

# COMENTARIOS AL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

COMMENTS ON THE DRAFT OF NEW  
CODE OF CIVIL PROCEDURE

COMMENTAIRES SUR LE PROJET DE NOUVEAU  
CODE DE PROCÉDURE CIVILE

MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ\*

Quisiera agradecer, a nombre propio y del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile que tengo el honor de dirigir, a los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, especialmente a su presidente, H. Diputado don Cristián Monckeberg y al H. Diputado don Ricardo Rincón, quienes nos formularan esta invitación.

## INTRODUCCIÓN

Antes de entrar en materia, quisiera hacer presente cinco prevenciones, sobre el origen de estas observaciones, sobre su enfoque y sobre la intención que guía su formulación:

(i) Las observaciones que contiene el presente documento son formuladas en nombre del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Tras recibir la invitación del H. Diputado Rincón, fueron convocados a formular observaciones todos los profesores de nuestra Unidad. Debo agradecer, especialmente, la labor en la materia de los profesores del Departamento de Derecho Privado señores Pablo Cornejo A., Joaquín Polit C. y Sebastián Ríos L., así como del ayudante José Antonio Sánchez R., coautores de estas observaciones. Otros profesores de nuestro Departamento han comprometido su apoyo para desarrollar con posterioridad las observaciones que aquí se enuncian.

Nuestro Departamento de Derecho Privado ha trabajado desde hace bastante tiempo en este tema. Al margen del estudio del anteproyecto de 2006, realizado

---

\* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Máster en Derecho Privado y Doctor © en Derecho Universidad *Paris-Est Créteil Val de Marne*, Francia. Profesor de Derecho Civil y Director del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Correo electrónico: [mtapia@derecho.uchile.cl](mailto:mtapia@derecho.uchile.cl).

individualmente por los académicos ya señalados, nuestro Departamento organizó el año 2011 una Mesa Redonda en la que se discutió, en particular, la denominada *carga dinámica de la prueba* y sus impactos en materia civil. Asimismo, un grupo de ayudantes del Departamento organizó como actividad previa al Segundo Congreso Estudiantil de Derecho Civil (2011) un foro sobre las facultades probatorias del juez. Ambas actividades contaron con la participación de distinguidos profesores de Derecho Civil y de Derecho Procesal.

Sin embargo, debemos aclarar que sólo tuvimos acceso al Proyecto definitivo cuando se presentó oficialmente en el mes de marzo de este año. Entendemos que la necesidad de presentar este Proyecto en determinados plazos impidió, lamentablemente, que se aceptara nuestra oferta de ayuda (me refiero a la formulada por varios especialistas en Derecho Civil<sup>1</sup>), efectuada el año 2011, en orden a colaborar en el análisis de las implicancias civiles del mismo.

(ii) Las observaciones son formuladas desde la óptica del Derecho Civil. Esto es, desde la perspectiva de los principios y normas que gobiernan el derecho de las personas, de los bienes, de los contratos y de la responsabilidad civil, que son, en esencia, los derechos cuyo ejercicio conocerán los tribunales civiles en virtud de la presente reforma.

(iii) Desde la perspectiva del Derecho Civil, nos asiste la convicción de que tanto las reglas sustantivas que regulan las personas, los bienes, los contratos y la responsabilidad civil, como sus reglas adjetivas (las formas en que se ejercen judicialmente), deben ser adaptadas a la realidad de los intercambios presentes. La realidad ha demostrado, que si bien nuestros códigos sustantivos y adjetivos han soportado el paso de los años, no responden completamente a la realidad del tráfico, a la complejidad, rapidez y masividad de las relaciones patrimoniales modernas.

Gran parte de los países de tradición continental han realizado recientemente (o se encuentran ejecutando) este proceso de actualización y sistematización de leyes civiles y procesales (Francia, España, Argentina, Alemania, entre otros) y, para los que aún no lo han hecho, existen desde ya varios instrumentos de referencia o propuestas (*Los principios europeos del derechos de los contratos*, los anteproyectos

<sup>1</sup> Este tema fue abordado el 5 de agosto de 2011 en la reunión del *Consortio de Facultades de Derecho que organizan las Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (compuesto por las Facultades de Derecho de las siguientes universidades: Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Austral de Chile, Universidad Diego Portales, Universidad de Los Andes y Universidad Adolfo Ibáñez) y que convoca a, prácticamente, la totalidad de los especialistas nacionales sobre la materia. En dicha reunión, se mandató al profesor Mauricio Tapia para que ofreciera a los redactores de esta reforma la colaboración a fin de enriquecer el Proyecto desde la perspectiva del Derecho Civil, cuestión que finalmente no se pudo lograr, entendemos, por el plazo de entrega comprometido por tales redactores para esa iniciativa.

de reforma del derecho de la responsabilidad y de los contratos en Francia, el anteproyecto de Código civil y Comercial argentino etc.).

Por ello, lo que sigue no debe en ningún caso entenderse, como a veces erróneamente se presenta, en el sentido que no queremos modificar la obra de Andrés Bello materializada en el Código Civil. Muy por el contrario, como varios lo hemos expuesto, es necesario adaptar y racionalizar el derecho privado chileno<sup>2</sup>. En otros términos, y para dejarlo claramente establecido, a los autores de estos comentarios no nos inspira en modo alguno una voluntad de mantener inalterado el Código Civil dictado en 1855 (el que, por lo demás, ha sufrido enormes modificaciones en materia de derecho de las personas y de derecho de familia), sino que, por el contrario, consideramos necesario emprender una labor prudente y meditada de reforma de aquellas instituciones que necesitan actualización en materia patrimonial.

En síntesis, pensamos que la legislación sustantiva, especialmente el Código Civil, debe ser actualizada y racionalizada, y para ello es razonable efectuar varios cambios. Pero esa reforma de las reglas sustantivas no se puede hacer por “rebote”, como un efecto colateral (inadvertido o no) de la modificación de las reglas procesales.

Si se quiere modificar reglas civiles, entonces es necesario abrir esa discusión, convocar a los especialistas y explorar cuáles serían esas modificaciones y en qué sentido se deberían orientar.

Por el contrario, percibimos que en el Proyecto de Código Procesal Civil lo que ocurre es que varias instituciones trascendentales civiles se ven afectadas, sin que se haya planteado esa discusión.

Tal omisión, en nuestra opinión, debe y puede ser corregida.

(iv) En todo caso, nos mueve la profunda convicción de que esta reforma es necesaria y tiene enormes virtudes, entre las cuales se destaca:

a) En primer lugar, el haber contado en el proceso de su elaboración con la calidad indiscutida de destacados Profesores de Derecho Procesal, en particular, los juristas José Pedro Silva, Raúl Tavorari y Cristián Maturana, quienes son tal vez los exponentes más sobresalientes de esta disciplina en nuestro país. Reconocemos el enorme y meritorio trabajo realizado por estos prestigiosos expertos, así como de los restantes especialistas en Derecho Procesal que intervinieron en las sucesivas fases de su elaboración.

b) Perseguir la descongestión de la justicia civil. Principalmente, a través de la nueva regulación de los juicios ejecutivos.

c) Simplificar los procedimientos, en los que pasarán a jugar un rol primordial los principios de inmediación y concentración, en beneficio de la eficiencia y de una justicia oportuna y adecuada.

<sup>2</sup>TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2005). *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

d) Garantizar una mejor accesibilidad de la justicia a los ciudadanos, y contribuir a que esta nueva justicia satisfaga la siempre presente necesidad de paz social.

(v) Sin embargo, al mismo tiempo que alabamos sus innegables virtudes, el Proyecto nos merece, como indicamos, reparos desde la perspectiva del Derecho Civil, pues en nuestra opinión existe una tarea pendiente en orden a considerar adecuadamente las consecuencias que, de ser aprobado en su actual estado, provocarían en el derecho sustantivo.

En efecto, creemos que el texto actual provoca distorsiones del derecho sustantivo. Y dichas distorsiones afectan, en particular, la estructura del sistema de intercambios fundado en los contratos y su corolario la responsabilidad civil, que sustentan el sistema de libre mercado.

Se ha planteado por sus autores que, de ser aprobado el Proyecto, existirán luego adecuaciones de otros textos legales, entre ellos, el Código Civil. El método propuesto consideramos que no es el más apropiado. En la materia, tratamos esencialmente con derechos patrimoniales que emanan de los contratos y de los principios, condiciones y efectos de la responsabilidad civil. No puede sostenerse que tales derechos, cruciales para los intercambios y la vida social, deban adaptarse a la reforma procesal que se propone. Es la forma de ejercicio de los derechos la que se debe adaptar a los derechos y no a la inversa.

Pensar de otra forma sería condicionar el contenido de los derechos civiles a las formas de ejercicio de los mismos que se adopten en un momento determinado.

Por otra parte, si lo que se quiere es variar la fisonomía sustantiva de esos derechos, aprovechando esta reforma, entonces lo que corresponde, como señalamos, es que se abra tal discusión y se convoque ampliamente a los especialistas nacionales en la materia.

Por ello, enunciaremos a continuación las principales distorsiones o repercusiones en la regulación civil de las personas, los bienes, los contratos y la responsabilidad, de algunas de las reglas propuestas en el Proyecto de Código Procesal Civil.

Hacemos presente que se trata sólo de algunas repercusiones, las más relevantes. En opinión de varios de los académicos que participamos en la elaboración de estos comentarios existen otras, respecto de las cuales debe efectuarse, posteriormente, un examen en profundidad.

Para facilitar la lectura, la presente minuta se encuentra dividida en párrafos que tratan de diversas materias. Cada uno de ellos incluye, primero, la transcripción de los artículos pertinentes del Proyecto en un recuadro, para luego dar paso a las observaciones propiamente tales, en las que se señala, primero, cómo se afecta una cuestión sustancial civil y luego se enuncian posibles consecuencias negativas. Los destacados y subrayados de los textos del Proyecto son nuestros.

## 1. ASPECTOS GENERALES

1.1. *Recurso extraordinario*

**Artículo 405. Objeto.** El agraviado por una sentencia podrá ocurrir excepcionalmente ante la Corte Suprema con los propósitos que en este Título se señalan y cumpliéndose los requisitos que se indican, para solicitarle que se aboque al conocimiento del asunto por estimarse afectado un interés general.

**Artículo 408. Requisitos de interposición.** El recurso deberá presentarse por escrito, debiendo expresarse el agravio y en forma fundada las razones por las cuales concurre el **interés general** que justifica la intervención de la Corte Suprema.

Adicionalmente deberá señalarse las peticiones concretas que se someten a la consideración de la Corte Suprema para subsanar el agravio invocado.

**Artículo 409. Interés general.** La Corte Suprema determinará abocarse al conocimiento del asunto cuando la mayoría de los miembros de la sala respectiva estime que concurre un **interés general** que haga necesaria su intervención.

Sólo podrá estimarse que concurre un **interés general** para avocarse al conocimiento del asunto en los siguientes casos:

- a) Cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanare, un *derecho o garantía fundamental* contemplado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y;
- b) En caso que considere **pertinente fijar, uniformar**, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial.

**Artículo 413. Fallo del recurso.** La Corte Suprema actuando en Sala o en Pleno según el caso, deberá fallar el recurso dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que hubiere terminado la audiencia de vista.

En la sentencia la Corte Suprema deberá exponer los fundamentos que se tuvieron presentes para declarar la admisibilidad del recurso y si se acogiere, la forma en que se ha verificado la infracción esencial del derecho fundamental o **la manera en la cual deberá ser interpretada o aplicada una determinada norma o principio jurídico** y concluirá declarando la confirmación, modificación, revocación o invalidación de la sentencia recurrida y del procedimiento del cual emanare en su caso.

Si la Corte Suprema al acoger el recurso extraordinario anulare la sentencia recurrida, dictará sentencia de reemplazo. Si anulare el juicio en el cual se hubiere pronunciado, determinará el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenará la comunicación al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio.

Por el tratamiento que se da a esta figura, el recurso extraordinario viene a repercutir sobre la regla del artículo 3º del Código Civil, que prescribe que sólo corresponde a la ley realizar interpretaciones con efectos vinculantes generales, y aquella contenida en la sentencia sólo tiene efectos vinculantes para el caso particular.

En términos más generales, la cuestión se vincula directamente con las carencias que existen hoy en día en términos de uniformidad en la aplicación de la ley civil, particularmente, en casos de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Un rápido vistazo a la jurisprudencia de la Corte Suprema puede dar cuenta de las asimetrías entre las decisiones<sup>3</sup>.

Esta carencia se explica también por la incorrecta utilización de los criterios del Derecho común civil, y la substitución por criterios de equidad fundados en una justificación muy elemental sobre la base de los derechos constitucionales.

La manera cómo ha sido concebido el recurso extraordinario en el Proyecto, en nuestra opinión, no soluciona, sino que agrava este estado de cosas. Y lo anterior, puede ser un problema transcendental, no solo para las instituciones civiles, sino también para el Estado de Derecho.

Fundamentos de esta conclusión son los siguientes:

i. El recurso es completamente “excepcional”, pues su interposición se justifica cuando existe violación del “interés general”, definido de manera muy restrictiva: infracción de derechos constitucionales y necesidad de formar y uniformar doctrina.

ii. Sobre la primera causal de configuración del interés general, la alegación sobre la base de derechos constitucionales ahonda lo que se denomina “vulgarización del Derecho Civil”. La Constitución es, por cierto, la norma suprema. Pero ella representa un marco abierto de derechos o principios en conflicto, cuya aplicación puede conducir a una multiplicidad de soluciones, precisamente, por su carácter abierto. Es la legislación civil la que viene a concretar esa regulación, la que enriquece con criterios y reglas específicas, otorgándole contenido a los derechos civiles, y proporcionando soluciones claras y, la mayor parte del tiempo, unívocas a situaciones concretas.

iii. Sobre la segunda causal de configuración del interés general, cabe preguntarse: ¿Cómo no va a ser necesario siempre fijar y uniformar doctrinas jurisprudenciales? Siempre lo ha sido, es la misión misma de una Corte Suprema. Por lo demás, esta necesidad de fijar y uniformar doctrinas jurisprudenciales responde a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, pues no es conforme a dicha garantía que la ley sea aplicada de manera diversa a los ciudadanos.

iv. Es más, la utilización de la conjunción conjuntiva “y”, y no de la conjunción disyuntiva “o”, al final de la letra a) del inciso 2º del artículo 409, da cuenta de que se deben reunir ambas causales para que exista “interés general” (a pesar de que, contradictoriamente, el inciso se refiere más arriba a “los siguientes casos” en

<sup>3</sup> Así por ejemplo, la enorme diferencia existente en lo que concierne a la determinación del daño material y moral.

que se encontraría comprometido el “interés general”), cuestión que vuelve aún más excepcional el recurso.

v. El recurso ya no considera la causal de infracción de ley que influya substancialmente en lo dispositivo del fallo. No se puede alegar que se infringió el Código Civil para exigir la intervención de la Corte Suprema, sino que todo se reconduce a una elemental y estandarizada discusión constitucional. Se vuelve nuevamente a la dilución de la noción de dominio civil, como se expondrá.

vi. La regulación de este recurso deja la impresión que se tuvo en vista otro modelo de Corte Suprema, tal vez en alguna medida la imagen del derecho anglosajón. En efecto, el artículo 413 inciso 2º del Proyecto prescribe que la sentencia que falla este recurso debe indicar la forma en que “deberá” ser interpretada una ley. Luego, se señala que el fallo debe ser publicado en extracto. ¿Se trata del precedente del derecho anglosajón? La redacción deja la impresión de que se quiere que la Corte Suprema se pronuncie en muy contadas ocasiones (completamente excepcionales) y que, en tales ocasiones, prácticamente dicte normas con efectos generales, invadiendo las competencias de otro órgano del Estado y, por ello, podría ser objetable desde la perspectiva de la Constitución.

Por lo demás, en las contadas ocasiones en que podrá (o más bien, querrá) intervenir, se la obliga a convertirse en una “jurisdicción constitucional”, pues sólo podrá razonar en términos de “derechos fundamentales” y no podrá razonar y velar por el respeto de la ley civil. La jurisdicción constitucional, luego de la reforma del año 2005, está entregada por completo al Tribunal Constitucional, el cual realiza el control preventivo y *ex-post*, por lo que dotar a la Corte Suprema de tales competencias requiere de una reforma a la Carta Fundamental.

vii. Esto implica, en la práctica y entre otros efectos, una derogación tácita del artículo 3º del Código Civil. Ciertamente, el artículo mencionado, más que una norma de Derecho Civil, es una norma fundamental de nuestro sistema de fuentes del Derecho.

Y esa norma fundamental de nuestro sistema atribuye valor a la jurisprudencia en la *auctoritas* (el poder de convencimiento) y no en la *potestas* (el poder de imponerse por coacción legítima).

viii. Al estar redactados los textos referentes al recurso extraordinario de forma tal que lo vuelven sumamente excepcional, es discutible entonces que el mismo permita cumplir la función uniformadora de jurisprudencia de la Corte Suprema que se pretende con su creación.

ix. Por último, debemos señalar que los artículos transcritos tienen un pequeño defecto de redacción, pues el verbo correcto es “abocarse” y no “avocarse”, como ya lo explicitó el profesor José Joaquín Ugarte<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> *Diario El Mercurio*, 12 de mayo de 2012, A2.

## 2. DERECHO DE LAS PERSONAS

**Artículo 15. Partes.** La calidad de partes en el proceso la tendrán quienes intervengan en él como demandantes, demandados o terceros, en la forma prevista en este Código.

**Artículo 16. Capacidad para ser parte.** Podrán ser partes en los procesos ante los tribunales civiles:

1º. Las personas naturales;

2º. Las personas jurídicas;

3º. Las **masas patrimoniales, los patrimonios separados, las comunidades, las sociedades de hecho, y en general, las entidades sin personalidad jurídica.**

**Artículo 17. Capacidad procesal.** Pueden comparecer en el proceso, las personas capaces de disponer de los derechos e intereses que en él se hacen valer.

El Proyecto de Código Procesal Civil introduce importantes modificaciones en lo que concierne a la regulación de la capacidad para ser parte en el proceso, materia hasta este momento definida por las reglas generales sustantivas sobre personalidad y capacidad, además de los desarrollos –también de derecho sustantivo– acerca de los patrimonios de afectación.

Sin embargo, al momento de definir qué entes gozarán de esta verdadera “personalidad procesal”, el Proyecto omite la necesaria coherencia que debe existir en todo ordenamiento jurídico, al no considerar el tratamiento contenido en la legislación sustantiva.

Esta cuestión resulta especialmente problemática si consideramos que dependerá precisamente de la aplicación de estas reglas la regulación de todas aquellas relaciones jurídicas que, aún cuando tengan su origen en actuaciones realizadas dentro del proceso, desarrollarán sus efectos fuera de él.

Esto es, son decisiones procesales que tendrán efectos en las relaciones jurídicas patrimoniales (contratos y responsabilidad).

Por ejemplo, esta “capacidad procesal” tendrá efectos en la eventual aplicación de las reglas de responsabilidad por el ejercicio de las acciones judiciales; en la determinación del patrimonio sobre el cual se deberá hacer efectiva la condena en costas; en la definición de las personas que quedarán sujetas a los efectos de las sentencias que en esos procesos se dicten, etc.

Es necesario hacer hincapié que toda la regulación respecto de la personalidad jurídica está construida sobre la base de criterios formales para la determinación de la existencia de la persona y de sus competencias para actuar en el tráfico jurídico. Y ello obedece no a un preciosismo formalista, sino a las importantes ventajas que este sistema representa para la solución de cuestiones que, de otra forma, resultarían especialmente complejas.

Como se ha señalado por importantes autores, las formas resultan especialmente valiosas en el razonamiento jurídico, debido a que permiten resolver cuestiones potencialmente complejas de una manera segura y estandarizada.

En otras palabras, las reglas que definen la personalidad jurídica otorgan seguridad jurídica.

Así ocurre, por ejemplo, con las reglas que permiten definir la existencia de una persona jurídica, su representación y la composición de su patrimonio, para efectos de determinar qué bienes quedarán afectos al cumplimiento de sus obligaciones.

Mediante estas reglas, cualquier acreedor puede saber, de antemano y con seguridad:

- Que existe un patrimonio separado del patrimonio de las personas jurídicas donde podrán y deberán hacer efectivos sus derechos;
- Con quién debe contratar a fin de generar una obligación oponible a la persona jurídica;
- A quién debe notificar en caso de resultar necesario demandar el cobro de su crédito, solicitando una intervención judicial a fin de obtener una satisfacción forzada de su acreencia; y,
- Finalmente, cuáles serán los bienes que, por integrar ese patrimonio separado, quedarán sujetos al derecho de prenda general.

¿Cómo se resolverán estos problemas si se llegase a aprobar la regla de capacidad procesal amplísima del artículo 16 N° 3 del Proyecto?

Por otra parte, no puede dejar de mencionarse que el texto del artículo 16 N° 3 aludido no considera las importantes modificaciones legislativas que ha experimentado la legislación sustantiva relativa al otorgamiento de la personalidad jurídica, las que han buscado su simplificación y eficiencia, sin renunciar a las ventajas que supone la existencia de un régimen formal en términos de seguridad jurídica.

Así, hay que recordar las importantes simplificaciones en esta materia, ya sea respecto de las personas jurídicas con fines de lucro (dictación de la ley que posibilita la constitución de empresas individuales de responsabilidad limitada, y la Ley N° 20.416 que fija las normas que rigen a las empresas de menor tamaño), y respecto de las personas jurídicas sin fines de lucro (dictación de la Ley N° 20.500, sobre asociaciones). Más aún, se encuentra en elaboración una nueva simplificación en esta materia.

Si con estas modificaciones resulta cada vez más simple, poco oneroso y expedito constituir entes con personalidad jurídica, ¿para qué insistir entonces en abrir la capacidad procesal ilimitadamente a entidades que no la poseen?

Habiendo realizado los precedentes comentarios generales sobre las reglas sustantivas de la personalidad jurídica, cabe que nos refiramos a los diversos casos comprendidos en el artículo en comento:

*i. Masas patrimoniales.* Este concepto resulta sumamente ambiguo, sobre todo en circunstancias que la disposición la trata como un concepto distinto al de “patrimonio separado”. ¿En qué se diferencian uno y otro?

Esta circunstancia resulta especialmente grave, sobre todo si consideramos que se trata de un concepto que ni siquiera en el derecho sustantivo tiene un sentido unívoco.

Si a través de este concepto el Proyecto quiere incorporar meras agrupaciones de bienes, no identificables a través de la existencia de un patrimonio autónomo que los agrupe, es criticable por ampliar en demasía el reconocimiento de la capacidad procesal, sin considerar las limitaciones existentes respecto del reconocimiento general de la personalidad jurídica.

Por el contrario, si su finalidad es comprender bienes que pertenecen a un patrimonio determinado, no tiene sentido su tratamiento distinto de la siguiente hipótesis.

*ii. Patrimonios separados.* De acuerdo con las reglas del Proyecto, cualquier patrimonio de afectación puede tener capacidad, vulnerándose así el carácter excepcional que el derecho sustantivo atribuye a estas figuras. De hecho, ni el legislador civil ni el mercantil han reconocido expresamente y con efectos generales la existencia de patrimonios separados o de patrimonios de afectación, limitándose a dotar de ciertas reglas a casos excepcionales.

Sin embargo, el Proyecto les reconoce en términos amplios la capacidad procesal, lo que implica la posibilidad de ser titulares de derechos dentro del proceso y, naturalmente, de poder ejercerlos (al establecerse que quien comparece debe tener facultades de disposición). Esta alteración implica la afirmación de un nuevo principio general en nuestro ordenamiento, que se encuentra a “un paso” de otorgarles personalidad jurídica.

Tal vez lo más delicado es que, alterándose esta regulación, se puede abrir la puerta al fraude, por la desregulación en la creación de patrimonios de afectación.

La ley siempre ha mirado con recelo los patrimonios separados, por afectar el derecho de prenda general de los acreedores. Con esta norma pareciera que se otorga una facultad genérica para estructurar y dividir patrimonios sin límite, cuestión problemática dado que puede entenderse que envuelve una autorización implícita a distraer bienes para eludir la acción de los acreedores.

Finalmente, tratándose de aquellos patrimonios que han sido entendidos como patrimonios separados o de afectación (por ejemplo, la herencia yacente, el peculio adventicio ordinario y extraordinario del menor adulto, el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal, etc.) debe tenerse especial cuidado de no afectar por una modificación habida en sede procesal la forma en que se entienden estas instituciones (por ejemplo, el artículo 17, que contempla la posibilidad del nombramiento de un curador *ad litem* en circunstancias que la legislación sustantiva reconoce la plena capacidad al titular del patrimonio para operar en el tráfico jurídico).

*iii. Comunidades.* Tratándose de las comunidades, existe una elaborada doctrina y jurisprudencia que, basada en las reglas dispuestas en el Código Civil, se

ha desarrollado con la finalidad de resolver las diversas cuestiones que puedan suscitarse con ocasión de este cuasicontrato. Ellas incluyen:

- La distinción entre la obligación y la contribución a la deuda por parte de los comuneros; y,
- La posibilidad de representación judicial y extrajudicial de los intereses de la comunidad por parte de los comuneros, a través del mandato tácito y recíproco para realizar actos de conservación y administración.

Cualquier modificación que se realice sobre este punto debe considerar su potencial impacto en las reglas legales dispuestas en el Código Civil y en las soluciones desarrolladas sobre sus efectos, a fin de evitar que, por alterarse las reglas de la capacidad en una forma específica, como es la procesal, se esté afectando la lógica que subyace a esta forma de entendimiento de la institución.

*iv. Sociedades de hecho.* El tratamiento de las sociedades de hecho como una hipótesis distinta de las comunidades carece de sentido, en la medida que a las primeras resultarán aplicables las reglas de las segundas (así, v. artículos 356 y ss. Código de Comercio).

*v. Entidades sin personalidad jurídica.* Como se señaló anteriormente, la existencia de un régimen formal para el reconocimiento de la personalidad jurídica proporciona un importante beneficio social, pues provee respuestas seguras y unívocas a diversas situaciones potencialmente complejas.

El Proyecto de Código Procesal Civil, al prescindir de las reglas generales sobre personalidad jurídica, afecta el necesario resguardo de los valores antes señalados.

Razonando solamente en torno a problemas que pueden producirse como consecuencia de la aplicación de otras reglas previstas en el Proyecto, en caso que demande una entidad sin personalidad jurídica ¿En qué patrimonio podrá hacerse efectiva una eventual condena en costas? ¿Quién quedará obligado a resarcir los perjuicios si se determina que la iniciación del proceso se debió al ejercicio abusivo de la acción intentada?

No existiendo personalidad jurídica, deberá recurrirse a otra clase de criterios (incierto), para tratar de resolver estas interrogantes.

Todo ello perjudica, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica.

### 3. DERECHO DE BIENES

**Artículo 188.- Medida cautelar innovativa.** Ante la inminencia de un **perjuicio irreparable**, el juez, a petición de parte, podrá disponer medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho preexistente total o parcialmente a la solicitud.

La medida cautelar innovativa se decretará en forma **excepcional** cuando el peligro de **perjuicio irreparable** no pueda ser tutelado con el otorgamiento de una medida cautelar conservativa.

El Proyecto no contempla la creación de una acción cautelar de urgencia, con alcance general. Sólo introduce, junto con las medidas cautelares conservativas (llamadas precautorias en el actual CPC), la llamada “medida cautelar innovativa”, la que presenta varios obstáculos para su utilización generalizada, entre los cuales podemos mencionar:

- i. La acción prevista está referida sólo al “perjuicio irreparable”, como condición para ser concedida.
- ii. Es una acción residual, procedente sólo cuando no hay otra manera de evitar el perjuicio a través de otra medida, y además es concedida de manera excepcional.

El problema es que al no existir una acción civil de urgencia no se resuelve una de las principales falencias del Derecho Procesal Civil chileno. Nos referimos al efecto que ha provocado el abuso del recurso de protección. El recurso de protección no es una acción propiamente civil y, para fallarla, el juez razona sobre la base de una argumentación constitucional genérica y, muchas veces, sin echar mano a las reglas civiles.

El Proyecto, entonces, no resuelve la deformación generada en nuestro derecho por el abuso del recurso de protección, el que, junto con una errónea interpretación del artículo 19 N° 24 de la Constitución, ha generado la cosificación de los derechos, y una distorsión en el concepto civil del dominio. Hoy existe en Chile derecho de propiedad sobre todo tipo de bienes: sobre las cosas corporales, se entiende; pero resulta poco razonable alegarlo sobre cosas incorpóreas (específicamente, sobre los créditos), donde se ha confundido más bien la titularidad de un derecho personal con la propiedad que se tendría sobre ellos. Por último, hoy también se ha declarado por la jurisprudencia en materia de recurso de protección que existiría dominio, ¡sobre meros intereses y expectativas!

Y todo ello, como lo han demostrado varios estudios, es un efecto de la utilización indiscriminada del recurso de protección frente a la carencia de una acción civil de urgencia adaptada.

Esto ha conducido a lo que ha llamado un autor como una práctica constitucional procesalmente rica, pero argumentativamente arcaica. Esto es, donde se pueden encontrar decisiones de equidad, pero no fundadas en la justicia.

Respecto del requisito del “perjuicio irreparable”: en realidad, ello también es restrictivo e innecesario, pues lo que se necesita en nuestro derecho privado son medidas de urgencia frente a perjuicios “reparables” para los contratantes. En los contratos y en la responsabilidad los perjuicios patrimoniales son por esencia reparables, y para ellos hoy no existe acción de urgencia genérica. Para los perjuicios irreparables, vinculados a la lesión de derechos de la personalidad (no patrimoniales) en el presente existe el recurso de protección.

Se debiera completar esta medida innovativa para abarcar los perjuicios reparables. Con esas modificaciones dicha medida podría servir, por ejemplo, como una regulación procesal adecuada para la acción por daño contingente contenida en materia de responsabilidad extracontractual en el artículo 2333 del Código

Civil, como asimismo, de otras acciones tendientes a precaver un incumplimiento contractual evitando o minimizando los daños, lo que cautelaría el interés del acreedor. También, podría cumplir una finalidad económica muy relevante: evitar la producción de “costos hundidos” al forzar a mantener una determinada situación de hecho cuya alteración podría producir precisamente estos costos.

Por lo demás, el tratamiento de estas medidas en el derecho comparado, por ejemplo en Francia, omite el requisito de la irreparabilidad: basta la existencia de un perjuicio inminente, reparable o no, para que el presidente del tribunal pueda tomar cualquier medida conservativa o de restitución de un estado de cosas anterior (innovativa).

#### 4. OBLIGACIONES

Es en esta materia donde formulamos el mayor número de observaciones. Nos referiremos sucesivamente al pago, como modo normal de extinción de las obligaciones (A) y a la prueba de estas últimas (B). Luego, a la creación de ilícitos civiles por el Proyecto (C). En fin, mencionaremos otros impactos en una lista que estimamos provisoria, pues por el escaso tiempo que hemos tenido para analizar este Proyecto (como anunciamos, al comienzo de estas observaciones, sólo tuvimos acceso a él cuando fue público) podrían existir otros puntos relevantes necesarios de destacar posteriormente (D).

##### *A. Pago como modo de extinguir*

**Artículo 267. Excepciones previas.** El demandado en la contestación de la demanda puede oponer como excepciones previas, las siguientes:

1. La falta de jurisdicción o la incompetencia del tribunal;
2. La litispendencia;
3. La ineptitud del libelo por incumplimiento de los requisitos del artículo 253;
4. La incapacidad del actor o la falta de personería o representación del que comparece a su nombre;
5. La falta de constitución de un litisconsorcio necesario, sea activo o pasivo;
6. La prescripción de la acción;
7. La caducidad del derecho;
8. La cosa juzgada;
9. La falta manifiesta de legitimación o interés;
10. El pago efectivo de la deuda;
11. El beneficio de excusión, y
12. Cualquier otro defecto que pudiera afectar la existencia, validez o eficacia del proceso.

El Proyecto se aparta a este respecto de la tendencia del derecho contractual moderno, que se instala desde la perspectiva del acreedor, cuestión que es relevante en materia de resolución.

Esta norma sigue la perspectiva del deudor, pues él puede pagar y enervar, por ejemplo, la acción resolutoria, cuya elección en la ley civil corresponde al acreedor. Si continuamos manteniendo esta excepción, sin precisar que el pago que se alega debe ser realizado antes del inicio del juicio, el acreedor podrá verse privado de la elección de acciones: optó por la resolución, porque ya no le interesa el contrato, y tiene el derecho de desistir de él, pidiéndoselo al juez. No obstante, con la actual redacción, la suerte del contrato sigue entregada a la voluntad del deudor y no del acreedor, y el artículo 1489 del Código Civil, en cuanto entrega la opción al acreedor, entonces seguirá siendo “letra muerta”.

### *B. Prueba de las obligaciones*

**Artículo 294.- Carga de la prueba.** Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.

**El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas,** con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder.

La regulación actual de la prueba de las obligaciones se encuentra, primordialmente, en el artículo 1698 del Código Civil. Además, existen otros artículos importantes en materia de prueba, tales como el artículo 1547 inciso 3º del mismo cuerpo legal y las normas probatorias contenidas en el título XXXV del libro IV del Código Civil, referido a los delitos y cuasidelitos civiles, las que contemplan algunas presunciones legales de culpa.

El artículo 1698 establece que deberá probar las obligaciones el que alega la existencia o la extinción de éstas. Lo anterior, resulta razonable y justo ya que lo normal será que las personas no estén obligadas. La obligación es una excepción. Por ello, el sistema de Derecho Civil hace recaer la prueba en quien quiere alegar la excepción, es decir, alegar que el otro está obligado. Asimismo, una vez que se está obligado, el derecho hace recaer la prueba en quien quiere alegar que dicha obligación se extinguió, es decir, en quien alega la situación excepcional que existiendo una obligación ésta ha dejado de existir. Por su parte, el artículo 1547 inciso 3º consagra que la prueba del caso fortuito corresponderá al que lo alega y la prueba de la diligencia al deudor, esto último implica que la culpa en materia contractual se presume.

Al respecto, el Proyecto incorpora en el inciso 2º del artículo 294 la regla de la *carga probatoria dinámica*, la que viene a alterar todo el sistema de prueba del Código Civil, sin haber propuesto y analizado su modificación con anterioridad y, de esta forma, modificándolo en los hechos “por rebote”.

Cabe destacar, ante todo, que con la redacción actual de esta norma la carga dinámica se impone como *principio general de la carga probatoria*. En efecto, si bien el inciso 1º del artículo 294 del Proyecto contiene una regla similar a la prevista en el artículo 1698 del Código Civil (“*Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie...*”) y luego alude a otras reglas legales que establezcan criterios distintos, el inciso segundo abre una facultad genérica al juez para distribuir la carga probatoria de otra manera, pasando por encima de todas las reglas contenidas en la ley sustantiva.

Lo anterior, arroja importantes consecuencias negativas que se exponen más abajo.

Antes de entrar en ellas, debe aclararse lo siguiente: (i) La carga dinámica de la prueba es contraria a la regulación sustantiva (provocándose una contradicción entre textos legales sustantivos y adjetivos); (ii) No es posible modificar las reglas civiles por consecuencia indirecta de la modificación de las reglas procesales, sin previamente medir sus efectos; y, (iii) En todo caso, la prueba de las obligaciones es una materia sustantiva.

i. La regulación del Proyecto y del Código Civil en materia de prueba de las obligaciones son contradictorias. Esto porque el juez, a través de la regla de la carga probatoria dinámica, puede vulnerar las presunciones legales de culpa tanto en materia contractual (artículo 1547 inciso 3º Código Civil) como en materia extracontractual (entre otros, artículos 2320, 2326 y 2329 Código Civil).

Surge entonces una inmediata interrogante: ¿Por qué no se hizo el trabajo de coordinarlas?

Los Códigos, sean sustantivos o adjetivos, no son cuerpos aislados que flotan en el “espacio” de la legislación sin comunicación. La codificación es un espíritu de síntesis, sistemático, aplicado a un ordenamiento jurídico. Debió haberse previsto una modificación previa al sistema civil, analizando todos los riesgos que ello implica y que se exponen en los párrafos que siguen.

ii. Se ha planteado, por algunos, que el Código Civil se puede adecuar, posteriormente. Sin embargo, debemos señalar que dicho método no es el correcto según la técnica legislativa. Lo recomendable, en caso que se quiera modificar el régimen de prueba de las obligaciones, es que se modifique, primeramente, el Código sustantivo, es decir el Código Civil y luego el Código adjetivo, esto es, el procesal. O, por último, que dicha modificación se haga de manera simultánea respecto de ambos Códigos. Pero, no es posible modificar el Código de procedimiento primero y luego intentar modificar el Código que contempla la norma de conducta, sin medir las consecuencias que ello puede acarrear en términos de seguridad jurídica en el mercado de los intercambios y de la responsabilidad.

En todo caso, optando por cualquiera de las opciones descritas, resulta imprescindible convocar a especialistas civiles pertinentes, a fin de explorar sus problemas y sus posibles soluciones.

iii. Otro argumento que se da para señalar que no sería necesario reformar, primero, el Código Civil es que las normas sobre prueba de las obligaciones son materia del Derecho Procesal. Lo anterior, no es una afirmación correcta. Si bien, el derecho adjetivo se encarga de regular los pormenores de la actividad probatoria, las normas básicas sobre prueba de las obligaciones son parte del derecho sustantivo civil. Allí se contienen (en el Código Civil) y allí se estudian (en derecho de las obligaciones). Lo anterior, no es casual ni antojadizo: estas normas probatorias corresponden a normas materiales que integran el contrato o que regulan el actuar de las personas en sus relaciones con los demás (responsabilidad extracontractual) y no constituyen meras disposiciones procesales. Por ello, es el derecho civil el encargado de consagrarlas y de establecer sus principios.

Aclaradas esas tres cuestiones, debe tenerse presente que el núcleo central y esencial del derecho de los contratos y de la responsabilidad civil gira en torno a la prueba de las obligaciones y a las presunciones legales de culpa.

Todo este sistema se verá seriamente alterado por la introducción, en los términos propuestos, de la *carga probatoria dinámica*, pudiendo preverse los siguientes efectos negativos:

1. *Altera el sistema de contratos y de libre mercado.* Los contratos son instrumentos para “anticipar el futuro”. Disminuyen los costos de transacción para que la riqueza pueda circular hacia sus usos más eficientes. Su contenido está conformado por cláusulas que prevén contingencias posibles, anticipando las partes su solución, a fin de disminuir el riesgo que implica obligarse. Asimismo, su contenido está definido por el derecho dispositivo (Código Civil) que contiene una regulación, supletoria y equilibrada de la voluntad de las partes (esto es, actúa frente a su silencio), de los derechos y obligaciones recíprocos. Dentro de estas normas dispositivas están las reglas probatorias. Resulta indispensable, por ejemplo, saber a quién corresponderá en un eventual litigio la prueba de la culpa o la prueba del caso fortuito. Las partes, sabiendo esto con antelación (al momento de contratar), podrán tomar las precauciones debidas para enfrentar un posible juicio de manera exitosa.

No debe olvidarse que la regulación civil en la materia constituye el derecho común aplicable a todos los contratos civiles y comerciales celebrados en el país. Por ello, si se modifican equivocadamente estas normas, todo el sistema contractual nacional se verá alterado.

Desde esta perspectiva, “la sorpresa” de enterarse recién en la audiencia preliminar quién es el que deberá rendir prueba sobre tal o cual obligación, provoca que los contratos ya no sirvan para anticipar los riesgos que la contratación implica, pues aquello puede decidirlo el juez *ex post* y sobre criterios subjetivos. Esto genera una gravísima consecuencia sistémica: todo el modelo de intercambios y de libre mercado, que se funda en los contratos, es puesto en tela de juicio.

Lo anterior, y como efecto colateral, provocará un fuerte impacto en el sistema de los seguros y la actividad de las compañías aseguradoras que basan su actividad comercial de cálculo estadístico en que las partes, primeramente, anticipen riesgos en los contratos sobre la base de las normas legales generales, para sobre eso realizar la cobertura del riesgo definiendo el valor de las primas. Si las partes ya no pueden anticipar los riesgos en los contratos (y esto es lo que provocaría una regla probatoria dinámica tan abierta) entonces a las compañías aseguradoras les resultará difícil evaluar el riesgo de la actividad regida en el contrato, por lo que podrían decidir retirarse de determinados ámbitos del mercado (pues ya no les sería rentable).

2. *Altera el principio de autonomía privada.* Una estipulación contractual puede alterar la regla legal de la carga de la prueba de la culpa (ella se presume) prevista en el artículo 1547 inciso 3º del Código Civil. Si el juez decide alterar la carga de la prueba (en ejercicio de la denominada “carga dinámica”), de paso afectará la estipulación contractual, la que se rige por el principio de la intangibilidad, consagrado por la ley y reconocido unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia. Sería una violación de la ley del contrato, una revisión judicial que –lo afirma la Corte Suprema permanentemente–, no es posible en Chile.

3. Asimismo, la carga probatoria dinámica *altera la denominada teoría de los riesgos*. Esta institución civil define qué sucede con el contrato en caso de pérdida fortuita de la cosa debida. Dicha pérdida debe ser probada por el deudor, para evitar que eluda el cumplimiento de sus obligaciones. Es lo justo. Sin embargo, el juez podría alterarlo, señalando que sea el acreedor quien además de asumir el riesgo deba probar la antedicha pérdida, trastocando todo el sistema de equilibrio contenido en esta institución.

4. También altera las *reglas del caso fortuito*, cuando es alegado en materia de responsabilidad civil como eximente de responsabilidad. La regla civil es que el caso fortuito lo debe probar quien lo alega (artículo 1547 inciso 3º Código Civil), esto es, el demandado. Con la carga probatoria dinámica, el juez podría ordenar que el caso fortuito sea probado por el demandante, lo que constituiría un grave atentado en contra de la justicia de esta norma, ya que vulneraría lo que resulta justo: que quien alega un hecho extintivo de una obligación (como es el caso fortuito) sea obligado a probarlo. No resulta razonable ni equitativo que sea quien alega lo contrario, es decir, la existencia de la obligación el que sea obligado a probar la no existencia de la misma.

5. En materia extracontractual, la carga probatoria dinámica genera serias consecuencias negativas, sobre todo respecto de las *presunciones legales de culpa* contenidas en el ya citado título XXXV del libro IV Código Civil. Las relaciones interpersonales exponen a los sujetos a sufrir daños producto de un hecho negligente o doloso. Las presunciones legales de culpa ya sea por el hecho ajeno (artículo 2320 Código Civil); por el hecho propio por actividades peligrosas (artículo 2329 Código Civil); o por el hecho de las cosas (artículos 2323, 2326 y 2328 Código

Civil), favorecen a la víctima de los accidentes, ya que le permite liberarse de la carga de probar la culpa del agente del daño y hacen más expedita la posibilidad de obtener la indemnización.

La carga probatoria dinámica altera este sistema y contribuye a diluir la seguridad jurídica, ya que no se sabrá, hasta la audiencia preliminar, si la víctima estará o no liberada de la prueba de la culpa, prueba que por cierto puede retrasar o, incluso hacer imposible, la indemnización justa para intentar reparar el daño causado por un hecho negligente.

Por último, debe tenerse presente que todas las reglas de prueba y presunciones de culpa, tanto en materia contractual como extracontractual, tienen fuente legal. Estas reglas son expresas y están redactadas en términos generales. Por lo mismo, para adecuarlas a los casos concretos ha debido realizarse en nuestro país, en particular respecto de las presunciones, un largo trabajo de evolución doctrinaria y jurisprudencial, que se inserta muchas veces en la tendencia mundial del derecho de la responsabilidad de favorecer a la víctima y garantizar la reparación de los daños.

La introducción de la carga probatoria dinámica, en la forma abierta en que está redactada en el Proyecto, puede provocar que todo el trabajo de configuración de las presunciones, quede muy mermado o simplemente reducido a nada.

En definitiva, al introducir el Proyecto la noción de carga probatoria dinámica sobre la base de consideraciones “subjetivas” se está trastocando todo el sistema de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Especialmente, mediante los criterios de “disponibilidad” y “facilidad” como justificación de la distribución de la prueba, los que se mencionan, pero no se definen en lo absoluto.

En efecto, ¿qué significa esa “facilidad” probatoria?, ¿con qué criterios se medirán?, ¿cómo se pueden elaborar reglas que permitan controlarla? Por otra parte, ¿cómo el juez puede saber con certeza la “disponibilidad” de pruebas de las partes si el juicio recién comienza?

Todo indica que la carga probatoria dinámica es una invocación a la subjetividad del juez y una vulneración de las reglas expresas y generales previstas en la ley, afectando con ello gravemente la seguridad jurídica.

Por lo demás, la denominada carga probatoria dinámica lo obliga a “tomar partido” por una de las partes, atribuyéndole el peso de la prueba a la otra, en una fase preliminar del juicio donde es imposible que el juez conozca en profundidad el caso que debe resolver. Ello envuelve una negación del principio de imparcialidad que debe animar la actividad judicial.

Es, aparentemente, una invocación a su “intuición” más que a su “convicción”.

En conclusión, la posibilidad de revisar las reglas del Código Civil y, por supuesto, entre ellas la prueba de las obligaciones, es necesario plantearla y estudiarla, a fin de buscar un mayor equilibrio y justicia tanto en materia contractual como extracontractual. Lo anterior, siempre es deseable.

Pero no es aconsejable hacerlo por “efecto indirecto”, sin un examen acabado de sus innumerables impactos en las reglas sustantivas que gobiernan los intercambios

y la responsabilidad, ni a través de un concepto tan abierto y subjetivo como el de la carga probatoria dinámica.

Si así se hace, se puede provocar un grave atentado a la previsión y a la seguridad jurídica.

### *C. Creación de nuevos ilícitos civiles*

**Artículo 50. Daños y perjuicios.** Dentro de los seis meses siguientes a la fecha de quedar ejecutoriada la sentencia definitiva o la que hubiere puesto término al **juicio** o hubiere hecho imposible su continuación, la parte vencedora podrá demandar ante el mismo tribunal que conoció del asunto en primer o único grado jurisdiccional, la indemnización por los **daños y perjuicios que el proceder de mala fe o temerario** de su contraparte en el juicio le hubiere ocasionado.

La demanda se tramitará conforme al procedimiento sumario y la resolución que en ella recaiga deberá notificarse personalmente a los demandados.

**Artículo 177. Responsabilidad.** Los perjuicios que **las medidas cautelares dolosas o abusivas** pudieran causar serán siempre de responsabilidad de quien las solicite.

Dentro del plazo de dos meses contados desde que se encuentre firme o ejecutoriada la sentencia definitiva que rechace la demanda o aquella que ponga término al proceso, el demandado podrá solicitar al tribunal que hubiere conocido de la causa que declare que la medida cautelar fue solicitada en forma dolosa o abusiva. El tribunal citará a las partes a una audiencia, a la que deberán concurrir con todos sus medios de prueba.

En contra de la resolución que se pronuncie accediendo o denegando la declaración solicitada, procederá el recurso de apelación.

Ejecutoriada la resolución en la cual se formule la declaración de haberse solicitado en forma abusiva o dolosa la cautela, se podrá demandar la indemnización de los perjuicios dentro del plazo de seis meses. Esta demanda se tramitará conforme al procedimiento sumario, ante el tribunal que hubiere conocido de la causa o aquel que fuere competente conforme a las reglas generales. El tribunal, al pronunciarse sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en la declaración previa de haberse solicitado la cautela en forma dolosa o abusiva, debiendo tan sólo determinar la existencia y el monto de los perjuicios que deberá pagar dicho solicitante.

Se entenderá caducado el derecho de demandar la indemnización de perjuicios por haberse solicitado en forma dolosa o abusiva una cautela si no se solicita la declaración o no se interpone la demanda de indemnización de perjuicios dentro de los plazos contemplados en los incisos anteriores.

**Artículo 241. Término de la ejecución provisional, derecho a la devolución y la indemnización por daños y perjuicios.** Si la sentencia ejecutada provisionalmente fuere revocada, modificada o anulada, se dejará sin efecto la ejecución, debiendo retrotraerse el proceso al estado anterior a ésta. Con todo, si la revocación, modificación o anulación fueren parciales, el juez regulará prudencialmente los términos en que el proceso deba volver al estado anterior.

Quien hubiere solicitado la ejecución provisional deberá proceder a la devolución de lo percibido, en su caso, y estará obligado a compensar los perjuicios ocasionados al ejecutado con motivo de la ejecución, según las reglas siguientes:

1. Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara, modificara o anulara totalmente, el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, así como reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado. Si la revocación, modificación o anulación de la sentencia fuese parcial, sólo le devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, desde el momento de la percepción y hasta la devolución efectiva. En ambos casos, procederá el pago de interés corriente para operaciones de crédito de dinero no reajustables.

2. Si la resolución revocada, modificada o anulada, hubiere condenado a la entrega de un bien determinado, se restituirá éste al ejecutado, bajo el mismo título con que se hubiere poseído o tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien. Si la restitución fuese imposible, de hecho o de derecho, el ejecutado podrá pedir que se le indemnicen los daños y perjuicios causados.

Si la sentencia revocada, modificada o anulada contuviese condena a una obligación de hacer y ésta hubiere sido realizada, se podrá pedir que se deshaga lo hecho, de ser ello posible, y, en todo caso, que se indemnicen los daños y perjuicios causados.

3. El Tribunal que hubiere decretado la ejecución provisional deberá dictar todas las resoluciones que sean pertinentes para los efectos de dar cumplimiento a las medidas de restitución contemplada en los números precedentes.

El ejecutado podrá hacer valer el derecho de indemnización por daños y perjuicios a que se refieren los numerales anteriores en el proceso en que se pronunció la sentencia cuya ejecución provisional se dejare sin efecto total o parcialmente, en el plazo y de acuerdo al procedimiento establecido en el inciso penúltimo del artículo 177.

**Artículo 567.- Efecto de la sentencia en las querellas posesorias.** Cualquiera que sea la sentencia, queda siempre a salvo para el condenado el ejercicio de la acción ordinaria que corresponda con arreglo a derecho, pudiendo comprenderse en dicha acción el resarcimiento de las costas y perjuicios que hayan pagado o que se les haya causado con la demanda.

Cuando se hubiere demandado la restitución de frutos o la indemnización de perjuicios, procederá únicamente la reserva a que se refiere el inciso 2º del artículo 208.

La sentencia pronunciada en la querella de restablecimiento deja a salvo a las partes, no sólo el ejercicio de la acción ordinaria, sino también el de las otras acciones posesorias que les correspondan.

El Proyecto de Código Procesal Civil introduce modificaciones e innovaciones de fondo, referidas a la regulación de nuevos ilícitos civiles.

En la actualidad, debemos tener presente que, más allá de las reglas generales contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil y de la doctrina del abuso del derecho, existe una regulación dispersa contenida en diversos cuerpos normativos referidos a ilícitos civiles de incidencia procesal. Así, en una revisión rápida es posible identificar:

i. El artículo 280 del Código de Procedimiento Civil: que establece una regla de responsabilidad estricta en materia de daños ocasionados como consecuencia de la concesión de una medida prejudicial precautoria, cuando ésta no se mantuviese una vez iniciado el procedimiento.

ii. El artículo 563 del Código de Procedimiento Civil: que, en materia de querellas posesorias, se limita a establecer que los perjuicios que se hayan causado con la querella pueden ser discutidos en un juicio posterior, sin establecer cuál será el criterio de imputación.

iii. El artículo 197 del Código Civil: que, en materia de juicios de filiación, establece la responsabilidad de la persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada, quien estará obligada a reparar los perjuicios que la acción judicial irroque a esta última.

iv. El artículo 4º letra g) de la Ley Nº 20.169: que comprende dentro de las hipótesis de competencia desleal “*El ejercicio manifestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado*”.

v. El artículo 50 letra e) de la Ley Nº 19.946: que permite al juez declarar temeraria la denuncia, querrella o demanda interpuesta que carezca de fundamento plausible, dando lugar a la aplicación de una multa conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la misma ley.

vi. El artículo 34 del Código Procesal Penal: disposición conforme a la cual el desistimiento de la acción pública o privada deja a salvo el derecho del querrellado para ejercitar la acción civil destinada a obtener la reparación de los perjuicios que hubiere sufrido en su persona o en sus bienes, salvo el caso en que expresa o tácitamente hubiese aceptado el desistimiento del querellante. En este caso, sin embargo, no existe una regulación de fondo sobre la necesidad de existencia de un criterio de imputación.

vii. El artículo 45 del Libro IV del Código de Comercio: que confiere al deudor, cuya solicitud de quiebra hubiere sido desechada, el derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos, si probare que el acreedor ha procedido en forma culpable o dolosa.

Siendo la regulación del Proyecto en la materia de carácter general, que sentará las bases para la comprensión de la responsabilidad civil por el ejercicio de las acciones judiciales (entendemos, sin derogar las reglas especiales actualmente dispersas en nuestra legislación sobre la materia), sería esperable que se estableciese una normativa clara y absolutamente coherente de la materia.

Sin embargo, su tratamiento –desde la perspectiva del Derecho Civil– es insuficiente y dispar. En efecto, en la regulación contenida en el Proyecto es posible

encontrar tres regímenes distintos de responsabilidad, dos de los cuales suponen la existencia de un criterio de imputación (que no es el mismo para cada caso), y uno que funciona sobre la base de una regla de responsabilidad estricta. Además, se reitera una cuarta regla presente en nuestra legislación procesal civil (el artículo 563 del CPC, correspondiente al artículo 567 del Proyecto), sin precisarse cuáles son los requisitos que hacen procedente la responsabilidad.

1. La regla general en materia de responsabilidad por el ejercicio de las acciones judiciales se encuentra en el artículo 50 del Proyecto, el que establece como factor de imputación “*el proceder de mala fe o el actuar temerario*” de su contraparte en el juicio.

En primer lugar, se trata de una regla que exige la concurrencia de la mala fe (que se aproxima al dolo) o el actuar temerario (que se aproxima a la grave negligencia) para el establecimiento de la responsabilidad.

En esta materia el Proyecto está optando por un estándar más bajo que el actualmente exigido en nuestra legislación. Así, por ejemplo, existe un estándar más alto en el artículo 197 del Código Civil o en el artículo 4º letra g) de la Ley Nº 20.169. Así, opta por reproducir un criterio (la *temeridad*) que en la actualidad sólo se encuentra presente en la ley del consumidor, y no para efectos de establecer el derecho a una indemnización como es el caso del Proyecto, sino para fijar multas. Esto puede resultar sensible, toda vez que existe consenso en el derecho privado en orden a que la procedencia de una indemnización por ejercicio de acciones judiciales supone una especial reprobación a la conducta desarrollada en el proceso por una de las partes, siendo complejo el admitir una responsabilidad fundada sobre el descuido.

Asimismo, resulta cuestionable la conexión interna del Proyecto en la materia. Como se verá, en una de las hipótesis donde existe mayor riesgo de causar perjuicios (las medidas cautelares), el Proyecto opta por exigir un estándar más alto que el exigido por la regla general, no bastando el actuar temerario a fin de que nazca la responsabilidad civil: el artículo 177 del Proyecto exige, en ese caso, que la medida sea “*dolosa o abusiva*”, abandonando el criterio de la mera temeridad.

En segundo lugar, al momento de establecer el artículo 50 las reglas generales sobre responsabilidad en la materia, establece un plazo de seis meses para demandar ante el Tribunal que conoció el asunto en primera o única instancia. Siendo ésta la primera regulación general de la materia, resulta dudosa la relación de esta regla con las reglas generales en materia de responsabilidad (particularmente, de prescripción, artículo 2332 Código Civil) e incluso con otras reglas procesales. En efecto, de su lectura no queda claro si el plazo de seis meses es una regla especial de prescripción, si es una regla de caducidad, o si se trata solamente de un término dispuesto por el legislador para efectos de determinar la aplicación de un procedimiento concentrado (el juicio sumario, ante el Tribunal que dictó la sentencia).

A diferencia de lo que ocurre con esta disposición, el artículo 177 del Proyecto sí contiene una regla que evita este problema interpretativo (pero previendo un

plazo distinto): su inciso final expresamente declara que la no interposición de la demanda en el plazo de dos meses producirá la caducidad del derecho a exigir una indemnización de perjuicios.

Finalmente, en la regla del artículo 50 del Proyecto se alude a los “daños y perjuicios”, siendo que lo correcto hubiera sido hablar de responsabilidad (como en el artículo 177 del mismo) o, derechamente, de indemnización de perjuicios.

2. El segundo régimen de responsabilidad está establecido a propósito de los daños que se puedan ocasionar como consecuencia de la concesión de una medida cautelar. En este caso, en el artículo 177 del Proyecto, se exige un actuar doloso o abusivo, encontrándose este estándar de ilicitud en el ejercicio de los derechos más acorde con los lineamientos generales de nuestra legislación.

3. El tercer régimen de responsabilidad está regulado en el artículo 241 del Proyecto, a propósito de las consecuencias que se derivan de la revocación de la sentencia cuya ejecución provisional se ha obtenido. En este caso, la conducta del solicitante resulta irrelevante para efectos del nacimiento de la obligación indemnizatoria, correspondiendo aparentemente a una regla de responsabilidad estricta, que es completamente excepcional en nuestro Derecho Civil.

Más allá de ciertas cuestiones de estilo (particularmente, la innecesaria reiteración de la hipótesis que genera la responsabilidad: la revocación, modificación o anulación de la sentencia ejecutada provisionalmente) existen cuestiones de fondo que es necesario observar:

En primer lugar, el artículo 241 del Proyecto trata en forma conjunta dos consecuencias patrimoniales que son diversas: las restituciones (que el artículo 241 denomina “devoluciones”) y las indemnizaciones. El tratamiento unitario de ambas instituciones genera problemas: tratándose de las restituciones, se prescinde de cualquier calificación de la actuación del solicitante, cuestión que se entiende por la desaparición de la causa que justificaba la atribución. Por el contrario, tratándose de las indemnizaciones, la responsabilidad pareciera venir impuesta por una decisión legislativa que establece una determinada distribución de riesgos en la ejecución provisional. *La cuestión merece ser examinada con más detención.* En principio, esta regla de responsabilidad debería reconducirse a los criterios generales de responsabilidad civil (exigiendo una calificación de la conducta y no sujetándolo solamente a un estándar estricto).

En segundo lugar, el artículo 236 del Proyecto no incorpora dentro de las sentencias no susceptibles de ser ejecutadas provisionalmente aquéllas que se pronuncien respecto de una obligación de no hacer (¿podría entenderse entonces que procedería la ejecución provisional, confirmándose la obligación de abstenerse de actuar?). Sin embargo, el artículo 241 del Proyecto tampoco las trata al regular los perjuicios indemnizables. Esta situación puede ser problemática, porque la ejecución provisoria de una de estas sentencias, en la medida que imponga una abstención al deudor, podría ocasionarle un perjuicio (pérdida patrimonial por el tiempo que dura la prohibición) el que no podría ser demandado.

4. Finalmente, un cuarto régimen aparece en el artículo 567 del Proyecto, el que se refiere al derecho a obtener un resarcimiento de los perjuicios que se hayan experimentado como consecuencia de la querrela posesoria, reiterando una regla actualmente dispuesta en el artículo 563 inciso 1º del Código de Procedimiento Civil. Se trata de una regla que no establece cuál será el régimen de responsabilidad civil aplicable a este caso y que omite toda referencia al artículo 50 del mismo Proyecto. Así, resulta dudoso el alcance de la disposición.

#### *D. Otras repercusiones en derecho civil*

##### *D.1. Artículo 116 del Proyecto. Inexistencia procesal*

**Artículo 116. Inexistencia.** La constatación de la inexistencia de los actos verificados, como ocurre con los practicados por o ante un órgano que no ejerza jurisdicción, se verificará, en cualquier tiempo, y sin más condiciones que la de citar previamente a los interesados.

Excepcionalmente, en caso de falta de notificación de la demanda al demandado, dicha declaración deberá solicitarse dentro de los diez días siguientes desde que aparezca o se acredite que tuvo conocimiento personal del juicio.

Debemos recordar que la regulación sustantiva de los actos jurídicos está contenida en el Código Civil. Si bien en nuestra doctrina la cuestión no es pacífica, la inexistencia es una sanción de ineficacia de los actos jurídicos que ha sido virtualmente abandonada por la doctrina moderna, precisamente ante la suficiencia de las sanciones civiles de nulidad absoluta y relativa.

Por otra parte, y si llegáramos a admitir que la inexistencia pudiera prestar alguna utilidad, no resulta conveniente obtener el pronunciamiento de una sanción tan drástica como la inexistencia con la mera citación de los interesados. Lo mínimo sería poder permitirle a la parte que pretende prevalerse del acto que según la contraria sería nulo, exponer sus argumentos para respetar el principio de la bilateralidad de la audiencia.

##### *D.2. Artículo 186 del Proyecto. Retención-Objeto ilícito*

**Artículo 186. Objeto ilícito.** Habrá objeto ilícito, en los términos del artículo 1464 del Código Civil, en la enajenación de bienes retenidos y en la celebración de actos y contratos prohibidos por resolución judicial, a menos que el juez lo autorice o el demandante consienta en ello.

La regla del artículo 186 del Proyecto agrega una nueva hipótesis a las de objeto ilícito del artículo 1464 del Código Civil, la de la retención.

En la práctica, se está modificando dicho artículo, sin decirlo. Puede que la modificación sea correcta, pero debe estudiarse y hacerse en forma. Si se opta por la modificación, debe intervenir también el texto del artículo 1464 del Código Civil, por consideraciones de seguridad jurídica y de concordancia legislativa.

*D.3. Artículo 446 del Proyecto. Declaración jurada del ejecutado.  
No consideración de reglas de la acción pauliana*

**Artículo 446.- Contenido de la declaración jurada del ejecutado.** La declaración jurada deberá contener:

2. Una relación detallada de las enajenaciones a título oneroso del deudor, efectuadas a una persona con vínculo de parentesco hasta el cuarto grado o a personas jurídicas relacionadas o que formen parte del mismo grupo empresarial, dentro de los últimos dos años contados desde la notificación de la decisión de ejecución.
3. Una relación detallada de las disposiciones a título gratuito efectuadas por el deudor en los últimos cuatro años antes de la notificación de la decisión de ejecución a menos que sean de escaso valor aceptado por la costumbre.

La norma transcrita señala que se debe hacer una relación detallada de enajenaciones, a personas relacionadas, a título oneroso o gratuito, en los dos o cuatro años anteriores a la declaración, respectivamente. Sin embargo, no queda clara cuál es la finalidad de dicha declaración. Es cierto que podemos exigir un deber de transparencia al ejecutado, en virtud del principio de la buena fe. Pero ¿cómo sancionaremos la transgresión de este principio provocada por una conducta poco transparente?

No queda más que relacionar este deber de transparencia con la preservación del patrimonio del deudor, a fin que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito. Pero en tal caso, los plazos contenidos en el artículo 446 del Proyecto no dicen relación con la única acción civil (general) que se funda en la enajenación fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor, como medio para tutelar la integridad de dicho patrimonio, que es la acción pauliana, la que prescribe en un año a contar de la fecha del acto que se impugna (artículo 2468 del Código Civil).

*D.4. Artículo 432 N° 2 del Proyecto.  
Propuesta alternativa de pago*

**Artículo 432. Emplazamiento y actitudes del ejecutado.** En el acto de la notificación de la decisión de ejecución, el ejecutado podrá:

2. **Aceptar o convenir la propuesta alternativa de pago del crédito ejecutado o de cumplimiento de la obligación que se le hubiere formulado. El acuerdo firmado ante el oficial de ejecución pondrá término al procedimiento de ejecución y tendrá mérito ejecutivo para todos los efectos legales.**

El incumplimiento del deudor hará inmediatamente exigible el total de la deuda, facultándose al acreedor para concurrir ante el mismo oficial de ejecución ante el cual se celebró el acuerdo para iniciar un nuevo procedimiento o ante el que sea competente conforme a las reglas generales. En este nuevo procedimiento ejecutivo la demanda de oposición del deudor sólo podrá fundarse en las causales previstas en los numerales 1° y 2° del artículo 434.

El artículo 432 parece atribuirle al oficial de ejecución la facultad de proponer una oferta alternativa de pago, siendo que la dación en pago –que es la institución del derecho civil que se está regulando sin decirlo– es una facultad que queda entregada al acreedor. El artículo así redactado permite esta interpretación, lo que vendría a perturbar el derecho de crédito del acreedor, alterando así la fuerza obligatoria del contrato.

También es digna de mencionar la incorporación, como un elemento de la esencia de esta propuesta alternativa, de una cláusula de aceleración. Transforma así el derecho común de los contratos, que establece que los plazos de pago deben respetarse, salvo causal de caducidad legal o acuerdo de las partes. El Proyecto parece presumirla, alterando las estipulaciones de las partes y constituyendo un insólito caso de inclusión forzosa de una cláusula que, normalmente, se pacta libremente.

Más aún, la cláusula de aceleración contenida en este artículo está redactada en términos imperativos, esto es, basta el sólo incumplimiento para generar la aceleración del crédito, no pudiendo el acreedor decidir si acelera el crédito o no. Esto constituye una desventaja para el acreedor, pues si transcurre el plazo de prescripción, prescribirá todo el saldo y no sólo la cuota impaga.

#### *D.5. Artículo 219 del Proyecto. Efecto de las sentencias penales en lo civil*

**Artículo 219. Efecto de las sentencias penales en el proceso civil.** En los juicios civiles seguidos en contra de quien hubiere sido, previamente, condenado como autor, cómplice o encubridor de un delito penal, no podrán tomarse en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con la declaración de existencia del hecho que constituyó dicho delito ni con el establecimiento de la participación del condenado en el mismo. Los efectos vinculantes de la sentencia penal condenatoria en el proceso civil no tendrán lugar si el demandado en el juicio civil no ha participado como interviniente en el proceso penal.

Las sentencias penales que absuelvan de la acusación o que ordenen el sobreseimiento definitivo respecto del imputado, sólo vincularán al juez civil cuando se funden en alguna de las circunstancias siguientes:

1. La no existencia del hecho que se le atribuyó;
2. No existir relación alguna entre el hecho que se persigue y el imputado, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda afectarle por actos de terceros o por daños que resulten de *accidentes*, en conformidad a lo establecido en el Título XXXV, Libro IV, del Código Civil.

Esta materia se vincula con el principio general relativo a los *efectos de la cosa juzgada penal en materia civil*. Para ello, es necesario determinar cuáles son los efectos en caso de *sentencia condenatoria* y en caso de *sentencia absolutoria*. En

ambas situaciones, se trata de *materias sustantivas*, que deben ser discutidas con especialistas en derecho penal y en derecho civil, como se demuestra a continuación:

i. En caso de *sentencia condenatoria*, la norma insiste en una redacción negativa y equívoca. Se sostiene que en los juicios civiles no se pueden tomar en consideración pruebas y alegaciones contradictorias con la existencia del hecho delictual y con la participación del condenado. ¿Esto equivale a sostener –en términos positivos– que la sentencia penal produce cosa juzgada en el proceso civil en lo relativo a la existencia del hecho y a la participación del condenado? Pareciera que es la intención de la norma, pues al término de su inciso primero se refiere a que “*los efectos vinculantes de la sentencia penal condenatoria en el proceso civil no tendrán lugar si el demandado en el juicio civil no ha participado como interviniente en el proceso penal*”.

Pero no lo afirma claramente, y por ello se plantea la duda de si el tribunal civil (más allá de que no acepte alegaciones o pruebas contradictorias con esos hechos, como ordena ese artículo) podría, por ejemplo, resolver que no existe comportamiento culpable del condenado, a pesar de que la sentencia penal sea condenatoria. Con ello, estaría respetando formalmente esta norma, pero contradiciendo en el fondo la decisión del juez criminal, pues una cuestión es negar la participación en los hechos y otra distinta es rechazar el carácter negligente de la participación del condenado en esos hechos.

Este riesgo de contradicción en materia de culpa penal y culpa civil ha sido ampliamente discutido en el derecho comparado. La tendencia es a sostener –en el caso de los cuasidelitos– que la culpa penal, por apreciarse *in concreto*, envuelve en sí misma a la culpa civil, que se aprecia *in abstracto*. En otros términos, la culpa penal (por estar sometida a parámetros más estrictos, al considerar las particularidades del sujeto y su actuación) envuelve en sí misma una culpa civil (que es menos estricta en sus requisitos de constatación, pues comprende sólo la comparación con un estándar general de comportamiento, donde las debilidades particulares no tienen cabida). A la inversa, la inexistencia de culpa penal, no conduce necesariamente a la conclusión de que una culpa civil no pueda ser configurada.

La cuestión tiene una connotación práctica evidente: la constatación de la culpa penal en el proceso penal puede ser aprovechada por las víctimas en cualquier proceso civil posterior, cuestión que va en su directo beneficio (por las dificultades que presenta la prueba de la culpa en ocasiones).

Es por ello, por ejemplo, que el recientemente publicado *Anteproyecto de Código civil y Comercial de Argentina* (Decreto N° 191/2011) contiene la siguiente disposición: “*Artículo 1776. Condena penal. La sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado*”.

Por lo demás, su inclusión en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial de Argentina da también un indicio de cómo esta materia es *sustantiva* y no solamente procesal. En efecto, lo que se denomina *identidad de la culpa penal y civil*

es una cuestión de fondo, que obliga a pronunciarse sobre el contenido y la forma de apreciación de ambas negligencias.

ii. En caso de *sentencia absolutoria*, se sostiene que no tendrán efecto en materia civil salvo en cuanto a la inexistencia del hecho y la ausencia de causalidad entre el imputado y el hecho. Este último caso tiene una contra excepción por “*la responsabilidad civil que pueda afectarle por actos de terceros o por daños que resulten de accidentes, en conformidad a lo establecido en el Título XXXV, Libro IV, del Código Civil*”. En este punto, la redacción del artículo 219 del Proyecto conserva la redacción del artículo 179 regla 2ª del actual Código de Procedimiento Civil, que se refiere a “accidentes” para aludir a las reglas del título XXXV del libro IV del Código Civil. Debe hacerse notar que esta noción de “accidentes” es extraña a nuestro sistema de responsabilidad civil, por cuanto la nomenclatura adoptada por las reglas del derecho común nacional es de “ilícito civil”, lo que en el ámbito extracontractual corresponde a las nociones de delito o cuasidelito civil. Asimismo, la expresión correcta es responsabilidad por “hecho ajeno o de terceros” y no por el “acto de terceros”, que en derecho privado tiene otra connotación.

Más allá de estas precisiones terminológicas, la tendencia comparada en el presente es declarar expresamente que el juez civil puede constatar una culpa civil allí donde el juez penal no retuvo una culpa penal y absolvió al imputado (porque la primera es menos estricta que la segunda, como se dijo), con el fin de evitar que el juez penal se vea en la necesidad de constatar culpas penales “leves” con la única preocupación de asegurar a las víctimas una reparación. De esta forma, se otorga expresamente la autorización al juez civil para explorar la existencia de una negligencia civil en ausencia de condena penal, cuestión que beneficia nuevamente a las víctimas (pero también a los imputados). Por ejemplo, así lo dispone expresamente el artículo 4-1 del Código de Procedimiento Penal francés, según la reforma de 2001. Confirmando nuevamente su carácter sustantivo, esa reforma fue elaborada por expertos en derecho civil y en derecho penal.

*D.6. Artículo 23 del Proyecto.  
Cesión de los derechos litigiosos*

**Artículo 23. Sucesión procesal por acto entre vivos.** Si por acto entre vivos los derechos litigiosos o el objeto del litigio se transfirieran a un tercero, podrá éste solicitar se le tenga como parte en la misma posición jurídica que ocupaba su cedente o antecesor. El tribunal resolverá la petición previa audiencia de las demás partes, y la rechazará si se afectan derechos, defensas o contrapretensiones que sólo pudieren hacerse valer en contra de la parte cuya sustitución se pretenda. Si no hubiere oposición, se dará lugar a la sucesión procesal.

Si el tribunal rechazare la sucesión, el interesado podrá intervenir como tercero coadyuvante en conformidad con las reglas de este Código.

La regla confiere al juez la facultad de rechazar la sustitución procesal originada, por ejemplo, en una cesión de derechos litigiosos, en caso de existir excepciones personales que sólo puedan ser opuestas al cedente del crédito, y por ende no al cesionario.

Pero la cesión de créditos distingue, en el derecho sustantivo (parte final del artículo 1906 del Código Civil, en relación con el artículo 2354 del mismo cuerpo normativo) entre excepciones reales (que son las inherentes a la deuda) de las personales (que son solamente propias del deudor) y de las que revisten ambos caracteres (específicamente, la compensación, en el artículo 1659 del Código Civil, dependiendo si la cesión de derechos se acepta con o sin reservas).

Con esta nueva regulación, la bien fundada distinción del derecho privado es eliminada, por cuanto el juez podrá –en una lógica de todo o nada– admitir o no la sustitución procesal.

#### REFLEXIONES FINALES

Antes de finalizar estas observaciones, permítasenos formular una pregunta. Este nuevo sistema procesal civil, ¿para la resolución de qué clase de conflictos se aplicaría? Dicho de otra manera, ¿cuál es la competencia que se les asignará a los nuevos tribunales civiles?

Si echamos un vistazo a la competencia de los tribunales civiles podemos concluir lo siguiente:

i. Con la salida de los juicios ejecutivos, los tribunales civiles perderán aproximadamente el 90% de sus causas.

(Las materias relacionadas con el derecho de familia están bajo la competencia de los Tribunales de Familia).

ii. Las sucesiones intestadas abiertas dentro del territorio de la República se someten a tramitación administrativa ante el Registro Civil.

iii. Una práctica comercial muy extendida hace que los conflictos contractuales de mayor envergadura, e incluso varios de mediana envergadura, sean sometidos a arbitraje.

¿Entonces, qué fallarán los tribunales civiles?

Queda como residuo, por una parte, la responsabilidad extracontractual y, por otra parte, las acciones de resolución o de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de contratos medianos y pequeños (no el cumplimiento forzado si hay un título ejecutivo, pues quedará exclusivamente entregado –de no haber demanda de oposición– al oficial de ejecución).

En cuanto a la primera, podemos citar como ejemplos los casos de negligencia médica o tránsito, entre otros. Pero no todos los casos de responsabilidad extracontractual son y serán fallados por los tribunales civiles: piénsese en los accidentes del trabajo, que son conocidos en su mayoría por los Juzgados del Trabajo, o en la

competencia de los tribunales penales o de policía local para conocer de acciones civiles indemnizatorias.

En cuanto a los segundos, algunas son efectivamente competencia de los tribunales civiles (como los contratos de arrendamiento), pero muchos de ellos se encuentran regidos por la ley de protección de los derechos de los consumidores y, por lo tanto, salvo las acciones colectivas, las acciones individuales de los consumidores quedan sometidas a la competencia de los Juzgados de Policía Local.

Estos son los conflictos contractuales más numerosos y respecto de los cuales en el presente prácticamente no hay jurisprudencia (por ejemplo, en materia de cláusulas abusivas y daño moral). Por el contrario, en países como Colombia, Argentina, España, Brasil, México o Francia son materias de competencia de los tribunales ordinarios.

Consideramos que debe efectuarse un análisis de esta competencia, pues tenemos la impresión que gran parte de los conflictos contractuales que importan a los ciudadanos (que se relacionan con el consumo) deberían quedar entregados a los Juzgados Civiles, sobre todo considerando los órdenes de materias que han salido de la órbita de sus atribuciones.

En todo caso, para esos conflictos contractuales y de responsabilidad, ¿es el sistema propuesto por el Proyecto una herramienta adecuada? A nuestro juicio puede serlo, pero no en su estado de redacción actual.

No, al menos sin que se atienda a tres aspectos esenciales, a saber: la carencia de una acción civil de urgencia, la agresión a la seguridad jurídica que proviene de la regla que establece la carga probatoria dinámica, y la débil preocupación por la unificación del derecho.

¿Qué podemos proponer como solución? La historia nos puede proveer de algún indicio. En efecto, el Código de Procedimiento Civil de 1903 fue elaborado, al menos en su fase oficial, a lo largo de 30 años, por sucesivas comisiones en las que participaron también varios especialistas en Derecho Civil sustantivo, tales como José Bernardo Lira, Leopoldo Urrutia, Eliodoro Yáñez, Luis Barriga, etc. Eso aseguró su consonancia con el derecho sustantivo y su permanencia en el tiempo. El Proyecto tiene que pasar por una revisión global del impacto que causará en la legislación sustantiva, convocando ampliamente a especialistas en derecho civil de diversas Universidades.

Sabemos que existe premura por obtener la aprobación de este nuevo proceso civil, pero la revisión civil no será un proceso prolongado. Por otro lado, el riesgo que se corre de provocar un descalabro en el derecho de los contratos y de la responsabilidad, y en última instancia, en la economía y en los mercados, es significativo.