejecutivo, iba referido, en efecto, a una prenda sin desplazamiento de aquella regida por el art. 14 de la Ley n.° 20190 (que contiene la nueva ley general de prenda sin desplazamiento), pese a que a la fecha esa ley aún no entraba en vigor[7]. Decía dicho art. 81 bis:

> "Sin perjuicio de otros negocios jurídicos, la prenda sin desplazamiento sobre la concesión o autorización de acuicultura, deberá constituirse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Prenda sin Desplazamiento del Servicio de Registro Civil e Identificación y se someterá en lo demás a las normas de la Ley N° 20.190"[8].

Como consecuencia, su art. 3 transitorio expresaba:

> "Mientras no entre en vigencia la Ley N° 20.190, las prendas sin desplazamiento que se constituyan sobre concesiones o autorizaciones de acuicultura se inscribirán en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces de la comuna en que se ubique la concesión o autorización respectiva"[9].

Más adelante, el propio Ejecutivo, en el seno de la Comisión de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos de la Cámara de Diputadas y Diputados, propuso mudar la prenda sin desplazamiento a una hipoteca; y ofreció la siguiente explicación:

---

[7] Guzmán (2011). nota 4, p. 73.

[8] Biblioteca del Congreso Nacional (2010) p. 21.

[9] *Op. cit.* p. 27.

> "Se indicó que se cambia la figura de la prenda sin desplazamiento por la de la hipoteca, debido a que la ley que regula la primera no se encuentra aún vigente y eso atenta contra la certeza que desea otorgarse a las garantías sobre la concesión, particularmente porque de ello depende la obtención de créditos por parte de la industria para efectos de superar la situación de crisis que se vive actualmente. Por su parte, se agregó, la hipoteca es una figura regulada en el Código Civil, de aplicación y con un régimen que otorga la certeza necesaria a los acreedores. En consecuencia, se plantea la necesidad de realizar este cambio de figura de garantía, sometiéndola al régimen general previsto en el Código Civil. La Comisión acordó aprobar este inciso con la indicación del Ejecutivo por ocho votos a favor y uno en contra"[10].

La sala aprobó esto sin que después se retornara sobre los pasos dados. En la Comisión de Intereses Marítimos del Senado quedó claro que la verdadera razón de establecer una hipoteca y no una prenda radica en el carácter inmueble del derecho de concesión sobre el cual recae el gravamen. Se dijo en el debate:

> "el tipo de garantía a establecer siempre depende del bien sobre el cual recae, sea éste corporal o incorporal, mueble o inmueble. En el caso de los muebles, la garantía es la prenda; para el caso de los inmuebles es la hipoteca. De esta forma, y como la concesión de acuicultura es un derecho y, en consecuencia, un bien incorporal, el tipo de garantía está determinado por la naturaleza del bien sobre el cual se ejerce. Para el caso de las concesiones acuícolas, el derecho de uso y goce se ejerce sobre la columna de agua y el fondo marino, y, en consecuencia, la garantía que corresponde constituir es la hipoteca"[11].

En relación con esto Guzmán señala que el contrato de hipoteca recae no sobre la concesión de acuicultura entendida como el acto administrativo concedente, porque carecería de sentido que hubiese de tener por objeto a un acto jurídico. Tampoco recae sobre la concesión entendida como la cosa corporal, vale decir, como la playa, la porción de agua y fondo o las rocas concedidas, porque estas cosas son bienes nacionales y pertenecen, por ende, a la nación toda (art. 589 inc. 1.° del CC), en calidad de "uso público" (inc. 2.°). En tales circunstancias su hipoteca no es posible, porque sería sobre cosa ajena, en contravención del art. 2418 del CC: "La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves". Por consiguiente, no resta más que concluir que cuando se habla de la hipoteca de una concesión de acuicul-

[10] Biblioteca del Congreso Nacional (2010) pp. 81-82.
[11] *Op. cit.*pp. 490-491.

tura se dice que lo hipotecable es el derecho de concesión de acuicultura mismo de que alguien es titular[12].

II. Normativa aplicable

> "La hipoteca se someterá a las disposiciones contenidas en el Título XXXVIII del Libro IV del Código Civil, denominado 'De la Hipoteca', en lo que no se opongan a las disposiciones de esta ley"[13].

De manera que, en primer lugar, por principio de especialidad, se aplican las disposiciones de la ley referida y, subsidiariamente, las del *Código Civil* referidas a la hipoteca.

III. Constitución de la hipoteca

La hipoteca sobre la concesión o autorización de acuicultura

> "deberá otorgarse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces que tenga competencia en la comuna en la que se encuentre ubicada la concesión o autorización"[14].

De manera que para su perfeccionamiento la hipoteca sobre la concesión o autorización de acuicultura requiere escritura pública.

En cuanto a su inscripción deberá hacerse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces que tenga competencia en la comuna en la que se encuentre ubicada la concesión o autorización (esto refuerza la asimilación de la concesión a un bien raíz para efectos de publicidad y oponibilidad) y contendrá:

> "a) El nombre, apellido y domicilio del acreedor y su profesión, si tuviere alguna; y las mismas designaciones respecto del deudor y de los apo-

[12] Guzmán (2011) p. 80. En la Comisión de Intereses Marítimos del Senado, se dijo por la señora Jessica Fuentes, asesora del Ministerio de Economía: "que las concesiones de acuicultura otorgan derechos de uso y goce sobre determinados bienes nacionales de uso público, sin que pueda confundirse la institución de la concesión con la columna de agua y el fondo marino. […]. Por otra parte –continuó–, la hipoteca recae sobre el derecho de uso y goce, y no directamente sobre el fondo marino y la columna de agua". Biblioteca del Congreso Nacional (2010) p. 490.

[13] Ley n.° 18892 sobre pesca y acuicultura (1989) art. 81 bis.

[14] *Ibid*.

derados o representantes legales del uno o del otro, que requieran la inscripción.

Las personas jurídicas serán denominadas por su nombre legal y por el lugar de su establecimiento; y se extenderá a sus personeros lo que se dice de los apoderados o representantes legales en el inciso anterior.

b) La fecha y naturaleza del contrato a que accede la hipoteca, y el archivo en que se encuentra.

Si la hipoteca se ha constituido por acto separado, se expresará también la fecha de este acto, y el archivo en que se encuentra.

c) La ubicación del centro de cultivo, indicando sector, comuna, provincia y región.

d) La superficie del centro de cultivo y coordenadas geográficas que lo delimitan y las especies o grupo de especies objeto del cultivo.

e) El número de la resolución que otorgó la concesión o autorización, fecha y autoridad de la que emana y fecha de su publicación en el Diario Oficial.

f) La suma determinada a que se extiende la hipoteca en el caso de haberse limitado a determinada cantidad.

g) La fecha de la inscripción y la firma del Conservador"[15].

IV. Extensión de la hipoteca

> "La hipoteca se extenderá a los derechos de uso y goce[16] que otorga la concesión de conformidad con lo establecido en el artículo 67 bis"[17],

dejando en claro que el gravamen cubre todas las facultades inherentes al título concesional.

Las concesiones y autorizaciones acuícolas no entregan dominio alguno a su titular sobre las aguas ni el fondo marino ubicado en los sectores abarca-

[15] Ley n.° 18892 sobre pesca y acuicultura (1989) art. 81 ter.

[16] El uso y goce se parece al usufructo. Pero con una diferencia fundamental: el usufructo concede el uso y el goce o disfrute plenos sobre la cosa fructuaria, vale decir, todo su uso y todo su disfrute; mientras que la concesión otorga un uso y un goce funcionalmente limitados sobre la cosa en que recae, esto es, sobre el área de la playa, del fondo de mar y agua o del roquerío. En efecto, el uso y goce concedidos sobre esos bienes nacionales son solo para ejecutar actividades de acuicultura en ellos, que, a su vez, consisten en la producción de recursos hidrobiológicos organizada por el hombre (art. 2 n.° 3 de la LGPA.), que también se llaman "actividades acuícolas" (art. 67 inc. 1.° de la LGPA.) y "actividad de cultivo" (art. 2 n.° 38 de la LGPA), pero con respecto a ciertas especies (art. 69 inc. 1.° y 4.° de la LGPA); así que se excluyen usos o goces no acuícolas, o acuícolas sobre otras especies no abrazadas por la concesión. Guzmán (2011) p. 82.

[17] Ley n.° 18892 sobre pesca y acuicultura (1989) art. 81 bis.

dos por ellas, y solo le permitirán realizar aquellas actividades para las cuales le han sido otorgadas, de manera armónica y sustentable con otras que se desarrollen en el área comprendida en la respectiva concesión o autorización, tales como la pesca artesanal y el turismo[18].

V. Caducidad

El art. 81 bis señalado establece mecanismos para proteger al acreedor hipotecario en caso de caducidad por incumplimiento del concesionario. La norma dispone una suerte de "escudo temporal" contra la caducidad. En efecto, indica que no se aplicarán las causales de caducidad de las concesiones y autorizaciones de acuicultura[19] sobre las cuales se haya trabado embargo o dictado una me-

[18] Ley n.° 18892 sobre pesca y acuicultura (1989) art. 67 bis.

[19] El art. 142 de la LGPA dispone: "Son causales de caducidad de las concesiones y autorizaciones de acuicultura las siguientes:

a) Explotar la concesión con un objeto diferente de aquél para el cual se otorgó.

b) No pagar la patente que exige el artículo 84.

c) Incurrir, dentro del plazo de dos años contados desde la fecha de comisión de la primera infracción, en tres infracciones sancionadas de conformidad con el inciso primero del artículo 118.

d) Haber sido condenado el titular mediante sentencia firme por alguno de los delitos de que tratan los artículos 136 y 137.

e) No iniciar operaciones en el centro de cultivo dentro del plazo de un año contado desde la entrega material de la concesión o autorización; o paralizar actividades por más de dos años consecutivos, sin perjuicio de la ampliación de plazo otorgada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 bis. Los plazos antes señalados se suspenderán en los casos en que la autoridad hubiese dispuesto descanso obligatorio, de conformidad con el reglamento a que se refiere el artículo 86.

Para estos efectos, se entenderá que existe operación cuando la actividad del centro es igual o superior a los niveles mínimos de operación por especie y área que se establezcan mediante reglamento. En ningún caso el reglamento podrá establecer como operación mínima anual más del 50% de la operación máxima prevista cada año para el centro de cultivo en la resolución de calificación ambiental.

En el caso de acreditarse la fuerza mayor o caso fortuito, la Subsecretaría de Marina o de Pesca, según corresponda, podrá autorizar una ampliación de plazo por el tiempo de duración del evento que configure la fuerza mayor o el caso fortuito. Se considerará como evento de fuerza mayor, entre otros, la paralización de actividades que se justifique por la situación sanitaria de la zona aledaña a la concesión o autorización de que se trate.

Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos precedentes, en los casos de catástrofes naturales que afecten un área determinada, declaradas por la autoridad competente y que impidan la realización de actividades de cultivo sobre una o más especies, la Subsecretaría de Marina o Pesca, según corresponda, otorgarán de oficio una prórroga para iniciar o reanudar las actividades en los centros de cultivo afectados.

En estos casos los titulares de las concesiones o autorizaciones respectivas estarán exentos del pago de la patente única de acuicultura durante el período de prórroga decretada.

dida prejudicial o precautoria fundada en la hipoteca, entre la fecha de la resolución que los decrete (no notificación) y la fecha de inscripción de la concesión

El titular de la concesión o autorización de acuicultura sólo podrá acreditar la instalación de estructuras y las actividades señaladas en los incisos precedentes a través de los formularios entregados oportunamente de conformidad con el artículo 63.

El acreedor hipotecario podrá solicitar al Servicio el certificado que dé cuenta de la operación del centro de cultivo de conformidad con el reglamento.

f) Fallecimiento del titular, cuando no se cumpla lo establecido en el artículo 82.

La caducidad que declare por resolución el Subsecretario de Marina, deberá ser notificada al titular de la concesión de acuicultura por carta certificada. Este último dispondrá de un plazo de 30 días, contado desde la fecha del despacho de la carta, para reclamar de la resolución ante el Ministerio de Defensa Nacional, el que resolverá previo informe técnico de la Subsecretaría de Marina, dentro de igual plazo.

Esta última decisión no es susceptible de recurso administrativo alguno.

Cuando la caducidad de una autorización de acuicultura sea declarada por resolución de la Subsecretaría, su titular será notificado en la misma forma y dentro de igual plazo que el que se indica precedentemente. Asimismo, podrá reclamar de esta resolución ante el Ministro, el que resolverá previo informe de la Subsecretaría. Esta última decisión tampoco será susceptible de recurso administrativo alguno.

g) ELIMINADA.

h) Haber sido sancionado tres veces, dentro del plazo de cuatro años contados desde la fecha de la comisión de la primera infracción, por el subreporte o la entrega de información incompleta o falsa, de conformidad con el inciso final artículo 113 de esta ley.

i) Haber infringido la suspensión de operaciones dispuesta de conformidad con el artículo 118 ter.

j) Incurrir en una tercera infracción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 ter.

k) En el caso de los centros de cultivo que en virtud de esta ley se mantengan en operación en lagos, incurrir por tres veces en condición anaeróbica, de conformidad con el reglamento a que se refiere el artículo 87.

l) Haber sido sancionado el titular tres veces en dos años en virtud de lo dispuesto en el artículo 118 ter, letra b), párrafo séptimo o del artículo 137 bis.

m) Haber sido clasificado el centro de cultivo con bioseguridad baja de acuerdo con el reglamento a que se refiere el artículo 86, inmediatamente después de la suspensión de operaciones aplicada de conformidad con el artículo 118 quinquies.

n) En los casos en que se trate de concesiones de peces que se encuentren ubicadas en franjas de distancia obligatoria entre macro zonas y que no hayan solicitado relocalizarse, existiendo áreas apropiadas al efecto, incurrir por dos veces, al término del descanso sanitario correspondiente a la concesión, en una clasificación de bioseguridad baja, conforme a la metodología establecida en el reglamento a que se refiere el artículo 86.

ñ) Haber sido sancionado, por segunda vez, el titular de la concesión o quien tenga un derecho sobre ella para el ejercicio de la actividad, por infringir lo dispuesto en los artículos 74 bis o 74 ter.

El tribunal que haya conocido de una infracción a esta ley y cuya reiteración pueda dar lugar a la configuración de causales de caducidad de conformidad con este artículo, deberá comunicar la sentencia que impone la sanción al acreedor hipotecario inscrito en el Registro de Concesiones de Acuicultura que lleva la Subsecretaría de Marina, en el plazo de un mes contado desde la fecha de la resolución respectiva. Dentro del mismo plazo, la Subsecretaría deberá comunicar al acreedor hipotecario las sanciones impuestas de conformidad con el artículo 118 ter".

o autorización del nuevo titular que se la haya adjudicado en venta forzada. La misma norma se aplicará en los casos en que se dicte la resolución de reorganización o liquidación, conforme a lo establecido en la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas, del titular de la concesión o autorización de acuicultura hipotecada o del deudor del crédito garantizado con la hipoteca de la misma.

El beneficio anterior no podrá exceder de tres años. La aplicación de causales de caducidad comenzará de nuevo a regir desde la fecha del vencimiento de este último plazo o a partir de la fecha de la enajenación de la concesión o autorización, según cual sea el evento primero en ocurrir.

En caso que se hubiese convenido que la concesión o autorización hipotecada no puede gravarse o enajenarse, deberá inscribirse en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces respectivo, y su infracción dará derecho al acreedor para exigir su inmediata realización, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido.

Si vencido el plazo de no aplicación de las causales de caducidad se encontrare pendiente la realización de la hipoteca, el acreedor hipotecario podrá pedir su inmediata realización, aunque se hubieren opuesto excepciones.

El juez deberá decretar la inmediata realización de la hipoteca, solicitando al acreedor hipotecario que caucione previamente las resultas del juicio (esto significa que, en el caso de haber habido oposición a la ejecución con excepciones, no es necesario esperar la sentencia de remate que las resuelva y ordene la realización. Basta, pues, que el acreedor caucione las resultas del juicio para que el juez ordene el remate inmediato).

Sin perjuicio de lo anterior, el juez no podrá decretarla si el deudor hubiere fundado su oposición en alguna de las siguientes excepciones:

1) Pago de la deuda.
2) Prescripción.
3) No empecer el título al ejecutado.

En este caso, no podrá discutirse la existencia de la obligación hipotecaria[20], y para que sea admitida a tramitación deberá fundarse en algún antecedente escrito y aparecer revestida de fundamento plausible. Si no concurrieren estos requisitos, el tribunal la desechará de plano.

En los casos referidos, la oposición se tramitará como incidente. La apelación de las resoluciones que se dicten en contra del demandado se concederá

[20] La excepción del n.° 3 se configura auténticamente cuando el título contiene como deudor a alguien distinto del ejecutado, de quien este no es sucesor a título universal ni singular; o como acreedor a alguien distinto del ejecutante, de quien tampoco es sucesor universal o singular, o cesionario; o da cuenta de una deuda que es distinta a la ejecutada, aunque la diferencia provenga de ser nada más que menor a la ejecutada; o cuando el título exhibido sea diferente al que funda la demanda ejecutiva. Guzmán (2011) p. 108.

en el solo efecto devolutivo. El tribunal de alzada podrá decretar, a petición de parte, la suspensión del cumplimiento de la sentencia de primera instancia mientras se encuentre pendiente la apelación, si existieren razones fundadas para ello, lo que resolverá en cuenta.

Desechada la oposición formulada, se procederá al remate de la concesión o autorización hipotecada.

El cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley y sus reglamentos seguirán siendo de cargo del titular o del ejecutante, según corresponda, mientras no se adjudique la concesión o autorización a un tercero.

La no aplicación de las causales de caducidad antes señaladas no regirá en los casos en que el ejecutante o el adquirente, en venta forzada, sea la misma persona natural o jurídica titular de la concesión o autorización de acuicultura o personas vinculadas a ella (esto a fin de evitar fraudes). Se entenderá por personas vinculadas las personas naturales que tengan la calidad de cónyuge, hijo, adoptado o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad inclusive o quienes sean directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores de la sociedad, así como toda entidad controlada, directa o indirectamente, por cualquiera de ellos; sus socios, si se trata de una sociedad de personas, sea que participen en forma directa o a través de otra persona vinculada, sea esta natural o jurídica; las sociedades de personas que tengan uno o más socios en común, directamente o en la forma antes señalada; las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad; las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada a que se refiere el título VIII de la ley n.º 18046, sobre Sociedades Anónimas, y toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10 % o más del capital o del derecho a voto.

Se entenderá como concesión o autorización de acuicultura nueva para los efectos del art. 142 (causales de caducidad), aquella que sea inscrita como resultado de una venta forzada o efectuada de conformidad a la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas, con la excepción de lo señalado en el párrafo anterior (persona vinculada con el titular de la concesión).

Finalmente, el citado art. 81 bis de la Ley n.° 18892 (LGPA) dispone que, en cualquier caso, el adquirente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el art. 71 de la misma ley. El procedimiento de ejecución no habilitará la adquisición de la concesión por parte de una persona jurídica que no tenga dentro de su objeto social la actividad de acuicultura, salvo en el caso que se trate de un banco y para el solo efecto de enajenar la concesión, de conformidad con el art. 84, n.º 5, letra b), del Decreto con Fuerza de Ley n.º 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Bancos.

VI. Derecho comparado: el caso de Noruega

El caso de este país interesa, pues es competidor directo de Chile en la producción y exportación de salmón.

En la Ley de Acuicultura de Noruega[21], el término derecho hipotecario (*mortgage right*) implica la posibilidad de que la licencia o concesión acuícola

[21] The Aquaculture Act (2005).

El parágrafo § 20 de dicha *Act* dispone: "Mortgaging of aquaculture licences Aquaculture licences may be mortgaged. The mortgage will be afforded legal protection when it is registered on the licence's record in the aquaculture register. The mortgaging of aquaculture licences is not of any significance to the authorities' use of measures pursuant to this Act. The State's mortgage takes precedence over any other encumbrances on licences for claims for enforcement damages pursuant to Section 28, claims for the reimbursement of execution expenses pursuant to Section 29, and for violation fines pursuant to Section 30. The Ministry may prescribe, by regulations, detailed provisions relating to the mortgaging of aquaculture licences, including limitation of the amount of the State's mortgage pursuant to the fourth paragraph".

En el preámbulo de la *Act* (p. 20) se lee: "Mortgage right means that the licence can be used as collateral for a creditor's security interest. This means that the mortgagee will have statutory protection for his security interest in the licence in relation to other creditors and an orderly debt collection process. As is the case with transfers, this can be performed without any public approval or licence. The Ministry means that the mortgagee has preemptive rights for satisfaction of his claim through the sale of the attached property (cf. Section 1-1 of the Mortgages and Pledges Act). The unsecured creditors can therefore only seek satisfaction from whatever remains after satisfaction of the mortgagee's claim. A mortgage represents a satisfaction privilege at the expense of other unsecured creditors. The statutory liens can be taken out against the licence for enforcement damages, violation fines and execution in connection with restoration. Statutory liens are liens that arise immediately by virtue of laws, and they are fully protected from when they arise, without any registration, surrender or other legal protection measures. It is proposed that statutory liens pursuant to the Aquaculture Act be given the highest priority so that they take precedence over any other security interest claims. The purpose of the introduction of a right of transfer and mortgage is to meet the commercial needs that already exist in the industry and create an orderly and predictable regulatory framework. In the opinion of the Ministry, the right of transfer and mortgage can contribute to greater predictability and improved access to capital for the industry. In addition, the industry's need for flexibility to conduct ordinary commercial transactions will be met within a comprehensive scheme. The right of mortgage will increase the creditworthiness of the aquaculture companies and facilitate access to and the terms for loan capital. It may also result in a shift in the weighting of loan agreements from short-term to long-term debt. For a financial institution the opportunity to hold a mortgage interest in the licence will represent a significant improvement in the institution's security interest in relation to the current situation in which the value of the aquaculture licences will pass to the creditors as a whole in the event of bankruptcy. The Ministry finds that the introduction of the right to transfer aquaculture licences will result in an increased willingness to invest on the equity side from investors; the easier it is to sell an asset, the less the risk is to the investor. The same evaluations will apply in relation to the financial institutions with respect to the industry's access to capital. When the licences are made transferable, they will have a more defined and stable value that can be realised in the same manner as other assets".

pueda ser utilizada como garantía o colateral para respaldar un crédito con un acreedor. Esto implica que el acreedor hipotecario tendrá protección legal en el caso que existan deudas asociadas a la licencia o concesión, priorizándolo por sobre otros acreedores, y un proceso ordenado de cobro de aquellas deudas. En otras palabras, el acreedor hipotecario tiene derechos de prelación para la satisfacción de su reclamo. De esta manera, los acreedores no garantizados solo podrán buscar compensación con lo que quede después de cubrir el reclamo del acreedor hipotecario, ya que la hipoteca representa un privilegio de satisfacción que prevalece sobre otras deudas no aseguradas.

En Noruega, de acuerdo con la Ley de Acuicultura, al igual que en las transferencias de licencias o concesiones, la constitución de una hipoteca puede realizarse sin aprobación pública (o sea, de la autoridad que otorga las licencias).

Según el Ministerio de Pesca y Asuntos Costeros de Noruega, el propósito de la introducción de derechos de transferencia e hipoteca en la legislación acuícola es satisfacer las necesidades comerciales que ya existen en la industria y crear un marco regulatorio ordenado y predecible. Según la opinión del Ministerio, el derecho de transferencia e hipoteca puede contribuir a una mayor previsibilidad y mejorar el acceso al capital para la industria.

De acuerdo con el Ministerio, el derecho de hipoteca contribuye a aumentar la solvencia crediticia de las empresas acuícolas y facilita el acceso y los términos para el capital prestado. También puede resultar en un cambio en la ponderación de los acuerdos de préstamo, pasando de deudas a corto plazo a deudas a largo plazo[22].

Conclusiones

La opción del legislador de calificar como hipoteca la garantía sobre una concesión de acuicultura, y no como una prenda sin desplazamiento, es correcta, pues la cosa en que recae la concesión, vale decir, el terreno de playa o de roquerío o el fondo de agua y agua, son inmuebles ellos mismos, de modo que traspasan este carácter al derecho.

Por disposición expresa, la hipoteca se extiende a los derechos de uso y goce que otorga la concesión y para su constitución debe otorgarse escritura pública e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces que tenga competencia en la comuna en la que se encuentre ubicada la misma.

[22] Véase Morales (2024).

Bibliografía

Arancibia Jeraldo, Leonardo (2019): "La normativa que regula las concesiones de salmonicultura". Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio%2F10221%2F27279%2F2%2FBCN_la_normativa_que_regula_las_concesiones_de_salmonicultura_final.pdf [fecha de consulta: 4 de julio de 2026].

Barroilhet Díez, Agustín (s/f): "Derechos nuevos: las concesiones de acuicultura". Disponible en https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:76870c92-ea05-4244-a366-befd-444ca142/concesiones-acuicultura-v3.pdf [fecha de consulta: 3 de julio de 2026].

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2010): *Historia de la Ley Nº 20.434*. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4810/ [fecha de consulta: 5 de julio de 2026].

Fuentes Olmos, Jessica (2013): "Análisis comparado de los regímenes de las concesioes marítimas y de acuicultura", *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso*, n.° 41: pp. 411-456.

González Castillo, Joel (2018): *Índice chileno de derecho privado. 4.500 artículos de derecho civil y comercial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Guzmán Brito, Alejandro (2011): "Dos hipotecas sobre derechos reales administrativos inmuebles: las hipotecas de una concesión de acuicultura y de una concesión de energía geotérmica", *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso*, n.° 36: pp. 69-116. Disponible en www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n36/a02.pdf [fecha de consulta: 6 de julio de 2026].

Morales Peillard, Pablo (2024): "Constitución de hipotecas sobre concesiones de acuicultura: Los casos de Noruega, Canadá, Islandia". Disponible en https://obtiene archivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/35768/1/HIPOTECA_SOBRE_CONCESIONES_ACUICOLAS_CASOS_DE_NORUEGA__CANADA_E_ISLANDIA_.pdf [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

Ramírez González, Gerardo (2023): *Derecho acuícola chileno. Régimen de concesiones de acuicultura, marítimas y otros otorgamientos* (Santiago, Libromar).

Verdejo, Javier e Inostroza, Yamil (2024): "Mar chileno en manos de los bancos: 40 % de las concesiones salmoneras están hipotecadas". Disponible en https://interferencia.cl/articulos/mar-chileno-en-manos-de-los-bancos-40-de-las-concesiones-salmoneras-estan-hipotecadas [fecha de consulta: 4 de julio de 2026].

Normas

Decreto 75/2004, que aprueba el Reglamento para Contratos de Obra Pública, 1 de diciembre de 2004.

Decreto 100, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República, 22 de septiembre de 2005.

Ley n.° 18892, Ley General de Pesca y Acuicultura, 22 de noviembre de 1989.

Ley n.º 19880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, 29 de mayo de 2023.

Otros documentos

The Aquaculture Act (2005). Disponible en: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/fkd/reg/2005/0001/ddd/pdfv/255327-l-0525_akvakulturloveneng.pdf [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

REPENSAR LA PRUEBA ILÍCITA

RECONSIDERING UNLAWFULLY OBTAINED EVIDENCE

Manuel Rodríguez Vega*

Resumen: El trabajo aborda la prueba ilícita en el proceso penal chileno desde una tesis central: excluir, no utilizar o no valorar evidencia obtenida con vulneración de derechos fundamentales es una exigencia constitucional, no solo una sanción legal. Bajo ese marco, el art. 276 del C*PP* se entiende como concreción relevante, pero no exhaustiva, del control de licitud, que también puede extenderse a ilicitudes sobrevinientes y debatirse más allá de la etapa intermedia. Se separa la irregularidad meramente ritual del quebrantamiento con entidad suficiente para afectar un procedimiento e investigación racionales y justos, y se discute el lugar (y los riesgos) de la proporcionalidad en la jurisprudencia. Finalmente, se ordenan causales dependientes e independientes y se aplican a casos frecuentes: documentos y sentencias que sustituyen declaraciones, por su efecto sobre oralidad, contradicción e imparcialidad.

Palabras clave: prueba ilícita, exclusión probatoria, debido proceso, C*ódigo Procesal Penal*, proporcionalidad.

Abstract: This article examines unlawfully obtained evidence in Chilean criminal proceedings from a central thesis: excluding, refraining from using, or declining to assess evidence obtained through the violation of fundamental rights is a constitutional requirement, not merely a statutory sanction. On that premise, Article 276 of the CPP is understood as a significant –though not exhaustive–

* Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Magíster en Derecho Penal, Universidad de Talca. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, sede Santiago. Correo electrónico: manuel.rodriguez.vega@gmail.com

El autor agradece a Amelia Muñoz Molina, egresada de Derecho, por su valiosa colaboración en la búsqueda, sistematización y análisis de la jurisprudencia y doctrina utilizadas en este artículo, así como por la cuidadosa revisión de su versión final.

expression of legality control, which may also extend to supervening unlawfulness and be litigated beyond the intermediate stage. The study distinguishes purely formal or ritual irregularities from infringements of sufficient gravity to compromise the rational and fair character of the investigation and proceedings, and it discusses the place –and risks– of proportionality in the case law. Finally, it systematizes dependent and independent grounds for exclusion and applies them to recurrent scenarios, such as documents and judgments that substitute for testimonial evidence, given their impact on orality, adversarial testing, and impartiality.

Keywords: unlawfully obtained evidence, exclusionary rule, due process, *Chilean Criminal Procedure Code*, proportionality.

Introducción

En general, se considera ilícito todo medio de prueba cuya obtención ha implicado la vulneración de un derecho fundamental[1].

El análisis de la prueba[2] ilícita –su concepto, alcance, efectos y excepciones– resulta hoy imprescindible para actuar con solvencia en el sistema de justicia penal, con independencia del papel que se desempeñe. Someter un antecedente probatorio a un control de licitud, en rigor, equivale a verificar si la investigación se condujo conforme a la *Constitución* y a los tratados internacionales de derechos humanos vigentes, en cuanto reconocen garantías y límites a la actuación estatal. Ese examen permite, además, constatar el cumplimiento efectivo de tales estándares en las diligencias realizadas por policías, órganos auxiliares y fiscales, y, en determinados supuestos, en las decisiones jurisdiccionales que habilitan o convalidan la obtención de evidencia.

Desde esta óptica, el juicio de licitud no se agota en la prueba como dato aislado: recae, sobre todo, en el itinerario procedimental que la generó. Dicho de otro modo, desde un resultado concreto y verificable –la evidencia incorporable al proceso– se reconstruyen hacia atrás los actos y decisiones que condujeron a él, para determinar si estuvieron sometidos a los requisitos constitucionales. De ahí que el estudio de la prueba ilícita obligue a volver la mirada al procedimiento, especialmente (aunque no de manera exclusiva) a la etapa investigativa,

[1] Gascón (2020) p. 180. También Miranda (2010) p. 133.

[2] Se utiliza el término 'prueba' de manera amplia y genérica, para referirse principalmente a los antecedentes o elementos probatorios conseguidos con las pesquisas de la fiscalía y policía, pero según el tema tratado, incluyendo los medios de prueba y la prueba propiamente tal. Para las necesarias precisiones conceptuales, véase Horvitz y López (2004) pp. 68-69.

y a precisar las condiciones bajo las cuales sus actuaciones pueden desplegarse sin afectar derechos fundamentales.

Este control posterior –y el consiguiente remedio– de la actividad investigativa, ya sea desplegada por órganos estatales o, como ha reconocido cierta jurisprudencia, incluso por particulares[3], no es neutro: opera sobre derechos fundamentales del imputado y, en ocasiones, de terceros ajenos al hecho. De ahí que su implementación tenga un costo social apreciable. La exclusión, inutilización o simple no valoración de un elemento obtenido ilícitamente puede traducirse en una dificultad seria e, incluso, decisiva, para investigar, acusar y sancionar a quien cometió un delito. Con todo, ese costo se justifica cuando es el precio necesario para asegurar la legitimidad y la fuerza vinculante de la condena y, por esa vía, de la privación o restricción de derechos constitucionales que la pena conlleva.

Al valorar esa tensión, con frecuencia se simplifica el análisis: se contrapone el interés punitivo del Estado a la reparación del agravio sufrido por el imputado específico. Pero el balance es más complejo. En el último platillo también debe situarse el interés de la comunidad en que la persecución penal se someta a reglas y límites efectivos, de modo que los derechos no queden reducidos a declaraciones formales. Y aquí conviene precisar el punto: no se trata –al menos no principalmente– del efecto disuasorio sobre los agentes de persecución (*deterrence*). La experiencia comparada y la práctica local muestran que, mientras la organización y los incentivos de fiscalías y policías no cambien, los efectos de una exclusión rara vez se internalizan por los funcionarios involucrados, que muchas veces ni siquiera llegan a conocer la decisión. El valor institucional de la exclusión radica, más bien, en otra dimensión: cada pronunciamiento que descarta evidencia ilícita aporta un precedente adicional a la lenta construcción de una línea jurisprudencial que, con el tiempo y pese a oscilaciones inevitables, tienda a fijar estándares mínimos de investigación respetuosa de derechos fundamentales. Estándares que, una vez consolidados, no solo orientan a los operadores, sino que quedan disponibles para ser exigidos por cualquiera en el futuro.

La casuística en materia de prueba ilícita, por lo demás, es virtualmente inagotable, y su estudio resulta, a la vez, atractivo y, en no pocos casos, apremiante, porque se trata de una herramienta de uso cotidiano para quienes intervienen en el sistema penal. Esa urgencia práctica suele empujar a concentrarse de inmediato en lo más visible: los fundamentos de la ineficacia probatoria, los efectos

[3] Corte Suprema (26/06/2019) rol n.º 12.166-2019; Corte Suprema (08/04/2021) rol n.º 14.317-2021; Corte Suprema (31/05/2021) rol n.º 17.414-2021; Corte Suprema (09/10/2020) rol n.º 104.209-2020; Corte Suprema (10/08/2024) rol n.º 15.260-2024. Asimismo, Núñez, Beltrán y Santander (2019) pp. 157-158; Carocca (1998) p. 319.

–directos e indirectos– de la declaración de ilicitud y las excepciones que atenúan o neutralizan tales consecuencias, sobre lo cual existe, además, una bibliografía abundante[4].

Sin embargo, ese abordaje inmediato, a veces, impide detenerse en cuestiones previas, de carácter más estructural, que deberían operar como marco para enfrentar con coherencia los problemas posteriores y, en el otro extremo, también dificulta profundizar en desarrollos más finos y específicos de la materia, en los que no siempre se ha ahondado. A esos aspectos –en ambos planos– se dedicarán los capítulos que siguen.

I. Exclusión por mandato constitucional: más allá del artículo 276 del *CPP*

El fundamento inmediato del deber judicial de proscribir –en sentido amplio– la prueba ilícita en el proceso penal se encuentra en el art. 5.°, inciso segundo, de la *Constitución*. Esa disposición impone a los órganos del Estado la obligación de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tanto los asegurados por la propia *Constitución* como aquellos reconocidos en tratados internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes[5]. En ese marco, la decisión jurisdiccional de no utilizar, excluir o abstenerse de valorar prueba obtenida –o producida por derivación– mediante la vulneración de derechos fundamentales no es una opción discrecional: constituye una ma-

[4] Una síntesis de este desarrollo de la doctrina sobre estas materias, en Rodríguez (2022) pp. 70-72, 86-90, 110-116, 129-135, 154-161. Para un tratamiento sistemático, Alvarado (2021).

[5] De manera similar, Correa (2018) p. 164, quien explica: "la posibilidad de no valorar judicialmente un determinado medio de prueba en virtud de su origen, se enmarca además dentro de la prohibición general de valorar aquellos medios de prueba obtenidos mediante vulneración de garantías fundamentales. Esta se sustenta en la obligación de todo órgano del Estado (establecida en el artículo 6° inc. 1°, en relación al art. 5° inc. 2° de la Constitución Política) de someter su actuar al resguardo de los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución y Tratados Internacionales". Carocca (1998) p. 319, a su turno, señala que un acto que infringe preceptos constitucionales no podría ser admitido en el derecho, ya que como tal incurriría expresamente en la sanción de nulidad que para tales actos prescribe la propia *Constitución*. En efecto, un acto dirigido a la obtención de un elemento de prueba, que infrinja un derecho fundamental, importa la infracción primero del art. 19, en la parte en que contiene expresamente el derecho constitucional, y, luego, de los arts. 6 y 7 de la propia *Constitución*. Núñez y Correa (2017) p. 218, apuntan a la supremacía de la *Constitución* y a la sustancialidad de los derechos por ella consagrados, y explican que los arts. 276 y 373 a) del *CPP* no hacen sino velar porque el ejercicio del *ius puniendi* respete la limitación impuesta por la propia *Constitución*. La CS reconoce igualmente en la *Constitución* una fuente directa del deber del órgano jurisdiccional de excluir o no valorar prueba ilícita, en Corte Suprema (25/05/2010) rol 1741-2010.

nifestación necesaria de ese mandato de respeto y promoción, y una vía decisiva para dotar de eficacia real a tales garantías[6].

Resulta, en consecuencia, difícil sostener seriamente que un tribunal cumple ese deber si admite que en juicio se rinda evidencia obtenida a través de la lesión del derecho que el propio ordenamiento le exige tutelar, o si construye sobre ella los fundamentos de una sentencia[7]. Más aún: la incorporación procesal de ese material puede configurar una afectación adicional del derecho de base, esta vez imputable a la judicatura, en la medida en que el órgano jurisdiccional "normaliza" la infracción al convertirla en soporte del enjuiciamiento. En este punto adquiere especial relevancia el principio de integridad judicial: el sistema no puede pretender legitimidad si la decisión condenatoria se apoya en resultados alcanzados mediante el desconocimiento de los límites constitucionales a la actuación investigativa.

Desde este prisma, se ha sostenido que la regla de exclusión prevista en el inciso tercero del art. 276 del C*PP* opera como una garantía secundaria del derecho fundamental conculcado en el plano extraprocesal: un instrumento diseñado por el legislador para brindar protección intraprocesal a derechos que fueron previamente vulnerados, privando de utilidad dentro del proceso a la evidencia obtenida sin su debida observancia[8]. Sin embargo, esa misma previsión cumple, también, un papel de garantía primaria del derecho al debido proceso, en cuanto expresa el principio de legalidad probatoria[9]: el juicio penal solo puede desenvolverse y concluir válidamente sobre la base de medios de prueba conformes a las reglas y límites que el ordenamiento impone como condición de legitimidad.

Es, desde luego, incompatible con un procedimiento "racional y justo", en los términos del art. 19 n.° 3, inc. 6.°, de la C*onstitución*, un proceso que se sostiene o se decide sobre evidencia recabada con desconocimiento de derechos

[6] El TEDH ha resuelto que la admisión de prueba ilícita implica contradicción con el derecho a un proceso justo, en Tribunal Europeo de Derechos Humanos (12/07/1988) Schenk c. Suiza, y en España, el Tribunal Constitucional declaró que esa admisión supone una infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, como lo decidió en Tribunal Constitucional de España (29/11/1984) STC 114/1984. Gascón (2020) pp. 183 y 188, explica que la regla de exclusión, en principio, se configura en el derecho español como una garantía procesal de naturaleza constitucional residenciada en el derecho a un proceso con todas las garantías, sin embargo, en vista de las exigencias que impone la doctrina de la "conexión de antijuridicidad", la exclusión de la prueba ilícita acaba convertida en un simple instrumento al servicio de la garantía y eficacia de los derechos fundamentales originariamente lesionados y, por consiguiente, muy dependiente de la necesidad y posibilidad de disuadir de la violación de los mismos. También sobre la doctrina española en este asunto, véase Bachmaier Winter (2013) p. 212.

[7] Alvarado (2020) p. 526.

[8] *Ibid*.

[9] Alvarado (2020) pp. 526-527.

fundamentales del imputado. Ahora bien, que la norma constitucional encomiende al legislador "establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos" no autoriza a equiparar sin más la infracción de una regla legal del rito penal con una vulneración del debido proceso. Esa identificación automática –que trata toda ilegalidad como inconstitucionalidad– es un corolario errado, por las razones que se desarrollarán en el capítulo siguiente: no toda desviación normativa compromete, por sí sola, el contenido esencial de la garantía.

En la misma línea, invocar el debido proceso como fundamento de la exclusión tampoco habilita a sostener que el legislador, al regular el art. 276 del C*PP*, habría agotado allí el universo de hipótesis y oportunidades para discutir y hacer efectiva la proscripción de la prueba ilícita. Sería un error leer esa disposición como si estableciera, de manera cerrada, una única causal (la prueba "obtenida" con infracción de garantías) y un único momento para plantearla (la audiencia de preparación de juicio oral), dejando al margen tanto ilicitudes que emerjan con posterioridad a la obtención como objeciones formuladas en etapas distintas. Ello, porque el deber de los tribunales de excluir o, en su caso, abstenerse de valorar evidencia contaminada no nace solo del C*PP*, sino que se ancla en un mandato constitucional previo y más amplio: la obligación estatal de respetar y promover los derechos fundamentales, consagrada en el art. 5.°, inciso segundo[10].

[10] Alvarado (2020) p. 524, aclara que de la posición prevalente de los derechos fundamentales en el sistema resulta que no se requiere de la existencia de una norma que en términos expresos faculte al tribunal de juicio oral para apreciar la ilicitud de base. Ello, no solo por el mandato contenido en las normas constitucionales ya mencionadas, sino por la propia consideración de la potestad jurisdiccional como especialmente obligada e, incluso, definida, por el respeto y promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la C*onstitución*, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Obsérvese que la C*onstitución* de 1978 española no contiene ninguna regla estableciendo prohibiciones o exclusiones de prueba, sin embargo, de sus arts. 10 y 15, que protegen la dignidad humana, el derecho a la vida y a la integridad física, y específicamente prohíben la tortura y cualquier tipo de trato degradante o inhumano, se puede deducir una regla –hoy incorporada formalmente mediante el art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial– excluyendo evidencia obtenida en violación de derechos fundamentales, como lo postula, entre otros autores, Bachmaier Winter (2013) pp. 211-212. Gascón (2020) p. 182, en completa armonía, sentencia: "La prohibición de prueba ilícita no requiere regulación legislativa expresa, sino que deriva directamente de la constitución por la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento y su condición de inviolables". Y como enseña Correa (2018) p. 146, en Alemania, no obstante la ausencia en su ordenamiento de una regla general de exclusión de prueba, equiparable a el art. 276 del C*PP*, desde hace más de cien años su doctrina y jurisprudencia han venido desarrollando profusamente una teoría general, dirigida a limitar los alcances de la regla de la libre valoración de la prueba establecida en el § 261 de la StPO, reconociendo la existencia de verdaderas prohibiciones de valoración de prueba, fundamentadas principalmente a partir de infracciones a reglas de obtención de prueba cometidas por los órganos persecutores.

De aceptarse, en cambio, que la exclusión opera solo por obra de una norma legal –y que el art. 276 del *CPP* constituye la vía exclusiva para sancionar la ilicitud–, la consecuencia sería restrictiva: la controversia quedaría amarrada a la ilicitud "en la obtención" y circunscrita al hito procesal expresamente previsto. Por el contrario, si se reconoce que su fuente inmediata se encuentra en la *Constitución* (y, en particular, en el deber general de tutela de derechos del art. 5.°, inciso segundo), la regulación del art. 276 se entiende como una concreción relevante, pero no como un cerrojo. En esa perspectiva, nada impide –por aplicación directa del parámetro constitucional– extender la exclusión, inutilización o no valoración a supuestos distintos: por ejemplo, afectaciones ocurridas después de recogida la evidencia, durante su custodia, traslado, conservación, acceso, análisis pericial o manejo de la cadena de custodia; y también permitir su discusión en otras sedes procesales cuando resulte pertinente, como en audiencias de medidas cautelares o, incluso, en el juicio oral, si la ilicitud se advierte o se vuelve discutible en ese estadio[11].

En el plano comparado, conviene advertir el riesgo de una lectura que empuje a "desconstitucionalizar" la regla de exclusión, rasgo que suele asociarse al modelo estadounidense. Allí, la exclusión ha sido tratada, en buena medida, como un remedio de creación jurisprudencial y de naturaleza instrumental –orientado principalmente a desincentivar infracciones–, lo que ha facilitado un enfoque de costo-beneficio y la expansión de excepciones. En un esquema así, si el tribunal superior o el legislador concluyen que la exclusión no cumple de manera adecuada su función o que existen mecanismos alternativos más "eficientes", su justificación puede erosionarse hasta el punto de tornar marginal su aplicación. Por eso mismo, anclar la proscripción de la prueba ilícita en deberes constitucionales reduce la contingencia de que su vigencia dependa, exclusivamente, de valoraciones coyunturales sobre utilidad o eficacia[12].

De todo lo anterior se sigue que la no utilización, exclusión o no valoración de prueba ilícita en el proceso penal responde, ante todo, a una exigencia constitucional que los tribunales deben observar, incluso, en ausencia de un desarrollo legal expreso. Esta conclusión cobra relevancia, por ejemplo, al examinar procedimientos regidos por el *Código de Procedimiento Penal* de 1906, donde la falta de una regla positiva específica no exoneraba –ni exoneraría– al juez del deber de impedir que una condena se edifique sobre la vulneración de derechos fundamentales[13].

[11] Correa (2018) pp. 157-158; Horvitz y López (2004) p. 210; Miranda (2010) pp. 136 y 138 y Rettig (2021) pp. 204-206.

[12] Como previene Miranda (2010) p. 135, respecto del sistema estadounidense.

[13] Carocca (1998) p. 319, pese a reconocer la proscripción constitucional de la prueba ilícita, agrega: "De todos modos haría falta una regulación legal expresa". Bofill (1988) pp. 232-233,

II. Irregularidad y debido proceso: ¿cuándo el defecto es jurídicamente relevante?

La progresiva sofisticación de las técnicas empleadas para encubrir la criminalidad y eludir los mecanismos ordinarios de control hace que, en la práctica, una investigación que aspire a resultados eficaces deba recurrir con mayor frecuencia a medidas intrusivas. En no pocos casos, el acceso a la información relevante –y, por tanto, la posibilidad real de sostener una imputación– depende de actuaciones que impactan en la esfera de derechos del imputado o de terceros.

En ese escenario, la indagación de delitos de cierta complejidad suele implicar injerencias en derechos fundamentales: la vida privada, la inviolabilidad del hogar, el secreto de las comunicaciones o la propiedad. Basta pensar en diligencias como la entrada y registro de un domicilio, la interceptación de comunicaciones telefónicas o la incautación de bienes. La cuestión, entonces, rara vez es si habrá o no intervención en tales ámbitos, sino bajo qué condiciones esa intervención puede reputarse jurídicamente tolerable.

Si se parte de esa premisa –que ciertas afectaciones son, en la práctica, difícilmente evitables–, el centro del análisis se desplaza hacia el respeto de los "casos y formas" previstos para autorizar y ejecutar esas diligencias. En otros términos, la legitimidad de la intromisión no se juega solo en el derecho sustantivo comprometido (privacidad, propiedad u otro), sino en el cumplimiento de las garantías que estructuran un procedimiento e investigación racionales y justos. Cuando la intervención se ajusta a los presupuestos y controles establecidos, puede sostenerse que el ordenamiento no prohíbe la actuación –o que la habilita bajo condiciones–[14] y, por ende, que el material obtenido no queda, por ese solo hecho, descalificado para ser usado en el proceso.

Conviene recordar, además, que la exclusión de prueba ilícita no se explica solo como reacción frente a la lesión "primaria" del derecho material afectado, sino, también, como una derivación del debido proceso. El juicio penal solo puede considerarse justo si el Estado investiga y prueba dentro de los límites

235-236 y Correa (2021) p. 580, plantean la aplicación al procedimiento reglado por el *CdPP* de 1906, de la teoría germana de las prohibiciones probatorias como solución a determinadas infracciones a reglas sobre obtención probatoria ahí previstas, instando el primero por la "aplicabilidad directa de las normas constitucionales".

[14] Por esta solución se inclina Corte Suprema (14/09/2017) rol n.º 36.787-2015, al señalar: "diligencias intrusivas como la entrada y registro a un lugar cerrado, que naturalmente implican la afectación de resguardos constitucionales como la intimidad y la inviolabilidad del hogar, no podrán estimarse conculcadas si en su práctica se han respetado las formas que la ley ha introducido en pos de una real persecución penal que respete tales prerrogativas esenciales".

constitucionales: cuando la evidencia se obtiene vulnerando derechos, su incorporación al debate no es neutra, porque proyecta esa infracción hacia el propio proceso y termina comprometiendo la regularidad del enjuiciamiento[15]. Dicho de otra manera, admitir en juicio lo alcanzado al margen de garantías no solo problematiza el origen de la fuente probatoria, sino que contamina la validez del procedimiento que pretende apoyarse en ella.

No obstante, afirmar una infracción al debido proceso –entendida como quebrantamiento de los requisitos que condicionan la legitimidad de la diligencia– no autoriza a prescindir del examen relativo al derecho sustantivo involucrado ni a su entidad concreta. Son planos de análisis distintos y conviene tratarlos de manera sucesiva. Así, una entrada a un recinto cerrado sin autorización judicial ni consentimiento puede revelar una irregularidad decisiva desde la perspectiva de las exigencias procedimentales; pero la determinación del derecho material comprometido y de la intensidad de la intromisión puede variar según el caso (por ejemplo, no es lo mismo irrumpir en el dormitorio de una vivienda que acceder a su antejardín)[16]. Por eso mismo, la calificación de ilicitud –y las consecuencias que de ella se sigan– exige distinguir con cuidado entre el déficit de habilitación o forma y la lesión efectiva del ámbito protegido en cada situación.

Ahora bien, no cualquier apartamiento de las reglas legales que disciplinan los supuestos y formalidades para intervenir un derecho fundamental material se traduce, sin más, en una lesión directa del derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos. Para que la infracción pueda reconducirse al plano del debido proceso no basta con constatar la mera irregularidad, es necesario, además, que el defecto presente una conexión suficientemente estrecha con las garantías que estructuran un enjuiciamiento racional y justo, de modo que el quebrantamiento resulte apto para comprometer la corrección del procedimiento en cuanto tal[17].

---

[15] Y el debido proceso, en parecer de Gascón (2020) p. 183.

[16] Núñez y Correa (2017) p. 233.

[17] Hernández (2005) pp. 51-52. Como refiere Correa (2021) p. 576, parte de la doctrina alemana, para distanciarse de la postura de Beling –según la cual conforme se le atribuye de forma errada, bastaría con la mera constatación de una ilegalidad cometida en la obtención probatoria, por intrascendente que esta sea, para dar lugar a una prohibición de valoración del medio de prueba así obtenido–, se recalca que en la actualidad tanto la jurisprudencia como la doctrina, prácticamente unánime, afirman que no toda infracción cometida por los órganos persecutores en la obtención de prueba conducirá a una prohibición de valoración de los elementos así obtenidos, sino solo aquellas que logren satisfacer determinados requisitos adicionales. Correa (2021) p. 579, manifiesta que los presupuestos mediante los cuales actualmente la infracción a una norma que regula la producción de prueba generará una prohibición de valoración de la misma, al no encontrarse regulados por el legislador, constituye el problema más discutido de la teoría de las prohibiciones

No está de más recordar que el constituyente optó por la fórmula "racional y justo" en lugar de emplear, de manera literal, la expresión "debido proceso", para evitar una comprensión reduccionista. Si se toma "debido" como sinónimo de "lo previsto en la ley", el estándar corre el riesgo de agotarse en la legalidad formal, donde lo que sería exigible sería, sin más, lo que el legislador describió[18]. La cláusula constitucional busca, por el contrario, preservar un margen de control material y no meramente ritual, de manera que el juicio de justicia y racionalidad no quede rehén de cualquier diseño legislativo, por completo que este sea.

De ahí que quien sostenga la ineficacia de un medio probatorio por infracción de una regla procedimental deba construir un argumento en dos planos. Primero, debe mostrar que la actuación regulada por esa norma tiene por finalidad resguardar un derecho fundamental (o, al menos, una garantía indispensable para su tutela), porque solo así la exclusión puede operar como respues-

probatorias en Alemania, al que se ha buscado dar respuesta mediante dos principales teorías para distinguir infracciones de ley impunes cometidas por órganos persecutorios en el marco de una investigación, de aquellas que ocasionan una prohibición de valoración, a saber: la teoría del fin de protección de la norma (*Schutzwecklehre*) y de la ponderación de intereses.

[18] Miranda (2010) pp. 132-133, diferencia entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba. El primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley, mientras el segundo supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales. Sobre la base de estos dos principios y desde un plano dogmático, distingue conceptualmente la "prueba irregular" de la "prueba ilícita", siendo la primera aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales, mientras que por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida o practicada con vulneración de derechos fundamentales. Bachmaier Winter (2013) p. 218, expone que la jurisprudencia española realiza esta distinción entre prueba irregular y prueba ilegal, dependiendo de la seriedad de la violación. La primera es aquella obtenida en violación de una norma procedimental legal, que conlleva la nulidad de la actuación, mientras que la segunda es obtenida con infracción de un derecho fundamental, y trae aparejada su exclusión. La diferencia principal entre ambas es que, en el caso de la primera, cualquier posible exclusión no se extendería a la evidencia derivada. Sin embargo, algunos autores sostienen que la primera es un tipo de la segunda, porque una violación de una regla procedimental trae consigo una violación del derecho a un juicio justo. En sentido similar. Carocca (1998) p. 309, indica que por prueba irregular o ilegal ha de entenderse aquella obtenida o practicada con vulneración de preceptos que no gozan del carácter de normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales. Bajo esta denominación se incluirían las fuentes de pruebas logradas de modo ilegal, así como también los medios de prueba practicados de forma irregular sin observar el procedimiento establecido, pero sin que a raíz de tales infracciones se haya afectado a un derecho fundamental. También Correa (2018) p. 154, quien manifiesta que, por mandato del legislador, la regla de exclusión no sanciona cualquier vulneración de normas procesales, sino solo cuando en la obtención de prueba se hubiesen vulnerado reglas que protegen garantías fundamentales. Núñez y Correa (2017) p. 215, igualmente exigen una conexión entre la infracción legal y algún derecho fundamental.

ta coherente frente a una afectación de ese tipo. Y, en segundo término, debe justificar que el incumplimiento concreto no es un desliz menor, sino un déficit con entidad bastante para incidir en la calificación del procedimiento como racional y justo. En otras palabras: no basta probar la existencia de la regla y su infracción; es necesario explicar su función de protección y la gravedad del quebrantamiento en el caso, esto es, por qué esa omisión o desviación resulta relevante desde el punto de vista de las garantías del proceso.

Un ejemplo lo ofrece el régimen del ingreso y registro en lugar cerrado del art. 212 del *CPP*, en particular cuando se omite notificar la resolución habilitante al dueño o encargado del inmueble y, además, no se le invita a presenciar la diligencia. En el derecho estadounidense existe un antecedente funcionalmente comparable: la regla del *knock-and-announce*, que exige a la policía anunciar su presencia y propósito antes de ingresar por la fuerza. La finalidad de esa exigencia ha sido descrita, en términos generales, como triple: reducir el riesgo de violencia derivado de una irrupción sorpresiva, evitar daños innecesarios a la propiedad por entradas forzadas y resguardar, en alguna medida, la privacidad y dignidad de los ocupantes frente a un acceso intempestivo[19]. Pues bien, en Hudson v. Michigan[20] la Corte Suprema concluyó que la exclusión no era el remedio adecuado para la evidencia hallada tras vulnerar esa regla, porque los intereses que la exigencia protege –seguridad, integridad de bienes y resguardo frente al sobresalto de una irrupción– no tienen relación directa con la incautación de la evidencia obtenida en un registro amparado por una orden judicial válida: la regla no pretende impedir el registro autorizado, sino regular el modo de ejecutarlo. Esta lógica, más allá de las diferencias estructurales entre sistemas, resulta útil para destacar el punto central: no toda infracción de una formalidad de ejecución conduce automáticamente a la exclusión; antes es indispensable identificar qué garantía tutela la norma y si el defecto, por su intensidad y efectos, compromete de manera sustantiva la justicia y racionalidad del procedimiento.

Si se asumiera que la regla del art. 212 del *CPP* cumple finalidades equivalentes a las de la doctrina del *knock-and-announce*, se vuelve evidente que su centro de gravedad no es la tutela de la inviolabilidad del domicilio en sentido estricto. En efecto, se trata de una exigencia que opera cuando el ingreso y registro ya se encuentran jurídicamente autorizados, de modo que la intromisión en la esfera privada de los ocupantes es un efecto inevitable de la diligencia. En ese marco, la norma apunta, más bien, a contener daños colaterales: evitar perjuicios adicionales e innecesarios –violencia, destrucción de bienes, humillación o afectaciones superfluas– que no forman parte de lo estrictamente imprescindible para ejecutar un registro legítimo.

[19] Cammack (2013) p. 18.

[20] Supreme Court of the United States (2006) 547 U.S. 586.

Desde esa misma lógica se ha sostenido que el carácter de componente esencial del debido proceso no puede predicarse del conjunto indiferenciado de la legalidad procesal penal, sino solo de aquellos principios o reglas cuya observancia constituye una condición de legitimidad del enjuiciamiento, al punto de merecer estatuto de garantía fundamental. Lo contrario supondría atribuir a la cláusula del art. 19 n.° 3, inciso sexto, de la C*onstitución* una capacidad expansiva que desdibujaría la frontera entre derechos fundamentales y legalidad ordinaria, vaciando de contenido esa distinción. La delimitación concreta de cuáles son esos principios estructurales no es una cuestión cerrada, sino que corresponde a la elaboración doctrinal y, sobre todo, al decantamiento jurisprudencial, ir fijando criterios que permitan identificar, con cierta estabilidad, qué reglas resultan constitucionalmente imprescindibles y cuáles se mantienen en el plano de la mera regularidad legal[21].

Por ello, lo anterior no implica que la infracción del debido proceso dependa necesariamente del quebrantamiento de una norma procedimental positiva. Puede ocurrir que la afectación provenga de actuaciones investigativas no expresamente regladas o insuficientemente normadas, supuesto en el cual el juicio debe hacerse de manera directa a la luz del estándar de justicia y racionalidad exigido por la C*onstitución*[22]. Piénsese, por ejemplo, en diligencias como el reconocimiento en rueda de presos o en set fotográfico cuando no existe un régimen legal detallado: allí el problema no es la infracción de una formalidad tipificada, sino si el método empleado incorpora sesgos, sugestiones o déficits de control incompatibles con un procedimiento justo.

Un ejemplo particularmente expresivo se presenta cuando un funcionario judicial, citado a declarar ante el fiscal judicial en el marco de un sumario administrativo –regulado por el Acta n.° 133-2026 de la Corte Suprema–, reconoce hechos que podrían ser constitutivos de delito. Si el contenido de esa declaración en sede administrativa se pretende luego trasladar al proceso penal mediante el testimonio de oídas del fiscal judicial –traslado que ninguna norma autoriza ni regula expresamente–, su incorporación no podría admitirse, ni siquiera por esa vía indirecta, en la medida en que tensiona el derecho a guardar silencio y la prohibición de autoincriminación, reconocidos por la C*onstitución* –a través de la garantía del debido proceso– y por los tratados internacionales ratificados por Chile. La objeción se refuerza si esa declaración no estuvo precedida de advertencia de derechos ni de acceso efectivo a asesoría letrada. En tales condiciones, el Estado obtiene información en el marco de un procedimiento discipli-

[21] Hernández (2005) p. 55.

[22] Parece diferir, Correa (2018) p. 153, al afirmar que la regla de exclusión de prueba ilícita requiere "una infracción de norma" procesal que proteja garantías fundamentales.

nario y pretende reaprovecharla en sede penal, donde rigen exigencias más estrictas para asegurar una decisión jurisdiccional legítima[23].

III. Proporcionalidad en la exclusión: utilidad y riesgos de un estándar inestable

En la experiencia alemana, la respuesta frente a injerencias investigativas cuestionables no se resuelve de manera automática. La jurisprudencia ha ido determinando, caso a caso, si una medida fue empleada de forma arbitraria o indebida contra una persona y, para adoptar esa decisión, recurre al principio de proporcionalidad como pauta de control: se contrasta la intensidad de la afectación del derecho constitucional del individuo con el interés estatal en la persecución de los delitos. En el mismo registro se inscribe una de las construcciones doctrinales más influyentes para decidir si la infracción de una norma de obtención o aseguramiento de evidencia debe traducirse en exclusión: la *Abwägungstheorie* (teoría de la ponderación). Conforme a ella, acreditada la vulneración de una regla procedimental por el órgano persecutor, el tribunal –en su tarea de determinación de la verdad– sopesa la gravedad del quebrantamiento frente al interés público comprometido, así como el interés jurídico de la parte agraviada. La prohibición de valoración se reserva, en lo esencial, para aquellos supuestos en que el interés persecutorio no logra prevalecer frente a la posición del imputado, atendidas circunstancias como la entidad de la desviación funcional (por ejemplo, si hubo actuar doloso o groseramente negligente), la importancia del interés jurídico afectado, la gravedad del delito atribuido y la relevancia del elemento probatorio para la decisión del caso[24].

[23] Lo dicho arriba no obsta a que el funcionario público que toma conocimiento de un hecho constitutivo de delito, en este caso el fiscal judicial, esté obligado a denunciarlo en virtud del art. 175, letra b), del *CPP*, ni a que el Ministerio Público deba investigarlo y procurar otros medios de prueba para acreditar el hecho punible y la participación de los responsables. Si se entendiera de otro modo –esto es, que tampoco podría formularse la denuncia por derivar su conocimiento de esa declaración–, la obligación de denuncia perdería, en este caso específico, su objetivo. Criterios para discernir cuándo el quebrantamiento de la ley ordinaria que gobierna el procedimiento constituye, a su vez, una vulneración de la garantía del debido proceso, en Corte Suprema (12/01/2016) rol n.º 26.838-2015; Corte Suprema (02/06/2016) rol n.º 21.427-2016; Corte Suprema (20/07/2016) rol n.º 33.739-2016; Corte Suprema (08/08/2016) rol n.º 40.571-2016; Corte Suprema (29/01/2018) rol n.º 43.541-2017.

[24] Gless (2013) pp. 117 y 119-120. Correa (2018) p. 152, ratifica que tanto la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional Federal alemán, en armonía con la doctrina mayoritaria, han sostenido que la decisión a favor o en contra de la valoración de un determinado medio de prueba debe resolverse en cada caso concreto, a partir de una ponderación de intereses contrapuestos.

Una aproximación análoga –aunque asentada sobre bases institucionales distintas– puede observarse en el derecho estadounidense, donde el régimen de exclusión y, especialmente, su sistema de excepciones se ha decantado mediante un enfoque de balance de intereses (*balanced approach*). En esa lógica, se considera improcedente una exclusión "mecánica" de todo antecedente que tenga relación causal con una infracción cometida por agentes policiales durante una diligencia, por estimarse que una reacción de ese tipo puede resultar desproporcionada. La discusión, entonces, no se agota en la constatación de la ilegalidad, sino que exige confrontarla con otros parámetros, entre los cuales destaca el interés de la comunidad en la persecución y sanción de conductas delictivas[25]. Ese telón de fondo explica por qué el sistema ha ido delimitando supuestos en que, pese a existir un defecto inicial, la evidencia puede conservar aptitud procesal cuando la conexión con la infracción se debilita o pierde sentido desde una perspectiva funcional.

En España, por su parte, la exclusión de prueba derivada se articula sobre la exigencia de un "nexo de antijuridicidad" entre la infracción constitucional y la obtención de la evidencia. No basta, por tanto, la mera sucesión causal, se requiere un vínculo jurídicamente relevante que justifique trasladar la ilicitud al resultado probatorio. Para establecer ese nexo, la jurisprudencia ha considerado –como elementos de juicio– factores tales como: el significado y entidad de la infracción; la relevancia de la prueba obtenida para el esclarecimiento del hecho; la existencia de un curso hipotético alternativo de investigación que igualmente habría conducido al hallazgo (descubrimiento inevitable); el grado de vulnerabilidad del derecho fundamental comprometido, en términos de exigir una protección reforzada y, por último, el modo de actuar de los agentes, distinguiendo si hubo buena fe o, por el contrario, una actuación deliberada o abiertamente desconsiderada frente a la legalidad, todo ello también para apreciar el eventual efecto disuasorio de disponer la exclusión[26].

También en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se advierte este itinerario. El tribunal ha sido consistente en sostener que la utilización de pruebas obtenidas mediante tortura resulta intolerable, de modo que su exclusión debe ser inmediata y categórica. En cambio, fuera de ese supuesto lími-

[25] Correa (2019) pp. 200-201. Como explica Cammack (2013) pp. 4-5, la Corte Suprema estadounidense ha aplicado un *balancing test* que sopesa los beneficios de disuasión –*deterrence*– obtenidos con la exclusión, contra los costos medidos en términos de pérdida de evidencia. Más crítico, Ried (2025) p. 441, precisa que con este test instaurado en United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974), la *exclusionary rule* perdió su contenido plenamente constitucional de "dique infranqueable", y quedó reducida a un simple interés particular que debía ser puesto en la balanza frente a los intereses del Estado.

[26] Tribunal Supremo de España (19/01/2004) STS 127/2004. Sobre este juicio de ponderación, véase Gascón (2020) pp. 187-188.

te, la respuesta no suele traducirse, sin más, en la inadmisibilidad de la prueba, pues la decisión dependerá de una evaluación contextual, en la que pesan tanto las particularidades del caso como la naturaleza del derecho comprometido[27].

En la doctrina nacional se ha defendido que, aunque el tenor del art. 276, inciso tercero, del *CPP* parezca rígido, el texto legal constituye apenas el punto de partida. Cuando están en juego garantías constitucionales e intereses igualmente tutelados –que no se "anulan" recíprocamente, sino que coexisten–, se impone un ejercicio de armonización: fijar alcances, ordenar prioridades y evitar soluciones que, por proteger un valor, terminen desprotegiendo otro de manera innecesaria. Desde esa postura, la ponderación no sería un acto de "creación" judicial arbitraria, sino una técnica inevitable para asegurar la convivencia razonable de bienes constitucionales concurrentes. Se agrega, además, que el propio legislador habría acogido explícitamente una lógica de intensidad al regular el recurso de nulidad: el art. 373 letra a) del *CPP* no convierte cualquier infracción de garantías en causal invalidatoria, sino que exige que el quebrantamiento sea sustancial. Por descarte, quedarían fuera del ámbito anulatorio defectos de menor entidad o relevancia marginal[28].

En sentido opuesto, se ha sostenido que el derecho vigente no admite modulaciones jurisprudenciales de la regla de exclusión cuando concurren sus presupuestos. Conforme a esta visión, introducir excepciones apoyadas en consideraciones externas –por ejemplo, una ponderación caso a caso entre un interés público prevalente y el interés del imputado en la tutela de sus garantías– resultaría incompatible con el tenor del art. 276 del *CPP*. El riesgo, se argumenta, no es menor: tolerar salvedades de ese tipo terminaría por relativizar la vigencia de la regla y, con ella, la garantía constitucional que busca resguardar, abriendo un espacio de incertidumbre difícil de conciliar con un estándar robusto de protección de derechos[29].

---

[27] En ese sentido véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos (11/07/2006) solicitud n.° 54810/00; Tribunal Europeo de Derechos Humanos (12/05/2000) solicitud n.° 35394/97 y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (25/09/2001) solicitud n.° 44787/98.

[28] Núñez y Correa (2017) p. 221. Desarrolla también la vigencia del principio de proporcionalidad dentro del proceso penal Núñez, Beltrán y Santander (2019) pp. 158-159. Bofill (1988) p. 239, refiriéndose a la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado reglada en el *CdPP* de 1906, presenta como factores a ser considerados para la obtención de una solución adecuada "el grado de la infracción a los preceptos constitucionales y a los requisitos legales, así como la gravedad del hecho delictivo investigado en el caso concreto". Academia Fiscalía de Chile (2024) p. 199, explica que a los requisitos legales de la regla de exclusión puede añadirse uno de carácter jurisprudencial, consistente en que la infracción del derecho ha de ser sustancial, trascendente y, entrega como ejemplos, en los que ello no se observa, si la diligencia de entrada y registro en un lugar habitado, se ejecuta minutos después de las veintidós horas (art. 207), o en que se haya incurrido en molestias innecesarias al interesado (art. 214).

[29] Correa (2018) p. 155, quien, además, en n. 43 de la misma obra recuerda que en el derecho germano las insistentes críticas contra la ponderación de intereses como criterio suficiente para

La jurisprudencia de la Corte Suprema, por lo demás, no ha seguido una línea uniforme en torno al empleo de la proporcionalidad para "salvar" evidencia obtenida con vulneración de derechos fundamentales. En algunas decisiones, el tribunal parece descartar derechamente su pertinencia como criterio habilitante para admitir prueba cuando se ha constatado una lesión de garantías: así, al sostener que la teoría de la proporcionalidad no sería aplicable para admitir prueba obtenida con afectación de derechos fundamentales[30] o al enfatizar que la tutela de los derechos de las personas posee mayor trascendencia social que el castigo del autor del ilícito[31]. En otros fallos, en cambio, la Corte recurre expresamente a un análisis de proporcionalidad para determinar si el quebrantamiento compromete el núcleo de la garantía, señalando que esa evaluación debe efectuarse sobre la base de dicho criterio[32]. Asimismo, ha destacado –con referencia a la experiencia alemana– la recepción de excepciones a la doctrina de los "frutos del árbol envenenado", justificadas por la ponderación de intereses y vinculadas al principio de proporcionalidad[33].

Aun cuando se comparte la necesidad de un examen de proporcionalidad, conviene advertir un problema que suele pasar inadvertido: cuando la ponderación se reduce, en los hechos, a enfrentar la gravedad del delito imputado con la intensidad de la afectación del derecho fundamental, las consecuencias pueden ser institucionalmente dañinas.

En primer lugar, ese esquema tiende a contraer de manera significativa los fines de la exclusión probatoria y, correlativamente, el nivel de protección de los derechos involucrados. La decisión queda entregada a valoraciones judiciales muy subjetivas, resueltas de modo casuístico y, no pocas veces, sin una fundamentación lo bastante explícita que permita al afectado comprender el razonamiento, y a la ciudadanía controlar críticamente el estándar que se está aplicando. La falta de criterios estables y motivación transparente no solo debilita la previsibilidad del sistema, sino que erosiona la función orientadora de la jurisprudencia.

En segundo término, una ponderación dominada por la "gravedad del delito" corre el riesgo de instaurar, en la práctica, un régimen de tutela desigual: los derechos fundamentales quedarían efectivamente protegidos –mediante exclusión– solo en casos de criminalidad leve o de bagatela, donde todavía sería plausible afirmar que el interés persecutorio no supera el interés social en el respeto

determinar el contenido de la regla de exclusión, han llevado al progresivo descrédito de dicha teoría como criterio de determinación del contenido material de las prohibiciones de prueba.

[30] Corte Suprema (31/12/2013) rol n.° 11.482-2013.

[31] Corte Suprema (25/06/2021) rol n.° 25.386-2021.

[32] Corte Suprema (06/06/2018) rol n.° 6.220-2018.

[33] Corte Suprema (25/05/2010) rol n.° 1.741-2010.

de la garantía conculcada. En cambio, en delitos de mayor entidad, la puerta quedaría abierta de par en par para convalidar vulneraciones, bajo la idea de que "prima" el interés social en la persecución y sanción. Sin embargo, es precisamente en los casos difíciles, aquellos de mayor presión punitiva, donde se verifica la consistencia del Estado de derecho y donde las garantías deben mostrar su verdadera resistencia.

De allí que, en el contexto local, se vuelva prioritario –siguiendo el diagnóstico formulado por Alfonso Ruiz Miguel respecto de la experiencia ibérica– precisar "cuál es la frontera ante la que debe ceder la búsqueda de la verdad", construyendo "un núcleo amplio y robusto" y, a la vez, una periferia de excepciones estrictamente justificadas y acotadas[34]. En términos próximos, lo que Marina Gascón reclama es evitar que esa tarea quede abandonada a una apreciación inevitablemente subjetiva: se requiere delimitar con claridad el perímetro de las excepciones, en vez de dejarlo librado a ponderaciones *ad hoc*, potencialmente permeables al clima o presión social del momento[35].

IV. Exclusión por obtención y exclusión por incorporación: un sistema en dos planos

En la práctica no es infrecuente enfrentarse a antecedentes probatorios que, aun cuando no presentan un vicio en su origen –esto es, no fueron recabados mediante la vulneración directa de garantías fundamentales–, devendrán necesariamente lesivos si se los incorpora al juicio oral del modo en que han sido ofrecidos[36]. En tales hipótesis la afectación no es retrospectiva, sino sobreviniente: se producirá en el propio acto de incorporación o rendición, comprometiendo el debido proceso y, según el caso, otras garantías. Frente a ello, el juez de garantía no puede limitarse a constatar que la obtención fue formalmente regular; si la infracción se proyecta con claridad hacia el debate oral, su deber de depuración probatoria exige anticiparla y evitarla[37].

[34] Ruiz (2016) pp. 15 y 20.

[35] Gascón (2020) p. 200.

[36] Por ejemplo, en Corte Suprema (23/06/2022) rol n.° 96.789-2021, el recurso denuncia que las declaraciones de la víctima y un testigo presencial fueron introducidas al juicio a través de un testigo de oídas, lo que impide a la defensa contrainterrogar a aquellas, vulnerando el derecho al debido proceso y el principio de contradicción.

[37] Núñez y Correa (2017) p. 210, señalan que existen dos espacios temporales, si bien íntimamente vinculados, diferenciables entre sí, en los cuales puede producirse la ilegalidad de la prueba: durante la "irregular obtención" y en la "irregular incorporación al proceso". Mientras que

En este marco –esto es, de la ilicitud en la incorporación y no en la obtención– se sitúa la discusión recurrente sobre la exclusión de testigos ofrecidos por el MP en la acusación que no han prestado declaración previa ante dicho órgano. En estos casos no se alega, propiamente, una infracción en el descubrimiento del testigo o en la obtención de su testimonio durante la investigación; el reproche se dirige, más bien, a que permitir su declaración en el juicio oral sin que exista un registro previo (por ejemplo, un acta) puede afectar el derecho de defensa del imputado[38].

Una problemática análoga se presenta cuando se intenta incorporar como "documento" la declaración previa de un testigo o de un perito, eludiendo su comparecencia personal al juicio oral. Algo similar ocurre cuando se ofrecen copias de sentencias dictadas en procedimientos abreviados respecto de coimputados.

El problema es que una lectura literal del art. 276, inciso tercero, del *CPP* pareciera circunscribir la exclusión a la evidencia "obtenida" con inobservancia de garantías fundamentales. Esa formulación ha llevado, en no pocas ocasiones, a que la Corte Suprema desestime impugnaciones cuando el reproche del recurrente no se dirige al modo de adquisición de la evidencia, sino a su forma de introducción, a su utilización en juicio o a los efectos que su incorporación produce sobre garantías procesales[39].

---

el primer periodo se refiere a la afectación de garantías durante la etapa investigativa y, específicamente, en los procedimientos de recolección de información; el segundo instante alude a la afectación de derechos que pueda generarse con la incorporación de un medio al juicio. El caso característico resulta ser la primera categoría, toda vez que es precisamente durante la etapa investigativa donde por lo general se produce de manera más crítica la tensión entre el interés estatal de investigar y sancionar los delitos y los derechos fundamentales. Así, un allanamiento irregular solo podrá generar que lo que ahí se obtenga sea considerado prueba ilícita. Sin embargo, existen supuestos también en que la adquisición del elemento probatorio no ha sido obtenido con infracción de garantías, pero sí podría afectarlas la incorporación del elemento al juicio. Piénsese, verbigracia, en los llamados testigos de contexto, que se refieren a los comportamientos históricos del imputado, no directamente vinculados con los hechos materia de la acusación, pero que tendrían alguna relación con los últimos, al describir hábitos, costumbres, ritualidades, etc. Puede afirmarse afirmar que, en principio, nada hay que infrinja garantías en la obtención de estos testimonios por parte del acusador, empero, las objeciones relativas a la vulneración de derechos constitucionales pueden formularse y fundarse en su incorporación a juicio, por el peligro de prejuicio que los mismos conllevan.

[38] Criterios dispares se observan en la jurisprudencia, pero inclinándose la mayoría por su licitud, como Corte Suprema (22/11/2016) rol n.° 73.836-2016; Corte Suprema (21/10/2019) rol n.° 24.261-2019; Corte de Apelaciones de San Miguel (16/10/2020) rol n.° 3.318-2020 y Corte de Apelaciones de San Miguel (08/11/2021) rol n.° 2.636-2021. Comentando estas sentencias, Rodríguez (2020) pp. 393-395.

[39] Como en Corte Suprema (25/05/2010) rol n.° 1.741-2010; Corte Suprema (29/01/2018) rol n.° 43.541-2017 y Corte Suprema (19/04/2021) rol n.° 4.418-2020. En la misma línea, en

Sin embargo, como se ha sostenido, la proscripción de la prueba ilícita no descansa solo en el diseño legal del art. 276, sino que se apoya –de manera más amplia– en el mandato constitucional del art. 5.°, inciso segundo. Desde esa perspectiva, el inciso tercero del art. 276 puede comprenderse no solo como una regla adjetiva vinculada a un supuesto específico (ilicitud "en la obtención"), sino, también, como la expresión de un principio más general: la jurisdicción no debe permitir que el proceso penal se alimente de actuaciones incompatibles con derechos esenciales, ya sea por su origen espurio o porque su incorporación al juicio, en las condiciones propuestas, implica una conculcación actual de garantías[40].

Si se toma prestada –con las debidas cautelas– la terminología empleada por la doctrina alemana, originalmente formulada en torno a las prohibiciones de valoración, es posible reconocer en proceso penal un conjunto de causales de exclusión que pueden describirse como "dependientes" e "independientes"[41]. Las primeras se encuentran supeditadas a la constatación de un vicio previo: la prueba se ve afectada porque su obtención se realizó al margen de las reglas legales habilitantes o mediante la vulneración de garantías fundamentales. Las segundas, en cambio, no descansan en un defecto originario: su presupuesto no es el quebrantamiento de una norma de producción durante la investigación ni la existencia de una lesión en el momento de recabar la evidencia, sino el hecho de que su incorporación o rendición en juicio, tal como se propone, importará por sí misma una transgresión de derechos o principios estructurales del debate oral[42].

En el primer grupo –las causales dependientes–, además de la regla general del art. 276, inciso tercero, se advierten supuestos específicos previstos

---

Academia Fiscalía de Chile (2024) p. 199, se señala que un requisito copulativo de la regla de exclusión que consagra el inciso tercero del art. 276, es que la infracción esté "causalmente vinculada con la obtención de un medio de prueba que se quiera hacer valer en el juicio oral".

[40] Hernández (2005) p. 90.

[41] Correa (2018) p. 148, explica que, en el derecho alemán, prohibiciones de valoración de prueba dependientes son aquellas reconocidas como consecuencia (y en ese sentido, efectivamente dependientes) de una vulneración previa a una regla de producción de prueba; mientras que las prohibiciones de prueba independientes, son aquellas cuyo origen no se remite a la infracción de una regla de producción de prueba. En estos casos, es la valoración misma del medio de prueba la que resulta contraria a alguna de las garantías contenidas en la Ley Fundamental alemana.

[42] Hay un tercer grupo de infracciones que no se materializa ni en la obtención de la prueba ni en la incorporación de esta en la audiencia de juicio oral, sino que, durante la etapa de investigación, con posterioridad a su obtención y antes de la audiencia de preparación de juicio oral, por ejemplo, droga debidamente incautada, respecto de la cual se cometen infracciones en su cadena de custodia o almacenamiento, asunto conocido en Corte Suprema (13/09/2021) rol n.° 32.879-2021. Respecto de estas, ya fueron tratadas en Rodríguez (2022) pp. 278-283, sin perjuicio que son predicables los razonamientos que se efectuarán aquí.

por el propio legislador. Así ocurre con el art. 225 del *CPP*, que impide utilizar como medios de prueba los resultados de la interceptación telefónica u otras formas de comunicación cuando la medida se ejecutó fuera de los casos autorizados por la ley o sin observar los requisitos del art. 222, que condiciona su procedencia. En el mismo sentido, el inciso tercero del art. 226 K establece que el juez de garantía debe declarar nulas las actuaciones que excedan manifiestamente el objeto de las técnicas especiales reguladas en los arts. 226 B, 226 D y 226 F, disponiendo su exclusión conforme al art. 276. En estos ejemplos, la sanción probatoria se articula como consecuencia de un incumplimiento anterior: el defecto radica en el modo de obtención o en el desbordamiento de los márgenes habilitantes fijados por la ley para la actuación investigativa.

Distinta es la lógica de las exclusiones independientes, que operan aun cuando la evidencia se haya reunido lícitamente en la etapa de investigación. Aquí el problema no está en la fuente, sino en el modo de introducirla en el juicio oral. Se trata de hipótesis en que su rendición amenaza garantías fundamentales y principios estructurales del enjuiciamiento –en particular, el debido proceso, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial y los pilares de oralidad e inmediación– con independencia de la regularidad de su recopilación previa[43].

La legislación ofrece ejemplos elocuentes. El art. 228 impide que los registros de actuaciones policiales sustituyan la declaración de los funcionarios en el juicio oral, precisamente para preservar la inmediación y permitir el contradictorio efectivo. A su turno, el art. 329 prohíbe reemplazar la declaración personal de testigos y peritos por la lectura de registros de declaraciones anteriores u otros documentos que las contengan, salvo las excepciones expresamente previstas en los arts. 331 y 332. Por último, el art. 334 –también con las salvedades de los arts. 331 y 332– proscribe incorporar, invocar o dar lectura en juicio a registros y demás documentos que den cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público. El denominador común de estas reglas es claro: no están construidas para sancionar un defecto de obtención, sino para impedir que el juicio se transforme en un debate de papeles, referencias indirectas o "relatos" de terceros, desnaturalizando la oralidad, debilitando la contradicción y, en definitiva, afectando las garantías que legitiman la decisión jurisdiccional.

Visto así, la distinción entre causales dependientes e independientes permite ordenar dogmáticamente fenómenos que, en la práctica, suelen confundirse. En unas, la exclusión se justifica, por lo general, por la infracción de derechos como la privacidad, la propiedad y la libertad personal y, accesoriamente,

[43] Sobre que la licitud se proyecta tanto a la obtención como a la práctica de la prueba, véase Miranda (2010) p. 132; Alvarado (2020) p. 544.

el debido proceso como garantía en la forma de esa afectación –según lo ya explicado–; en las otras, por la imposibilidad de rendir la prueba sin comprometer principios esenciales del juicio oral. Ambas responden, en último término, a un mismo presupuesto: el proceso penal no puede producir decisiones válidas apoyándose en evidencia cuya obtención o utilización contraría garantías fundamentales.

La jurisprudencia nacional ha sido, en este punto, consistente: en la audiencia de preparación de juicio oral se rechaza –sin mayores vacilaciones– la incorporación de registros y documentos que dan cuenta de diligencias o actuaciones de la policía o del Ministerio Público, incluyendo actas que contienen declaraciones de testigos o peritos (fuera de los supuestos del art. 331). Y ello aun cuando tales actuaciones y declaraciones no presenten un vicio de origen por infracción de garantías fundamentales, de modo que no encajan en la hipótesis típica del art. 276, inciso tercero, referida a prueba "obtenida" con vulneración de garantías. La causal de exclusión será la prevista en el art. 334, en tanto causal "independiente" del modo en que se descubrió y obtuvo ese testimonio[44].

Esa interpretación y práctica no descansan en un vacío normativo, pues, como se ha insistido, su respaldo se encuentra en un plano más alto: el art. 5.°, inciso segundo de la *Constitución*, que impone al órgano jurisdiccional el deber de respetar y promover los derechos esenciales asegurados por la *Constitución* y por los tratados internacionales ratificados y vigentes. En ese marco, la exclusión de ciertos medios no se explica tanto por una ilicitud en la recolección, sino por la necesidad de impedir que el proceso incorpore –de manera anticipada y consciente– una fuente que, al ser rendida en juicio, afectará garantías básicas.

En efecto, admitir como prueba algo cuya forma de rendición se sabe incompatible con derechos del acusado, se situaría en abierta tensión con ese deber de respeto y, particularmente, de "promoción", entendido como una obligación positiva de prevenir la infracción. Más grave aún: si el tribunal incluye ese material en el auto de apertura, no se limita a tolerar un riesgo, sino que contribuye a la afectación venidera al habilitar –desde el inicio– una incorporación que ya se advierte contraria a garantías fundamentales.

Esta conclusión no implica desconocer el principio de libertad probatoria, que sigue siendo la regla general en el sistema. De hecho, el propio art. 295 del *CPP*, al consagrarlo, habilita la prueba por "cualquier medio" respecto de hechos y circunstancias pertinentes; pero inmediatamente condiciona esa amplitud a una exigencia decisiva: que el medio sea producido e incorporado en conformidad a la ley. La libertad, por tanto, no es irrestricta.

[44] Sobre el alcance del art. 334 y su distinción respecto de otros documentos (*v.gr.*, resoluciones judiciales), véase Horvitz y López (2004) p. 321.

De ahí que, si la producción o la incorporación de un medio al juicio oral –en la modalidad en que se lo ofrece– supone vulnerar la ley y, con mayor razón, comprometer el debido proceso, entonces su ingreso está jurídicamente vedado. Y mal podría integrarse al auto de apertura, que tiene por finalidad delimitar la prueba que sí podrá rendirse en el debate oral conforme a derecho.

Dicho con mayor precisión: el auto de apertura debe contener solo aquellos medios que puedan ser efectivamente producidos e incorporados en juicio bajo las reglas que rigen la oralidad, inmediación y contradicción. Lo que no cumple ese estándar debe ser descartado en la etapa preparatoria, justamente para evitar que el juicio oral se inaugure con una infracción anunciada.

Conviene destacar, además, que esta tarea de exclusión –tratándose de evidencia lícita en su origen, pero inadmisible en su rendición– es parte estructural de la función del juzgado de garantía en la preparación del juicio. Allí se define el objeto del juicio y, en especial, se realiza un tamizaje destinado a circunscribir el debate a prueba pertinente y válida, de modo que el tribunal de juicio oral en lo penal pueda establecer los hechos de manera correcta y con legitimidad institucional.

Con ese marco, corresponde ahora examinar los documentos mencionados en los ejemplos que abrieron este capítulo[45].

IV.1. Cuando el documento reemplaza al testigo: prohibición de sustitución y usos admisibles

Cuando en un documento, sea un informe, acta o registro[46], se consigna la declaración, opinión o cualquier manifestación de voluntad de una persona y el Ministerio Público pretende llevar ese contenido al juicio oral, el camino correcto no es "introducir" la información por la vía de la lectura del documento. Lo que corresponde es hacer comparecer a esa persona para que relate o explique personalmente aquello que se le atribuye, sometiéndose al examen y contraexamen de los intervinientes, ya sea en calidad de testigo o como perito. Cualquier intento de reemplazar esa comparecencia por la simple incorporación del escrito tropieza con una prohibición expresa: el art. 329 del *CPP* dispone que la declaración personal de testigos y peritos "no podrá ser sustituida por

[45] Los subapartados que siguen desarrollan el voto disidente del mismo autor en Corte de Apelaciones de Santiago (07/10/2024) rol n.° 4.758-2024.

[46] Al igual que Academia Fiscalía de Chile (2024) pp. 285-286, se estima que el *CPP* distingue claramente entre la prueba documental, la prueba material y otros medios de prueba, considerando dentro de la primera, que aquí interesa, "a los soportes escritos de información que resulten relevantes para el esclarecimiento de algún hecho vinculado al debate fáctico propio del proceso penal", que incluye tanto los documentos tradicionales como los electrónicos.

la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren", sin restringir tales registros a los generados en el marco de una investigación penal[47]. La norma, por tanto, proscribe la sustitución como método, con independencia del origen del documento[48].

Esto no significa, sin embargo, expulsar sin más toda documentación confeccionada por testigos o peritos que contenga afirmaciones, notas o asentamientos. Hay situaciones en que el documento puede adquirir relevancia no como reemplazo de la declaración, sino por su valor como hecho en sí mismo: porque lo que se busca demostrar es, precisamente, que el instrumento fue elaborado o suscrito, o que en él se efectuaron determinadas anotaciones o manifestaciones, y que ese dato resulta pertinente para acreditar un hecho o circunstancia relevante del caso. En ese supuesto, el objeto probatorio no es "lo que el testigo dijo antes", sino la existencia y confección del documento (y, eventualmente, su fecha, contexto y finalidad), en cuanto elemento con significado propio para la reconstrucción del hecho.

En esa hipótesis, el documento puede incorporarse como prueba documental de manera autónoma o junto con la declaración de quien lo elaboró. La razón es simple: lo relevante no es solo el contenido, sino la constatación de que ese contenido fue asentado de forma efectiva en un momento determinado y bajo ciertas condiciones, lo que puede funcionar como corroboración, anclaje temporal o soporte externo de la versión que se rinde oralmente.

Un ejemplo típico es el libro de visitas de un edificio, en el que el guardia de seguridad anotó el día y hora de ingreso del acusado al departamento de la víctima. Aquí, la anotación no es una "declaración previa" que se pretende leer para evitar la comparecencia del guardia, sino un registro que, por su propia naturaleza y finalidad, tiene valor demostrativo: el hecho de haberse efectuado el asiento –en la época de los acontecimientos y como parte de una práctica habitual– puede ser significativo en sí mismo. Por eso, el registro puede aportar un peso probatorio distinto y complementario al relato del testigo. De hecho, la interacción entre ambos suele ser decisiva: si el guardia declara sobre el ingreso del imputado, pero no existe correlato alguno en el libro, esa ausencia puede

[47] Incluyendo, entonces, por ejemplo, un informe interno realizado en una empresa, conforme a su Modelo de Prevención de Delitos, en cumplimiento de la Ley n.° 20393, sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Duce (2025) p. 3, al analizar la práctica chilena sobre informes periciales escritos, recalca que el art. 329 del *CPP* impide que la declaración personal en juicio sea reemplazada por la sola lectura del registro o del documento que la contiene, precisamente para resguardar inmediación y contradicción.

[48] Duce (2025) p. 22, advierte que prescindir de la comparecencia personal y contentarse con la mera presentación del documento "se contrapone con la esencia misma de la arquitectura del juicio oral", en cuanto desplaza la formación de convicción desde el debate contradictorio hacia la lectura.

erosionar la credibilidad o la precisión de su testimonio; inversamente, la existencia de la anotación refuerza la versión oral al mostrar que el dato fue consignado de manera oportuna y no construido *ex post*.

Fuera de la hipótesis comentada, permitir que tales documentos se incorporen mediante lectura para eximir al testigo o perito de comparecer no hace más que sustituir la declaración y lesionar el derecho de defensa, al privar a los acusados del derecho a contraexaminarlos. Y aun si el declarante concurre al juicio, la utilización del documento como vehículo para "completar" o "mejorar" su deposición –más allá de los usos legítimos de apoyo de memoria o confrontación previstos en el art. 332 del *CPP*– puede derivar en un atajo incompatible con los principios de oralidad e inmediación: el juicio deja de construirse sobre el relato sometido a contradicción y se asienta, de manera impropia, en el texto previamente producido.

IV.2. Sentencias de coimputados como "prueba": oralidad, contradicción e imparcialidad en entredicho

Piénsese en sentencias dictadas en procedimiento abreviado que condenan a coimputados por los mismos hechos que luego serán debatidos en el juicio oral seguido contra otro acusado.

En un escenario así, el Ministerio Público disponía –en lo sustancial– de dos cursos de acción. Podía impulsar que la imputación respecto de todos los partícipes fuera conocida y resuelta en un único juicio oral o, bien, optar por una tramitación escindida: someter la acusación contra algunos coimputados a procedimientos abreviados, y mantener respecto de los restantes la vía del juicio oral[49].

Si elige esta segunda alternativa, debe asumir sus consecuencias naturales. En particular, acepta que, en el juicio oral posterior, no queda dispensado de la carga de acreditar íntegramente los hechos y circunstancias necesarios para sustentar la condena que pretende; y, del mismo modo, reconoce que el tribunal de juicio oral podría arribar a una decisión no coincidente con lo resuelto antes en los abreviados. Por lo mismo, no resulta atendible que, tras haber aceptado esa estrategia procesal, pretenda atribuir a las sentencias pronunciadas por el juez de garantía en los procedimientos abreviados un efecto vinculante para el tribunal de juicio oral en lo penal.

[49] Posibilidad que expresamente permite el art. 406 del *CPP*, al disponer: "La existencia de varios acusados o la atribución de varios delitos a un mismo acusado no impedirá la aplicación de las reglas del procedimiento abreviado a aquellos acusados o delitos respecto de los cuales concurrieren los presupuestos señalados en este artículo". Ried (2017) p. 616, expone la distinta regulación de esta materia en Argentina a escala federal y en España.

Surge, entonces, la siguiente interrogante: si el Ministerio Público no podía sino aceptar lo anterior, ¿qué finalidad se persigue al ofrecer como prueba documental esas sentencias condenatorias?

Para responder conviene detenerse, primero, en la naturaleza de tales documentos. Una sentencia de procedimiento abreviado solo acredita que otro órgano jurisdiccional –sobre la base de antecedentes de la investigación puestos a su disposición y aceptados por el coimputado– alcanzó convicción, más allá de toda duda razonable, sobre la comisión del hecho punible y la participación atribuida a ese condenado en particular. No se trata, en rigor, de un medio de prueba producido con las reglas propias del juicio oral, sino del registro formal de una convicción jurisdiccional formada en un procedimiento de configuración diversa.

En segundo lugar, debe considerarse que en el procedimiento abreviado no se rinde prueba en el sentido estricto en que ella se produce en el juicio oral, sino que se ponderan "antecedentes" de la investigación, que suelen incluir partes e informes policiales, actas, registros y otros insumos que –precisamente por su naturaleza– no se incorporan del mismo modo ni bajo el mismo escrutinio de las partes. Aunque el estándar de convicción requerido para condenar sea equivalente, lo que se valora no es lo mismo: en el abreviado se trabaja con antecedentes; en el juicio oral, con prueba sometida a oralidad, inmediación y contradicción y, tratándose de testigos, bajo interrogatorio y contrainterrogatorio de los intervinientes, además de las aclaraciones que el tribunal estime pertinentes[50].

En tercer término –y en línea con lo anterior–, en estos casos da la impresión de que el MP pretende completar en el juicio oral un verdadero *puzzle*. Repárese, por ejemplo, en un delito de cohecho del art. 248 bis del Código Penal imputado al empleado público A, en que los funcionarios B, C, D y E –subalternos de A en el órgano respectivo–, concertadamente, facilitan o cooperan en su comisión, ya sea solicitando o recibiendo el dinero pagado por particulares para que A omita un acto debido propio de su cargo. En ese escenario, el MP celebra procedimientos abreviados por el mismo delito respecto de B, C, D y E, en los que las acusaciones describen conductas que involucran a A, y luego ofrece esas sentencias como prueba documental en el juicio oral seguido contra este.

La incorporación como documentos de sentencias condenatorias previas dictadas respecto de distintos coimputados –"piezas" de ese *puzzle*–, cada una referida a su intervención en una fracción del hecho imputado, puede condu-

[50] Sobre este procedimiento, véase Horvitz y López (2004) pp. 503-537 y Ried (2025) pp. 654-672. Ried (2017) p. 579 caracteriza la condena dictada en este procedimiento, como producto de una "verdad consensuada" y "no adversarial", lo que explica por qué sus "hechos probados" no pueden trasladarse sin más como soporte fáctico en el juicio oral de un coimputado.

cir a que la decisión del tribunal oral respecto del acusado no sea propiamente el resultado de la prueba rendida ante él, sino la agregación de pronunciamientos anteriores que ya han dado por establecido, de modo parcelado y sucesivo, el núcleo fáctico de su actuación, quedando solo por "completar" la última pieza: su condena[51].

Con ello, la explicación más plausible –a falta de otra que lo justifique– es que el Ministerio Público intenta eludir el control propio del juicio oral sobre una porción relevante de lo que debe acreditar: pretende introducir, como "documento", decisiones dictadas sin la misma base probatoria que se rendirá en el juicio y apoyadas, además, en insumos que incluso podrían no haber sido admisibles en el debate oral.

La dificultad, sin embargo, no se reduce a una afectación de la oralidad y la inmediación. La maniobra también compromete seriamente la imparcialidad del tribunal.

Y es que, aun cuando esas sentencias no sean formalmente vinculantes para el tribunal de juicio oral, resulta irreal negar el peso que puede tener –en términos de predisposición– el conocimiento de que otro órgano jurisdiccional ya se pronunció, de manera firme y ejecutoriada, sobre exactamente los mismos hechos[52]. Incorporadas al juicio, esas decisiones pueden operar como un incentivo poderoso para evitar un fallo contradictorio o, dicho a la inversa, como un factor que disuade al tribunal oral de apartarse de lo ya resuelto.

Podría replicarse que los jueces del tribunal oral son capaces de valorar la prueba rendida en la audiencia y arribar a conclusiones distintas[53]. Aun concediendo esa premisa, ella conduce a una consecuencia incómoda: supone aceptar que las sentencias de procedimiento abreviado no bastan, por sí mismas, para establecer en el juicio oral los hechos que declaran probados, y que se requiere prueba adicional. Si es así, reaparece la pregunta: ¿cuál es, entonces, la utilidad procesal de introducirlas como documentos en el juicio?

Por el riesgo que ciertos elementos generan en términos de prejuicio o predisposición –y, por ende, de afectación de la imparcialidad–, el legislador ha optado en diversos supuestos por impedir su incorporación, atendida la alta pro-

[51] Ried (2017) p. 580 describe como rasgo típico de la lógica negociada ínsita en el procedimiento abreviado, la obtención de "colaboración para la investigación –información importante, hechos reveladores respecto de otros imputados [...]–". Esto explica, como aquí se postula, el incentivo estructural a "escindir" y luego reutilizar (directa o indirectamente) ese resultado contra quienes van a juicio oral.

[52] Pudiendo, incluso, esa decisión haber sido confirmada por la Corte de Apelaciones respectiva conociendo de un recurso de apelación.

[53] Tal fue el razonamiento del Tribunal Constitucional (10/05/2011) rol n.° 1481-09-INA, al señalar que la celebración de juicios abreviados anteriores en nada vinculaba al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal en lo que debía resolver a futuro.

babilidad de que produzcan ese efecto. El art. 335 del *CPP* ofrece un ejemplo nítido, en cuanto prohíbe invocar, dar lectura o incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que tuviere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado[54]. Y, aunque se trate de una enumeración positiva, el razonamiento que la subyace puede proyectarse a hipótesis funcionalmente análogas: por ejemplo, a extractos de filiación y antecedentes que dan cuenta de condenas por el mismo tipo de delito, capaces de sugerir una "especialización" en cierto ilícito o –en lo que aquí interesa– a sentencias firmes que tienen por demostrado el mismo hecho objeto del juicio, aunque lo hagan respecto de un coimputado[55].

Basta imaginar un delito cometido en conjunto por dos personas, con una acusación que describe acciones sustancialmente idénticas y con medios de prueba ofrecidos de naturaleza similar para acreditar la participación de ambos. Si el Ministerio Público somete, primero, la acusación contra uno de ellos a un juicio o a un procedimiento abreviado y obtiene condena, podría, luego, intentar introducir esa sentencia en el proceso contra el segundo, por ejemplo, bajo el argumento de que sería indispensable para demostrar que el acusado actuó formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer el delito. Admitir esa sentencia como prueba, en un contexto de estrecha identidad fáctica, erosionaría de manera inevitable la imparcialidad del tribunal del segundo juicio[56].

La incorporación del párrafo 4 bis al título I del libro segundo del *CPP*, que regula la cooperación eficaz en la investigación, ratifica lo que se viene sosteniendo. En efecto, si el acuerdo de cooperación consiste en que el fiscal otorgue una rebaja de pena (art. 228 ter) a cambio de que el cooperador aporte infor-

[54] Oliver (2023) p. 123 destaca que, cuando el tribunal participa o decide en el marco de un acuerdo y luego conoce del juicio contra el tercero, se produce una tensión estructural con la imparcialidad, es decir, hay un riesgo de prejuzgamiento por decisiones previas vinculadas al mismo trasfondo fáctico.

[55] Poulin (2012) p. 464 observa que probar en juicio la existencia de una condena previa puede *tarnish* la valoración del acusado al comunicar al juzgador la condena, y enfatiza el riesgo de *unfair prejudice* cuando se introducen condenas de coimputados.

[56] Oliver (2023) pp. 110-111, explica que, en el proceso penal alemán, el acuerdo puede celebrarse con uno de varios coimputados, sin necesidad de que los demás manifiesten su conformidad, y que en el juicio que después se siga contra estos puede declarar como testigo de cargo el imputado ya condenado en virtud del acuerdo, hipótesis conocida como "acuerdo en perjuicio de tercero" (*Verständigung zu Lasten Dritter*); agrega que, de ser aquellos condenados, la sentencia debe hacer referencia al acuerdo y a su contenido, y que el tribunal debe ser especialmente cuidadoso al valorar la declaración del coimputado que celebró el acuerdo, ante el riesgo de falsedad.

mación utilizable en el juicio oral contra un coimputado, el cumplimiento de ese compromiso no se verifica mediante la incorporación al juicio oral de copia de la sentencia dictada en el procedimiento abreviado –en la que el cooperador aceptó hechos que, en su descripción, involucran al ahora coacusado–, sino, precisamente, a través de la declaración del cooperador, en calidad de testigo en el juicio oral (art. 228 ter inciso final).

De lo anterior se sigue que el Ministerio Público debiera ajustar la secuencia de sus actuaciones: en vez de someter primero a procedimiento abreviado al imputado que coopera de forma eficaz –concediéndole una rebaja de pena– para luego citarlo a declarar en juicio oral contra otro acusado (o, como se critica, incorporar como documento la sentencia respectiva), debiera esperar a que ese cooperador declare en el juicio oral contra el coacusado y, solo después, someterlo a un procedimiento abreviado con rebaja de pena. Si se mantiene la primera alternativa y el cooperador –ya condenado en procedimiento abreviado con pena rebajada– no cumple el compromiso de declarar en el juicio oral, la ley no prevé un mecanismo para dejar sin efecto la sentencia con rebaja[57].

[57] Sobre la cooperación eficaz regulada en el *CPP*, véase Ried (2025) pp. 668-672. En cuanto a la licitud de la declaración del coimputado, amén de que como ya se expuso el art. 228 ter expresamente la autoriza en cumplimiento de un acuerdo de cooperación eficaz, igualmente fuera de ese supuesto, se coincide con Academia Fiscalía de Chile (2024) pp. 201-202, que, existiendo libertad de prueba y no habiendo restricciones procesales respecto de la declaración inculpatoria de coimputados, esta cuestión debiera tener relevancia principalmente en el plano de la credibilidad y consistencia del relato, esto es, en el ámbito de la valoración de la prueba por el tribunal del fondo. Este entendimiento se ve refrendado por la circunstancia de que, bajo ciertas condiciones, puede introducirse como prueba al juicio la declaración de coimputados rebeldes (art. 331, letra d). Ahora bien, si el coimputado declara en el juicio, resulta formalmente necesario dejar constancia del cambio de estatus de imputado a testigo –el inciso final del art. 228 ter, al remitirse al art. 305 del *CPP*, reconoce que ese es su estatus al declarar–, a fin de que las partes puedan ejercer las facultades y derechos que correspondan a esa modificación de calidad. En virtud de ello –en tanto testigo– tiene el deber de "declarar la verdad sobre lo que se le preguntare y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración" (art. 298, inciso primero), bajo juramento o promesa (art. 306). Así y en aval de lo que se viene sosteniendo, un coimputado que ha sido objeto de una salida alternativa, "un procedimiento abreviado" o de un sobreseimiento puede declarar como testigo en el juicio, siempre que conste en el proceso su cambio de calidad. Con todo, salvo cuando declara en cumplimiento de un acuerdo de cooperación eficaz –caso en el cual, por disposición del inciso final del art. 228 ter, no procede a su respecto lo previsto en el art. 305–, el coimputado que declara como testigo conserva el derecho que esta última norma le confiere de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal. Se trata, empero, de una prerrogativa cuya invocación solo se justifica si aún no ha sido juzgado por ese hecho o si accedió a una salida alternativa que todavía no deriva en sobreseimiento definitivo firme; en cambio, si ya fue condenado –por ejemplo, en un procedimiento abreviado, que supone la aceptación de los hechos–, no subsiste a su respecto un peligro de persecución penal por ese hecho que torne útil o justificada su invocación.

Otra es la situación cuando las sentencias anteriores establecen hechos sustancialmente desvinculados de los atribuidos al acusado del juicio posterior y se pretende introducirlas para acreditar un presupuesto externo, no imputado al acusado como autor de ese hecho previo. Así ocurre, por ejemplo, con fallos firmes que condenan a terceros por hurto o robo y luego se ofrecen en un juicio por receptación para dar cuenta de la existencia del delito precedente o con una sentencia que condena a un tercero por tráfico de drogas (art. 3.° de la Ley n.° 20000) y que se aporta en una acusación por lavado de activos, cuando al acusado se le atribuye ocultar el origen ilícito de bienes, con conocimiento de que provienen –directa o indirectamente– de la perpetración del delito base en el que él no participó. En hipótesis de ese tipo, no parece razonable exigir que el Ministerio Público "reconstruya" en el segundo juicio hechos ya establecidos por una sentencia firme, dictada con pleno ejercicio del derecho de defensa del condenado por el delito precedente; lo que deberá acreditarse, más bien, es el conocimiento del acusado del proceso ulterior respecto de la procedencia ilícita u ocurrencia del hecho base, según corresponda.

De ese modo, cuando las conductas imputadas a quienes enfrentan el juicio oral están estrechamente enlazadas con las atribuidas a coimputados ya condenados por los mismos hechos, la incorporación de esas sentencias –con sus certificados de ejecutoriedad– introduce un riesgo inadmisible para la imparcialidad objetiva de los sentenciadores[58].

Por todo lo expuesto, tanto la incorporación en juicio de documentos que contienen declaraciones de testigos o peritos como la introducción de sentencias condenatorias dictadas en procedimientos abreviados respecto de coimputados, afecta el derecho a un juicio oral, el principio de inmediación, la posibilidad efectiva de contraexaminar, el derecho de defensa en general y, en particular, el

[58] En el derecho probatorio estadounidense, la FED. R. EVID. 803(22) exceptúa del *hearsay* las sentencias condenatorias firmes por delitos castigados con muerte o con más de un año de prisión, dictadas tras juicio o *guilty plea* –no así tras un *nolo contendere*–, cuando se ofrecen para probar cualquier hecho esencial de la condena; pero, si quien las ofrece es la acusación en un proceso penal con un fin distinto de la impugnación de credibilidad (*impeachment*), solo se admite la condena dictada contra el propio acusado, quedando excluidas las condenas de terceros. La nota del comité asesor precisa que la excepción no comprende la condena de un tercero ofrecida contra el acusado para probar un hecho esencial de aquella, pues lo contrario "would seem clearly to violate the right of confrontation", con cita de Kirby v. United States (1899), fallo que estimó erróneo condenar por la posesión de estampillas robadas cuando la única prueba del robo era la condena de los ladrones. En doctrina, Poulin (2012) p. 463 destaca esa limitación precisamente por el riesgo de "traslado" de convicción sin contradicción; y Ried (2017) p. 617, concluye: "en situaciones donde existen varios imputados, la confesión de algunos de ellos en contra de los otros –si ésta ha sido aprobada por el tribunal de garantía en un procedimiento abreviado– sin duda genera una situación injusta para terceros ajenos a él".

derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial. Por ello, aunque su origen no sea "ilícito" en el sentido de una obtención vulneratoria, deben ser excluidos del auto de apertura, en cuanto su rendición en juicio importará una vulneración de garantías[59].

En definitiva, y contra una lectura que fija el análisis solo en el instante de la "obtención", el examen en la audiencia de preparación de juicio oral debe extenderse y adelantarse a la licitud de la incorporación al juicio[60]. Una posición coherente con la exigencia de legitimidad de la condena exige que la prueba que la sustenta sea lícita: por eso corresponde excluir –o, en su caso, prohibir o no valorar[61]– toda aquella que no pueda ser calificada de tal, ya sea por un vicio originario o por una ilicitud sobreviniente vinculada a su forma de rendición.

Conclusiones

1. La exclusión, inutilización o no valoración de prueba ilícita no se explica solo como una sanción legal, sino como una exigencia constitucional: el deber estatal de respetar y promover derechos fundamentales impide que el proceso penal se sostenga en evidencia obtenida –directa o derivadamente– mediante su vulneración.
2. En esa misma línea, el art. 276 del C*PP* debe leerse como una concreción relevante, pero no como un "cerrojo" que agote hipótesis y oportunidades de debate. Si el fundamento inmediato radica en la C*onstitución*, el control de licitud puede proyectarse a afectaciones sobrevinientes (custodia, conservación, acceso, análisis, cadena de custodia) y discutirse, cuando corresponda, fuera de la audiencia de preparación.
3. La infracción del debido proceso no se identifica automáticamente con cualquier irregularidad del rito. Para sostener una consecuencia de exclusión, es necesario mostrar qué garantía resguarda la regla vulnerada y por qué el defecto, en el caso concreto, tiene entidad suficiente para comprometer un procedimiento e investigación racionales y justos.
4. La proporcionalidad aparece como una técnica inevitable para resol-

[59] Sin perjuicio de que, si la exclusión no se declara en la audiencia de preparación de juicio oral, operarán las herramientas correctivas internas del tribunal de juicio oral –como la no valoración o, en su caso, una valoración desfavorable– y, en último término, se procurará la enmienda de una eventual sentencia condenatoria mediante el recurso de nulidad, por infracción al debido proceso u otra garantía fundamental, con la consiguiente invalidación del juicio y de la sentencia.

[60] Núñez y Correa (2017) p. 210.

[61] Sobre la "valoración negativa", véase Tavolari (2003) pp. 151-160; Horvitz y López (2004) pp. 197-204; Cortés-Monroy (2018) pp. 661-692.

ver colisiones, pero requiere cautelas: cuando se reduce a oponer "gravedad del delito" versus "gravedad de la afectación", se abren espacios de subjetividad, de motivación insuficiente y de tutela desigual de derechos. En este punto, la oscilación jurisprudencial confirma la necesidad de criterios explícitos y controlables.

5. La distinción entre causales dependientes e independientes permite ordenar el sistema. En las primeras, la ilicitud proviene de un vicio de obtención; en las segundas, la evidencia puede haber sido recabada lícitamente, pero su incorporación o rendición amenaza por sí misma garantías estructurales del juicio oral (oralidad, inmediación, contradicción e imparcialidad).
6. Aplicado a supuestos recurrentes, ello conduce a excluir tanto los documentos que pretenden sustituir la declaración de testigos o peritos como las sentencias condenatorias dictadas en procedimientos abreviados respecto de coimputados y ofrecidas como "prueba documental" en el juicio de otro acusado, por el riesgo de afectar el contradictorio y predisponer indebidamente al tribunal.
7. Por último, una comprensión coherente del control de licitud exige reforzar la función de depuración en la etapa intermedia y, en el juicio, asumir que la corrección puede operar mediante la decisión del propio tribunal de no valorar la prueba ilícita y, cuando la afectación sea sustancial, por la vía invalidatoria. El desafío inmediato es consolidar criterios estables, para que la regla de exclusión cumpla su cometido institucional sin quedar entregada a ponderaciones *ad hoc*.

Bibliografía

Academia Fiscalía de Chile (2024): *Manual de litigación*. Segunda versión. Disponible en www.fiscaliadechile.cl/sites/default/files/documentos/10962web%20manual%20de%20litigacion.pdf [fecha de consulta: 4 de julio de 2026].

Alvarado Urízar, Agustina (2020): "Fundamentos normativo-dogmáticos para una 'valoración negativa' de prueba ilícita en juicio oral. Consideraciones a propósito del denominado 'Caso Armas de San Antonio'", en Mayer Lux, L. y Vargas Pinto, T. (coords.), *Mujeres en las ciencias penales* (Santiago, Legal Publishing) pp. 505-555.

Alvarado Urízar, Agustina (2021): *Teoría jurídica de la regla de exclusión de prueba ilícita. Diálogo italo-español* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Bachmaier Winter, Lorena (2013): "Spain: The Constitutional Court's Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing", in Thaman, S.C. (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, vol. 20 (Dordrecht, Springer) pp. 209-234.

Bofill Genzsch, Jorge (1988): "Las prohibiciones de prueba en el proceso penal", *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.° 12: pp. 225-243.

Cammack, Mark E. (2013): "The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule", en Thaman, S.C. (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, vol. 20 (Dordrecht, Springer) pp. 3-32.

Carocca Pérez, Álex (1998): "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile", *Ius et Praxis*, vol. 4, n.° 2: pp. 301-322.

Correa Robles, Carlos (2018): "Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno –con especial referencia al Derecho alemán–", *Política Criminal*, vol. 13, n.° 25: pp. 144-174.

Correa Robles, Carlos (2019): "Relación causal y exclusión de prueba", *Política Criminal*, vol. 14, n.° 28: pp. 186-214.

Correa Robles, Carlos (2021): "Las prohibiciones probatorias en la obra de Ernst Beling: determinando su alcance e incidencia en el sistema procesal penal chileno", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. xliii: pp. 571-586.

Cortés-Monroy, Jorge (2018): "La 'valoración negativa' como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral", *Ius et Praxis*, vol. 24, n.° 1: pp. 661-692.

Duce J., Mauricio (2025): "Los informes periciales escritos en el proceso penal en Chile: análisis crítico de su regulación y práctica", *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n.° 10: pp. 1-38.

Gascón Abellán, Marina (2020): "Además de la verdad. Defensa de los derechos cuando se buscan pruebas (en homenaje a Luis Prieto)", en Ibáñez, P.A.; Grández, P.; Marciani, B. y Pozzolo, S. (eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís* (Lima, Palestra) pp. 177-202.

Gless, Sabine (2013): "Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests", in Thaman, S.C. (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, vol. 20 (Dordrecht, Springer) pp. 113-142.

Hernández Basualto, Héctor (2005): *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno* (Santiago, Colecciones de Investigaciones Jurídicas, n.° 2, Universidad Alberto Hurtado, segunda reimpresión).

Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián (2004): *Derecho procesal penal chileno*, t. ii (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).

Miranda Estrampes, Manuel (2010): "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.° 22: pp. 131-151.

Núñez Ojeda, Raúl y Correa Zacarías, Claudio (2017): "La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas", *Ius et Praxis*, año 23, n.° 1: pp. 195-246.

Núñez Ojeda, Raúl; Beltrán Calfurrapa, Ramón y Santander Akkrass, Nicolás (2019): "Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comu-

nicaciones digitales en Chile. Algunos problemas", *Política Criminal*, vol. 14, n.° 28: pp. 152-185.

Oliver Calderón, Guillermo (2023): "Acuerdos que conducen a una condena en el proceso penal alemán (*Verständigungen*): estudio dogmático y crítico", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 50, n.° 1: pp. 105-133.

Poulin, Anne Bowen (2012): "Prosecution Use of Estoppel and Related Doctrines in Criminal Cases: Promoting Consistency, Tolerating Inconsistency", *Rutgers Law Review*, vol. 64, No. 2: pp. 409-470.

Rettig, Mauricio (2021): "La prueba ilícita y su repercusión en la audiencia de control de la detención", en Hoyl, G.o (ed.), *La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 169-221.

Ried Undurraga, Ignacio (2017): "El efecto de la sentencia condenatoria del procedimiento abreviado en el juicio indemnizatorio por responsabilidad civil *ex delicto*", *Ius et Praxis*, año 23, n.° 1: pp. 579-626.

Ried Undurraga, Ignacio (2025): *Curso de derecho procesal penal* (Santiago, Ediciones UC).

Rodríguez Vega, Manuel (2020): *Diligencias Investigativas por infracciones a la Ley N° 20.000 y debido proceso* (Santiago, Rubicón).

Rodríguez Vega, Manuel (2022): *La prueba ilícita en la jurisprudencia de la Corte Suprema* (Santiago, Rubicón).

Ruiz Miguel, Alfonso (2016): "Verdad y corrección en la argumentación judicial", en Priori, G. (coord.), *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales* (Lima, Palestra) pp. 13-28.

Tavolari Oliveros, Raúl (2003): "Informe en derecho: del debate sobre la licitud de la prueba y su exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia", *Boletín del Ministerio Público*, n.° 14: pp. 151-160.

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de San Miguel (16/10/2020) rol n.° 3.318-2020.

Corte de Apelaciones de San Miguel (08/11/2021) rol n.° 2.636-2021.

Corte de Apelac iones de Santiago (07/10/2024) rol n.° 4.758-2024.

Corte Suprema (25/05/2010) rol n.° 1.741-2010.

Corte Suprema (31/12/2013) rol n.° 11.482-2013.

Corte Suprema (12/01/2016) rol n.° 26.838-2015.

Corte Suprema (02/06/2016) rol n.° 21.427-2016.

Corte Suprema (20/07/2016) rol n.° 33.739-2016.

Corte Suprema (08/08/2016) rol n.° 40.571-2016.

Corte Suprema (22/11/2016) rol n.° 73.836-2016.

Corte Suprema (14/09/2017) rol n.° 36.787-2015.

Corte Suprema (29/01/2018) rol n.° 43.541-2017.

Corte Suprema (06/06/2018) rol n.° 6.220-2018.

Corte Suprema (26/06/2019) rol n.° 12.166-2019.

Corte Suprema (21/10/2019) rol n.° 24.261-2019.

Corte Suprema (09/10/2020) rol n.° 104.209-2020.

Corte Suprema (19/04/2021) rol n.° 4.418-2020.

Corte Suprema (08/04/2021) rol n.° 14.317-2021.

Corte Suprema (31/05/2021) rol n.° 17.414-2021.

Corte Suprema (25/06/2021) rol n.° 25.386-2021.

Corte Suprema (13/09/2021) rol n.° 32.879-2021.

Corte Suprema (23/06/2022) rol n.° 96.789-2021.

Corte Suprema (10/08/2024) rol n.° 15.260-2024.

Supreme Court of the United States (08/01/1974): United States v. Calandra, 414 U.S. 338.

Supreme Court of the United States (15/06/2006): Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586.

Tribunal Constitucional (10/05/2011) rol n.° 1.481-09-INA.

Tribunal Constitucional de España (29/11/1984): STC 114/1984.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (12/07/1988): Schenk c. Suiza.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (12/05/2000): Khan c. Reino Unido. Solicitud n.° 35394/97.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (25/09/2001): P.G. y J.H. c. Reino Unido. Solicitud n.° 44787/98.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (11/07/2006): Jalloh c. Alemania. Solicitud n.° 54810/00.

Tribunal Supremo de España (19/01/2004): STS 127/2004.

LOS ACUERDOS LÍCITOS ENTRE COMPETIDORES Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN CHILE: COMENTARIOS PARA SU REGULACIÓN Y REVISIÓN PREVENTIVA, POR LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA

LAWFUL AGREEMENTS AMONG COMPETITORS AND THE NEED FOR THEIR REGULATION IN CHILE: COMMENTS FOR THEIR REGULATION AND PREVENTIVE REVIEW, BY THE COMPETITION AUTHORITY

Fernando J. Irarrázaval P.[*]

Resumen: Se analiza en este documento la necesidad de que la autoridad de competencia chilena pueda evaluar acuerdos lícitos entre competidores. La mayor velocidad de cambio en las industrias, la mayor innovación, así como la necesidad de llegar a convenios en proyectos de sustentabilidad, que pueden no ser viables sin colaboración entre diferentes agentes, son muestras de que no todos los acuerdos entre competidores serían anticompetitivos en el balance de sus efectos. Sin embargo, ante la inexistencia en Chile de un marco normativo para revisar este tipo de convenios, la regulación vigente podría estar aumentando los costos de llegar a este tipo de colaboraciones, disuadiendo así su suscripción. La positiva experiencia en la aplicación de la revisión preventiva de operaciones de concentración, desde el año 2017, así como la experiencia comparada de revisión de ciertos acuerdos beneficiosos entre competidores, harían reco-

[*] Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y LL.M. de la Universidad de Nueva York (NYU), mención en *Global Business Law*. Además, cuenta con un LL.M. de la Universidad Nacional de Singapur (NUS), mención en International & Comparative Law. Fue abogado de la División de Fusiones de la Fiscalía Nacional Económica (FNE). Las opiniones expresadas en este artículo son de exclusiva responsabilidad del autor y no representan el parecer de la FNE. Correo electrónico: fjirarra@gmail.com.

mendable revisar ahora la posibilidad de que sea la autoridad de competencia, la FNE, la que revise estos convenios, en el marco de un procedimiento reglado, y con estándares de revisión bien asentados.

Palabras clave: Derecho de la libre competencia, necesidad actual de emitir una Guía o instaurar un procedimiento, para revisar acuerdos lícitos entre competidores.

Abstract: This document examines the need for the Chilean competition authority to be able to evaluate lawful agreements among competitors. The faster pace of change in industries, increased innovation, and the need to reach agreements on sustainability projects, which may not be viable without collaboration among different stakeholders, demonstrate that not all agreements between competitors would be anticompetitive in the overall balance of their effects. However, given the lack of a regulatory framework in Chile for reviewing these types of agreements, current regulations may be increasing the costs of entering into such agreements, thus discouraging their execution. The positive experience with the preventive review of mergers and acquisitions, since 2017, as well as comparative experience in reviewing certain beneficial agreements between competitors, suggests that it is advisable now to consider having the competition authority, the FNE, review these agreements within a regulated procedure and with well-established standards of review.

Keywords: Antitrust law, current need to issue guidelines or establish a procedure to review lawful agreements among competitors.

Introducción

La conveniencia de la evaluación de acuerdos horizontales entre competidores por parte de la autoridad de competencia ha dado lugar a una revisión de este tema en el ámbito doctrinario nacional. En efecto, se ha indicado por varios autores que este sería un tema pendiente en materia de libre competencia en Chile. La propia autoridad ha reconocido en una ocasión lo siguiente:

> "Según el DL 211, ni la FNE ni ninguna otra autoridad tienen atribuciones para revisar y/o autorizar, en forma obligatoria y antes de su perfeccionamiento, los acuerdos de colaboración entre competidores"[1].

[1] Véase Fiscalía Nacional Económica (2020a).

Cabe comentar que los acuerdos entre competidores serían la excepción, ya que el principio general es que las partes y competidores tomen sus decisiones competitivas de manera independiente, siendo este un principio matriz de la operación de la libre competencia en los mercados. Sin embargo, los convenios ilícitos entre competidores, como los carteles o prácticas concertadas, no son objeto de este breve comentario, por ser un tema extenso, complejo y relevante en sí mismo, y son sancionables en ciertos casos en el derecho chileno de competencia[2, 3].

Por otro lado, la conveniencia de una regulación más precisa y específica de estos acuerdos potencialmente lícitos tiene varias razones. Una de ellas es que el cambio tecnológico ha hecho que efectivamente las empresas tiendan a desarrollar más proyectos conjuntos, dados –por ejemplo– los requerimientos de capital o los aportes de innovación necesarios para llevar a cabo determinadas inversiones. Una muestra de la mayor necesidad de colaboración entre empresas en esta época de rápido crecimiento tecnológico es la revisión de los múltiples convenios y transacciones con otros actores que se ha dado en el ámbito relacionado a la inteligencia artificial y a la producción de chips y de equipos tecnológicos[4]. Otro ejemplo de esta necesidad de colaboración sería el caso del mercado de producción de autos, en que en pocos años se ha dado una adaptación de esta industria a la competencia de nuevos actores que producen y venden autos con nuevas tecnologías, eléctricos e híbridos. Esto ha generado no solo que se produzcan operaciones de concentración en la industria automotora –como es el caso de la formación del grupo Stellantis–[5], sino que, también, se den convenios de colaboración –de diversa naturaleza– entre diferentes productores y

[2] Como se indica en un artículo: "Sin perjuicio de la distinta intensidad entre estos comportamientos, en ambos casos se verifica la pérdida de independencia en la toma de decisiones de los competidores que participan de la práctica concertada. Lo anterior justifica que, bajo el DL 211 –inspirado en la legislación europea– ambos comportamientos resulten igualmente sancionables". Véase Toro, Viertel y Ureta (2020) p. 4.

[3] Como se indica en Indecopi y el Banco Mundial (2025) este tema: "Si bien la Guía orienta a las empresas sobre cómo estructurar acuerdos lícitos de colaboración entre competidores dentro del marco de la libre competencia, esta no sustituye los criterios legales ni administrativos aplicables a las prácticas colusorias horizontales". Esta Guía se cita después en este artículo, pero esta cita en particular es del artículo denominado "Perú: Proyecto de guía de colaboración entre competidores para prácticas sujetas a prohibición relativa", véase CeCo Perú (2025), p. 3.

[4] Por ejemplo, Nvidia tiene acuerdos con muchas empresas para el desarrollo de colaboraciones, para el desarrollo de diversos proyectos en varias industrias. Solo a modo de ejemplo, a fines de octubre del año 2025, anunció acuerdos de colaboración con empresas surcoreanas, como Samsung Electronics Co., Hyundai Motor Group y SK Group. Lo mismo ha ocurrido en estos años, con variadas empresas de otras industrias, y de otros países.

[5] Véase el efecto Fiscalía Nacional Económica (2020b). Esta operación dio lugar al grupo automotriz denominado hoy como Stellantis.

participantes de la cadena productiva. Así, no solo las empresas han colaborado para producir en conjunto automóviles que cuentan con nuevas tecnologías (híbridos o eléctricos), sino que, también, estas empresas han tendido a colaborar para producir partes de autos –como las baterías– y para enfrentar los crecientes costos de producir los modelos requeridos, por ejemplo, por la aplicación de las normas de limitación de circulación de autos convencionales, y por las normas de emisión y de sustentabilidad que crecientemente se han dictado en el mundo, especialmente en los países más desarrollados. Esta industria es también un ejemplo de que en ciertos casos no se debiera evaluar estas colaboraciones de manera estática, sin considerar la mayor competencia entrante y potencial, ya que han ingresado a la producción de autos eléctricos e híbridos y han suscrito acuerdos de colaboración, también nuevas empresas, como aquellas proveedoras de tecnología o que producían otros bienes previamente[6].

Asimismo, y como una muestra adicional de la necesidad de regulación de estas colaboraciones lícitas, el fenómeno del cambio climático y los efectos del mismo sobre la forma de enfrentar varios desafíos –como la necesidad de transformar la matriz energética hacia fuentes de energía renovables y de reforzar los sistemas de transmisión eléctrica para ello, la necesidad de contar con una movilidad y transporte menos dependiente de combustibles fósiles, así como la necesidad de recolectar y procesar residuos y envases para su reutilización–, dan cuenta de que la mirada individual de estos problemas en ocasiones no bastaría para solucionarlos en un tiempo razonable[7]. Algunos de estos problemas tienen su fuente en externalidades, no siendo las empresas individualmente ca-

[6] Ejemplos de esto, es que los productores de autos eléctricos son parcialmente diferentes a los principales productores de autos convencionales (como es el ejemplo de Tesla, Rivian, Lucid, BYD, Xiaomi y otros productores de autos eléctricos). Esta entrada de nuevos competidores también se ha dado a través de colaboraciones entre diferentes empresas (por ejemplo, para realizar aportes en la tecnología necesaria para producir autos eléctricos). Ejemplos de varios tipos de acuerdos son las colaboraciones de BYD y Toyota, Mercedes Benz y Rivian, Hyundai y SK On, BMW y Toyota, Stellantis y Samsung SDI, Volkswagen Group y PowerCo, General Motors y Honda, Tesla y Panasonic, para producir componentes y partes o autos completos, según es –en cada caso– el marco de cada convenio de colaboración.

[7] Como indica Mario Ybar: "El mejor ejemplo de lo que se señala fue el Foro sobre Sustentabilidad y Competencia de la OECD, de diciembre de 2020. Durante dicho Foro, numerosas empresas aportaron con un amplio catálogo de cooperaciones en que podrían avanzar globalmente, a fin de contribuir al desafío climático: mejora en el uso del suelo, compromisos de compra conjunta para propiciar nuevos cultivos ambientalmente amigables, sistemas colectivos *anti-bribery*, reducción del tamaño de envases y armonización de los mismos para facilitar su reciclaje, compromisos conjuntos de eliminación de material no reciclable en los envases, moratorias de pesca adoptadas por la propia industria, utilización de proveedores de certificados en cumplimiento ambiental, compromiso de usar insumos carbono-neutrales, desarrollar I+D para propiciar el reciclaje químico, entre muchas otras". Véase Ybar (2022) p. 28.

paces de internalizar, sin una regulación o coordinación apropiada, los costos de contaminar o de recolectar y reutilizar envases, por ejemplo[8].

Además, el requerimiento de colaboración entre empresas en épocas de crisis –como lo fue la crisis del COVID-19–, también da cuenta de la necesidad de estar preparados, en esos casos, para contar con un marco de revisión de este tipo de convenios o colaboraciones[9].

Estos y otros ejemplos de la economía actual dan cuenta de la creciente necesidad de contar con un marco institucional y regulatorio más claro –y que entregue certezas a los agentes– para que la autoridad de competencia revise estos acuerdos de colaboración lícitos, en el marco de un procedimiento reglado, conocido previamente, con plazos acotados de respuesta, y con estándares de revisión bien establecidos. En este sentido, cabe reconocer que actualmente hay en varios países y jurisdicciones, como en el caso de Estados Unidos, un reconocimiento de la necesidad de revisar la forma de evaluar este tipo de acuerdos lícitos entre competidores[10]. Esto, por las razones que se exponen en este artículo.

Además, la experiencia previa en Chile, de revisión de pactos entre competidores, ha dado cuenta, también, de la necesidad de contar con una nueva regulación. En efecto, los casos de colaboración entre aerolíneas –como el caso de LATAM con American Airlines e Iberia, y después con Delta Airlines–, los casos de cierta infraestructura compartida en el segmento de almacenamiento de combustibles, así como ejemplos de proyectos de colaboración entre dife-

[8] A modo de ejemplo, se indica en las directrices de la Unión Europea –UE– en el párrafo 519 lo siguiente: "Sin embargo, una preocupación relacionada con el desarrollo sostenible es que las decisiones individuales de producción y consumo pueden tener efectos negativos ('externalidades negativas'), por ejemplo, sobre el medio ambiente, que no son suficientemente considerados por los agentes económicos o consumidores que los causan. Este tipo de fallo del mercado puede mitigarse o subsanarse mediante la acción colectiva, principalmente mediante políticas públicas o regulación (sectorial), y, en segundo lugar, mediante acuerdos de cooperación entre empresas que promuevan la producción o el consumo sostenibles". Véase Unión Europea (2023).

[9] Como indica Ybar (2022) p. 27: "En efecto, durante los primeros meses de la pandemia, distintas autoridades de competencia se apresuraron en aprobar diversos acuerdos de colaboración destinados a hacer frente a la pandemia: coordinación logística de *retailers* para asegurar el suministro de bienes esenciales; coordinación de empresas de seguros para eliminar de sus pólizas la exclusión de pandemias virales, acuerdos de aerolíneas para asegurar conectividad en rutas que de otra forma habrían dejado de atenderse por razones de demanda, acuerdos entre clínicas y hospitales para compartir infraestructura; etc.".

[10] En efecto, también en Estados Unidos este es un tema que están revisando las autoridades de competencia de ese país (DOJ y FTC), para actualizar los criterios de la Guía conjunta de esas autoridades, del año 2001. El artículo de Ceco UAI que se menciona a continuación también destaca que en Chile se encuentra pendiente dictar una Guía sobre este tema, según lo comprometido por la FNE hace algún tiempo. Véase Ceco (2026).

rentes empresas para invertir en plantas procesadoras de plásticos para su reutilización, dan cuenta de los diversos problemas prácticos y de incertidumbre normativa que enfrentan las empresas que –con proyectos fundados y con beneficios sociales probables–, pretenden llegar a un entendimiento con sus competidores en ámbitos limitados de sus negocios.

En este sentido, tal vez el acento ha estado puesto hasta la fecha y con entendible preocupación por parte de la autoridad de competencia, en los potenciales riesgos, contactos, traspaso de información sensible y posibilidades de coordinación que ofrecerían este tipo de colaboraciones entre competidores. En efecto, a nivel mundial lamentablemente ha habido casos de colaboración que han facilitado la coordinación anticompetitiva. Sin embargo, una mirada más global y práctica de este fenómeno –que es mundial–, así como la observación de los beneficios de contar con una revisión expedita de este tipo de acuerdos (entre ellos la mayor visibilidad de las relaciones entre los diferentes agentes económicos, especialmente entre competidores), puede llevar a que sea necesario revisar las razones que han llevado a no contar hasta esta fecha con un procedimiento reglado y eficiente para la revisión de este tipo de convenios, siempre que sean lícitos, después de una evaluación competitiva adecuada.

Por otra parte, la regulación normativa de la revisión de este tipo de acuerdos podría no solo facilitar el desarrollo de diferentes negocios en nuestro país sino que, también, iría en el mismo sentido que la revisión actual (en este gobierno y en el anterior), para la moderación de las trabas innecesarias para la evaluación y otorgamiento de ciertos permisos sectoriales y ambientales en nuestro país.

Además, la regulación normativa de la revisión de estos convenios podría evitar la potencial conveniencia actual de presentar este tipo de acuerdos a través de una operación de concentración –vía el desarrollo de un *joint venture* permanente e independiente de las partes que lo conforman[11]. En todo caso, no

[11] Cabe comentar que un acuerdo de colaboración entre competidores podría ser eventualmente un *joint venture* concentrativo, que deba ser autorizado en el marco de la revisión de operaciones de concentración, conforme con el título IV del DL211. Pero esta es sólo una de las posibilidades de organización jurídica de un acuerdo entre competidores. Por esta razón, se debiera regular la aprobación de los convenios entre competidores de una manera más general, más allá de la configuración jurídica que las partes den a su colaboración. La necesidad o conveniencia actual de formalizar un acuerdo entre competidores a través de un *joint venture* que pueda ser calificado como una operación de concentración (conforme al art. 47 letra c) del DL 211), que habla de una pérdida de independencia ente agentes económicos "asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente", da cuenta de una cierta asimetría normativa que debiera ser solucionada en algún momento. Esto se podría hacer, por ejemplo, por la vía de reglamentar idealmente un sistema de aprobación previa de acuerdos lícitos entre competidores, que no reúnan las características

dejaría de tener cierta razonabilidad el que actualmente se revisen los acuerdos más permanentes entre competidores –los *joint venture* que constituyen una operación de concentración–, a través del procedimiento reglado en el título IV del DL 211, para evaluar *ex ante* las operaciones de concentración. Esto, dado que la colaboración entre competidores, en ese caso, sería habitualmente de una permanencia e intensidad competitiva potencialmente mayor[12] a otros posibles acuerdos entre competidores. Pese a ello, las diferencias entre convenios entre competidores que son concentrativos –o de plenas funciones– y los que no lo son, pueden en ciertos casos ser tenues, por lo que sería recomendable reducir en lo posible esta asimetría normativa[13].

Asimismo, una regulación del marco de revisión de este tipo de colaboraciones haría más flexible y rápido el reconocer los beneficios que estos pueden generar, sin tener que esperar a que sea la regulación legal, por ejemplo, la que determine que estos se puedan suscribir, sin riesgos elevados de infracción para las partes ni de restricción indebida de la competencia. De este modo, no cabe duda de que un sistema general que permita a las propias empresas tomar la iniciativa para colaborar en entendimientos beneficiosos para la sociedad en su conjunto, sería más óptimo que uno en que se deba esperar, en ocasiones por años, a que sea la autoridad o la regulación legal o normativa (como la que se estableció en la ley de gestión de residuos[14]) la que permita la colaboración, reconociendo a veces tardíamente sus beneficios[15].

---

y formalidades necesarias para ser considerados un nuevo agente económico, que opere de manera permanente e independiente de las partes que lo conforman. Limitar la revisión previa de convenios entre competidores sólo a la conformación de un *joint venture* concentrativo, diferente de las partes que lo conforman, podría ser a una forma de limitar eventualmente también los potenciales beneficios que pueden generar este tipo de acuerdos (en caso de que los beneficios superen a los riesgos, principalmente de coordinación, lógicamente).

[12] Como se indica en un artículo sobre la potencial mayor restricción de la competencia en el caso de un acuerdo entre competidores que configure también un *joint venture*: "[…] la jurisprudencia reciente en la materia ha asimilado su naturaleza a la de un joint venture, entendiendo que ellas generan los mismos efectos que una operación de concentración, toda vez que al tratarse de un acuerdo de tipo horizontal, que tiene por objeto la coordinación de las partes, éstas adquieren en el escenario post operación un mayor poder de mercado, que justifica su control". Véase Toro, Viertel y Ureta (2020) p. 7.

[13] Como se indica en Comisión Europea (2011) párrafo 21: "A menudo existe una separación muy tenue entre las empresas en participación con plenas funciones, que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones, y las que no tienen plenas funciones, que se evalúan de conformidad con el artículo 101. Por consiguiente, los efectos de ambas pueden ser muy similares". Las directrices, también denominada en este documento como Directrices UE.

[14] Ley n.° 20920, que corresponde a la Ley Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje.

[15] Como señala Ybar (2022) p. 28: "Razones para aceptar este tipo de colaboraciones hay muchas: ausencia de incentivos para que una empresa se atreva a dar un primer paso si ello puede

En el mismo sentido, una nueva normativa que regule estos pactos lícitos debiera permitir que la autoridad –la Fiscalía Nacional Económica (FNE), posiblemente– cuente con un mayor tiempo y recursos para evaluar los potenciales riesgos competitivos que involucren las colaboraciones lícitas entre competidores. Como indica un autor:

> "Con todo, las cooperaciones entre competidores siempre implican riesgos desde el punto de vista de la competencia. Sin los debidos resguardos, una cooperación deseable puede devenir en una restricción innecesaria de la competencia"[16].

De este modo, además, los criterios establecidos por la autoridad de competencia pueden servir a las propias empresas, mediante una autoevaluación, conocer y evitar en su actuar el incurrir en conductas contrarias a la libre competencia en sus industrias. Así, pese a que se ha avanzado bastante en el conocimiento de las prácticas que suelen ser consideradas anticompetitivas o de coordinación eventual entre empresas competidoras, también se debe reconocer que una mayor transparencia sobre los límites de las conductas de las empresas tendría un efecto positivo en términos de conocimiento y de *compliance*, para evitar futuras conductas anticompetitivas. Por otra parte, se debiera evitar que, bajo la apariencia formal de un acuerdo lícito y beneficioso para la sociedad, se den en la práctica conductas anticompetitivas, como ha ocurrido en algunos casos en el mundo.

Son estas y otras consideraciones las que se revisarán en este breve documento. De todos modos, cabe señalar que este no sería el primer artículo que trata sobre este tema, ya que existen varios conocidos expertos nacionales en libre competencia que han expresado antes la necesidad de regular la evaluación de este tipo de acuerdos lícitos.

I. Consideraciones sobre la necesidad y conveniencia de regular este tipo de acuerdos potencialmente beneficiosos entre competidores

Como se ha señalado antes, son varios los autores nacionales que han dado cuenta de la necesidad de regular este tipo de convenios entre competidores, de

significar desventajas competitivas, necesidad de obtener escalas que permitan los objetivos trazados sin que ello implique un aumento excesivo de costos individuales, y el hecho de que no se harán progresos significativos en esta materia si la totalidad de la iniciativa recae en la regulación estatal en detrimento de su empuje desde las mismas industrias".

[16] Ybar (2022) p. 28.

una manera más clara y precisa, de modo que las empresas que evalúan este tipo de proyectos cuenten con ciertas certezas sobre su revisión y potencial de materialización como un acuerdo lícito. Lo anterior, es sin perjuicio de la revisión e investigación posterior de potenciales desviaciones anticompetitivas en que se pueda incurrir en el marco de algún pacto en particular.

Cabe comentar que en Chile no existen actualmente ni normas legales ni guías internas –de general aplicación–, publicadas por la autoridad de competencia, sobre su evaluación y posición ante estos acuerdos[17]. Sin embargo, se ha prometido la dictación de una guía al efecto[18]. Además, la autoridad si ha reconocido la posibilidad de existencia de convenios lícitos entre competidores, en ciertos casos. Como ha señalado la FNE:

> "Sin embargo, es necesario recordar que, a diferencia de los carteles, los acuerdos de colaboración entre competidores en algunos casos pueden ser lícitos conforme al DL 211"[19].

De este modo, actualmente serían los casos específicos que ha revisado la autoridad de competencia los que dan cuenta de los criterios aplicables en Chile, lo que dejaría un espacio relevante de incertidumbre para las partes que pretenden celebrar un acuerdo de este tipo. Esto, dado que los casos, proyectos y ámbitos de colaboración, e industrias en que se pueden generar estos acuerdos, son muy diferentes entre sí.

Como ejemplo de la necesidad de regular estos casos de colaboración lícita, de alguna manera, se pueden indicar los siguientes comentarios de autores y autoridades nacionales:

– Mario Ybar, ex fiscal nacional económico (s), indicó como una propuesta de mejora institucional la creación de un sistema de control de colaboraciones entre competidores, para:

> "Incorporar en la ley de competencia un mecanismo de control voluntario de acuerdos de colaboración que permita a la FNE, dentro de un plazo preestablecido, otorgar autorizaciones temporales, imponiendo medidas de resguardo, de ser necesario. De esta manera, las partes de acuerdos que sean eficientes o que resulten socialmente beneficiosos podrán ser evaluados y no arriesgarán su responsabilidad en esta sede"[20].

[17] Se indica en Toro, Viertel y Ureta (2020) p. 4: "De la revisión anterior, es posible observar que en Chile no existe una regulación específica respecto a la posibilidad que ciertos acuerdos de colaboración entre competidores puedan ser eximidos de la aplicación estricta del artículo 3 del DL 211".

[18] La FNE anunció en el día de la competencia del año 2018 que estaba trabajando en una guía en esta materia.

[19] Fiscalía Nacional Económica (2020a).

[20] Ybar (2022).

– Asimismo, autores han indicado en el mismo sentido que:

> "Por ello, resulta evidente que –a diferencia del derecho comparado, [...]– Chile está en deuda hace ya bastante tiempo con una regulación o al menos directrices emanadas de la FNE, para establecer el límite de lo permitido y lo no permitido en materia de acuerdos de colaboración entre competidores"[21].

– La propia autoridad de competencia –la FNE– ha reconocido, también, los beneficios de los convenios lícitos entre competidores en ciertos casos, indicando lo siguiente:

> "estas colaboraciones muchas veces son pro-competitivas. En efecto, los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. Así, la cooperación horizontal puede ser un medio para compartir el riesgo, ahorrar costos, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación"[22].

En este sentido, parte de la necesidad de regulación de estos acuerdos provendría de que la autoridad pueda realizar una actividad preventiva respecto de los convenios que se deban presentar para su aprobación, como ocurre actualmente en Chile con las operaciones de concentración que cumplen con ciertas condiciones, desde el año 2017. Así, podría existir un sistema de autorización y fiscalización *ex ante*, en que se deba o pueda pedir voluntariamente a la autoridad de competencia una autorización para celebrar un contrato o documento que contemple un acuerdo o disposiciones de colaboración entre competidores. Esto podría evitar, asimismo, que sea la autoridad de competencia la que tenga que investigar posteriormente, de oficio, o presentar una consulta ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), para revisar y fiscalizar los efectos potencialmente anticompetitivos de un acuerdo, como ha ocurrido antes en ciertos casos en Chile[23].

[21] Toro, Viertel y Ureta (2020) p. 3.

[22] En investigación reservada sobre condiciones de acceso y competencia en los mercados del gas natural licuado y de electricidad en la zona norte del país, rol FNE 2277-14, Informe de Archivo (2016), citado en Toro, Viertel y Ureta (2020) pp. 6-7.

[23] Un caso reciente es el que se revisa en TDLC (2024) en una consulta de la FNE sobre operación conjunta de plantas de almacenamiento de combustibles líquidos, ya que varias empresas competidoras participan en contratos que rigen la propiedad y uso compartido de ciertas plantas de almacenamiento de estos combustibles.

Además, desde el punto de vista práctico, en muchos casos es posible que la certeza en las normas o guías sustantivas de la autoridad haga que se presenten ante ella convenios lícitos y beneficiosos para la sociedad, que pueden no estarse celebrando en la actualidad. En el mismo sentido, la autoridad realizaría en este caso, además, una labor de promoción de la libre competencia, al permitir a las partes y a la sociedad en general, delimitar –a través de la evaluación de casos prácticos– el ámbito de posibles acuerdos lícitos o ilícitos, de manera de evitar –preventivamente– la suscripción de estos últimos.

Conforme a lo indicado antes, se debe dar cuenta de la falta de un mecanismo adecuado para la revisión de este tipo de acuerdos en Chile, como se reconoce por la mayoría de los abogados expertos en libre competencia[24]. En el mismo sentido, la mayor certeza sobre el procedimiento y la vía procesal a seguir y los tiempos estimados de decisión por parte de la autoridad, puede hacer que se lleven a cabo más convenios lícitos entre competidores. No cabe duda de que la diferencia temporal entre seguir un procedimiento de consulta ante el TDLC –como se puede hacer hoy–, y seguir un proceso breve de aprobación ante la FNE –como se propone en este artículo–, podría tener actualmente un marcado efecto disuasivo de la suscripción de potenciales convenios eficientes[25]. Asimismo, podría tener un efecto disuasivo la redacción actual del art. 3 letra a) respecto de la suscripción de acuerdos eficientes entre competidores. Así, por ejemplo, se podría pensar que la mayoría de los pactos entre competidores menos riesgosos y con beneficios más fáciles de reconocer, pudieran ser decididos en un plazo razonable de tiempo. Por ejemplo, se puede decidir una autorización por la autoridad dentro de un plazo de noventa días hábiles (contados desde la completitud de una potencial notificación de la colaboración lícita a la FNE, pudiéndose incluir cierta flexibilidad en ciertos casos, como para proponer y acordar potenciales medidas de mitigación).

[24] En estudio de percepción del año 2024, se indica que Chile sería un país intermedio a alto en Latinoamérica en cuanto al nivel de acuerdo (nota promedio sobre 4, esto es, 4,3 de acuerdo en efecto disuasorio) respecto de que la prohibición de la colusión, en los términos en que este ilícito está regulado en nuestro país, desincentiva los convenios eficientes o procompetitivos entre competidores. Esto consta CeCo (2024) p. 73.

[25] Como indica Toro, Viertel y Ureta (2020) p. 8: "Por otro lado, es evidente también la falta de un mecanismo idóneo al que puedan acudir los agentes ex ante para poder confrontar con la autoridad de libre competencia los riesgos, medidas y eficiencias que el acuerdo producirá. En palabras de la Corte Suprema, falta el mecanismo para 'acreditar de manera contundente' las sinergias, traspaso de parte de ellas a los consumidores, etc. Desde ya dejemos asentado que el mecanismo consultivo del artículo 18 N° 2 del DL 211 es en la práctica inviable, por su excesiva duración, por la posibilidad de interferencia estratégica de terceros y por la publicidad de la materia que podría eliminar la ventaja competitiva del acuerdo".

En un elemento adicional a considerar, es dable esperar que las decisiones de la autoridad sobre este tipo de acuerdos ayuden en el futuro a las empresas a reconocer anticipadamente los límites entre acuerdos lícitos e ilícitos entre competidores, sirviendo la guía de la autoridad como un parámetro conocido al efecto, para que las empresas puedan hacer su propia evaluación previa. Esto, más allá de las naturales diferencias normativas y de hecho (en diversas industrias, por ejemplo) entre los casos y proyectos concretos de colaboración que se evalúan.

En este mismo sentido, es relevante considerar que los convenios entre competidores son mirados, en general, con recelo por la autoridad de competencia, y que su materialización sin una aprobación previa por parte de la autoridad podría en varios casos llegar aún a considerarse como un acuerdo ilícito[26]. Por esta y otras razones, la necesidad de contar con un procedimiento previo de aprobación de los acuerdos entre competidores parece clara, pudiendo otorgar un marco más claro, cierto y reglado, aún para la potencial etapa de discusión previa de este tipo de posibles colaboraciones[27]. Ello, además, con la idea de evitar ocasiones de contacto y encuentro entre competidores, sin haberse implementado previamente, por ejemplo, las medidas preventivas y de *compliance* necesarias al efecto.

Por otra parte, cabe señalar que este tema no es precisamente nuevo en nuestro país, ya que han existido varios casos en que se han revisado antes acuerdos potencialmente lícitos entre competidores. A modo de ejemplo, ya el proyecto de generación eléctrica Hidroaysén daba cuenta de la necesidad de contar con un marco normativo al efecto. Este proyecto se revisó y aprobó en una consulta al TDLC, con ciertas condiciones, como se hacía con las operaciones de concentración antes de la entrada en vigencia de la Ley n.° 20.945[28]. En ese caso, se trataba de un *joint venture* en que las empresas participantes –Colbún y ENDESA– producirían y generarían conjuntamente electricidad a través de ese proyecto a desarrollarse en la XI Región, dejándose la comercialización de lo producido para ser realizada de manera independiente por ambas empresas[29].

[26] Como ejemplo de este natural recelo a acuerdos entre competidores no aprobados o presentados a la autoridad, se ha indicado lo siguiente: "Así, la Corte Suprema, si bien ha reconocido que 'los acuerdos entre competidores no sólo son mirados con recelo, sino que aquellos, sin aprobación previa y conforme a las circunstancias, pueden llegar a constituir un ilícito anticompetitivo', entiende que frente al análisis de tal acuerdo, cabe preguntarse bajo qué parámetros puede aprobarse un acuerdo que, justamente, tiene por objeto coordinar entre empresas competidoras variables competitivas". Véase Toro, Viertel y Ureta (2020) p. 7.

[27] En el caso de acuerdos entre competidores, podría ser conveniente que las partes tomen ciertas medidas preventivas también en su fase previa, de negociación. Esta recomendación se deriva de que los efectos anticompetitivos pueden producirse también en esta etapa, por ejemplo, si se da en ella el intercambio de información competitivamente sensible.

[28] La aprobación consta en TDLC (19/10/2007) Rol NC n.° 134-06.

[29] Entre los riesgos considerados en la TDLC (19/10/2007) p. 67 se indicó –entre otros– el siguiente: "la operación entre Endesa y Colbún, de aprobarse lisa y llanamente en los términos

Asimismo, más recientemente, ha sido de público conocimiento el dilatado proceso para la aprobación de acuerdos de vuelos entre LATAM Airlines y American Airlines e Iberia, primero, y después con Delta Airlines. Este último convenio fue aprobado, en definitiva, con medidas de mitigación. Así, en el marco de la revisión del primer acuerdo de LATAM Airlines con American Airlines, tanto el TDLC como la Corte Suprema –que rechazó, en definitiva, el convenio–, establecieron requisitos para que un acuerdo de esta naturaleza pueda ser aprobado, si sus beneficios exceden sus potenciales efectos anticompetitivos[30,31]. El segundo caso, en que se aprobó por la FNE –en el marco de un acuerdo extrajudicial– un convenio –Joint Business Agreement– entre LATAM y Delta Airlines, da cuenta no solo de las mejoras que implica que sea la FNE la que revise previamente este tipo de acuerdos, sino que, también, que ello se reflejaría también en la flexibilidad de las partes del acuerdo y de la propia FNE para establecer, negociar y explicar adecuadamente las medidas que sean necesarias y proporcionales para mitigar los eventuales riesgos de un convenio de este tipo. Es pertinente recordar que –pese a existir un análisis similar sobre los riesgos del acuerdo–, las medidas adoptadas por el TDLC en el primer caso –el pacto de LATAM Airlines con American Airlines–, fueron consideradas como inadecuadas para mitigar los riesgos por la Corte Suprema[32]. La revisión y ne-

solicitados, incrementaría dichos riesgos y, en especial, el de que tales empresas coordinen, tácita o explícitamente, sus futuras conductas e inversiones y, en consecuencia, posterguen estas últimas. En particular, si se postergan inversiones que constituyan tecnologías de base, como es el caso de las hidráulicas con alto factor de planta, se restringiría la oferta de energía de menor costo operacional y, con ello, se alteraría la determinación de precios a nivel de generación". Por este y otros riesgos, se indicó que se debieran establecer condiciones para la aprobación de la colaboración en *joint venture* de las partes, las que se detallan en la propia resolución antes indicada. Y en la p. 73 concluye: "En síntesis, si las consultantes desean llevar adelante la operación sometida al conocimiento de este Tribunal, deberán cumplir con las condiciones que se establecen en lo resolutivo, las que están relacionadas de modo tal que deben ser cumplidas copulativamente, en consideración al objetivo de incrementar la disputabilidad del segmento de generación de energía de base, como vía idónea para mitigar los riesgos que genera la operación consultada".

[30] Como indica Iglesias (2021) p. 2: "En general, el análisis de un acuerdo de cooperación horizontal (ACH) supone balancear sus efectos pro-competitivos con sus efectos anticompetitivos. Así, los ACH lícitos serán aquellos en que la cooperación produzca eficiencias que no puedan ser alcanzadas de no mediar dicha cooperación y que, además, superen los riesgos anticompetitivos que ella misma produce".

[31] El TDLC (31/10/2018) rol NC n.° 434-16 fue consultado respecto de un acuerdo de Joint Business Agreement, entre LATAM Airlines y American Airlines, relativo al transporte aéreo de pasajeros y carga entre Sudamérica y Estados Unidos. En su resolución 54/2018, determinó que los acuerdos se ajustaban al DL211, si se cumple con un conjunto de medidas de mitigación que estableció la autoridad. La resolución del TDLC fue luego revocada por la Corte Suprema (23/05/2019) rol 31502- 2018.

[32] Como indican Toro, Viertel y Ureta (2020) p. 8: "En efecto, la Corte Suprema señaló que 'no explica el tribunal [TDLC] cómo las medidas de mitigación compensan efectivamente los ries-

gociación previa de las medidas con la FNE y su explicación adecuada en un posible informe sobre los efectos competitivos de este –por parte de la misma autoridad– pueden efectivamente subsanar problemas como la asimetría de información o la diferencia en la evaluación de las medidas, de que habría dado cuenta el análisis posterior, por parte de la Corte Suprema. Como se indicó sobre esta diferencia entre el TDLC y la Corte Suprema:

> "Esta discrepancia en las apreciaciones del TDLC y la Corte Suprema tiene su origen en la falta de regulación en Chile de los acuerdos lícitos de colaboración entre competidores"[33].

Por otra parte, el segundo acuerdo, de LATAM Airlines con Delta Airlines, da cuenta de ciertas consideraciones relevantes para la revisión de colaboraciones entre competidores en ciertas rutas aéreas en este caso. La primera es que los acuerdos de colaboración podrían estar relacionados con convenios y relaciones más amplios entre las empresas, como era en este caso, por ejemplo, la adquisición por Delta de un 20% de las acciones de LATAM, pasando de este modo Delta a participar en su propiedad. Así, sería lógico que la entidad que revisa la información sobre la adquisición de participación en competidores –conforme al art. 4 bis del DL211–, sea la misma que revise también un acuerdo de colaboración entre ellas. Una segunda consideración, es que la FNE –al revisar actualmente operaciones de concentración y fiscalizar potenciales carteles y conductas antimonopólicas– sería una autoridad adecuada, por su conocimiento de diferentes industrias, para revisar los potenciales efectos, riesgos y beneficios de convenios de colaboración horizontales. Una última observación es que la FNE se encontraría mejor preparada para llegar a potenciales acuerdos sobre las medidas de mitigación de los riesgos competitivos de convenios como este (considerando, también, los efectos conjuntos de otros acuerdos paralelos, como ocurrió en este caso), si el procedimiento y estándares aplicables estuvieran regulados –ya sea en la ley o en una guía que ella misma pueda dictar a futuro–. La aprobación de este acuerdo por el TDLC se sujetó a condiciones, relacionadas, además, a otros acuerdos paralelos suscritos entre las partes[34].

---

gos que no son mitigados por las eficiencias'. A mayor abundamiento, la Corte Suprema enfatiza: 'se debe señalar que en el análisis realizado por esta Corte, se ha concluido que las medidas de mitigación decretadas por el TDLC son insuficientes para contener y neutralizar los riesgos detectados' ". Corte Suprema (23/05/2019) rol 31502- 2018 c 24.

[33] Toro, Viertel y Ureta (2020) p. 2.

[34] Se indica en el acuerdo de las partes con la FNE lo siguiente, como conclusión: "En razón de lo anteriormente expuesto y en virtud del análisis desarrollado en el presente Informe, es que esta Fiscalía estima que las Medidas ofrecidas por Delta y LATAM son proporcionales a los riesgos identificados, idóneas, suficientes y efectivas para mitigar dichos riesgos y a su vez factibles de implementar, ejecutar y monitorear, determinándose en definitiva que, con su implementación, ni la

Asimismo, otro caso relevante es el que se dio con ocasión de una nueva ley que requería el reciclaje de plásticos por parte de cierto tipo de empresas, entre ellas las embotelladoras, para cuyo cumplimiento se presentó ante la FNE un acuerdo entre las principales empresas productoras de bebidas de Chile. Pese al evidente beneficio potencial de este tipo de acuerdos, para colaborar en la sustentabilidad y lograr un mayor reciclaje de envases PET, la respuesta de la autoridad fue negativa, por razones legales y formales. Esto, dado que la colaboración se presentó en el marco de la revisión de operaciones de concentración, y el *joint venture* que se formaría para estos efectos no se estimó que cumplía con los requisitos para ser considerado una operación de este tipo, por no cumplir con los requisitos de independencia respecto de los constituyentes. Este caso ilustra la necesidad de contar con una regulación diferente y más amplia para evaluar este tipo de relaciones lícitas entre competidores, que presenten beneficios probables, con riesgos de competencia revisados y acotados previamente, en lo posible, por la autoridad[35].

Asimismo, un convenio de *joint venture*, aprobado en otro caso por la FNE en el marco de la revisión de una operación de concentración, dio cuenta de los beneficios potenciales de un acuerdo entre competidores. En ese caso, se trataba de una colaboración para establecer –entre diferentes puertos y navieras portacontenedores internacionales–, un sistema para que –a través del uso de tecnología de *blockchain*– se pudiera construir y generar una plataforma para compartir datos y documentos de modo de agilizar el transporte marítimo, proveer una mejor visibilidad de la carga marítima y de los trámites para el transporte de mercaderías por esta vía. Las potenciales ganancias en eficiencia de un proyecto

Adquisición de PM, ni el JVA, ni el Financiamiento DIP ni los ACC que se implementen en forma independiente del JVA, afectarían en forma relevante la competencia". Véase Fiscalía Nacional Económica (2021a) p. 111.

[35] Como expone Ybar (2022) p. 27: "Como consecuencia de la aprobación del proyecto de ley que obliga a incorporar un porcentaje de plástico reciclado en la composición de las botellas plásticas desechables, filiales de embotelladoras de Coca Cola y CCU decidieron notificar a la Fiscalía Nacional Económica, para su aprobación, un *joint venture* destinado a implementar conjuntamente una planta de plástico PET reciclado. La FNE, sobre la base de argumentos formales, se negó a conocer de dicho negocio en el marco del procedimiento de control obligatorio de concentraciones. Seguidamente, las notificantes se desistieron de la transacción". Véase al efecto Fiscalía Nacional Económica (2021b) p. 13, que indica sobre este caso lo siguiente, para rechazar que se trate de una operación de concentración: "Que, consecuentemente, es posible afirmar que la Nueva Entidad no es capaz de operar independientemente en el mercado atendidas las condiciones del *joint venture* y de las Partes y los agentes económicos relacionados que se ubican aguas abajo. La demanda de los Constituyentes es elemental para la funcionalidad de la nueva entidad, sin que existan terceros capaces de demandar del *joint venture* lo suficiente como para permitir su autonomía económica, aún en el escenario en que, tal como lo hace el MoU, se reserve un [15-25]% de forma prioritaria a terceros".

como este serían relevantes, según las partes, pese a los riesgos de coordinación que se pudieran generar, como se dio cuenta en el informe de esta operación[36].

A modo de resumen, parte de la conveniencia de contar con un procedimiento y con criterios reglados para la evaluación preventiva de este tipo de acuerdos potencialmente beneficiosos entre competidores, serían los siguientes:

- La existencia de una vía más comprensiva y amplia para la revisión de estos convenios de colaboración lícitos entre competidores, que supere la actual asimetría y potencial conveniencia de presentar formalmente este tipo de acuerdos como un *joint venture*, en un proceso de evaluación de una operación de concentración del título IV del DL211, en caso de conformarse una entidad permanente e independiente de las partes que lo constituyen.
- La conveniencia de contar con certeza respecto a los criterios de la autoridad de competencia, respecto a cómo se considerarán en una revisión las eficiencias y beneficios, los riesgos y las potenciales medidas de mitigación, para que estos acuerdos puedan ser aprobados. Así, se evitarían asimetrías en la evaluación por parte de las autoridades, como la ilustrada en el caso de los convenios antes comentados de LATAM Airlines respecto a las medidas adecuadas para mitigar los riesgos competitivos detectados.
- La necesidad de certeza para las partes de una colaboración, respecto de la delimitación de qué acuerdos no se encuentran en riesgo de ser considerados como ilícitos por la aplicación de lo dispuesto en el art. 3 letra a) del DL 211, de modo de poderse conocer los criterios que se utilizarán por parte de la autoridad para evaluarlos. Esto, sin perjuicio, lógicamente, de la libertad de la autoridad para fiscalizar y perseguir acuerdos que estime como ilícitos, entre competidores.

II. Revisión del posible mecanismo de evaluación por la autoridad y de los criterios normativos para la evaluación de acuerdos lícitos entre competidores

Un posible sistema a evaluar en Chile sería el otorgar a la autoridad de competencia, la FNE, la autorización legal para que pueda revisar acuerdos entre

[36] Véase al efecto Fiscalía Nacional Económica (2020c). En este caso, la FNE concluyó en el marco de su análisis de esta operación de *joint venture* (p. 18), que: "[...] la Operación no implica la pérdida de un competidor potencial en el mercado, ni que la Nueva Entidad pueda facilitar el comportamiento coordinado entre las Constituyentes Navieras, miembros del JV, esta División ha llegado a la conclusión que la Operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia".

competidores y sus beneficios y riesgos –directos o indirectos–, en un plazo razonable de tiempo, por ejemplo, noventa días hábiles en los casos más simples[37]. Cabe señalar que este sistema ya opera en otros países[38]. Además, en nuestro país habría una vía abierta para hacerlo, pero no se ha establecido un régimen claro en cuanto al procedimiento y estándar de revisión aplicable[39, 40]. El mecanismo podría ser uno similar –con los cambios que sean necesarios para la evaluación de los diferentes riesgos competitivos– al contemplado en el título IV: "De las operaciones de concentración" del DL 211[41]. Se puede, asimismo, establecer la seguridad para las partes de que los acuerdos revisados por la FNE preventivamente no acarrearán responsabilidad posteriormente, en los términos del art. 32 del DL 211[42], incluyendo un título relativo a la revisión de este

[37] Se habla de riesgos directos de un acuerdo cuando son los propios efectos restrictivos del mismo convenio. Por ejemplo, si el acuerdo puede –por sí mismo– impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir esos efectos. Se hace referencia a efectos indirectos de un acuerdo, cuando los efectos restrictivos anticompetitivos se producen en mercados en que debiera existir una competencia entre las partes (así, en mercados en que no debiera operar el acuerdo, se podría generar una mayor posibilidad de coordinar la actuación de las partes, dado el traspaso de información entre ellas, por ejemplo).

[38] Por ejemplo, se indica respecto al sistema operante en Nueva Zelanda, lo siguiente: "Por otro lado, existe un sistema de fiscalización ex ante, mediante el cual se solicita a la autoridad de competencia una autorización previa para celebrar un contrato con disposiciones que establecen acuerdos entre competidores. Según la 'Guía de Colaboración entre Competidores', se admitirán disposiciones que disminuyan la competencia en cuanto produzcan beneficios para los consumidores que superen los riesgos". Véase Toro, Viertel y Ureta (2020) p. 6.

[39] Fiscalía Nacional Económica (2017) en su número 43 dispone: "En cualquier caso, todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que no califique como operación de concentración, podrá igualmente ser evaluado por esta Fiscalía bajo otros regímenes, según las reglas generales en caso de que este impida, restringa o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos".

[40] Además, la misma Corte Suprema (23/05/2019) rol 31502- 2018 c. 18 ha señalado indirectamente que se podría considerar en la evaluación de este tipo de acuerdos de colaboración entre los competidores, el hecho que se haya consultado previamente a la autoridad: "[…] Es así como, en nuestra legislación, los acuerdos entre competidores no sólo son mirados con recelo, sino que aquellos, sin aprobación previa y conforme a las circunstancias, pueden llegar a constituir un ilícito anticompetitivo, establecido en el artículo 3°, inciso segundo, letra a), del Decreto Ley N° 211 […]". La sentencia antes citada es sobre reclamaciones contra la Resolución rol n.° 54/2018, relacionada con acuerdos comerciales entre LATAM Airlines Group (LATAM), American Airlines Inc. y otras aerolíneas.

[41] Como se indica en Comisión Europea (2011) párrafo 21: "El análisis de los acuerdos de cooperación horizontal tiene ciertos elementos comunes con el análisis de las concentraciones horizontales en cuanto a los efectos restrictivos potenciales, en especial por lo que se refiere a las empresas en participación".

[42] Cabe comentar que este art. 32 del DL 211 fue modificado para incluir expresamente en la exención de responsabilidad las decisiones tomadas previa revisión realizada por la FNE en las

tipo de convenios entre competidores. En todo caso, debería darse a la autoridad mayores plazos para la revisión de los acuerdos –por ejemplo, para contar con la opinión respecto a los riesgos de coordinación de las divisiones correspondientes de la FNE–, así como proveer a la FNE de mayores recursos y personal para revisar estos convenios. Además, como parte de esta regulación, se ha señalado en una ocasión que la autorización de un acuerdo se podría dar de manera temporal[43], lo que puede ser una posibilidad a explorar en ciertos casos[44].

Por otra parte, una alternativa a la regulación legal de este tipo de acuerdos en el DL211 podría ser la redacción de criterios generales internos de la FNE –contenidos en una guía, por ejemplo–, que esta autoridad utilice en el caso de que las partes sometan un acuerdo horizontal voluntariamente a su aprobación. Este es el caso –entiendo–, del proyecto de guía recién propuesto por la autoridad de competencia en Perú, que da cuenta de los criterios y estándares de evaluación de acuerdos lícitos entre competidores[45]. Como se ha indicado antes, la conveniencia de una regulación de los convenios de colaboración lícita entre competidores ha sido destacada por autores y expertos en libre competencia en Chile[46], que no debiera quedarse atrás de los países vecinos en este tema.

operaciones de concentración. Esto se puede replicar, con los cambios y prevenciones que sean necesarias, incluyendo a los acuerdos entre competidores aprobados previamente por la autoridad de competencia en esta posible nueva exención.

[43] El TDLC se ha pronunciado en el sentido que podría someter una eventual autorización de este tipo de acuerdos a una limitación de carácter temporal, con el fin de reevaluar los efectos del mismo. Véase TDLC (31/10/2018) rol NC n.° 434-16 c. 17 dispone: "Asimismo, el hecho que no se trate de una fusión acarrea otras dos consecuencias. [...]. Segundo, importa una marcada inclinación a someter una eventual autorización a una limitación de carácter temporal, con el fin de reevaluar los efectos de los acuerdos y las medidas de mitigación que puedan haber sido impuestas".

[44] Esta posibilidad de revocación de la autorización sería una diferencia con las operaciones de concentración, ya que el análisis prospectivo que hace la autoridad podría hacerse sujeto a la posibilidad de revisión y de eventual revocación de la autorización para continuar con el acuerdo, en razón de sus efectos restrictivos efectivos para la competencia. De este modo, las decisiones de las autoridades sobre este tipo de convenios podrían estar sujetas, al menos en teoría y en ciertos casos, a una menor posibilidad de errores que tengan efectos permanentes sobre los mercados. Esta sería una de las varias razones de por qué convendría establecer un mecanismo que le permita a la autoridad revisar preventivamente este tipo de acuerdos.

45 Véase Indecopi y el Banco Mundial (2025). Para un mayor detalle sobre este proyecto de guía, véase al efecto el artículo publicado por CeCo Perú (2025).

[46] Por ejemplo, se ha indicado al efecto lo siguiente sobre la falta de normativa aplicable a estos acuerdos: "Este dilema debe plantearnos la necesidad de modificar nuestra ley de competencia, incorporando en esta un mecanismo de control voluntario de acuerdos de colaboración que, siguiendo el exitoso modelo del sistema de control de concentraciones, permita a la FNE otorgar autorizaciones por lapsos definidos de tiempo (a diferencia de una concentración económica, cuya

Conforme a lo antes señalado, pese a no existir en Chile una norma legal o una guía al efecto, se ha llegado a la conclusión práctica que se debiera poder revisar la pertinencia de aprobar acuerdos entre competidores que no se traten de carteles duros o de acuerdos prohibidos (por ejemplo, conforme al texto del art. 3 letra a) del DL11), y que representen beneficios o eficiencias para la sociedad, traspasables a los consumidores. Como señala la propia FNE:

> "Para determinar la licitud o ilicitud de un acuerdo de colaboración entre competidores, debe realizarse un ejercicio de balance o ponderación de sus efectos, eficiencias y riesgos"[47].

Esto hace sentido en varios casos, por ejemplo, en el caso de que se generen mayores eficiencias por la existencia de efectos de red o economías de otro tipo, como podría ser el caso de los acuerdos entre aerolíneas o entre empresas navieras[48].

Como ha indicado la propia FNE con ocasión de la crisis del COVID-19:

> "Para determinar la licitud o ilicitud de un acuerdo de colaboración entre competidores, debe realizarse un ejercicio de balance o ponderación de sus efectos, eficiencias y riesgos. Si un acuerdo de colaboración entre competidores genera eficiencias, éstas son mayores a sus riesgos anticompetitivos, se adoptan mecanismos para restringir al máximo la interacción entre los competidores y no existe un mecanismo menos lesivo de la competencia para alcanzar dichas eficiencias que su celebración, siendo por tanto necesario, un acuerdo de colaboración entre competidores, sería lícito conforme al DL 211"[49].

Así, la FNE podría revisar en dos etapas este tipo de acuerdos, para determinar primero si el mismo convenio –siempre que no sea considerado colu-

aprobación es definitiva y permanente), imponiendo medidas de resguardo, de ser necesario; y a sus ejecutores, la tranquilidad de promover acuerdos socialmente beneficiosos sin el fantasma de la responsabilidad en esta sede". Véase Ybar (2022) p. 28.

[47] Véase Fiscalía Nacional Económica (2020a).

[48] Por ejemplo, se ha indicado respecto a la industria naviera lo siguiente: "De hecho la experiencia comparada admite abiertamente estas prácticas en algunos mercados, como lo son las "conferencias navieras", que de hecho han sido conocidas y aceptadas por el TDLC a propósito de la ERN 14-12, que aceptó la participación de las empresas chilenas en acuerdos navieros de flete, sin que ello impidiera luego al TDLC conocer y juzgar prácticas restrictivas cometidas por empresas navieras que ejerzan actividades en Chile, o cuyos actos produzcan efectos en Chile, sea que participen o no en una Conferencia, Consorcio o Convenio de Pool. Cuestión que de hecho ocurrió con la causa contenciosa Rol N° 292-15". Véase Toro, Viertel y Ureta (2020) pp. 4-5.

[49] Véase Fiscalía Nacional Económica (2020a).

sivo o una práctica concertada ilícita[50]– puede potencialmente restringir la libre competencia[51] y, en caso de determinar en definitiva que el acuerdo es restrictivo[52], evaluarse en segundo término los beneficios del mismo, de manera que se puedan compensar adecuada y suficientemente los efectos lesivos o restrictivos a la competencia. En el caso del proyecto de Guía emitida en Perú, también se establece la existencia de dos etapas de revisión de los acuerdos de colaboración[53].

Estas etapas de revisión propuestas se establecen, asimismo, en la Unión Europea (UE), de la siguiente manera:

> "La evaluación con arreglo al artículo 101 consta de dos fases. La primera, [...], evalúa si un acuerdo entre empresas [...] tiene un objeto contrario a la competencia o unos efectos reales o potenciales restrictivos de la competencia".

[50] De aquellas prácticas concertadas que confieren poder de mercado a las partes, y que consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a competidores actuales o potenciales, en los términos del art. 3 letra a) del DL211.

[51] De todos modos, se debiera evaluar antes, si no se trata de un acuerdo ilícito entre competidores, lo que se daría en el caso de convenios de los establecidos en el art. 3.°, inciso segundo, letra a), del Decreto Ley n.° 211. Estos casos serían de ilícitos *per se* anticompetitivos. Por ejemplo, en Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice (2000) p. 3 se señala lo siguiente: "Acuerdos desafiados como ilegales per se. Los acuerdos de un tipo que siempre o casi siempre tienden a aumentar el precio o a reducir la producción son ilegales per se. [...]. Los tribunales presumen de manera concluyente que dichos acuerdos, una vez identificados, son ilegales, sin indagar sobre sus supuestos fines comerciales, daños anticompetitivos, beneficios pro competitivos o efectos competitivos generales". En el mismo sentido, en Estados Unidos se descarta, primero, que no se trate de acuerdos ilícitos *per se*, antes de revisar que los convenios tengan objeto o efectos beneficiosos, a la luz del estándar de la regla de razón. Véase *op. cit*.

[52] Para determinar si el acuerdo es restrictivo de la competencia, se puede atender a su naturaleza, características, objeto del negocio, efectos en variables competitivas, duración, y a otras consideraciones relevantes, como la aptitud restrictiva de la competencia o el nivel de integración de las partes, así como a la independencia y nivel de competencia remanente entre las partes. Esto, conforme a lo que se establezca y derive de la suscripción de cada acuerdo. En todo caso, las restricciones competitivas que se deriven de un convenio debieran ser accesorias y proporcionales al objeto procompetitivo o beneficioso del acuerdo. Estas características se reconocen en Indecopi y el Banco Mundial (2025). Asimismo, la revisión de este carácter restrictivo de la competencia dependería también del tipo de convenio de colaboración de que se trate.

[53] Se establecería en el proyecto de Guía propuesto en Perú, lo siguiente: "Para poder saber si es que un acuerdo de colaboración horizontal es lícito, la Guía del Indecopi propone un análisis en dos niveles: en el primer nivel, se examina si es que el acuerdo es, en principio, admisible desde la perspectiva legal, y luego, en el segundo nivel, se evalúan con más a profundidad los efectos del acuerdo en la competencia, sus eficiencias y las posibles ganancias en el bienestar de los consumidores". Véase Indecopi y el Banco Mundial (2025). Véase CeCo Perú (2025) p. 1.

La segunda fase, en caso de determinarse que hay un acuerdo que es restrictivo de la competencia:

> "consiste en determinar los beneficios para la competencia de ese acuerdo y en evaluar si esos efectos favorables a la competencia compensan los efectos restrictivos de la competencia"[54].

La carga de la prueba de los beneficios y de la compensación de los efectos restrictivos de la competencia, es de las partes[55]. Así, en la UE, se prohíben los acuerdos que tengan por objetivo o efecto restringir la competencia. Se entiende por restricciones de la competencia por el objeto aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia[56]. Cuando un acuerdo no sea restrictivo de la competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos de la competencia sensibles. Así, el acuerdo debe tener al menos efectos anticompetitivos probables[57]. En todo caso, las partes deben, para probar los beneficios de un convenio y sus efectos compensatorios, cumplir con ciertos requisitos[58].

En el mismo sentido, el TDLC en Chile habría sostenido una postura que puede entenderse como similar, indicando lo siguiente:

---

[54] En Comisión Europea (2011) párrafo 20.

[55] Se indica al efecto lo siguiente: "Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es [...]". En Comisión Europea (2011) párrafo 48.

[56] Se establece sobre este tema lo siguiente: "La naturaleza y el contenido de un acuerdo guardan relación con elementos tales como el ámbito y el objetivo de la cooperación, la competencia entre las partes y el alcance de la combinación de sus actividades. Esos elementos determinan los tipos de posibles problemas de competencia que pueden derivarse de un acuerdo de cooperación horizontal". En Comisión Europea (2011), párrafo 32. Lo que se quiere determinar es la pérdida de independencia competitiva de las partes, ya sea porque limita la posibilidad de las partes de competir entre sí o con terceros, porque aporta activos relevantes que reducen su capacidad competitiva independiente o, bien, porque aporta recursos financieros relevantes.

[57] Se indica al efecto lo siguiente: "Para que un acuerdo tenga efectos restrictivos de la competencia [...], debe tener un impacto negativo apreciable, real o probable, por lo menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación". En Comisión Europea (2011), párrafo 27.

[58] Los requisitos de las Directrices UE son los siguientes: (i) los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, es decir deben generar mejoras de eficiencia; (ii) las restricciones deben ser indispensables para alcanzar esos objetivos (mejoras de eficiencia); (iii) debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; (iv) el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. En Comisión Europea (2011), párrafo 49.

> "aún cuando en términos generales los acuerdos entre competidores son mirados con sospecha por el derecho de la competencia, siendo fuerte la presunción en su contra, ellos no siempre son dañinos. En efecto, tales acuerdos bien pueden permitir a un grupo de firmas llevar a cabo actividades de forma más eficiente, sea por la escala alcanzada; por la reducción en costos informacionales, de transacción, de marketing (a través d e la integración de promoción y avisaje) u otros; o por eliminar problemas tales como el *free riding*"[59].

En el mismo sentido –de una potencial licitud de los acuerdos– se ha pronunciado la Corte Suprema en Chile, en un caso, en el marco de la revisión del acuerdo entre LATAM Airlines y American Airlines, ya mencionado en este artículo[60].

Sobre el tema del estándar aplicable a la revisión de los acuerdos entre competidores, se puede indicar, en resumen, lo siguiente:

- Sobre el estándar aplicable, el TDLC ha señalado en un caso particular que, pese a las similitudes de un acuerdo lícito entre competidores con una operación de concentración, no se podría utilizar, sin un mayor análisis, el estándar sustancial propio de una operación de concentración[61].
- Asimismo, la Corte Suprema ha señalado, por una parte, que este tipo de acuerdos, sin aprobación previa y en determinadas circunstancias, puede constituir un ilícito anticompetitivo, conforme a lo dispuesto en el art. 3 letra a) del DL211. Pese a ello, la misma Corte Suprema indicó a continuación que habría beneficios de un convenio como el

[59] Iglesias (2021) p. 7. La referencia es al TDLC (31/10/2018) rol NC n.° 434-16 c. 13.

[60] Como indica Toro, Viertel y Ureta (2020) p. 8: "Finalmente, la Corte Suprema ha resuelto que: […] se debe ser enfático en señalar que esta Corte no se opone a la aprobación de este tipo de acuerdos, empero, para que aquello ocurra se debe acreditar de manera contundente que existe un beneficio cierto que será traspasado a los consumidores y que el potencial riesgo que su naturaleza conlleva se neutraliza por las eficiencias sumadas a las medidas o condiciones de mitigación".

[61] TDLC (31/10/2018) rol NC n.° 434-16 c. 16 dispone: "En lo que respecta a los hechos, el análisis recae en establecer los riesgos y beneficios asociados a los acuerdos y determinar si estos últimos son superiores a los primeros. Este es ciertamente un análisis estructural similar al realizado durante un control de concentraciones, particularmente en casos como el presente, donde los acuerdos permiten a las partes coordinar precios y, al mismo tiempo, tienen el potencial de producir eficiencias sustanciales. Sin embargo, dado que se trata de acuerdos entre competidores, no es correcto acudir a estándares jurídicos relacionados específicamente con dicho control, tales como el estándar sustantivo aplicable, […]. Por el contrario, atendidas tanto la complejidad de los acuerdos como el hecho que posean un gran potencial dañino, y que las posibilidades de comprobar los beneficios se vean disminuidas por las asimetrías de información existentes, la medición de riesgos y beneficios debe ser particularmente cuidadosa".

revisado –en este caso eficiencias en una industria de redes, como es el mercado de transporte aéreo–, que pueden justificar que no se aplique la regla *per se* dispuesta en la norma antes mencionada[62]. Así, la regla *per se* de ilegalidad no se habría aplicado de manera automática, antes de realizar un examen de fondo del acuerdo en cuestión y de sus efectos. Se pudiera, en este sentido, indicar en lo posible en qué casos generales se aplicaría la regla *per se* del art. 3 letra a) del DL 211, que entiendo que sería cuando no existe –conforme a la experiencia de la autoridad– una justificación real y procompetitiva asociada al acuerdo. Y que se da, además, cuando un acuerdo puede ser incluido en las descripciones normativas que establece ese artículo.

– Así, las decisiones antes señaladas respecto al estándar de revisión de los acuerdos entre competidores harían recomendable, si se estima necesario, precisar la postura de la autoridad sobre dicho estándar, de manera de proveer a las partes que quieran celebrar este tipo de convenios, de criterios más generales sobre los mismos y sobre sus potenciales efectos competitivos. Ello se podría hacer siguiendo, por ejemplo, algunos criterios generales enunciados en guías comparadas (como puede ser el caso de la Guía de la UE con directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal, en adelante las Directrices UE; o también los cambios que se hagan a la guía de los Estados Unidos del año 2001, en revisión en este momento)[63].

[62] Corte Suprema (23/05/2019) rol n.° 31.502 c. 12 indica: "Pues bien, en el caso concreto, para comprender la razón por la que no se aplica ipso facto la regla per se del artículo 3° antes mencionado, resulta trascendente atender a la naturaleza de la industria del transporte aéreo que, como se dijo, es una industria de redes, pues aquello determina que este tipo de acuerdos pueden ser necesarios no sólo para las empresas, sino que puedan además generar eficiencias que se traspasaran directamente a los consumidores y que, en consecuencia, hagan aconsejable la aprobación de la operación, pues los beneficios que de ella deriven pueden, teóricamente, ser mayores a los riesgos que la operación en si determina. De esta forma, entiende esta Corte, que el quid del asunto radica en determinar si la operación presenta beneficios concretos y específicos que aconsejen su aprobación, cuestión que implica establecer si, efectivamente, la operación coordinada entre los competidores acarrea eficiencias tan significativas que neutralizan cualquier tipo de riesgo, pues sólo de esta forma se establecerá que el acuerdo es, como lo señalaron las partes, pro competitivo, pues esta situación es la que permite soslayar la regla prevista en el artículo 3°, inciso segundo, letra a) del Decreto Ley N° 211".

[63] También Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice (2000) podría ofrecer una alternativa realista del estándar de revisión de los acuerdos. Esto, porque consideraría de manera apropiada las diferencias entre un acuerdo entre competidores y una operación de concentración, por un lado, y, por otro, también consideraría la diferencia entre un convenio entre competidores lícito y los casos en que este se debiera considerar como anticompetitivo (ya sea porque su objeto principal es anticompetitivo o, bien, porque afecta variables competitivas re-

- Cabe considerar, además, que, tanto en la Unión Europea como en Estados Unidos, se haría, primero, un examen de si el convenio de colaboración sería un acuerdo ilícito *per se*[64].
- De este modo, una manera de precisar la diferencia entre acuerdos considerados como anticompetitivos y otros que podrían tener beneficios asociados sería esta: separar las etapas de análisis de este tipo de acuerdos, considerando, primero, si se trata de convenios prohibidos conforme a lo dispuesto en el art. 3 letra a) del DL 211, para después, en caso de que no lo sean, y en caso que los acuerdos puedan presentar beneficios o eficiencias relevantes, entrar a un análisis más detallado y flexible del pacto en particular y de sus potenciales restricciones competitivas. Este análisis se puede hacer bajo una regla de razón, evaluando aspectos similares a los que se consideran para el análisis de una operación de concentración, pero que también tomen en cuenta las diferencias entre dichas operaciones y la realidad de un acuerdo entre competidores, que puede hacer necesario tratar ciertos temas y riesgos de manera diferente[65].
- Finalmente, se podría indicar –en la ley o en la guía que se dicte al efecto– de quién sería la carga de la prueba de que el acuerdo no tiene la aptitud para afectar la competencia, en términos generales. En este sentido,

levantes para que exista competencia entre las partes del acuerdo, sin ofrecer, en cambio, eficiencias o beneficios asociados).

[64] En Estados Unidos, el estándar aplicable a este tipo de acuerdos se basa en un examen doble, por etapas. Primero, se establece si el acuerdo pudiera ser considerado como ilegal *per se*. Después, se analizan los convenios no considerados como ilegales *per se,* bajo un estándar de la regla de razón. Véase al efecto Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice (2000) p. 3, bajo el título denominado *Overview of Analytical Framework*. Aquí se establece: "La Corte Suprema utiliza dos tipos de análisis para determinar la legalidad de un acuerdo entre competidores: la regla per se y la regla de la razón. Ciertos tipos de acuerdos es tan probable que produzcan daños a la competencia y que no tengan un beneficio pro competitivo significativo, que no justifican el tiempo y los gastos necesarios para realizar una investigación detallada de sus efectos. Una vez identificados, tales acuerdos son impugnados como ilegales per se. Todos los demás acuerdos se evalúan bajo la regla de la razón, que implica una investigación objetiva del efecto competitivo general de un acuerdo. Como ha explicado la Corte Suprema, el análisis de la regla de la razón implica una investigación flexible y varía en enfoque y detalle según la naturaleza del acuerdo y las circunstancias del mercado".

[65] Como ejemplos de estas diferencias, se pueden indicar: la existencia de competencia remanente, el plazo de duración y la eventual revocabilidad del acuerdo, la necesidad de tratar el tema del potencial intercambio de información entre las partes, la necesidad de considerar los factores que inciden en la habilidad e incentivos de las partes del convenio y de la entidad en colaboración para competir entre ellas, entre otros factores a revisar. También se debiera evaluar la existencia de las eficiencias y beneficios del acuerdo, así como de su potencial traspaso a los consumidores.

el TDLC ha reconocido que serían las partes en este tipo de acuerdos las que debieran probar que no se imponen restricciones indebidas a la competencia, que deban ser remediadas. Este es el mismo criterio aplicado en la Unión Europea, como se ha indicado antes.

Por otra parte, se debe reconocer que las decisiones previas de las autoridades en Chile parecerían ser consistentes –en general– con las normas y guías comparadas sobre acuerdos lícitos entre competidores, pese a la falta de regulación en Chile, antes señalada[66]. En este sentido, como se ha hecho por parte de la FNE en otros ámbitos, estas guías y directrices comparadas podrían servir de punto de referencia para la revisión de los efectos de los acuerdos entre competidores en Chile, sujeto a la consideración de las diferencias normativas y de hecho que sean necesarias de atender específicamente en nuestro país[67].

Asimismo, se puede observar que los criterios seguidos por las autoridades en Chile han tendido a ser generales, como ocurre en la Unión Europea, que establece que los convenios entre competidores deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico. Esto, pese a que se puede incluir, también, consideraciones específicas o de normas especiales para que se puedan aprobar ciertos tipos específicos de acuerdos, de innovación y desarrollo, por ejemplo. Estos comentarios u observaciones específicos se pueden relacionar con la visión de la autoridad respecto de los beneficios, eficiencias o riesgos característicos de algún tipo particular de colaboración lícita.

En todo caso, cabe observar que una guía debe evitar que se produzcan efectos contrarios a la competencia[68], lo que puede hacer de la revisión de estos

[66] Como indica Toro, Viertel y Ureta (2020) p. 5: "La normativa comparada es similar a lo que ha establecido la jurisprudencia reciente en Chile. Se permiten los acuerdos colaborativos entre competidores siempre y cuando no consistan en acuerdos ilícitos per se, y que sus eficiencias y beneficios para el mercado y los consumidores superen los riesgos que pudieran producir en éstos mismos. En general, se regulan como una contraposición a los acuerdos ilícitos o carteles".

[67] Por ejemplo, en la Unión Europea se ha dictado una guía para establecer criterios sobre este tema –véase Comisión Europea (2011)–. Y en términos generales, se establece (art. 101 párrafo 3 del TFEU) una norma general sobre acuerdos entre empresas lícitos, que son los: "que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante", siempre que dichos convenios no impongan restricciones que no sean indispensables ni posibiliten la eliminación de la competencia. Y se han establecido también ciertas excepciones, denominadas *block exemptions* para cierto tipo de acuerdos, por ejemplo, para aquellos de investigación y desarrollo (I+D).

[68] Se indica esto en una guía comparada: "Por consiguiente, un acuerdo horizontal puede disminuir la capacidad decisoria independiente de las partes y, como consecuencia, aumentar la probabilidad de que las empresas coordinen su comportamiento para alcanzar un resultado colusorio". Esto se indica en Comisión Europea (2011), párrafo 37. Ejemplos de estos riesgos son que, por

acuerdos y de sus potenciales riesgos, en ocasiones, algo tanto o aún más complejo (por la necesidad de preservar la independencia competitiva) que la evaluación de algunas operaciones de concentración. Así, una diferencia en el caso de los acuerdos lícitos puede ser la necesidad de monitorear y fiscalizar las posibles desviaciones anticompetitivas posteriores al convenio, dado que las partes continuarían siendo competidoras en algunos segmentos, productos o negocios.

Conforme con lo revisado de manera preliminar, algunos de los temas que podría considerar una potencial guía sobre estos acuerdos, por indicar sólo algunos ejemplos, serían los siguientes:

- Una delimitación lo más específica posible de las diferencias entre los *joint venture* concentrativos permanentes e independientes, que deben ser aprobados previamente en el marco de la normativa sobre las operaciones de concentración, conforme con lo dispuesto en el título IV del DL 211[69], y los acuerdos lícitos de colaboración entre competidores, que estarían regulados en esta nueva guía.
- La referencia expresa a que los acuerdos propuestos pueden restringir eventualmente, pero no impedir por completo la competencia entre las partes[70].
- La indicación de una zona de seguridad o de umbrales –de participaciones de mercado, por ejemplo– que, en caso de no superarse, no deriven, de regularse así, en la obligación de solicitar preventivamente la autorización del acuerdo lícito por parte de la autoridad[71]. Se pueden

divulgación de la información competitiva estratégica, o por la igualación de los costos de producción entre las empresas, por ejemplo, se aumente la probabilidad de coordinación. Es este tipo de efectos el que se quiere precaver, al revisar preventivamente un acuerdo.

[69] Se pueden indicar los criterios generales respecto a que la creación de un nuevo agente económico que posee autonomía funcional o independencia, y que se proyecta de manera permanente en el tiempo, sería revisable como una operación de concentración. Se puede, asimismo, incluir ejemplos de acuerdos de competidores que no constituirían operaciones de concentración, y detallarse los criterios para que las partes puedan idealmente realizar por sí mismas esta evaluación.

[70] Este requisito de no eliminación de la competencia se ha recogido también a nivel de derecho comparado, siendo una de las condiciones que se analiza en la Unión Europea para que se pueda aprobar un acuerdo de colaboración. Por ejemplo, se puede señalar lo siguiente: "el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate".

[71] Como referencia, se establece en un artículo lo siguiente, recomendando la fijación de ciertos umbrales bajo los cuales no sería necesaria una revisión previa de la autoridad: "[…] la Autoridad de Mercados y Competencia del Reino Unido emitió los Lineamientos sobre acuerdos horizontales (2023) que refuerzan la importancia de parámetros técnicos claros. Esta incorpora umbrales de cuota de mercado (15% en acuerdos entre competidores y 25% en acuerdos entre no competidores)". Indecopi y el Banco Mundial (2025). Véase CeCo Perú (2025) p. 4.

establecer, asimismo, excepciones a estos umbrales como, por ejemplo, cuando se trate de convenios que sean ilegales en virtud de lo dispuesto en la letra a) del art. 3 del DL 211.

- La indicación de factores generales de delimitación entre los acuerdos prohibidos más claramente en la letra a) del art. 3 del DL 211 (especialmente de no haber beneficios o eficiencias que los justifiquen) como –acuerdos de precios, límites a producción, asignación de zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación–, de aquellos convenios que podrían ser considerados como lícitos por la autoridad[72]. Esto, sin perjuicio de libertad de la autoridad para fiscalizar y perseguir los pactos que estime como ilícitos, en cualquier caso.
- Además, se puede considerar en la normativa cómo se evaluarán las eficiencias y beneficios de un acuerdo de colaboración, así como su potencial traspaso a los consumidores (por ejemplo, se pueden establecer los criterios para que las eficiencias sean consideradas como verificables, traspasables a los consumidores para compensar la restricción competitiva, etcétera).
- Asimismo, la forma y estructura del análisis para poder realizar la evaluación y ponderación de riesgos y eficiencias de un convenio, sería uno de los temas que pueden ser tratados explícitamente en una guía[73].
- Además, se pueden indicar criterios para evaluar y prevenir los riesgos relacionados al traspaso de información entre competidores. Esto, para

[72] Por ejemplo, en el proyecto de Guía de Perú, antes citado, se indicaría lo siguiente sobre esta delimitación con acuerdos que no son lícitos: "Con respecto al primer nivel de análisis, el objetivo es examinar la naturaleza del acuerdo para determinar si este es o no admisible desde una perspectiva legal. Lo primero es comprobar que el acuerdo no califique como una 'prohibición absoluta' (per se) en los términos del artículo 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de Perú. El legislador entiende que estos acuerdos restringen la competencia y no generan eficiencias que beneficien al mercado o a los consumidores. Estos acuerdos son: (i) los de fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicios; (ii) los que tienen el fin de limitar la producción o las ventas por cuotas; (iii) los de reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; y (iv) los que establecen posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación, adquisición, subastas y remates públicos". Estas figuras también son reconocidas en el art. 3 letra a) del DL 211. Indecopi y el Banco Mundial (2025). Véase CeCo Perú (2025) p. 1.

[73] Por ejemplo, en Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice (2000): se establece un párrafo sobre el *Overall Competitive Effect*, el que se inicia indicando lo siguiente: "Si el acuerdo relevante es razonablemente necesario para lograr eficiencias reconocibles, las agencias evalúan la probabilidad y la magnitud de las eficiencias reconocibles y los daños anticompetitivos para determinar el efecto global real o probable del acuerdo sobre la competencia en el mercado relevante. Para tomar la determinación requerida, las Agencias consideran si las eficiencias reconocibles probablemente serían suficientes para compensar el potencial del acuerdo de dañar a los consumidores en el mercado relevante, por ejemplo, evitando aumentos de precios". Traducción propia del número 3.37 de esta guía.

que las partes puedan contar con lineamientos para evitar o reducir los riesgos de que el traspaso de la información vaya más allá de lo que resulte necesario para que la colaboración opere y produzca los beneficios esperados, que justifican su aprobación[74].

III. Conveniencia de considerar la evaluación de ciertos tipos específicos de acuerdos entre competidores y sus potenciales efectos

Las guías y documentos de las autoridades de competencia sobre acuerdos entre competidores dan cuenta en general de las particulares características que reúnen ciertos tipos de convenios, las que se debieran evaluar al ser revisados por las autoridades. Por ejemplo, acuerdos de innovación y desarrollo, acuerdos de producción o convenios para alcanzar objetivos sustentables en la producción o negocios de las partes[75, 76], han sido considerados de una manera más frecuente como potenciales candidatos a ser aprobados por las autoridades, en caso de reunirse y verificarse la existencia de ciertos requisitos y condiciones.

Lo anterior no es contrario a establecer un criterio general de aprobación de este tipo de acuerdos, como es el progreso técnico, económico y la productividad, en el caso de la Unión Europea. En efecto, hay muchos casos en que los beneficios de un acuerdo no podrían ser subsumidos en criterios estrechos de beneficios para los consumidores o de acuerdos permitidos especialmente. A modo de ejemplo, en el caso de la aprobación de un *joint venture* en Chile, el ma-

[74] Así sería conveniente hacer una mención en la guía al menos a los criterios básicos para establecer qué tipo de información sería más riesgoso compartir entre los competidores y cuál tipo de información sería más usualmente compartida con la finalidad de poder operar y lograr las eficiencias propias de los respectivos acuerdos. Asimismo, se pueden recomendar salvaguardas para evitar el traspaso de información innecesaria para implementar un convenio, sobre variables competitivas especialmente sensibles. Se puede encontrar una regulación respecto al intercambio de información, en la Guía de la Unión Europea de Directrices de aplicabilidad del art. 101, donde se hace referencia a los "Principios Generales de la Evaluación del Intercambio de Información desde el punto de vista de la Competencia".

[75] A modo de ejemplo de acuerdos que tendrían objetos de sustentabilidad, se pueden nombrar, una colaboración entre competidores para desarrollar conjuntamente una tecnología con una aplicación productiva que genere una reducción del consumo de energía. O, también, un convenio entre competidores para comprar de manera conjunta –y así ahorrar en costos– ciertos insumos más sustentables, para producir sus respectivos productos.

[76] Por ejemplo, en Indecopi y el Banco Mundial (2025) se establecería lo siguiente: "[…] los cuatro tipos de acuerdos de cooperación horizontal más comunes son: (i) acuerdos de sostenibilidad; (ii) acuerdos de investigación y desarrollo (I+D); (iii) acuerdos de estandarización; y (iv) acuerdos de colaboración para compra conjunta". Véase CeCo Perú (2025), p. 2.

yor beneficio del sistema de la plataforma GSBN a constituirse entre empresas navieras y de puertos de diversas partes del mundo, tendría relación con la agilización de las gestiones y documentación naviera y aduanera, para la facilitación y mayor digitalización del comercio naviero[77].

Es de interés considerar, además que, a nivel comparado, en una práctica que se puede evaluar en nuestro país, se han establecido tipos de acuerdos que serían más o menos beneficiosos y más o menos riesgosos desde el punto de vista de la libre competencia. Así, respecto a acuerdos de innovación y desarrollo, o acuerdos de producción, se ha reconocido lo siguiente:

> "Un acuerdo de investigación y desarrollo puede combinar distintas capacidades de investigación que permitan a las partes producir bienes mejores más económicamente y acortar el plazo de lanzamiento al mercado de esos productos. Un acuerdo de producción puede permitir a las partes realizar economías de escala o de alcance que no podrían lograr individualmente"[78].

En este sentido, se estima que una guía de acuerdos de colaboración entre competidores puede hacer una referencia –al menos general– al tipo de beneficios, eficiencias y riesgos específicos que se espera que ocurran habitualmente ante la suscripción de cierto tipo de acuerdos. Así se hace, por ejemplo, en las directrices de la UE, que se refieren en detalle a los siguientes acuerdos horizontales: acuerdos de investigación y desarrollo, acuerdos de producción, convenios de compra, acuerdos de comercialización y convenios de estandarización[79]. La guía de la autoridad –la CMA– del Reino Unido, también se refiere a acuerdos de similar naturaleza, en general[80].

Además, el tratamiento diferenciado de ciertos acuerdos se justifica, por ejemplo, porque los tipos de eficiencias (para reducir costos, lograr nuevos productos en un plazo menor u obtener economías de escala o de ámbito) podrían ser diferentes, dependiendo de la naturaleza de cada colaboración. Para ilustrar este punto, cabe comentar que es natural que un convenio para la innovación y desarrollo de productos se revise sobre la base de las capacidades, *know how*, o aportes complementarios de las partes para lograr producir un producto nue-

[77] Véase al efecto Fiscalía Nacional Económica (2020c).

[78] En Comisión Europea (2011), párrafo 51.

[79] La referencia se hace a los acuerdos de colaboración tratados en Comisión Europea (2011), en los números 3, 4, 5, 6 y 7. Ahí se define cada uno de estos acuerdos, se indica su mercado relevante de referencia, se establecen sus problemas de competencia habituales y específicos, se mencionan las eficiencias y beneficios que generan, así como el efecto restrictivo de la competencia que presentarían, y los beneficios para los consumidores y posibilidad de su traspaso a estos.

[80] Véase al efecto CMA (2023a).

vo o innovador[81], y no tanto para conocer en detalle las mejoras en concreto que generaría el producto –aún no definido a veces (salvo que la innovación se trate de mejoras a un producto ya existente)– cuando se comercialice en el mercado. También los convenios pueden presentar riesgos de una naturaleza diferente, y afectar variables competitivas de diferente índole. Así, por indicar un caso, si se comparten entre las partes una mayor parte de los costos comunes en un acuerdo de producción, se podría, eventualmente, generar un mayor riesgo de coordinación. Y, también, este tipo de convenios –de producción– puede permitir eventualmente a las partes, acordar limitaciones a la cantidad producida a ser ofrecida en el mercado de referencia.

En el mismo sentido, los beneficios –generalmente eficiencias– de este tipo de acuerdos pueden ser diferentes. Por ejemplo, en acuerdos de innovación se podrían desarrollar nuevos productos que sin la colaboración no llegarían a existir. O en pactos de producción conjunta, se pueden reducir los costos de producción. Asimismo, en acuerdos de distribución, se puede permitir a través de ellos que los productos lleguen a los clientes de una manera más rápida o eficiente.

Por otra parte, en un tema diferente y más general, sería posible considerar en la redacción de una guía con criterios que emita la autoridad de competencia, el dar un trato diferente –aunque sea para efectos meramente ilustrativos y didácticos para los agentes económicos– a convenios entre competidores categorizados como acuerdos en zonas negras, grises y blancas, por utilizar una denominación sugerida por un autor[82]. Esto, conforme a su probabilidad de ser, respectivamente, acuerdos que casi siempre restringirían la competencia de manera apreciable (zonas negras), usualmente prohibidos por la normativa; acuerdos que podrían restringir la competencia de manera apreciable (zonas grises), que requerirían de un análisis más profundo y desarrollado de su objeto y efec-tos competitivos; o, bien, de acuerdos que no restringirían la competencia de manera apreciable (zonas blancas) –usualmente no prohibidos por las normas de competencia–[83,84]. Por dar una muestra de su aplicación, los acuerdos que se lle-

[81] Por ejemplo, en Indecopi y el Banco Mundial (2025) se indica lo siguiente: "[…] los beneficios que pueden derivarse de estos acuerdos incluyen el reparto de riesgos, la reducción de costos, el incremento de inversiones en I+D y la aceleración en la comercialización de innovaciones. Asimismo, permiten combinar conocimientos especializados (*know-how*), mejorar la calidad y diversidad de la oferta, fomentar la generación de conocimiento y reducir la dependencia en mercados críticos". Véase CeCo Perú (2025) p. 3.

[82] En Silva (2013) p. 184 y ss. se da cuenta de esta clasificación de los acuerdos para efectos de su análisis. Esta clasificación se podría utilizar también para delimitar, de modo general, la diferencia entre los convenios lícitos e ilícitos entre competidores, de carácter horizontal.

[83] Como ejemplo de acuerdos que se clasificarían en esta zona blanca, el autor indica el caso de acuerdos que no generan poder de mercado, siempre que no se trate de un cartel duro.

[84] Por otra parte, el mismo autor Luis Silva Morais propone que la etapa de definición de estas zonas sea la primera en la revisión de los acuerdos horizontales, siendo la siguiente una etapa

guen a considerar en zona blanca se pueden revisar por la autoridad en un proceso más abreviado. Esta clasificación se seguiría –en parte y con otras denominaciones– en la Guía de Acuerdos de Reino Unido (de la CMA), que también da cuenta de una clasificación entre acuerdos en que se aplica la prohibición de convenios ilegales en ese país, y aquellos que generalmente se consideran fuera del ámbito de esa prohibición[85]. La clasificación de los acuerdos de colaboración en estas zonas (especialmente en el caso de las zonas blancas y grises), podría tener efectos, por ejemplo, en la determinación de los plazos, los procedimientos, la cantidad de información requerida, los umbrales y en los estándares de revisión, aplicables por la autoridad en su evaluación.

Conclusiones

Las partes de un potencial acuerdo de colaboración se encuentran enfrentadas a una serie de incertidumbres y riesgos normativos. Estas se relacionan –entre otros factores– con la necesidad o conveniencia de aprobación previa de este tipo de acuerdos por la autoridad, su eventual ilicitud conforme a lo dispuesto en la letra a) del art. 3 del DL 211, así como a la vía en que un potencial entendimiento puede ser presentado para su autorización ante la autoridad de competencia –reglándose actualmente en detalle sólo la presentación de *joint ventures* concentrativos, que se revisan como una operación de concentración, conforme a lo dispuesto en el título IV del DL 211–. También existe incertidumbre respecto de los criterios con que la autoridad revisará si las colaboraciones son eficientes y beneficiosas, o respecto de los criterios de calificación y evaluación de los riesgos competitivos y de las medidas adecuadas para mitigarlos. Además, se han dado diferencias en la apreciación de los riesgos, beneficios y medidas propuestas que presentan en concreto estos acuerdos, por parte de los tribunales en Chile, lo que pudiera haber acrecentado la falta de certeza de los agentes económicos para poder suscribirlos. De este modo, es posible que esta falta de criterios generales y de certeza pueda generar el efecto de disuadir eventualmente la celebración de convenios de colaboración lícitos y eficientes.

Por estas razones, en efecto, y debido a la falta de conveniencia o viabilidad –en la mayor parte de los casos– de poder contar con la autorización de

que permita un análisis más general y profundo de los convenios –especialmente en los casos de las zonas grises, en que se requiere de una evaluación comparativa de potenciales elementos que restrinjan la competencia y de elementos procompetitivos–. La siguiente etapa sería una que tome en cuenta las diferencias entre los acuerdos de diversa naturaleza. Véase Silva (2013).

[85] Véase al efecto CMA (2023a), chapter 3: "Overview of the Assessment of Horizontal Agreements".

las autoridades en un proceso extenso de consulta de los actos y acuerdos ante el TDLC (y también ante la falta de conocimiento sobre los criterios generales de evaluación de la FNE sobre estos convenios), se podría estar presentando un fenómeno de una posible disuasión de la materialización de este tipo de acuerdos potencialmente benéficos entre competidores[86]. Este efecto disuasivo podría ser especialmente nocivo para la economía en este momento, ya que por varios motivos –por ejemplo, de sustentabilidad o de innovación–, la necesidad de llegar a este tipo de convenios puede ser más alta. Lo anterior, por indicar una explicación, por estar el mundo en tiempos de crisis climática y de marcado cambio tecnológico, fenómenos que afectarían la forma de competir y harían necesario evaluar constantemente los modelos de negocios y las estrategias competitivas en muchas industrias. Como parte de esta evaluación, las empresas deben revisar el grado de integración o de colaboración que les resulte más eficiente con otros agentes que participan en sus industrias, y en industrias adyacentes. Asimismo, los acuerdos de sustentabilidad dan cuenta, por ejemplo, de los nuevos desafíos que existen en esta materia.

Por otra parte, la experiencia previa de las autoridades de competencia en la revisión de este tipo de acuerdos, los criterios y casos revisados en el marco del procedimiento de revisión de operaciones de concentración desde el año 2017 –especialmente en el caso de los *joint ventures* concentrativos permanentes–, así como la experiencia y guías comparadas para la aprobación previa de este tipo de colaboraciones entre competidores, harían que la futura regulación de una revisión preventiva de estos convenios no parta desde cero. Además, la buena experiencia y evaluación general –hasta la fecha–, en materia de revisión obligatoria y preventiva de operaciones de concentración y respecto de su papel preventivo, sería también un elemento a favor de avanzar en esta regulación de los acuerdos lícitos entre competidores (o, en la alternativa, para que se dicte una guía general para su valoración competitiva, por la autoridad de competencia).

Por estas razones, en este artículo se han presentado algunos comentarios sobre la necesidad de establecer un mecanismo de revisión preventiva de acuerdos lícitos entre competidores, de sus evidentes beneficios para el sistema

[86] Un ejemplo de beneficios y efecto disuasivo se indica en Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice (2000) a saber: "Para competir en los mercados modernos, los competidores a veces necesitan colaborar. Las fuerzas competitivas impulsan a las empresas a colaboraciones complejas para alcanzar objetivos como la expansión a mercados extranjeros, el financiamiento de costosas iniciativas de innovación y la reducción de costos de producción y otros. Estas colaboraciones a menudo no sólo son benignas, sino también procompetitivas. De hecho, en las últimas dos décadas, las agencias federales antimonopolio han interpuesto relativamente pocos casos civiles contra colaboraciones entre competidores. Sin embargo, la percepción de que las leyes antimonopolio son escépticas respecto a los acuerdos entre competidores reales o potenciales puede disuadir el desarrollo de colaboraciones pro-competitivas", p. 1.

de competencia nacional, así como de los posibles criterios y estándares generales que se pueden establecer para estos efectos. Esto se ha hecho sobre la base de la jurisprudencia y de artículos previos escritos sobre este tema. Estas fuentes dan cuenta –en mejores términos que los presentados en este artículo–, de la necesidad de avanzar en la redacción de guías y de procedimientos establecidos de manera general, para llegar al objetivo común de lograr una mayor predictibilidad para las partes, así como del buen papel preventivo que tendría el conocimiento previo de la existencia de estos convenios. Este conocimiento puede ser conveniente también para la fiscalización y monitoreo efectivo de las condiciones reales de materialización de estos acuerdos lícitos entre los competidores, y para el conocimiento en la práctica de la operación competitiva de ciertas industrias, por parte de la autoridad de competencia. Se espera que la autoridad de competencia, la FNE, dicte pronto –en una alternativa normativa posible–, una guía para explicitar los criterios de evaluación de este tipo de acuerdos entre competidores lícitos, tal como se ha hecho hace pocos meses en Perú y como se está revisando actualmente en otros países, como en el caso de Estados Unidos.

Bibliografía[87]

CeCo (2024): *Estudio de percepción de la institucionalidad de libre competencia 2024*. Disponible en https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2024/04/Informe-Encuesta-CeCo-2024-1.pdf [fecha de consulta: 5 de julio de 2025].

CeCo Perú (2025): "Perú: Proyecto de guía de colaboración entre competidores para prácticas sujetas a prohibición relativa". Disponible en https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2024/04/Informe-Encuesta-CeCo-2024-1.pdf [fecha de consulta: 5 de marzo de 2026].

CeCo (2026): *El DOJ y la FTC empujan por una Guía para los acuerdos procompetitivos*. Disponible en https://centrocompetencia.com/el-doj-y-la-ftc-empujan-por-una-guia-para-los-acuerdos-procompetitivos/ [fecha de consulta: 7 de julio de 2026].

[87] Para formarme una opinión más profunda de este tema, he revisado como referencia varios otros artículos, guías, informes, resoluciones y antecedentes de acceso público, que no es posible indicar individualmente por razones de espacio en este breve artículo. En todo caso, toda la bibliografía relevante se ha citado o intentado citar de la manera más clara y completa posible, y entiendo que las referencias más relevantes son a los documentos que se indican en esta sección del artículo. Para efectos de claridad, hay comentarios indicados que se derivan de la revisión indirecta de ciertos documentos (y uno de ellos especialmente considerado en este artículo ha sido la Guía de la Unión Europea, citada como "Unión europea (2023)".

CMA (2023a): *Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to horizontal agreements*. Disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/ media/64dba33bc8dee400127f1d25/Horizontal_Guidance_FINAL.pdf. [fecha de consulta: 1 de julio de 2025].

CMA (2023b): *Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements*. Disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6526b81b244f8e000d8e742c/Green_agreements_guidance_.pdf [fecha de consulta: 1 de julio de 2025].

Comisión Europea (2011): "Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal, (2011/C 11/01)". Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&qid=17823 34881101 [fecha de consulta: 1 de agosto de 2025].

Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice (2000): *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. Disponible en www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf [fecha de consulta: 3 de julio de 2026].

Fiscalía Nacional Económica (2017) *Guía de competencia*. Disponible en www.fne.gob.cl/ wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf [fecha de consulta: 3 de octubre de 2025].

Fiscalía Nacional Económica (2020a): *Declaración pública, respecto a si sería lícito, conforme a la ley chilena de libre competencia, que competidores colaboren entre sí a raíz de la crisis sanitaria producida por el COVID-19*. Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/Declaraci%C3%B3n-P%C3%BAblica-FNE-030420.pdf [fecha de consulta: 3 de julio de 2026].

Fiscalía Nacional Económica (2020b): *Fusión entre Fiat Chrysler Automobiles N.V. y Peugeot S.A. Rol FNE F233-2020*. Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/02/inap2_F233_2020.pdf [fecha de consulta: 5 de junio de 2025].

Fiscalía Nacional Económica (2020c): *Informe de aprobación de Asociación entre CMA CGM, COSCO SHIPPING Lines, COSCO SHIPPING Ports, SIPG, Hapag-Lloyd, PSA, Hutchinson Ports, OOCL y Qingdao Port Lines*. Rol FNE F243-2020 de fecha de 7 de octubre de 2020, Informe de aprobación (2020). Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/10/inap1_F243_2020.pdf [fecha de consulta: 5 de junio de 2025].

Fiscalía Nacional Económica (2021a): *Informe de la investigación sobre diversos acuerdos y vínculos entre Latam Airlines Group S.A. y Delta Airlines, Inc.*, rol n.° 2585-19 FNE, de fecha 13 de agosto de 2021. Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/09/FNE-2585-19-Acuerdo-Extrajudicial-FNE-Delta-y-LATAM-13.08.2021.-Firmado.pdf [fecha de consulta: 15 de junio de 2025].

Fiscalía Nacional Económica (2021b) *Resolución que archiva la notificación de concentración por la que Envases CMF S.A. y Envases Plásticos S.A. informaron a la FNE su*

intención de asociarse para constituir un nuevo agente económico destinado a la construcción y explotación de una planta capaz de elaborar pellets de tereftalato de polietileno ("PET") reciclado, Rol F249-2020 de fecha 25 de febrero de 2021. Disponible en www.fne.gob.cl/resolucion-de-archivo-sobre-asociacion-de-envases-cmf-s-a-cmf-y-envases-plasticos-s-a/ [fecha de consulta: 12 de julio de 2025].

Iglesias M., Juan Pablo (2021): *Acuerdos de cooperación horizontales lícitos*. Disponible en https://librecompetencia.uc.cl/images/AAA/EPP/EPP7_1.pdf [fecha de consulta: 2 de julio de 2025].

Indecopi y el Banco Mundial (2025): *Proyecto de guía de colaboración entre competidores para prácticas sujetas a prohibición relativa*. Disponible en https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/8602007/7116296-proyecto-guia-de-colaboracion-horizontal.pdf ?v=1757016831 [fecha de consulta: 12 de marzo de 2026].

Silva Morais, Luis (2013): *Joint Ventures and EU Competition Law* (Oxford, Editorial Hart Publishing).

Toro, Luis Eduardo; Viertel Macarena y Ureta Guillermo (2020): *Los acuerdos lícitos entre competidores y su (falta de) regulación bajo el ordenamiento jurídico chileno*. Disponible en https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/09/Toro_Viertel_Ureta_ Los-acuerdos-l%C3%ADcitos-entre-competidores-y-su-falta-de-regulaci%C3%B3n.pdf [fecha de consulta: 12 de noviembre de 2025].

Unión europea (2023): *Aprobación del contenido de un proyecto de Comunicación de la Comisión – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=PI_COM:C(2023)3445 [fecha de consulta: 12 de septiembre de 2025].

Ybar, Mario (2022): *Hoja de ruta para la libre competencia en Chile: una propuesta*. Disponible en https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Ybar-Mario-Hoja-de-ruta-para-la-libre-competencia-en-Chile_2022.pdf [fecha de consulta: 20 de julio de 2025].

Jurisprudencia

Corte Suprema (23/05/2019) rol 31502-2018. Sentencia sobre reclamaciones contra la Resolución n.° 54/2018 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en relación con acuerdos comerciales entre LATAM, American Airlines Inc. y otras aerolíneas.

Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) (19/10/2007) rol NC n.°134-06, Resolución 22/2007, sobre consulta sobre alianza para realización de Proyecto Hidroeléctrico Aysén.

Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) (31/10/2018) rol NC n.°434-16, Resolución 54/2018 en relación con acuerdos comerciales entre LATAM Airlines Group LATAM), American Airlines Inc. y otras aerolíneas.

Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) (09/09/2024): rol NC n.º 517-2022 Resolución n.º 84/2024 sobre operación conjunta de plantas de almacenamiento de combustibles líquidos. Disponible en https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2024/12/Resolucion_84.pdf [fecha de consulta: 7 de julio de 2025].

DE LA TRANSFORMACIÓN DE LA TITULARIDAD EN EL DOMINIO, EN UN CONTEXTO DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL

Análisis del efecto expansivo y de la desprotección de terceros

THE TRANSFORMATION OF PROPERTY RIGHTS IN MARITAL PARTNERSHIP LIQUIDATION

Analyzing Expansive Effects and Third-Party Vulnerability

Cristian Aedo Barrena[*]
Renzo Munita Marambio[**]

Resumen: El trabajo tiene por finalidad ocuparse de la tensión entre el efecto expansivo de los contratos y la protección de terceros acreedores ante la transformación de la propiedad (desde la perspectiva de su titularidad), que ocurre en un contexto de liquidación de la sociedad conyugal. Así, examinamos cómo la liquidación constituye un hecho social oponible a terceros; de igual modo revisamos la desprotección que afecta a quienes adquieren derechos reales y, en particular, el de hipoteca, entre la disolución y la liquidación del régimen. A través del análisis del efecto declarativo de la partición y la naturaleza de la comunidad, constatamos que la transformación retroactiva de la propiedad puede provocar la caducidad o inoponibilidad de las garantías de los acreedores cuando el bien no es adjudicado al cónyuge deudor. Finalmente, estimamos que nuestro derecho privilegia la consolidación del dominio del adjudicatario por sobre la seguridad del tráfico jurídico, evidenciando la necesidad de mecanismos de resguardo para créditos contraídos durante la indivisión.

[*] Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto, Bilbao, España. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: caedob@uandes.cl

[**] Máster en Droit Privé Approfondi por la Université Pierre Mendès France, Grenoble 2, Francia. Doctor en Droit Privé por la Université Grenoble-Alpes, Francia. Profesor de Derecho Civil en la Universidad del Desarrollo, Chile. Correo electrónico: renzomunita@udd.cl

Palabras clave: efecto expansivo, transformación de la propiedad, inoponibilidad, hipoteca de cuota.

Abstract: The purpose of this study is to examine the tension between the expansive effect of contracts and the protection of third-party creditors in the face of changes in ownership (from the perspective of title) that occur in the context of the dissolution of a marital partnership. Thus, it examines how liquidation constitutes a corporate event enforceable against third parties; similarly, it reviews the lack of protection affecting those who acquire real rights, and in particular mortgage rights, between the dissolution and liquidation of the marital property regime. Through an analysis of the declaratory effect of partition and the nature of the community property regime, it is found that the retroactive transformation of ownership may result in the expiration or unenforceability of creditors' security interests when the property is not awarded to the debtor spouse. Finally, it is argued that our law prioritizes the consolidation of the successful bidder's title over the security of legal transactions, highlighting the need for safeguards for debts incurred during the period of undivided ownership.

Keywords: expansive effect, transfer of property, unenforceability, monthly mortgage payment.

Introducción

Es sabido que el efecto relativo del contrato supone que reconocer que el vínculo genera derechos y obligaciones únicamente para quienes concurrieron con su voluntad. No obstante, la doctrina moderna reconoce que el contrato, entendido no solo como norma jurídica, también como un hecho social, posee un efecto expansivo o absoluto que lo hace oponible ante la comunidad. Siendo a partir de esta perspectiva que se impone a los terceros un deber de respeto y tolerancia de los acuerdos obligacionales celebrados por otros. En el ámbito de la sociedad conyugal, este fenómeno denota relevancia durante la liquidación del régimen. Aquí, la convención no solo redistribuye bienes, sino que opera una transformación de la propiedad, pues la cuota abstracta del cónyuge sobre una universalidad se concretiza en un dominio exclusivo sobre bienes singulares. Es del caso indicar que, de acuerdo con el efecto expansivo, esta alteración en la titularidad del dominio debe ser reconocida por los acreedores, quienes se ven obligados a soportar las consecuencias de una mutación jurídica en la que no participaron, pero que inevitablemente redefine su garantía patrimonial.

Dicho lo anterior, a través de este trabajo ingresamos en el estatus de los derechos reales adquiridos en el intervalo que media entre la disolución de la sociedad conyugal y su liquidación efectiva. En este periodo, se produce una transformación de la propiedad en dos etapas: primero, el paso desde el régimen en cuestión a una comunidad que la doctrina debate entre la universalidad jurídica y la comunidad de hecho. En circunstancias que el problema jurídico que se detecta surge cuando un comunero, antes de la partición, grava su cuota o un inmueble determinado, ignorando que dicha propiedad está sujeta a lo que resulte de la adjudicación. Bajo la ficción del efecto declarativo del art. 1344 del *Código Civil*, la propiedad experimenta una mutación retroactiva que puede hacer desaparecer la garantía del acreedor si el bien se adjudica al otro cónyuge. Luego, la transformación en la titularidad de la propiedad se presenta como evento que condiciona la existencia misma de la garantía.

Plan

Por lo expuesto es posible ver que nuestra primera parte versará sobre el efecto relativo y efecto expansivo de los contratos, desde el prisma de la situación de los terceros (I); por su parte, la segunda parte se concentrará en los efectos de la adjudicación y de la hipoteca contraída disuelto el régimen y antes de la liquidación (II).

I. Efecto relativo y efecto expansivo de los contratos: la situación de los terceros

I.1. Efecto relativo y protección de terceros en la teoría general

Con carácter general, sabemos que los contratos tienen efectos solo para las partes. Entre los principios reconocidos en la contratación, se encuentra el efecto relativo de los contratos, es decir, que los contratos generan efectos solo entre las partes y no respecto de los terceros[1]. El predominio de la escuela iusnaturalista y de la filosofía liberal, que toma al individuo como eje central de todas las valoraciones sociales, descarta la participación contractual cuando no se ha concurrido con su voluntad a su celebración[2]. Como señala Ramón Domínguez:

[1] Vial del Río (2015) p. 392.

[2] Fleming (1987) p. 2; Atiyah (2006) pp. 150-151; Zimmermann (2019) p. 100; Aedo y Céspedes (2024); Mezzasoma y Giova (s/f) p. 142; Aedo y Munita (2026) pp. 685-686.

> "Quienes no han participado en la creación de ese conjunto normativo son terceros y quedan al margen del contrato. Como no han intervenido en él mediante la manifestación de su propia voluntad, mal puede alcanzarles la normativa creada por otros. Ellos no pueden ser afectados por una ley que rige en imperio ajeno y del cual no son súbditos"[3].

No obstante, como ha destacado la doctrina, debe distinguirse el efecto relativo (en el que operan los efectos directos del contrato, es decir, el efecto obligatorio)[4], del denominado efecto expansivo[5]. Como explica Álvaro Vidal, el efecto absoluto se relaciona con el contrato no entendido este como norma o relación jurídica, sino como hecho social. Respecto de los terceros que no han concurrido, el contrato es oponible, porque en tanto hecho jurídico para ellos, el pacto debe ser respetado. Existe, según el autor, una eficacia indirecta del contrato, de carácter pasivo, de tolerancia que toca a los terceros[6, 7].

En consecuencia, desde la perspectiva del efecto absoluto del contrato, este es oponible a los terceros, en el sentido indicado. El mecanismo de protección para esos terceros es, en la mayoría de los casos, la inoponibilidad[8]. Siguiendo a Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, se trata de una sanción de ineficacia en sentido estricto y se la define como:

> "La sanción legal que consiste en el impedimento de hacer valer, frente a ciertos terceros, un derecho nacido de un acto jurídico válido o de uno nulo, revocado o resuelto"[9].

Los terceros, por tanto, cuando los efectos del contrato les son negativos o lesivos, pueden desconocer los efectos del contrato[10]. En este sentido María Graciela Brantt, enseña:

> "Como es habitual, también, al abordar esta figura, clasifican las inoponibilidades en dos grandes grupos: de forma y de fondo. Dentro de las pri-

[3] Domínguez (1984) p. 151; Carrasco (2024) p. 707.

[4] Domínguez (1984), p. 153.

[5] López y Elorriaga (2017) pp. 392-393.

[6] Vidal (2006), pp. 555-556.

[7] Sobre este punto véase también Llulle y Arévalo (2023) pp. 25-26; Walker (2024) pp. 187-188.

[8] Para la protección de los terceros frente a contratos que les perjudican, mediante otros instrumentos normativos, véase en general Messineo (2018) pp. 608-609 y Cabello (2023) pp. 298-302.

[9] Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2005) p. 353. En el mismo sentido, Rivera (2023) p. 829.

[10] Corral (2018) pp. 664-665. Véase, en un sentido similar, Pescio (1978) p. 300; Ferrara (2019) p. 359; Figueroa (2019) p. 247; Barcia (2024) pp. 489-490 y Walker (2024) pp. 180-181.

> meras, derivadas de la inobservancia de requisitos externos de los actos jurídicos, ubican las que se originan en la falta de formalidades de publicidad. Y dentro de las segundas –que fundan en la afectación injust de los derechos de terceros con el acto inoponible– sitúan, entre otras, aquellas que surgen por lesión de los derechos adquiridos. Si se relacionan estas clases de inoponibilidad mencionadas por los autores como formas de ineficacia con lo ya señalado en torno a los fundamentos de la protección a los terceros, resulta evidente que la primera se vincula con la protección de la apariencia y la seguridad del tráfico, ya que no se les puede oponer lo que no pudieron tener conocimiento, sino solo aquello que pudieron observar o conocer. Y la segunda, no es sino la forma más clara de proteger los derechos adquiridos de manera previa, que deben ser resguardados frente a actuaciones ajenas posteriores"[11].

Ello debe distinguirse claramente de los mecanismos a través de los que se pretende atacar un acto irregular o anómalo. Así para Ian Henríquez:

> "La afirmación referida a que el efecto absoluto es un efecto normal de los contratos es razonable y justificada. Si ello es así, debe lógicamente excluirse como manifestación del efecto absoluto la legitimación activa de terceros de acciones que impugnan la validez de un contrato, tales como la acción de simulación o la acción de nulidad. En ambos casos, por definición, nos encontramos ante situaciones normativamente irregulares, con prescindencia de su prevalencia práctica"[12].

Desde temprano, sin embargo, nuestra doctrina distinguió entre la inoponibilidad denominada positiva y otra negativa, según si se trata de respetar los efectos de un contrato válido y de otro declarado nulo[13]. En este trabajo nos referiremos particularmente al primer caso.

Como hemos venido señalando, junto con el efecto relativo, encontramos el efecto expansivo del contrato. En virtud de él, en relación con los terceros, los contratos pueden tener efectos reflejos o lo que la doctrina denomina, la eficacia indirecta. Una parte de dicha eficacia tiene que ver con el efecto absoluto: en la medida que el contrato crea una situación jurídica, como en la liquidación de la sociedad conyugal (que en tanto convención le rigen las mismas reglas), que sujeta sus consecuencias a la adjudicación, esta debe ser aceptada por todos. Pero, además, podemos hablar de efecto reflejo en lo que se denomina la "eficacia provocada del contrato frente a los terceros". Como afirma Luis Díez-Picazo:

---

[11] Brantt (2015) p. 77.

[12] Henríquez (2012) pp. 515-516.

[13] La distinción se puede encontrar ya, entre otros, en Meza (1966) p. 50.

> "Podemos hablar de una 'eficacia provocada' del negocio jurídico en relación con los terceros cuando el negocio jurídico es utilizado como fundamento de una toma de actitud o de una pretensión a iniciativa de cualquiera de los titulares de los intereses en juego. Pueden presentarse estos dos diversos fenómenos: 1) que las partes del negocio o una cualquiera de ellas funden en el negocio jurídico que han celebrado una pretensión dirigida contra un tercero o bien que opongan la celebración del negocio a la pretensión mantenida por el tercero frente a ellas; b) que sea el tercero quien se sirva de la celebración del negocio como fundamento de su pretensión contra las partes o de su contestación a una pretensión de las partes"[14].

I.2. Aplicación del efecto relativo y protección de terceros en el ámbito de la sociedad conyugal

Ahora bien, conviene detenerse en dos aspectos. En primer lugar, la aplicación de las reglas relativas a los contratos a las convenciones o acuerdos matrimoniales, o a aquellos que importen la distribución de derechos y no la creación de los mismos.

En efecto, cuando los cónyuges casados en sociedad conyugal celebran el pacto del art. 1723 del *Código Civil*, por ejemplo, y liquidan el régimen, al no celebrar técnicamente un contrato, ¿se les puede aplicar el estatuto que se viene analizando? Con mayor razón importa detenerse en la pregunta si el matrimonio se disolvió por causa distinta del pacto de sustitución y los cónyuges liquidan de manera voluntaria el régimen. Y, en tercer lugar, conviene reflexionar si de cara a la sociedad conyugal la idea de tercero que nuestras normas y jurisprudencia sostienen es equivalente al ámbito contractual.

En cuanto a lo primero, tratándose del pacto de sustitución de régimen del art. 1723 del *Código Civil*, se ha discutido su naturaleza jurídica, es decir, si estamos frente a una convención o, específicamente, ante un contrato. Daniel Peñailillo entiende que no parece propio calificarlo de un contrato, porque, en su opinión:

> "Del pacto no emergen, específicamente, obligaciones para los cónyuges, el efecto fundamental es reemplazar un régimen económico, en conjunto, por otro; el de sociedad conyugal o el de separación parcial, por el de separación total"[15].

[14] Díez-Picazo (2007) p. 530.

[15] Peñailillo (1983), p. 151. Cita Daniel Peñailillo un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, publicado en *RDJ*, t. 56, sec. 1.ª, p. 347, que califica el pacto como contrato, aunque según el autor, no era el asunto principal del juicio y la expresión pudo haberse debido más bien a una ligereza del lenguaje.

Nuestra doctrina, siguiendo la autoridad de Robert Pothier y la escuela francesa, siempre ha distinguido entre convenciones y contratos, tomando en cuenta el contenido de ambos. La convención, como se sabe, es el acto jurídico bilateral cuyo objeto es la creación, modificación, transferencia o extinción de un derecho u obligación. El contrato, como categoría o especie de la convención, es el acto jurídico bilateral creador de derechos y obligaciones. Los autores chilenos coinciden, sin embargo, que esta distinción puede hacerse en *ciencia pura*, por cuanto esta no tiene importancia práctica, porque las reglas se aplican por igual al contrato obligacional como a los demás actos jurídicos bilaterales[16].

No obstante, en el tema que analizamos, la jurisprudencia ha encontrado un ámbito en el que la distinción ha recibido aplicación concreta. Dado que, como veremos, en el pacto es posible liquidar el régimen de sociedad conyugal, partiendo del supuesto que el acto mismo de liquidación es una convención y no un contrato, en la sentencia de la Corte Suprema, de 27 de julio de 2000, se negó la aplicación de la condición resolutoria tácita. Los contrayentes, habiéndose casado en el régimen de sociedad conyugal, decidieron pactar separación de bienes y liquidar la sociedad conyugal, por escritura pública de 22 de agosto de 1991. La demandante pretendía la resolución del pacto y de la liquidación, en atención a que se le había adjudicado un derecho inexistente sobre el lote C, del fundo El Molino, de la comuna de Machalí. La Corte rechazó esta pretensión, no solo porque la condición resolutoria táctica se aplica a los contratos y no a las convenciones, sino porque, rigiéndose la liquidación de la sociedad conyugal por las reglas de la partición, tampoco resulta aplicable a esta las reglas de la condición resolutoria tácita.

Pero al margen de esta consideración muy particular, tanto en el caso del pacto de sustitución del art. 1723 del CC (en el que hay acuerdo en que se está frente a una convención), como tratándose de otras causales de disolución del art. 1764 del CC, queda claro, a la luz de nuestra doctrina, que la liquidación de común acuerdo constituye una convención[17].

El carácter convencional de la liquidación permitiría, pensamos, reflexionar en términos análogos al contrato, en cuanto a sus efectos: las convenciones alcanzan a las partes en cuanto a sus efectos y no a terceros. También podría afirmarse que las convenciones y no solo los contratos son *inter alios acta*. Con todo, reconozcamos que, en la medida que no se crean derechos y obligaciones, el efecto relativo pierde sentido. Sí, en cambio, precisar la idea de terceros tendrá mucha más importancia de cara a su protección.

En efecto, en relación con el segundo aspecto asociado a los contratos, pueden predicarse sin problema respecto de las convenciones. Desde luego, se

[16] En este sentido, *verbi gratia*, Corral (2002), p. 19 y Alessandri (1993) p. 4.
[17] Véase Alessandri (2018) p. 147 y ss.; Albornoz (2021), p. 45.

puede pensar en una suerte de efecto expansivo o absoluto de la convención. En tanto hecho social, las convenciones en general deben ser reconocidas y respetadas por quienes no participan en ellas. Ello implica soportar las consecuencias de ese acto, que se integra a la vida jurídica. Pero debemos detenernos en la idea de terceros: ¿son idénticas las hipótesis de terceros en un contrato y en una convención?, ¿un tercero se ve afectado en los mismos términos en un contrato o convención?

Desde luego, la doctrina chilena ha reflexionado muy poco sobre el punto y, a efectos de la aplicación de la inoponibilidad, razona en términos análogos a si se tratara de un contrato. Todo indica, como afirma Francisco Cabello que la noción de tercero es importa una amplia categoría de sujetos, empleada en diversos contextos en el *Código Civil* y, en relación con la cuestión a la que apuntamos, se refiere a un grupo heterogéneo que pueden tener intereses que legítimamente pudieran afectarse por una convención, tercero cuya posición está subordinada a la relación jurídica de las partes[18].

En particular, como hemos visto supra, el enfoque de los terceros de cara a la inoponibilidad no se modifica tratándose de convenciones, en general, o de la particular materia que tratamos. Como indican Philipe Llulle y Patricia Arévalo, los terceros en la inoponibilidad son precisamente aquellos que tienen vínculos jurídicos con las partes o que están en una relación con las partes, lo que en teoría general se reconocen como terceros relativos[19]. Y, como ha explicado María Graciela Brantt, justamente tratándose del matrimonio y de los regímenes patrimoniales en particular, la protección de terceros se torna más importante, precisamente por la situación de privilegio en la que se encuentran los cónyuges de cara a la protección de ellos[20]. Y de ahí que el *Código*, siguiendo a la autora, restringa las posibilidades de mutabilidad de los regímenes matrimoniales[21].

[18] Cabello (2023) pp. 291-293; 300. Como indica en p. 296: "El tercero se sitúa en una posición externa respecto de la relación obligatoria o situación jurídica entre las partes principales, ya que no es parte constitutiva de alguna de ellas. Ahora bien, no se trata de un individuo pasivo o indiferente, sino que de un sujeto ajeno que se relaciona con una de las partes por tener algún derecho involucrado, interés legítimo o que potencialmente podría verse afectado hasta que ocurra un hecho determinado, de lo que se sigue que la actuación de las partes puede tener gravitación o algún grado de afectación en el interés jurídico del tercero".

[19] Llulle y Arévalo (2023) pp. 65-68. En un sentido similar, Brantt (2015) pp. 65-66 y Vidal (2019) pp. 305-306.

[20] Un análisis de sanción de inoponibilidad como protección de terceros, en el caso de participación en los gananciales puede encontrarse en Aedo (2021), p. 500.

[21] Brantt (2015), p. 63: "En este sentido, es importante destacar que los riesgos para los terceros y, por tanto, la necesidad de protegerlos, no son exclusivos de la sociedad conyugal, que por la conformación de patrimonios y reglas de administración puede resultar especialmente riesgosa para aquellos. Sin embargo, los peligros también se pueden presentar en los otros dos regíme-

Este mayor riesgo y la especial protección es reconocida por nuestra legislación a propósito del pacto de sustitución de regímenes[22]. En efecto, el art. 1723 inc. 2.º, parte final del CC, dispone:

> "El pacto que en ella conste (se refiere a la escritura pública) no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer".

La doctrina chilena ha puesto especial énfasis en que la norma intenta precaver el eventual fraude que los cónyuges puedan realizar para perjudicar a terceros, especialmente acreedores, como, por ejemplo, desviar patrimonio (adjudicando los bienes al cónyuge no deudor) para dejar sin efecto créditos del otro cónyuge[23].

Prueba de ello es que la acción permitiría, según la doctrina, intentar acciones que se fundan en la simulación, como la acción pauliana[24], o la acción de inoponibilidad[25]. Finalmente, Daniel Peñailillo justifica la frase consignada en el art. 1723, en la medida que fundamentaría una acción ordinaria de inoponibilidad, pues tanto en el supuesto de acción pauliana como en el de simulación, bastaría remitirse a las normas generales. Pero el autor agrega la importante cuestión de que la expresión empleada en el art. 1723 supone que el fraude que implica la acción de inoponibilidad no debe ser probado por el acreedor, a diferencia de la acción pauliana[26]. Álvaro Vidal también ha defendido que la norma consagra una acción inoponibilidad, que se configura por detrimento de la garantía patrimonial del deudor, agregando que opera objetivamente, sin necesidad de que el exista dolo por parte de los cónyuges, ni mala fe[27].

---

nes, el de participación en los gananciales e, incluso, el de la separación total de bienes. Otro tanto acontece con las convenciones matrimoniales que sustituyen el régimen vigente. Su regulación se encuentra en el art. 1723 del CC, disposición que consagra el principio de la mutabilidad de los regímenes económico-matrimoniales, que en su inicio fuera rechazado en varias legislaciones, entre ellas la nuestra, precisamente en razón del riesgo que traería aparejado para los terceros, pues se entendía la inmutabilidad como una forma de resguardarlos. Por último, la posibilidad de sustitución fue admitida sobre la base de que los terceros pueden de igual forma ser protegidos, si la ley fija reglas que resguarden la seguridad jurídica ante los cambios de régimen, y así se aprecia en nuestro Derecho". En un sentido similar, Vidal (2019) p. 308.

[22] Ibáñez (2019) pp. 292-293.

[23] Peñailillo (1983) p. 153; Aedo (2016) p. 16.

[24] Para la pauliana como expresión de una acción inoponibilidad, Ducci (2002) pp. 353-354. Véase Aedo (2016) p. 17.

[25] Somarriva (1963) p. 308; Peñailillo (1983) pp. 149-150; Ibáñez (2019) pp. 295-297. Para el análisis de los concursos entre la acción de simulación y la acción de inoponibilidad, véase Vidal (2021) p. 621.

[26] Peñailillo (1983) p. 159.

[27] Vidal (2019) pp. 309-311.

Para otros, se trata de una regla que consagra la inoponibilidad de pleno derecho. Se trata de una opinión aceptada en algún sector de la doctrina[28]. Y recientemente, se ha inclinado por esta solución María Graciela Brantt[29]. La jurisprudencia se ha inclinado, en ocasiones, a considerar que la inoponibilidad opera de pleno derecho. En otro trabajo, hemos sostenido que un grupo de sentencias estiman (aunque de forma implícita) que estamos frente a una inoponibilidad de pleno derecho, porque permiten al acreedor, en especial en el contexto de un juicio ejecutivo, dirigirse en contra los bienes comunes o aquellos adjudicados al otro cónyuge[30]. Pongamos un ejemplo concreto. Como indica Manuel Somarriva, uno de los efectos de la partición y del efecto retroactivo consagrado en el art. 1344 del C*ódigo Civil*, es la caducidad del embargo constituido por un comunero a quien no se ha adjudicado el bien embargado[31]. La Corte resolvió que el embargo trabado vigente la sociedad conyugal, no queda afectado por la liquidación y la adjudicación al cónyuge que no era el deudor, rechazando la tercería de dominio deducida por el adjudicatario[32].

Los problemas relativos a los terceros implican que estos han adquiridos derechos antes de la celebración del pacto (el supuesto de la norma). Hay terceros, sin embargo, que no son alcanzados por esta norma, aun cuando hayan adquirido derechos con anterioridad a la disolución. Son los terceros que pueden verse afectados cuando el régimen de sociedad conyugal se disuelve por causales diversas del pacto del art. 1723[33],

La hipótesis lesiva no estaría propiamente en la disolución, sino en la liquidación que, en tanto convención, podría afectar dichos derechos. La cuestión sería la siguiente. Frente a casos de disolución del matrimonio, muerte real o presunta o en el caso de nulidad o separación judicial, los comuneros podrían liquidar la sociedad conyugal. Por tanto, habría un espacio temporal entre la disolución y la liquidación. Al no haber una norma que consagre la protección de

[28] En este sentido, Claro (1977) p. 273.

[29] Brantt (2015) p. 89: "En mi opinión, y como adelanté en la primera parte de este trabajo, para que estemos en presencia de un efectivo mecanismo de protección de los terceros, debe entenderse que la inoponibilidad en general y, por supuesto, en el caso que aquí interesa, opera de pleno derecho, por la sola circunstancia de que el pacto perjudique a acreedores cuyos créditos nacieron o tienen una causa anterior al mismo. Ello, sin perjuicio de que deba ser alegada al momento de ejercer las acciones respectivas contra los cónyuges o, bien, por vía de excepción si es lo que corresponde, a objeto de que el juez la constate y proceda sobre la base de ello a acoger la respectiva acción o excepción".

[30] Aedo (2011) pp. 44-45.

[31] Somarriva (2006) p. 478.

[32] Corte Suprema rol n.° 7.539-2007.

[33] Esta tipología de casos, que reproducimos, la hemos tomado del trabajo publicado por uno de nosotros. Véase Aedo (2018) p. 87 y ss.

los terceros, ¿sería posible para los acreedores, en particular, intentar una acción de simulación, pauliana o de inoponibilidad? Tratándose de la liquidación, el artículo 1776, en relación con el art. 1348 del *Código Civil* permitirían atacar el acto mediante acciones de nulidad o rescisión, incluso si la liquidación se ha resuelto por juez partidor, pero, desde luego, no resulta posible deducir en esos casos, acciones de inoponibilidad[34].

Con todo, como uno de nosotros ha explicado en otro lugar, tanto la doctrina como la jurisprudencia establecen un mecanismo de protección, al limitar los efectos de la adjudicación al momento de la disolución del régimen, con lo cual no pueden desconocerse los derechos que acreedores han contraído antes de disolverse el régimen[35]. Esta solución jurisprudencial está acorde con la doctrina, en la que hay relativo acuerdo en que la adjudicación retrotrae los efectos a la época de disolución de la sociedad conyugal, fundándose en el criterio unánime de que, vigente el régimen, no existe una verdadera comunidad[36]. René Ramos Pazos entiende que la norma se explica por el carácter indivisible de la hipoteca, de acuerdo con los arts. 1526 n.° 1, 2405 y 2408 del *Código civil*[37].

Por último, en una situación por completo distinta se encontrarían los terceros que adquieren derechos una vez disuelta la sociedad conyugal y que pueden verse afectados por la adjudicación, alterando la garantía patrimonial de haber una modificación dominical. Este es el caso al que concretamente queremos referirnos en nuestro trabajo y que analizaremos seguidamente.

La segunda hipótesis estaría representada por un crédito adquirido después de la disolución del régimen, pero en el que ha habido liquidación como, por ejemplo, si en el tiempo que media entre la disolución y liquidación, el marido contrae una obligación y posteriormente se liquida el bien a favor de la mujer, el tercero se encuentra desprotegido. Por un lado, si el régimen se ha disuelto en virtud de las causales contenidas en el art. 1764 del CC, con excepción del pacto de sustitución de régimen del art. 1723, la limitación del efecto retroactivo (hasta la disolución del régimen) determinada por la jurisprudencia, no puede operar como mecanismo de protección de los acreedores. Si, en cambio, la disolu-

[34] Véase Somarriva (2006).

[35] Véase Aedo (2018) pp. 98-100 y Aedo (2011) pp. 32-33. Así se entendió, por ejemplo, en el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 12 de noviembre de 2010. Otro ejemplo es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 22 de diciembre de 2008, se vuelven a destacar las diferencias entre el alcance del efecto declarativo de la partición, en la sucesión por causa de muerte y en la liquidación de la sociedad conyugal. En el caso presentado en el fallo que comentamos, la Corte resolvió que el embargo trabado vigente la sociedad conyugal no queda afectado por la liquidación y la adjudicación al cónyuge que no era el deudor, rechazando la tercería de dominio deducida por el adjudicatario

[36] Somarriva (2005) pp. 469-470.

[37] Ramos (2005) p. 286.

ción opera en virtud del pacto de sustitución de régimen, hay acuerdo en que los acreedores no se encuentran protegidos por la disposición que resguarda los derechos válidamente adquiridos con anterioridad al pacto, ni tampoco podrá operar en su favor la limitación del efecto retroactivo de la adjudicación. Por consiguiente, por ejemplo, si el acreedor ha intentado un embargo del bien, este caduca como consecuencia de la adjudicación y si se el acreedor es hipotecario, nos encontramos frente al problema que abordamos en este informe.

Un ejemplo jurisprudencial permite ilustrar dicha desprotección. En la sentencia de la Corte Suprema, de 30 de diciembre de 2009, rol 1158-08, MJJ 22752. Los cónyuges celebraron matrimonio el año 1986, celebraron pacto de separación de bienes el año 1988, sin liquidar la sociedad conyugal. Posteriormente, el marido, en los años 1991, 1993 y 1999, constituyó hipoteca en favor de una institución bancaria. Liquidada la sociedad conyugal, se adjudicado el bien raíz a la mujer, esta demandó la inoponibilidad de las hipotecas. La Corte, sin embargo, entendió que dicha acción no podía prosperar, al haber autorizado la mujer las hipotecas. Es evidente, por consiguiente, que la solución debería haber sido inversa, en caso de que la mujer no concurriera manifestando su acuerdo en los gravámenes. En un sentido similar y para un caso análogo, la sentencia de la Corte Suprema, de 23 de enero de 1990, indicador MJJ1120.

II. Los efectos de la adjudicación e hipoteca contraída disuelto el régimen y antes de la liquidación

II.1. Los supuestos problemáticos

De las distintas situaciones que hemos analizado, el supuesto en el que centramos este análisis es el caso en que un tercero adquiere un derecho una vez disuelta la sociedad conyugal, pero antes de la liquidación, cualquiera sea la causa por la cual el régimen se ha disuelto. Particularmente, nos detendremos en la situación de los acreedores hipotecarios, cuyo derecho real recae sobre inmuebles y, por tanto, la titularidad puede verse modificada entre la disolución y la liquidación.

Se pueden presentar dos hipótesis distintas, una de las cuales está regulada en el *Código Civil* chileno. El primer supuesto, es el regulado en el art. 2417 del *Código Civil*. Como sabemos, la norma establece que, durante la indivisión, cualquiera de los comuneros puede gravar la cuota con hipoteca. Agrega la norma que, efectuada la división, la cuota afectará el o los inmuebles que se adjudiquen, si fueren hipotecables, pero si no se adjudican inmuebles hipotecables, la hipoteca caduca. El segundo sería el caso en que un comunero, a la disolución de la sociedad conyugal, no grave ya su cuota, sino el inmueble o uno de los in-

muebles quedados a dicha disolución, pero que, en definitiva, se adjudica a al otro. Este problema no está regulado en el *Código*.

II.2. La cuestión de la naturaleza de la comunidad quedada a la disolución de la sociedad conyugal y comunicabilidad de la cuota con los bienes que componen la herencia

El análisis adecuado del problema estriba en resolver la naturaleza de la comunidad que queda a la disolución de la sociedad conyugal, ¿estamos en presencia de una indivisión que supone una universalidad jurídica, como en la herencia o solo se trata de una comunidad que recae sobre bienes individualmente considerados?[38].

Como afirma Manuel Somarriva, de las distintas categorías de indivisión, la que distingue entre indivisión sobre una cosa universal e indivisión sobre una cosa singular, que es la que nos interesa, está expresamente reconocida en nuestra legislación, por cuanto, el art. 1317 del CC dispone: "Ninguno de los coasignatarios de una cosa singular o universal será obligado a permanecer en la indivisión". Para Manuel Somarriva, estamos en presencia de una indivisión que recae sobre una cosa universal, cada vez que la comunidad recaiga sobre un patrimonio, es decir, un conjunto de bienes y pasivos, distinto del patrimonio, que antes de los indivisarios, ha tenido otro titular. En cambio, si la comunidad tiene por objetivo bienes determinados, no estamos en presencia de una indivisión sobre cosa universal[39].

Para Manuel Somarriva, no cabe duda que la comunidad que resulta de la disolución de la sociedad conyugal, sea entre los cónyuges o, bien, entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, tiene la naturaleza, como el derecho real de herencia, de una universalidad jurídica[40]. Esta es también la opinión categórica de René Ramos Pazos, quien destaca la circunstancia que disuelta la sociedad conyugal, se genera una comunidad a título universal, pues recae sobre un patrimonio, con un activo y un pasivo, incluyendo el activo todos los bienes que eran de la sociedad, inclusive los reservados y, en el pasivo, todas la deudas sociales, incluidas las adquiridas en el patrimonio reservado[41].

Hay algunos autores que no comparten esta opinión. Tanto Enrique Silva Segura como Daniel Peñailillo sostienen que un argumento para negar las uni-

[38] Seguimos en esta materia, en parte, lo que de nosotros ha escrito en Aedo (2017) p. 141 y ss., con los agregados relativos a esta investigación.

[39] Somarriva (2006) pp. 39-42. Véase también, Silva (1985) pp. 54-55; Peñailillo (2019) p. 523; Corral (2020) pp. 205-206.

[40] Somarriva (2006) p. 39.

[41] Ramos (2005) pp. 248-249.

versalidades jurídicas es que en Chile el pasivo viene dividido de pleno derecho, como precisamente acontece en la sociedad conyugal, a su disolución[42].

Una opinión muy interesante sostiene Pedro Lira Urquieta, quien la califica como una comunidad de hecho. Para él, enfocando el asunto desde la perspectiva de los frutos y aumentos de los bienes comunes, la disolución de la sociedad conyugal supone que esta deviene en una comunidad de hecho, agregando que los frutos, aumentos y mejoras deben dividirse entre los cónyuges por mitades y no según el aporte a la comunidad, como resulta de la interpretación armónica de los arts. 1772 y 1774 del CC. Ello quiere decir, según Pedro Lira, que el *Código* ha asumido una posición ecléctica, abandonando el rigorismo que hubiese implicado aceptar la subsistencia de una comunidad a *tabula rasa*, lo que importa concluir que subsiste, mediante una suerte de ficción legal, el régimen de la sociedad conyugal en algunos aspectos[43]. Como uno de nosotros ha sostenido en otro lugar, siguiendo la opinión de Enrique Silva y en especial de Pedro Lira, así como en la sucesión por causa de muerte debe distinguirse entre el derecho real de herencia, que sí constituye una universalidad jurídica que recae sobre el patrimonio del causante, y el derecho de dominio recaído sobre los bienes que componen ese patrimonio, diferencia expresamente admitida en el art. 1268 del *Código Civil*, es necesario tener en cuenta este criterio a la hora de analizar la comunidad que se forma disuelta la sociedad conyugal[44].

La comunicabilidad de la cuota y los bienes que componen la universidad ha sido una cuestión de duro debate, del que solo podemos hacernos cargo de manera parcial y afectos de análisis del asunto de nuestro interés. Es cierto que el derecho romano clásico acogió la comunicabilidad de dicha cuota con el bien[45]. Y aquí está precisamente la cuestión para el derecho chileno, ¿acogió o no el *Código* la comunicabilidad?

La tesis clásica la ha defendido, entre nosotros, Manuel Somarriva[46], quien considera en la comunidad sobre universalidad, se producen las siguientes: en

[42] Silva (1985) p. 11; Peñailillo (2019) pp. 223; 523.

[43] Lira (1936) pp. 122-123.

[44] Aedo (2017) pp. 143-144. Esta perspectiva también ha sido sustentada por Stitchkin (1949) pp. 95-98. Explica el autor que, a diferencia del sistema francés, en el que se asimila el derecho de herencia al dominio, el art. 1268 consagra la autonomía e independencia de la herencia respecto del dominio y: "...deja de manifiesto que el adquirente de la herencia incorpora a su patrimonio dos derechos: el de dominio sobre las cosas singulares de que el causante era dueño y el de herencia sobre la universalidad jurídica constituida por el patrimonio del causante o por la parte alícuota del patrimonio en que opera la sucesión, según se trate de uno o varios herederos". De este modo, en su opinión, la adquisición de la herencia no supone, necesariamente, la adquisición del dominio de las cosas que forman parte de la sucesión.

[45] Por todos, Guzmán (2013) pp. 507-509.

[46] Somarriva (2006) pp. 40-41.

principio, el derecho del comunero es indeterminado, como lo denomina "flotante", que solo va a determinarse hecha la partición. Ello es precisamente lo que justifica, en su concepto, el efecto declarativo de la partición, conforme al art. 1344 del CC. Y, como el derecho tiene carácter indeterminado; en otros términos, no se comunica con los bienes que componen la indivisión, la tradición no se sujeta a las reglas de los bienes raíces, ni puede rescindirse la compraventa, por ejemplo, por lesión enorme. En la indivisión sobre cosa singular, los efectos son los inversos. Aun así, debe advertirse que, siguiendo a Manuel Somarriva, en la comunidad singular, si bien es cierto debería llegarse a la conclusión de la inaplicabilidad del efecto declarativo, las disposiciones legales, en especial el art. 1317, que reconoce ambos tipos de indivisión, no permite dudar sobre el alcance de la norma, es decir, que el título (incluyendo el efecto declarativo), se aplicaría tanto a las comunidades universales como singulares.

Una diferencia fundamental con el derecho romano se impondría para considerar que el C*ódigo* se apartó la idea de comunidad romana en este punto y es la concepción del derecho real de herencia como un derecho separado del dominio. Es cierto que, como indica el propio Manuel Somarriva, hay normas que parecen consagrar esa falta de comunicabilidad, como el art. 1909 del C*ódigo Civil* (el heredero no responde de los bienes que componen la herencia en el caso de cesión), pero hay otras normas que favorecen la distinción de Enrique Silva, antes analizada, como por ejemplo, el art. 1268 del CC que autoriza a intentar una acción reivindicatoria en favor de los herederos por las cosas que componen la herencia, norma que es imposible de entender si no se atiende a la comunicabilidad[47].

Por nuestra parte, uno de nosotros, siguiendo parte de la doctrina, ha sostenido que en la sociedad conyugal no puede haber una universalidad jurídica, no solo por la división de pleno derecho del pasivo, sino que adicionalmente por el beneficio de emolumentos. Al estar en presencia de una universalidad de hecho[48], hay buenas razones para considerar la comunicabilidad de la cuota en cada uno de los bienes que integran dicha comunidad[49]. Como señalan Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, la universalidad no es un objeto distinto de las cosas que lo componen; no tiene existencia ontológica, sino lógica. En las universalidades de hecho, existe un agregado de bienes de la mano del hombre (un rebaño, una pinacoteca); en cambio, las universalidades jurídicas suponen la agregación de cosas materiales y derechos, pero por obra de la ley[50].

[47] Silva (1985) p. 11. En un sentido similar, véase el análisis de Peñailillo (2019) p. 527.

[48] Advertimos en todo caso que autores como Corral (2020) p. 207 considera que el problema de la comunicabilidad se presenta tanto en la universalidad jurídica como en la universalidad de hecho.

[49] Véase Aedo (2011) pp. 30-31; Aedo (2017) pp. 145-146.

[50] Díez-Picazo y Gullón (2003) p. 407.

II.3. Hipoteca de cuota: caso regulado en el art. 2317 del CC

Como hemos indicado supra, si al disolverse la sociedad conyugal y antes de la liquidación uno de los cónyuges hipoteca su cuota, el problema viene resuelto por nuestro *Código*[51].

La doctrina chilena entiende que en este caso lo hipotecado es la cuota que recae sobre un bien determinado[52]. No compartimos el criterio, pues la norma no hace ninguna distinción. Más bien la regulación parece orientar la solución contraria, si se lee con calma. La norma expresa que el comunero puede hipotecar su cuota y que la hipoteca afectará "los bienes" que en razón de su cuota se adjudicaren. Por tanto, pensamos que la hipoteca puede recaer sobre más de un bien inmueble si resultan adjudicados. Ahora bien, si constituye no se adjudica bienes hipotecables, la hipoteca caduca. No se trata, como indica Bruno Caprile de una hipoteca sujeta a la condición[53], ni como advierte Manuel Somarriva, de una prueba de la validez de la hipoteca de cosa ajena (porque en ese caso el resultado sería la inoponibilidad y no la caducidad). Lo que en verdad ocurre a nuestro juicio es que la hipoteca caduca porque no existe objeto sobre el que pueda recaer.

El argumento de Bruno Caprile, en orden a que debe tratarse de cuota sobre un bien singularizado, no nos convence. La inscripción ciertamente es necesaria para constituir el derecho real, pero de la norma se desprende que el caso puede operar como un símil a la hipoteca de cosa futura, con lo cual la inscripción sería necesaria una vez que el constituyente se adjudique bienes hipotecables. Un argumento en favor de esta tesis sería el caso de hipoteca de cuota por parte de un comunero, en el caso de análisis de uno de los cónyuges, en cuyo favor alguno de los inmuebles (o el inmueble) que integra la comunidad no esté inscrito. Parece más lógico pensar que la cuestión relativa a la inscripción y la constitución del derecho real operará una vez que opere la adjudicación.

II.4. Hipoteca de un bien inmueble común

Un problema distinto es el caso en que uno de los comuneros hipoteca no ya su cuota, sino uno de los inmuebles y este termina siendo adjudicado al otro. Puede advertirse, desde ya, que, si pensamos en una hipoteca constituida después

[51] Ya el derecho romano reconoció expresamente la posibilidad de enajenar o gravar la cuota antes de la liquidación. Véase Guzmán (2013) p. 510.

[52] Sobre esta base razona Somarriva (1943) pp. 388-390 y lo señala expresamente Caprile (2023) pp. 656-657.

[53] Caprile (2023) p. 657.

de la disolución y antes de la liquidación, no queda comprendida en la norma que protege los intereses de los terceros. Así, si la garantía real fue constituida por uno de los comuneros, sobre la totalidad del inmueble, y este luego resulta adjudicado al otro de los x cónyuges, la verdad es que los derechos del acreedor hipotecario, digamos desde ya, no pueden ser cubiertos por la regla del art. 1723, que solo contempla la protección de intereses adquiridos con anterioridad al pacto.

La inoponibilidad no opera en favor del tercero, sino en favor del comunero en cuyo favor opera la adjudicación. Un ejemplo jurisprudencial de esta cuestión se encuentra en la decisión de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 28 de julio de 2011, causa rol 265-2011, sentencia en contra de la que se dedujo recurso de casación, siendo desechado por el fallo de la Corte Suprema, de 22 de agosto de 2012, rol 8682-2012, que declaró inoponible la hipoteca constituida por uno de los cónyuges (disuelta la sociedad conyugal) y adjudicada posteriormente al otro[54]. La inoponibilidad fue declarada, por tanto, no a favor del acreedor hipotecario (que pretendía la acción de desposeimiento), sino, como señalamos, en favor del cónyuge adjudicatario del bien hipotecado. No obstante, en la especie el acreedor ha quedado desprotegido, la solución de la Corte de Antofagasta tiene relación con el art. 1344 del *Código Civil*, que establece de modo general la regla de inoponibilidad a favor del adjudicado. Dado que el comunero que no recibe la cosa en adjudicación se entiende nunca haber tomado parte en las cosas comunes, la venta de cosa ajena (y su consecuente tradición) se reputan válidas, pero inoponibles al dueño (adjudicatario). La misma solución podría formularse para el caso que hipoteque la cosa común, que al final resulte adjudicada al otro comunero. Por último, particularmente en el caso del acreedor hipotecario, es necesario distinguir la hipótesis de la inoponibilidad, que reposa en la idea de que la hipoteca recaiga sobre una cosa que resulta adjudicada a otro, con la hipoteca de cuota y sus alcances, regulados en el art. 2417 del *Código Civil*, traducidos en la caducidad del derecho de hipoteca.

Conclusión

De lo expuesto, es posible indicar que el efecto expansivo actúa como el puente necesario para que la transformación de la propiedad, operada mediante una liquidación, leída en términos de convención, sea oponible a terceros ajenos al acto. Si bien el contrato es *inter alios acta*, su existencia en cuanto hecho jurídico

[54] También analizado en Aedo (2016) pp. 19-20.

obliga a los acreedores a aceptar la nueva realidad de los bienes adjudicados. Sin embargo, esta eficacia absoluta encuentra su límite en la protección de la buena fe. Cuando la transformación de la propiedad lesiona derechos adquiridos, la inoponibilidad surge como la sanción necesaria para neutralizar los efectos negativos de una convención que, aunque válida y oponible como hecho social, no puede ser utilizada para defraudar la legítima expectativa de cobro de los terceros. La tensión entre la expansividad del contrato y la seguridad jurídica de los acreedores define, por tanto, el equilibrio del sistema de responsabilidad civil en los regímenes matrimoniales.

Consideramos que la transformación de la propiedad operada por la adjudicación revela una desprotección sistémica para el acreedor hipotecario que contrata durante la indivisión. La aplicación del art. 2417 y la tesis de la falta de comunicabilidad de la cuota suponen que el derecho real del tercero queda supeditado a que el bien permanezca en el patrimonio del deudor tras la liquidación. Así, si la adjudicación recae en el otro cónyuge, la propiedad se transforma retroactivamente en un bien ajeno, provocando la caducidad de la hipoteca por falta de objeto o su inoponibilidad frente al adjudicatario. Esta realidad evidencia que, mientras no exista una norma que extienda la protección del art. 1723 a los créditos posteriores a la disolución, la mutación dominical de la liquidación seguirá siendo un mecanismo capaz de afectar la seguridad del tráfico jurídico y la integridad de las garantías reales en el derecho civil chileno.

Bibliografía

Aedo Barrena, Cristian (2011): "Algunos problemas relativos a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Especial referencia al pacto de sustitución de régimen", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 18, n.° 2: pp. 44-45.

Aedo Barrena, Cristian (2016): "Algunas cuestiones sobre la protección de los terceros en la disolución y liquidación de la sociedad conyugal y en el régimen de comunidad del Acuerdo de Unión Civil", en Barría Paredes, M. (coord.), *Estudios de derecho civil XI* (Santiago, Thomson Reuters).

Aedo Barrena, Cristian (2017): "El estado de comunidad quedado a la disolución de la sociedad conyugal. Su naturaleza jurídica y problemas derivados de su determinación", en Acuña San Martín, M. y del Picó Rubio, J. (eds.), *Estudios de derecho familiar* (Talca, Ediciones Universidad de Talca) pp. 141-160.

Aedo Barrena, Cristian (2018): "El problema de la ausencia de regla general de protección de terceros en la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Una primera aproximación", en Domínguez Hidalgo, C. (coord.), *Estudios de derecho de familia III* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 87-110.

Aedo Barrena, Cristian (2021): "Algunos problemas derivados de la administración del régimen de participación en los gananciales", en Illanes Valdés, A. y Vidal Olivares, Á. (dirs.), *Estudios de derecho de familia v* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Aedo Barrena, Cristian y Céspedes Muñoz, Carlos (2024): "Alcance de la buena fe como mecanismo de integración contractual. Especial referencia a la contratación entre partes sofisticadas", en Perlingieri, P. *et al*. (a cura di), *La modernizzazione della Teoria Generale delle obligazioni e dei contratti* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane).

Aedo Barrena, Cristian y Munita Marambio, Renzo (2026): "De la culpa a la responsabilidad estricta: el riesgo como elemento unificador de la responsabilidad civil", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 24: pp. 685-686.

Albornoz Sateller, Pedro (2021): *Partición arbitral de bienes. Legislación, jurisprudencia, doctrina y práctica* (Santiago, Ius Civile).

Alessandri Rodríguez, Arturo (1993): *De los contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio (2005): *Tratado de derecho civil, parte preliminar y general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Alessandri, Fernando (2018): *Partición de bienes*, versión de Antonio Vodanovic (Santiago, EJS, sexta edición).

Atiyah, Patrick S. (2006): *Essays of Contract* (Oxford, Oxford Publishing).

Barcia Lehmann, Rodrigo (2024): *Actos jurídicos, negocio jurídico y teoría general del contrato* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Brantt Zumarán, María Graciela (2015): "La inoponibilidad como mecanismo de protección de los terceros en la regulación patrimonial del matrimonio en el derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 24: pp. 63-89.

Cabello Vargas, Francisco (2023): "Más allá de los contratantes. Los terceros en el régimen de sociedad conyugal en Chile. Un enfoque ampliado", *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 83: pp. 298-302.

Caprile Biermann, Bruno (2023): "La hipoteca", en Munita Marambio, R. (dir.), *Contratos. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 656-657.

Carrasco Perera, Ángel (2024): *Derecho de contratos* (Madrid, Aranzadi, cuarta edición).

Claro Solar, Luis (1977): *Explicaciones de derecho civil y comparado*, t. ii (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Corral Talciani, Hernán (2002): "La definición de contrato en el Código Civil Chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés", en VV.AA., *Documentos de trabajo Universidad de los Andes*, núm. 43.

Corral Talciani, Hernán (2018): *Curso de derecho civil. Parte general* (Santiago, Thomson Reuters).

Corral Talciani, Hernán (2020): *Curso de derecho civil. Bienes* (Santiago, Thomson Reuters).

Díez-Picazo, Luis (2007): *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t. I: Introducción a la teoría del contrato (Madrid, Thomson Reuters, sexta edición).

Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio (2003): *Sistema de derecho civil*, vol. I (Madrid, Tecnos, undécima edición).

Domínguez Hidalgo, Ramón (1984): "Los terceros y el contrato", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, t. 174.

Ducci Claro, Carlos (2002): *Derecho civil. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición).

Ferrara, Luigi Cariota (2019): *El negocio jurídico*, traducción de Manuel Albaladejo (Santiago, Olejnik).

Figueroa Yáñez, Gonzalo (2019): *Curso de derecho civil*, t. II: Teoría de los actos jurídicos (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión quinta edición).

Fleming, John G. (1987): *The Law of Torts* (Sidney, The Law Book Company, seventh edition).

Guzmán Brito, Alejandro (2013): *Derecho privado romano* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).

Henríquez Herrera, Ian (2012): "Para una delimitación del efecto expansivo de los contratos", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n.° 2: pp. 515-516.

Ibáñez León, Arturo (2019): "*¿De qué estamos hablando?: revisitando el problema del alcance de la norma del artículo 1723, inciso 2°, sobre el pacto sustitutorio de la sociedad conyugal y el perjuicio de los acreedores*", en Aedo Barrena, C. y Mondaca Miranda, A. (eds.), *Estudios de derecho de familia IV* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 292-297.

Lira Urquieta, Pedro (1936): "Algunas consideraciones sobre el estado de indivisión que sigue a la disolución de la sociedad conyugal", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 33: pp. 122-123.

Llulle Navarrete, Philipe y Arévalo Ayala, Patricia (2023): *La inoponibilidad* (Santiago, El Jurista).

López Santa María, Jorge y Elorriaga de Bonis, Fabián (2017): *Los contratos. Parte general* (Santiago, Thomson Reuters, sexta edición).

Messineo, Francesco (2018): *Doctrina general del contrato*, traducción de R. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra (Santiago, Olejnik).

Meza Barros, Ramón (1966): *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición).

Peñailillo Arévalo, Daniel (1983): "El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.° 173: pp. 149-153.

Peñailillo Arévalo, Daniel (2019): *Los bienes* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).

Pescio Vargas, Vitorio (1978): *Manual de derecho civil*, t. II: Teoría general de los actos jurídicos y teoría de la prueba (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Ramos Pazos, René (2005): *Derecho de familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Rivera Restrepo, José (2023): *Tratado de derecho civil. Del acto jurídico* (Santiago, Thomson Reuters).

Silva Segura, Enrique (1985): *Acciones, actos y contratos sobre cuotas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Somarriva Undurraga, Manuel (1943): *Tratado de las cauciones* (Santiago, Nascimento).

Somarriva Undurraga, Manuel (2006): *Indivisión y partición* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión quinta edición actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez).

Stitchkin B., David (1949): "Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, de 18 de marzo de 1948", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 46, 2.ª parte, sec. 2.ª: pp. 95-98.

Vial Del Río, Víctor (2015): *Teoría general del acto jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición).

Vidal Olivares, Álvaro (2006): "El efecto absoluto de los contratos", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 6: pp. 555-556.

Vidal Olivares, Álvaro (2019): "El pacto de sustitución de régimen matrimonial y la protección de terceros", en Aedo Barrena, C. y Mondaca Miranda, A. (eds.), *Estudios de derecho de familia IV* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 305-308.

Vidal Olivares, Álvaro (2021): "La acción de simulación y la inoponibilidad en hipótesis del artículo 1723 del Código Civil ¿Un concurso de sanciones de ineficacia de la convención?", en Illanes Valdés, A. y Vidal Olivares, Á. (dirs.), *Estudios de derecho de familia V* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Walker Silva, Nathalie (2024): "Naturaleza jurídica de la inoponibilidad: una propuesta de inclusión en el sistema de ineficacias en el Código Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 42: pp. 180-188.

Zimmermann, Reihnard (2019): *La indemnización de los daños contractuales*, traducción de Antoni Vaquer Aloy (Santiago, Olejnik).

Jurisprudencia

Corte Suprema rol n.° 7539-2007.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y FISCALIDAD: EFICIENCIA, RIESGOS Y DESAFÍOS REGULATORIOS EN LA EXPERIENCIA CHILENA

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND TAXATION: EFFICIENCY, RISKS, AND REGULATORY CHALLENGES IN THE CHILEAN EXPERIENCE

Carolina Devoto Berriman*

RESUMEN: En el presente trabajo analizamos el uso de la inteligencia artificial (IA) en la fiscalización tributaria en Chile, centrándonos en la experiencia del Servicio de Impuestos Internos (SII). A partir de diversas definiciones doctrinales y de organismos internacionales, destacamos que la IA se caracteriza por su capacidad de tomar decisiones y actuar sobre la base de datos, lo que plantea importantes desafíos regulatorios, especialmente en ámbitos sensibles como la tributación.

El SII ha ido incorporando, en forma progresiva, herramientas de analítica avanzada desde 2007, utilizando técnicas como SOM, K-means, redes neuronales, árboles de decisión y regresión logística. Estas herramientas han permitido evolucionar desde un modelo de fiscalización reactivo hacia uno predictivo y preventivo, apoyado en el Big Data, facilitando la detección de fraudes, la clasificación de riesgo y el control de la informalidad.

Sin embargo, el uso de IA plantea riesgos relevantes, como la opacidad algorítmica ("caja negra"), posibles vulneraciones al debido proceso, afectaciones a la privacidad y la inversión de la carga de la prueba. Frente a ello, proponemos principios como la transparencia, la explicabilidad y la supervisión humana.

De la misma forma, examinamos el marco normativo chileno reciente, en especial, las leyes sobre cumplimiento tributario y protección de datos persona-

* Magíster en Docencia Universitaria, Universidad del Desarrollo. Magíster en Economía y Gestión, Universidad Gabriela Mistral. Abogado, Universidad Gabriela Mistral. Profesora asociada de la cátedra de Derecho Civil en la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: cdevoto@udd.cl

les, que introducen garantías frente a decisiones automatizadas, como el derecho a explicación y revisión humana. Finalmente, analizamos algunas de las tensiones jurisprudenciales en casos de fiscalización automatizada.

En conclusión, reconocemos que la IA constituye una herramienta clave para la eficiencia fiscal, pero su legitimidad depende de un adecuado equilibrio entre potestades administrativas y derechos fundamentales, requiriéndose un marco normativo específico para su uso en la administración tributaria.

Palabras clave: inteligencia artificial; fiscalización tributaria; administración tributaria; transparencia algorítmica; protección de datos personales; debido proceso.

Abstract: This paper analyzes the use of artificial intelligence (AI) in tax auditing in Chile, focusing on the experience of the Internal Revenue Service (SII). Based on various doctrinal definitions and those of international organizations, it highlights that AI is characterized by its ability to make decisions and act on data, which poses significant regulatory challenges, especially in sensitive areas such as taxation. Since 2007, the SII has progressively incorporated advanced analytics tools, using techniques such as Self-Organizing Maps (SOM), K-means, neural networks, decision trees and logistic regression. These tools have allowed the SII to evolve from a reactive audit model to a predictive and preventive one, supported by Big Data, facilitating fraud detection, risk classification, and the control of informality. However, the use of AI presents significant risks, such as algorithmic opacity ("black box"), potential violations of due process, privacy concerns, and the reversal of the burden of proof. In response, principles such as transparency, explainability and human oversight are proposed. The paper also examines the recent Chilean regulatory framework, especially the laws on tax compliance and personal data protection, which introduce safeguards against automated decisions, such as the right to explanation and human review. Jurisprudential tensions in cases of automated auditing are also analyzed. Finally, it concludes that AI is a key tool for fiscal efficiency, but its legitimacy depends on a proper balance between administrative powers and fundamental rights, requiring a specific regulatory framework for its use in tax administration.

Keywords: Artificial intelligence; tax auditing; tax administration; algorithmic transparency; personal data protection; due process.

Introducción

La irrupción de la IA ha transformado profundamente múltiples ámbitos de la vida social y económica, incluyendo de manera significativa la función fiscalizadora del Estado. En el ámbito tributario, su utilización promete aumentar la eficiencia en la recaudación y mejorar la detección de conductas evasivas, pero al mismo tiempo plantea importantes desafíos en materia de derechos fundamentales, debido proceso y protección de datos personales.

En Chile, el SII ha sido pionero en la incorporación de herramientas de analítica avanzada, transitando hacia modelos predictivos basados en grandes volúmenes de datos. Este proceso de modernización no solo implica un cambio tecnológico, sino, también, una redefinición de la relación entre el fisco y los contribuyentes.

En el presente trabajo examinamos la experiencia chilena en el uso de la IA en materia tributaria, identificando sus principales aplicaciones, beneficios y riesgos, así como el marco normativo y jurisprudencial que regula esta materia. Asimismo, abordamos los desafíos éticos y jurídicos que surgen de la fiscalización algorítmica, proponiendo lineamientos para compatibilizar la eficiencia administrativa con el respeto a los derechos de los contribuyentes.

I. Desarrollo

I.1. Implementación de la Inteligencia Artificial en el SII: herramientas, evolución y aplicaciones prácticas

Si bien la definición de lo que debe entenderse por IA no es un tema pacífico, al no existir un consenso entre los especialistas sobre lo que es, en primer lugar, la "inteligencia", la Organisation for Economic Co-operation and Development[1] define un sistema de IA como aquel que puede, para un conjunto dado de objetivos definidos por humanos, hacer predicciones, recomendaciones o tomar decisiones que influyen en entornos reales o virtuales, utilizando datos y modelos.

Por su parte, la Comisión Europea señala que la IA se refiere a sistemas diseñados por humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en el mundo físico o digital percibiendo su entorno, interpretando datos, razonando sobre el conocimiento derivado y decidiendo las mejores acciones para lograr ese objetivo[2].

[1] OECD (2019).

[2] Comisión Europea (2020).

Finalmente, Stuart Russell y Peter Norvig describen la IA como el estudio de los agentes que reciben percepciones del entorno y llevan a cabo las acciones, siendo el principal tema unificador la idea del agente inteligente[3].

Como podemos apreciar, en las tres definiciones existe un elemento común: decidir y actuar.

Ello determina que, cualquiera sea el área en que se utilice la IA, su capacidad de tomar decisiones y actuar conforme a ellas debe tenerse muy presente al momento de regular su aplicación, máxime si ello puede implicar una eventual vulneración a los derechos fundamentales de las personas que son afectadas por estas.

Sin duda, un sector especialmente sensible a esto es el de las administraciones tributarias (AATT), en que se entrecruzan, por una parte, la necesidad del fisco de mejorar la eficiencia en sus procesos internos y combatir la evasión tributaria y, por otra, los riesgos que puede implicar para los contribuyentes que el tratamiento de sus datos conlleve discriminaciones algorítmicas, opacidades, cajas negras, vulneración de sus datos personales, entre otros.

En Chile, la primera experiencia del SII en el uso de herramientas de analítica avanzada fue en el año 2007, mediante herramientas SOM y K-means para segmentar contribuyentes de IVA[4]. Las SOM (Self-Organizing Maps) son un tipo de técnica dentro de la IA y del aprendizaje no supervisado que permite organizar, visualizar y agrupar datos complejos sin necesidad de etiquetas previas; este mecanismo arroja un mapa o representación bidimensional, donde los datos similares quedan cerca entre sí. Por otra parte, los K-means refieren a un algoritmo, también de aprendizaje no supervisado dentro de la IA y la minería de datos, cuyo objetivo es agrupar datos en "k" grupos (*clusters*) según su similitud. En ambos casos, sus principales utilidades son la segmentación de datos, la detección de patrones, la clasificación exploratoria y la reducción de complejidad en grandes bases de datos. En el caso del SII chileno, los datos que sirvieron de base para comenzar a utilizar estas herramientas fueron las mismas declaraciones de los contribuyentes, en específico el formulario n.° 29 sobre declaración de impuestos mensuales y el formulario n.° 4415, sobre declaración de inicio de actividades[5].

Así, la modernización del SII chileno no fue solo un cambio técnico, sino un giro estructural en la relación fisco-contribuyente. Históricamente, este organismo actuaba de forma reactiva, revisando documentos físicos mucho tiempo después de ocurridos los hechos gravados, es decir, *ex post*, con auditorías selectivas y controles aleatorios. Hoy, gracias al Big Data y sus "cinco V" (volu-

[3] Russell & Norvig (2021).

[4] Ossandón (2021).

[5] Ossandón (2021).

men, variedad, velocidad, valor y veracidad), el sistema ha transitado hacia un modelo preventivo y predictivo, orientado a identificar riesgos antes de que se verifiquen pérdidas fiscales significativas. En otras palabras, se redefine la función fiscalizadora, que deja de centrarse solo en el incumplimiento pasado para anticipar conductas futuras.

Como hemos consignado, el Big Data constituye el sustrato material de estos sistemas, al permitir el tratamiento masivo de datos provenientes de múltiples fuentes heterogéneas. En el ámbito fiscal, esta información incluye declaraciones tributarias, facturación electrónica, registros de terceros e, incluso, datos patrimoniales, lo que posibilita una visión integral del comportamiento económico de los contribuyentes[6]. Esta arquitectura se sustenta en la trazabilidad transaccional iniciada con la factura electrónica y las propuestas prellenadas de IVA y renta, donde el Estado ya no espera la declaración, sino que notifica una liquidación ya construida a través del uso de algoritmos.

De acuerdo con la literatura especializada, se han desarrollado sistemas de análisis de datos orientados a detectar inconsistencias entre ingresos declarados y estilos de vida, identificar redes de facturación falsa y clasificar a los contribuyentes según niveles de riesgo tributario[7]. Estas herramientas permiten asignar de manera más eficiente los recursos fiscalizadores, focalizando los esfuerzos en áreas de mayor impacto recaudatorio.

Así, el año 2009 se construyen modelos de riesgos en distintas etapas del ciclo de vida del contribuyente, en los que se aplican técnicas de redes neuronales, árboles de decisión y regresión logística[8], que permitieron detectar, por primera vez, potenciales usuarios de facturas falsas. Mientras las primeras posibilitan la pesquisa de patrones complejos, el modelo de árboles de decisión toma decisiones siguiendo una estructura de preguntas sucesivas, generando un diagrama en forma de árbol, de ahí su nombre. Finalmente, la regresión logística es un modelo estadístico que calcula la probabilidad de un resultado determinado.

De acuerdo con lo anterior, podemos identificar las siguientes herramientas operativas de la IA fiscal en Chile:

- Detección de fraude: utilización de *machine learning* y redes neuronales para identificar facturas ideológicamente falsas mediante árboles de decisión.
- Clasificación de riesgo global (CRG): uso de analítica predictiva para segmentar contribuyentes según su historial y atributos conductuales.
- Control de la informalidad: en aplicación de la Ley n.° 21713 de 2024, sobre Cumplimiento de Obligaciones Tributarias, se estableció un moni-

[6] Ogrodnik (2025).
[7] Álvarez (2024).
[8] Ossandón (2021).

toreo masivo de cuentas bancarias que reciben más de cincuenta abonos mensuales de distintos RUT, aplicando técnicas de *clustering* para detectar actividades comerciales con rasgos de habitualidad y no declaradas. La misma norma obliga a las instituciones financieras a reportar cuentas que registren movimientos o saldos superiores a mil quinientas unidades de fomento (aproximadamente CLP 60 000 000).

- Vigilancia en redes sociales: uso de *web scraping* y minería de textos para cotejar el nivel de vida exhibido por los usuarios (lujos, viajes) con sus rentas declaradas, identificando incongruencias patrimoniales.

Así, ya el año 2020 el SII informaba que había logrado recaudar más de veinte mil millones de pesos en el control del uso de facturas para defraudar al fisco:

> "A través de la aplicación de diversas herramientas tecnológicas como Big Data, técnicas de analítica avanzada, machine learning, clusterización y visualización, entre otras, el Servicio ha podido avanzar en la identificación de 3.226 emisores relacionados con 53.039 receptores, que han utilizado estos documentos con el objeto de abultar el crédito y disminuir el IVA a pagar"[9].

I.2. Riesgos de la fiscalización algorítmica: opacidad, debido proceso y derechos del contribuyente

Uno de los principales riesgos de la fiscalización algorítmica es la denominada "caja negra", esto es, la imposibilidad práctica de comprender los criterios utilizados por el sistema para seleccionar a un contribuyente como riesgoso. Esta situación dificulta el ejercicio del derecho a defensa y la posibilidad de impugnar fundadamente las decisiones administrativas. El debido proceso administrativo exige que toda actuación de la administración que afecte derechos o intereses legítimos se someta a estándares mínimos de racionalidad, transparencia y contradicción. La utilización de sistemas de IA tensiona estas exigencias, en especial cuando las decisiones se basan en algoritmos opacos o difíciles de explicar al contribuyente[10].

Esto deriva en que:

- El contribuyente no puede contradecir la prueba si no comprende la lógica algorítmica que lo marcó como sospechoso.
- El sistema asume mala fe basado en patrones numéricos, forzando al ciudadano a probar un hecho negativo (que no evadió), lo que deroga *de facto* la presunción de inocencia.

[9] Servicio de Impuestos Internos (SII) (2020).

[10] Álvarez (2024).

- El rastreo de perfiles digitales vulnera la expectativa legítima de privacidad, especialmente cuando la IA no distingue entre las "falsas realidades" o exageraciones propias de las redes sociales y la capacidad contributiva real[11].

Para mitigar estos riesgos, la doctrina propone transitar hacia una adopción de principios fundamentales:

1. Prudencia: evitar algoritmos excesivamente complejos sin validación previa.
2. Transparencia y explicabilidad: permitir que el contribuyente conozca cómo se tomó la decisión automatizada.
3. Supervisión humana: garantizar que siempre exista una persona de "carne y hueso" responsable de cuestionar las conclusiones del sistema y validar los actos administrativos[12].

I.3. Lineamientos éticos y normativos para el sector público en Chile

En el ámbito administrativo, los lineamientos emitidos por el Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación[13] recomiendan un enfoque de IA centrado en las personas, destacando principios de transparencia, explicabilidad y respeto a los derechos fundamentales. Estos criterios resultan relevantes para la actuación del SII, dada la naturaleza intrusiva de sus funciones fiscalizadoras.

Así, las recomendaciones a los órganos del Estado que, en el ejercicio de sus funciones, utilicen herramientas basadas en IA, son las siguientes:

1. IA centrada en las personas, asegurando que estas no sean objeto de discriminaciones arbitrarias con motivo de la utilización de estas herramientas.
2. Transparencia y explicabilidad, informando a la ciudadanía, a través de mecanismos idóneos, de fácil acceso y en lenguaje claro, sobre las herramientas de IA que se están utilizando en sus procesos; si se sirven de *chatbots*, asistentes virtuales o sistemas automatizados de atención de público, entre otras y la utilización de IA en procesos de tomas de decisiones que pudieren afectar sus derechos fundamentales.
3. Privacidad y uso de datos, garantizando que el tratamiento de datos personales, principalmente los de carácter sensible, que se haga utilizando herramientas de IA, cumpla con la normativa vigente.

[11] Álvarez (2024).

[12] Ossandón (2021).

[13] Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación (2023).

En el ámbito legislativo, en esta materia nos encontramos con dos estatutos que tensionan la siempre compleja relación contribuyente-fisco. Nos referimos a la ya mencionada Ley n.º 21713 de 2024, sobre Cumplimiento Tributario, que otorgó, por la vía de la modificación del *Código Tributario* chileno, importantes atribuciones al SII, entre otras, habilitando el acceso masivo a datos bancarios y tecnológicos y autorizándolo a que se conecte directamente a los sistemas tecnológicos de las empresas, con el fin (al menos declarado) de revisar que el *software* contable no esté manipulado, desafiando los límites tradicionales de la reserva tributaria y el debido proceso. Si el SII utiliza el acceso remoto o el monitoreo bancario para obtener evidencia de delitos tributarios sin haber iniciado formalmente el procedimiento criminal, a través de una querella, estaría eludiendo las garantías del debido proceso penal. Así, la fiscalización se convierte en una vía administrativa para burlar la exigencia de autorización judicial previa, vulnerando la separación de funciones entre el órgano administrativo y jurisdiccional. Cuando el juez llega a intervenir, el "barrido masivo" ya ocurrió y el perfilamiento de riesgo ya se ejecutó[14].

El segundo estatuto normativo que entra en juego en este tema lo encontramos en la Ley n.º 21719 de 2024, que entra en vigencia el 1 de diciembre de 2026, y que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Esta ley establece un marco normativo integral para regular la protección y el tratamiento de datos personales, creando, además, una agencia especializada para supervisar su cumplimiento. El texto define conceptos fundamentales como la anonimización, los datos sensibles y la elaboración de perfiles, extendiendo su aplicación incluso a entidades extranjeras que operen con información de residentes locales. Se consagran derechos esenciales para los ciudadanos, entre los que destacan el acceso, la rectificación, la supresión y la portabilidad de su información personal. Asimismo, los responsables de manejar estos datos deben cumplir con principios de licitud, transparencia y seguridad, garantizando la confidencialidad tras finalizar su relación con el titular. La legislación también regula el uso de datos por parte de organismos públicos y las condiciones para la transferencia de información a terceros. Por último, se imponen obligaciones estrictas para reportar cualquier vulneración de seguridad y realizar evaluaciones de impacto en casos de alto riesgo.

Aunque la ley no menciona el término *inteligencia artificial* en forma explícita, regula las "decisiones individuales automatizadas" y la "elaboración de perfiles", que son las aplicaciones prácticas de la IA en este ámbito, estableciendo mecanismos y garantías para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, a saber:

[14] Ogrodnik (2025).

a. Derecho a no ser objeto
de decisiones automatizadas

El mecanismo principal de protección es el derecho del ciudadano a oponerse y a no ser objeto de decisiones basadas solo en el tratamiento automatizado de sus datos (incluyendo el perfilamiento) cuando estas produzcan efectos jurídicos o le afecten en forma significativa.

Incluso si la ley autoriza una decisión automatizada en un organismo público, el responsable debe adoptar salvaguardas que aseguren al ciudadano: (art. 8.° bis):

- El derecho a recibir una explicación sobre la decisión tomada.
- El derecho a la intervención humana para revisar el resultado.
- La posibilidad de expresar su punto de vista y solicitar la revisión de la decisión.

b. Transparencia
y deber de información

La ley obliga a los organismos públicos a ser transparentes sobre el uso de estos sistemas para que el ciudadano sepa cómo le afectan.

Lo anterior implica información y acceso, para el ciudadano, sobre la lógica aplicada en las decisiones automatizadas y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el titular. (art. 5.°, letra f),

c. Evaluación de Impacto
en Protección de Datos (EIPD)

Para prevenir riesgos antes de implementar sistemas de IA, la ley establece un mecanismo de control preventivo, que contempla:

- Obligatoriedad (art. 15 ter): los organismos públicos deben realizar una evaluación de impacto antes de iniciar tratamientos que supongan un alto riesgo. Esto es obligatorio cuando se realicen evaluaciones sistemáticas basadas en decisiones automatizadas o perfilamientos con efectos jurídicos significativos.
- Contenido de la evaluación: debe incluir la descripción de las operaciones, la evaluación de necesidad y proporcionalidad y las medidas para mitigar riesgos.

d. Protección desde el diseño
y por defecto

Este mecanismo asegura que la protección de derechos sea parte del sistema tecnológico desde su creación. Para estos se establecen:

- Medidas preventivas (art. 14 *quater*): el responsable debe aplicar medidas técnicas y organizativas adecuadas desde el diseño y antes de iniciar el tratamiento, considerando los riesgos asociados.
- Minimización de datos: por defecto, solo deben tratarse los datos estrictamente necesarios para la finalidad específica del organismo público.

e. Responsabilidad y principios en organismos públicos

La ley establece un marco de actuación estricto para los órganos del Estado.

- Sujeción a principios (arts. 20 y 21): el tratamiento de datos por organismos públicos debe respetar los principios de licitud, finalidad, proporcionalidad, seguridad y transparencia.
- Coordinación y eficiencia (art. 21): deben evitar la duplicidad de trámites y asegurar la interoperabilidad para no pedir información innecesaria a los ciudadanos.
- Responsabilidad administrativa (art. 44): los jefes superiores de los servicios deben velar por el cumplimiento de estos principios, bajo riesgo de multas y sanciones administrativas si las operaciones de tratamiento (incluidas las automatizadas) vulneran derechos.

f. Control de categorías especiales

- Prohibición de tratamiento masivo (art. 25): se prohíbe de manera explícita el tratamiento masivo de datos contenidos en registros de infracciones penales, civiles o administrativas por parte de organismos públicos, salvo autorización legal expresa.
- Autonomía constitucional (art. 54): El Congreso, el Poder Judicial y órganos autónomos deben dictar sus propias políticas internas para garantizar que sus sistemas automatizados respeten los derechos fundamentales y los estándares de seguridad fijados por la ley.

Creemos que la aplicación de la Ley n.° 21719 a la labor del SII representa un equilibrio entre la eficiencia de la fiscalización tributaria y la protección de los derechos de los contribuyentes. Al ser un órgano público, el SII actúa como responsable de datos y su actividad se ve impactada por diversos mecanismos legales.

Si bien este organismo no requiere el consentimiento del titular para tratar datos personales, solo puede hacerlo para el cumplimiento de sus funciones legales y dentro de sus competencias. Esto permite que el SII recolecte y procese información financiera y económica de forma lícita para detectar evasión o elusión, fundamentado en la satisfacción de una función pública, para lo cual

utiliza algoritmos para seleccionar contribuyentes que serán auditados. Bajo esta ley, esto se considera elaboración de perfiles (tratamiento automatizado para predecir comportamiento económico).

Frente a esto, el contribuyente tendrá derecho a oponerse a decisiones basadas exclusivamente en estos sistemas si le afectan de forma significativa, debiendo el SII asegurar que el contribuyente pueda obtener una explicación sobre la lógica aplicada en la selección de su caso, solicitar la intervención humana para revisar el resultado y expresar su punto de vista.

Sin embargo, la ley establece que los organismos públicos no acogerán solicitudes de acceso, rectificación, oposición o supresión cuando ello impida o entorpezca el cumplimiento de las funciones fiscalizadoras o sancionatorias del organismo. Esto garantiza que un contribuyente bajo investigación no pueda usar la ley de protección de datos para bloquear una auditoría en curso.

Por otra parte, dado que el SII realiza tratamientos masivos de datos y evaluaciones sistemáticas de aspectos personales (perfilamiento) que producen efectos jurídicos, estará obligado a realizar una EIPD antes de implementar nuevas tecnologías o procesos de fiscalización de alto riesgo. Asimismo, deberá evaluar la necesidad y proporcionalidad de sus medidas y cómo mitigará los riesgos para los derechos de los contribuyentes.

Para evitar duplicidad de trámites o la reiteración de requerimientos de información a los ciudadanos, deberá aplicar los principios de coordinación y eficiencia, alcanzando un alto grado de interoperabilidad con otros órganos del Estado. Puede ceder o recibir bases de datos de otros órganos públicos siempre que sea necesario para sus funciones legales.

Con el fin de garantizar transparencia, deberá mantener permanentemente en su sitio web información clara sobre su política de tratamiento de datos, las categorías de datos que trata, las finalidades y la existencia de decisiones automatizadas, debiendo explicar de manera significativa la lógica aplicada en sus sistemas de procesamiento automatizado.

La responsabilidad sobre el cumplimiento de esta normativa recae en el director del SII (jefe superior), quien tiene el deber legal de velar por que el organismo respete estos principios; su incumplimiento puede acarrear multas de entre el 20 % y el 50 % de su remuneración mensual, las cuales se duplican en caso de reincidencia.

En resumen, aunque el SII mantiene facultades excepcionales para asegurar la recaudación fiscal, la nueva ley le impone estándares técnicos de diseño, transparencia y revisión humana que transforman la manera en que utiliza la inteligencia artificial y el análisis de datos masivos en el ámbito de sus funciones; lo anterior, en nuestra opinión, constituirá una necesaria nivelación entre sus atribuciones, por una parte, y el respeto a los derechos de los contribuyentes, por otra.

Para finalizar, debemos mencionar el proyecto de ley que regula los sistemas de inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, en sus distintos ámbitos de aplicación, ingresado el 24 de abril de 2023[15], actualmente en segundo trámite constitucional ante el Senado y en cuyos considerandos se establece:

> "9. La presente propuesta de regulación tiene el objetivo de establecer un área de soberanía digital para los sistemas de inteligencia artificial en que sea el Estado de Chile el que discuta las consideraciones éticas y jurídicas, además de regular los riesgos surgidos a propósito del desarrollo, distribución, comercialización y utilización de esta tecnología. Estableciendo límites, formalidades y requisitos de implementación y aplicación que sean aplicables, y su cumplimiento exigible, a toda persona –natural o jurídica– que desenvuelva su actuar con sistemas de inteligencia artificial.
>
> 10. Es especialmente relevante discutir y llegar a un adecuado equilibrio que garantice el resguardo a los derechos fundamentales garantizados por el Estado de Chile; sin obstaculizar ni impedir indebidamente el desarrollo y acceso a estas tecnologías; sin que esto implique en caso alguno aumentar de un modo desproporcionado el coste de introducir soluciones de inteligencia artificial en el mercado y desenvolvimiento de organismos e instituciones públicas y privadas.
>
> 11. Este proyecto busca en los sistemas de IA:
>
> a. Promover una discusión democrática de sus consideraciones éticas.
> b. Generar una legislación unificada y coherente que sistematice sus procesos de desarrollo, distribución, comercialización y utilización.
> c. Regular la responsabilidad civil y los derechos de propiedad intelectual.
> d. Regular su utilización en el ámbito penal, educativo, cultural y audiovisual.
> e. Proteger los derechos de propiedad intelectual y toda la gama de creaciones artístico-culturales.
> f. Proteger a los consumidores en general y, en particular, el tratamiento de datos personales.
> g. Evitar la discriminación en general y, en particular, la denominada discriminación algorítmica".

Para el logro de estos objetivos, el proyecto contempla la creación de una comisión nacional de inteligencia artificial radicada en el Ministerio de Cien-

[15] Cámara de Diputados y Diputadas (2025).

cia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y de un procedimiento para que los sistemas de inteligencia artificial sean evaluados y autorizados por la Comisión Nacional de Inteligencia Artificial.

Lógicamente tendremos que esperar a que este proyecto se convierta en ley para efectuar un análisis profundo, sin embargo, desde ya, nos parece que la regulación del uso de la IA es un paso en la dirección correcta, aunque será, sin dudas, una de las normas con más modificaciones esperables en el futuro, a medida que estas herramientas sigan avanzando, se crean otras nuevas o las actuales vayan quedando en la obsolescencia. Sin embargo, dado que algunos de los derechos fundamentales más importantes del ser humano pueden verse afectados por una desregulada aplicación de la IA, es mejor tener legislación expuesta a actualizaciones que no tenerla en absoluto.

I.4. Control judicial de la fiscalización automatizada: análisis de jurisprudencia reciente

El uso de algoritmos para la toma de decisiones administrativas ha generado tensiones críticas, que se han reflejado también en las decisiones judiciales. A continuación, exponemos dos casos que, al menos en una primera aproximación han sido resueltos de manera contradictoria:

a) Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago (rol 2639-2025)

Hechos:

El contribuyente S.M.C.L. y la sociedad Good Service SpA interpusieron un recurso de protección contra el SII por el bloqueo de la emisión de facturas y documentos tributarios electrónicos. Los recurrentes alegaron que, a pesar de haber entregado documentación para acreditar sus operaciones, el SII mantenía el bloqueo mediante anotaciones administrativas sin una resolución fundada, lo que ponía a la empresa en riesgo de quiebra.

La Corte rechazó el recurso, basándose en los siguientes argumentos:

1. Legalidad del acto: el SII actuó dentro de sus facultades de fiscalización. Se acreditó que el servicio dictó la resolución exenta n.º 165, la cual notificó al contribuyente las razones del diferimiento de folios: inconsistencias en los datos, domicilio falso o no ubicado y falta de instalaciones necesarias para el giro.
2. Proporcionalidad: la medida no es una prohibición absoluta de la actividad económica, sino una limitación temporal permitida por el art. 8.° ter del *Código Tributario* mientras subsistan las irregularidades.
3. Carga del contribuyente: la *Constitución* dispone que las actividades económicas se desarrollen respetando las normas legales; en este caso,

el contribuyente no subsanó las observaciones ni acreditó la efectividad de su domicilio ante el ente fiscalizador.

b) Sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua (rol 2078-2024)

Hechos

La empresa Agrocomercial Santa Eliana SpA recurrió contra el SII tras detectar que su clave de acceso al portal web estaba bloqueada. Al consultar, se les informó, de manera verbal, que era una medida para que aclararan inconsistencias en sus declaraciones mensuales y facturas presuntamente falsas. El recurrente denunció que esto era una medida de apremio ilegítima, no contemplada en la ley.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso y ordenó al SII desbloquear la clave de acceso, sobre la base de los siguientes fundamentos:

1. Falta de base legal: la Corte determinó que no existe una norma legal que faculte expresamente al SII a bloquear la clave tributaria de un contribuyente para obligarlo a concurrir a sus oficinas.
2. Vulneración del debido proceso: el SII reconoció que la medida no fue fundada ni notificada por escrito, lo cual contraviene el art. 8.° bis del *Código Tributario*, que exige que toda actuación de fiscalización indique con precisión sus razones y se notifiquee, en forma previa, si afecta la normalidad de las operaciones.
3. Autotutela: el tribunal consideró que el bloqueo se asimila a una autotutela o vía de hecho que perturba el derecho a desarrollar una actividad económica y la igualdad ante la ley.

En contra de la sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Rancagua, el SII dedujo recurso de apelación ante la Corte Suprema (rol 340-2025), confirmándose por el máximo tribunal la resolución de la citada Corte y ratificando que estas actuaciones automatizadas son ilegales al no indicar las razones precisas que las motivan, vulnerando el derecho a desarrollar una actividad económica legítima. Aunque la mayoría de los ministros de la sala confirmó el fallo, hubo un voto de minoría que argumentó a favor de rechazar el recurso del contribuyente, basándose en:

1. Potestad fiscalizadora: el SII tiene el mandato legal de aplicar y fiscalizar los impuestos, lo que le permite fijar normas y planes de gestión.
2. Medida cautelar legítima: el bloqueo de clave para contribuyentes de riesgo global alto es una herramienta del Modelo Integrado de Gestión de Cumplimiento Tributario para resguardar el interés fiscal ante sospechas de uso de facturas falsas e IVA indebido.
3. Transitoriedad: al ser una medida cuya vigencia depende de que el contribuyente aporte la información obligatoria, no se consideró ilegal ni vulneratoria de derechos fundamentales.

Como podemos apreciar, los tribunales distinguen entre herramientas de fiscalización y mecanismos de presión.

El criterio de la Corte de Apelaciones de Rancagua, confirmado por la Corte Suprema, establece que bloquear la clave para "incentivar" al contribuyente a que concurra a las oficinas es una forma de autotutela o vía de hecho inadmisible, pues constituye una "medida de apremio" no contemplada en la ley, que perturba el ejercicio de la actividad económica. En tanto, la Corte de Apelaciones de Santiago ve el bloqueo de emisión de facturas y documentos tributarios electrónicos no como un apremio, sino como una limitación temporal legítima y proporcional mientras el contribuyente no subsane irregularidades graves detectadas en visitas inspectivas.

Si bien algunos autores han visto en esto una oscilación jurisprudencial que evidencia, una vez más, que las resoluciones dependen del tribunal en que recaiga el asunto, más que de criterios objetivos, discrepamos de aquella conclusión. En nuestra opinión, si bien pueden considerarse, en una primera mirada, como decisiones completamente opuestas frente al mismo hecho, emanado del mismo organismo (bloqueo de parte del SII), en un caso se emitió una resolución fundamentada, detallando la medida y sus razones y notificándose al contribuyente, mientras que, en la otra, nada de ello ocurrió y, además, la medida ni siquiera tenía fundamento legal, lo que, en forma evidente, atentaba contra la legalidad y el debido proceso. Los hechos y antecedentes, en cada caso, son diferentes y, por tanto, es razonable que la resolución en cada uno lo haya sido también.

I.5. Desafíos futuros y necesidad de una regulación específica de la IA tributaria

La experiencia chilena muestra que la IA puede ser una herramienta poderosa para fortalecer la administración tributaria, pero su legitimidad depende de un adecuado marco jurídico y ético. Resulta indispensable desarrollar mecanismos de control, auditoría algorítmica y supervisión humana que permitan compatibilizar eficiencia fiscal y garantías constitucionales.

Si bien la próxima entrada en vigencia de la Ley n.º 21719 sobre Protección de Datos Personales otorgará medidas concretas destinadas a restringir decisiones 100 % automatizadas y garantizar el derecho a la explicación, creemos que la función que cumple el SII es de tal especificidad y envergadura y que sus decisiones pueden causar consecuencias de inconmensurada magnitud patrimonial, financiera y judicial que se requiere de un cuerpo normativo específico que regule, en forma precisa, el uso de la IA por la AATT. Un estatuto de este tipo garantizaría, de mejor forma, que el SII transparente sus fuentes de datos y la lógica aplicada en sus modelos, se mitiguen sesgos discriminatorios y se asegure la neutralidad de los datos de entrenamiento.

El desafío central consiste, a nuestro juicio, en equilibrar la eficiencia fiscal con la protección de los derechos fundamentales, asegurando que el uso de tecnologías avanzadas no erosione las garantías propias del Estado de derecho.

Conclusiones

1. La IA ha permitido al SII avanzar hacia un modelo de fiscalización más eficiente, predictivo y focalizado, optimizando el uso de recursos públicos y mejorando la detección de conductas irregulares.
2. No obstante, su utilización genera riesgos significativos, especialmente en relación con la opacidad de los algoritmos, la posible vulneración del debido proceso, la afectación de la privacidad y la inversión de la carga de la prueba.
3. El marco normativo chileno reciente, en particular la Ley n.° 21719, introduce garantías relevantes frente a decisiones automatizadas, como el derecho a explicación, intervención humana y evaluación de impacto en protección de datos.
4. La jurisprudencia evidencia que la legalidad de las actuaciones del SII depende, en gran medida, del respeto a principios como la fundamentación, la proporcionalidad y la notificación adecuada.
5. Resulta necesario avanzar hacia una regulación específica del uso de IA en la AATT, que establezca estándares claros de transparencia, control y responsabilidad.

Bibliografía

Álvarez Vega, Mauricio (2024): "Inteligencia artificial en la fiscalización tributaria: desafíos al debido proceso administrativo chileno", *Ius et Praxis*, n.° 58: pp. 189.208. Disponible en https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058.6861 [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

Ogrodnik Hernández, Miguel (2025): "El uso de big data y analítica avanzada por el SII bajo las nuevas regulaciones en materia de cumplimiento tributario, protección de datos personales e inteligencia artificial". Disponible en https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/208987 [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

Ossandón Cerda, Francisco (2021): "Inteligencia Artificial en las Administraciones Tributarias: Oportunidades y Desafíos", *Revistas de Estudios Tributarios*, vol. 1, n.° 24: pp. 123-156. Disponible en https://revistaestudiostributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/view/60703 [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

Russell, Suart y norvig, Peter (2021): *Artificial Intelligence: A Modern Approach* (London, Pearson, fourth edition).

Otros documentos

Comisión Europea (2020): "Libro blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza". Disponible en https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

Organization for Economic Co-Operation and Development - OECD (2019): "Recommendation of the Council on Artificial Intelligence". Disponible en https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449 [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

Servicio de Impuestos Internos (2020): "Más de $20 mil millones ha recaudado el SII en el control del uso de facturas para defraudar al fisco". Disponible en www.sii.cl/noticias/2020/091120noti01er.htm [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

Normas

Código Tributario (1974). Disponible wn https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6374 [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

Boletines 15.869-19 y 16.821-19: Proyecto de ley que regula los sistemas de inteligencia artificial. Disponible en https://www.camara.cl/legislacion/proyectosdeley/tramitacion.aspx?prmID=17429&prmBOLETIN=16821-19 [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

Ley n.º 21713 que Dicta Normas para Asegurar el Cumplimiento de las Obligaciones Tributarias dentro del Pacto por el Crecimiento Económico, el Progreso Social y la Responsabilidad Fiscal, 24 de octubre de 2024. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1207746 [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

Ley n.º 21719 que Regula la Protección y el Tratamiento de los Datos Personales y Crea la Agencia de Protección de Datos Personales, 13 de diciembre de 2024. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1209272 [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

Oficio n.º 711 sobre Lineamientos recomendados para el uso de herramientas de inteligencia artificial por parte de los órganos de la Administración del Estado del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, 11 de diciembre de 2023. Disponible en https://minciencia.gob.cl/uploads/filer_public/ae/9a/ae9a7ce7-807b-4781-9ac3-9b253bfbe735/of_n711_2023_dis_lin_ia_minciencia.pdf [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].

Jurisprudencia

Corte Suprema (22/04/2025). sentencia rol 340-2025.

Corte de Apelaciones de Rancagua (19/12/2024): sentencia rol n.° 2078-2024.

Corte de Apelaciones de Santiago (25/06/2025): sentencia rol n.° 2639-2025.

LIBROS, RESÚMENES Y RECENSIONES

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO XIV - N.° 28 - ABRIL DE 2026

Revista del Centro de Justicia Constitucional
ISSN 0719-2959
www.derechoiberoamericano.cl

Estudios

Corte Interamericana

Max Silva Abbott: Un análisis crítico del caso Vega González y otros vs. Chile y a su cumplimiento por parte de la Corte Suprema

Derecho económico

Alejandro Lagos Torres: La banca libre chilena anterior al Banco Central: reflexiones para el futuro

Alfredo Ugarte Soto - Juan Ignacio García Villar: Principios que sustentan la norma general antielusiva y su consagración en la jurisprudencia chilena

Felipe Rodríguez Guerrero: La Business Judgment Rule y el delito de admnistración desleal

Filosofía política

Javier Fernández Sandoval: Sociedad política y sociedad civil. De la experiencia político-jurídica a los modelos ideológicos

Comentarios de jurisprudencia

Cristian Román Cordero: Contraloría General de la República. ¿Cuenta con la facultad para destituir a un alcalde por mal uso del automóvil fiscal, sobre la

base del Decreto Ley n.° 799? (Comentario sobre la sentencia de la Corte Suprema rol n.° 252.456-2023)

Alberto Borea Odria: Voto parcialmente disidente del juez Alberto Borea Odria sobre los problemas del enfoque o perspectiva de género

Recensiones

Juan Fernando Segovia: *Contesting Modernity in the German Secularization Debate Karl Löwith, Hans Blumenberg and Carl Schimtt in Polemical Contexts* de Sjoerd Griffioen

ACTUALIDAD JURÍDICA

Formulario de suscripción

Nombre

Dirección

Dirección de despacho

Comuna

Ciudad País

Teléfono Fax

Profesión/Carrera

Universidad/Instituto

Empresa/Institución

Giro

R.U.T. Correo electrónico

Tipo de suscripción

Nueva Renovación Un año Dos años

Emitir cheque cruzado a nombre de
"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."
por la suma de $ por suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCIÓN*	1 AÑO (2 revistas)	2 AÑOS (4 revistas)
Nacional	$ 22.000	$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o correo electrónico a:
Ediciones Universidad del Desarrollo

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56 2 299 92 71
Fax: 56 2 299 92 71
E–mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56 41 268690
Fax: 56 41 268669
E–mail: cferrando@udd.cl