

Nº 241
Año LXXXV
Enero-Junio 2017
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

GONZALO CORTEZ MATCOVICH

Profesor de Derecho Procesal

Doctor en Derecho

NUEVAS ALEGACIONES EN SEDE CASACIONAL

Doctrina

No es posible en sede de casación admitir la denuncia de vulneración de una norma jurídica que no fue objeto de discusión en la etapa procesal correspondiente.

Corte Suprema, 23 de agosto de 2016.¹

Comentario

La Ley Nº 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante LPC) permite articular una variedad de pretensiones a que puede dar lugar el incumplimiento de la reguladora de la relación jurídica de consumo. Entre las acciones de carácter reparatorio hay que mencionar, señaladamente, la pretensión indemnizatoria, destacando que ella comprende, por expresa previsión legislativa, el daño material y el moral derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el proveedor (art. 3 letra e) LPC), norma que en su momento presentó cierto interés desde que, primero, previó la indemnización por daño moral en sede contractual² y porque, como en

¹ Corte Suprema, 23 de agosto de 2016. Rol Nº 7673-2015 (1ª Sala).

² Así, entre otras, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 10 de octubre de 2004, en

el concepto de consumidor se encuentran las personas jurídicas, éstas también poseen legitimación para demandarlo, cuestiones ambas que no siempre han sido consideradas pacíficas en doctrina.³

No obstante lo anterior, el art. 51 N° 2 LPC establece que las indemnizaciones que se determinen en el procedimiento especial previsto para la defensa del interés colectivo o difuso no pueden extenderse al daño moral sufrido por el actor.

Pues bien, en un proceso en que se hizo valer el interés colectivo de los consumidores, el tribunal de primer grado condenó, en lo que ahora interesa, al pago de una indemnización en favor de los actores “por concepto de daño moral”, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones, con declaración de aumentar los montos indemnizatorios. Contra la decisión confirmatoria de la Corte de Apelaciones, la parte demandada interpuso recurso de casación en el fondo, invocando como norma infringida la disposición antes mencionada, que impide que las indemnizaciones fijadas al amparo de este procedimiento puedan extenderse al daño moral.

Conociendo del recurso, la Corte Suprema, sobre la base de que el recurrente al contestar la demanda indemnizatoria no formuló entre sus alegaciones una dirigida a objetar la procedencia de la indemnización por concepto de daño moral, resolvió rechazar el recurso de casación en el fondo.

Reitera el máximo tribunal en esta sentencia lo que parece ser una doctrina jurisprudencial estable en cuanto no es posible, en sede de casación, plantear cuestiones que no fueron promovidas ante los tribunales de la instancia

Gaceta Jurídica N° 268, p. 115, y la sentencia de la misma Corte de Antofagasta, 29 de junio de 2007, Rol N° 49-2007. En esta última se señaló que “es preciso establecer si el artículo 3° letra e) de la ley en comento extiende la cobertura del daño moral siempre o si acaso ella es restringida, siguiendo los criterios y principios de aplicación de jerarquía y especialidad. Su análisis nos lleva a concluir que la inclusión en él de la expresión ‘reparación e indemnización de todo daño material o moral’ necesariamente determina que el mencionado cuerpo normativo extiende ampliamente el ámbito del daño moral a campos no incluidos en la responsabilidad contractual tradicional, ello en cuanto estatuye que el incumplimiento de las obligaciones del proveedor determina su obligación de reparar e indemnizar no sólo los daños materiales, sino que extiende la responsabilidad de éste a todo daño, incluyéndose dentro de dicho incumplimiento, en una novedosa inclusión normativa, dentro de una materia tradicional como lo es la contractual, la reparación extensiva e implícita del daño moral, de manera tal que si existe efectiva responsabilidad del proveedor sea por infracción de sus obligaciones contractuales, sea por infracción de las especiales normas de la Ley N° 19.496, procederá por expreso mandato legal, la indemnización de los perjuicios materiales conjuntamente con la de los daños morales”.

³ Respecto del daño moral en sede contractual puede verse a BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Edit. Jurídica, Santiago, 2006, pp. 339 y ss., en tanto que para la reparación del daño moral sufridos por personas jurídicas, véase a DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Edit. Jurídica, Santiago, 1997, pp. 129 y ss.

y que, por lo mismo, no pudieron ser debatidas ni decididas.

“Que de acuerdo con lo concluido precedentemente y por no haber conformado la referida alegación alguna de aquellas que se formularan anteriormente en el proceso, debe entenderse ésta como constitutiva de un planteamiento nuevo y que no formó parte del asunto controvertido y, en consecuencia, no puede configurar un error de derecho que este tribunal deba someter a su conocimiento”.⁴

Lo que no resulta tan habitual es encontrarnos con hipótesis de errores de derecho tan clásicos como el anotado, en que hay una infracción de un precepto claro y terminante,⁵ esto es, un desconocimiento abierto y frontal de la norma que debió aplicarse.⁶

Sin embargo, el problema de las cuestiones nuevas en sede casacional no puede ser examinado en forma adecuada prescindiendo del principio *iura novit curia* y de las posibilidades de control de oficio que ostenta nuestra Corte Suprema.

“...es menester indicar que en cuanto al derecho aplicable el Juez se encuentra vinculado por el principio “iura novit curia”, en el sentido que es éste quien conoce y aplica el derecho, esto es, no se encuentra limitado u obligado por los razonamientos jurídicos expresados por las partes, aspecto que no obsta a la exigencia de que el derecho aplicable debe enlazarse a las acciones y excepciones, alegaciones y defensas que las partes sostienen en el pleito”.⁷

Una *cuestión nueva* es aquella respecto de la cual los jueces de la instancia no han tenido conocimiento y por lo tanto, no han podido analizar ni

⁴ Corte Suprema, 26 de marzo de 2007, Rol Nº 3.838-2006. También tiene resuelto el máximo tribunal: “7º.- Que la falta de armonía que resulta de los dos párrafos que anteceden se traduce en que los fundamentos del recurso de nulidad intentado por la demandada provienen de nuevas alegaciones de dicho litigante, las que, en tal carácter, no pudieron ser analizadas por los sentenciadores de fondo y, por tanto, escapan del ámbito que permite a esta Corte Suprema fiscalizar la correcta aplicación del derecho en el fallo cuestionado, trayendo como consecuencia, que la nulidad de fondo en análisis adolece de manifiesta falta de fundamento, motivo por el que no podrá prosperar”. (Corte Suprema, 13 de marzo de 2008, Rol Nº 6917-2007). “Que, cabe destacar, asimismo, que en el recurso se denuncia la transgresión de diversas disposiciones legales, sobre la base de una argumentación nueva, que no se había formulado en su oportunidad, al interponer la demanda, como correspondía”. (Corte Suprema, 20 de marzo de 2006, Rol Nº 6.077-2005).

⁵ DE LA PLAZA sostuvo que es poco frecuente denunciar un absoluto desconocimiento de una norma porque presupone una ignorancia, que no es normal atribuir al juez. (DE LA PLAZA N., Manuel, *La casación civil*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, p. 215).

⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel; MASCARELL NAVARRO, María José; CÁMARA RUIZ, Juan; JUAN SÁNCHEZ, Ricardo; BONET NAVARRO, José; BELLIDO PENADÉS, Rafael; CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés; MARTÍN PASTOR, José, *Derecho procesal civil*, Aranzadi, Navarra, 2010, 10ª edición, p. 556.

⁷ Corte Suprema, 23 de octubre de 2012, Rol Nº 8871-2009.

decidir, cualquiera sea la razón del silencio de las partes.⁸

Como primera cuestión, debe deslindarse la noción de *alegación nueva* con la posibilidad de invocar nuevos argumentos o perfiles jurídicos sobre las cuestiones ya debatidas en la instancia, respecto de los cuales, como lo sostuvo Calamandrei en su obra fundamental sobre la materia, no debiera existir obstáculo para su alegación en sede de casación.⁹

Sin embargo, la Corte Suprema ha sido particularmente restrictiva a la hora de admitir cuestiones nuevas en materia de casación, desestimando incluso la posibilidad de nuevas argumentaciones en este ámbito:

“...se trata de argumentaciones nuevas, no propuestas a debate en la contestación a la demanda ni al plantearse el recurso de apelación, razón por la cual no formaron parte de la controversia y no estuvieron los sentenciadores en condiciones de abordar su estudio y, eventualmente, de vulnerar las normas atinentes a la materia”.¹⁰

Desde luego, la tesis de la Corte Suprema me parece demasiado formalista porque no distingue la naturaleza de las alegaciones, bastando la novedad de las mismas para ser apartadas del control casacional. También fue la interpretación jurisprudencial mantenida en España, bajo el imperio de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, hasta antes de la reforma introducida por la Ley 34/1984 y que había sido justamente criticada por su acentuado formalismo. Señalaba Serra que “Si las cuestiones debatidas suponen la infracción de una norma distinta a la alegada, el Tribunal Supremo no solo puede, sino que también *debe* entrar en su examen, en mérito del principio *iura novit curia*. Habiendo acertado el recurrente en su exposición de fondo, poco debiera importar que haya errado en la etiqueta”.¹¹

En efecto, a esta postura restrictiva se opone el principio procesal *iura novit curia*, esto es, la imperatividad de las normas legales para los tribunales de justicia. Pues, si es cierto que el Tribunal Supremo sólo actúa por motivos tasados, también es cierto que tras estas limitaciones *ab initio* está obligado en su actuación a conocer y declarar la ley aplicable al caso, con o sin rogación de parte.¹²

⁸ GUZMÁN FLUJA, Vicente, *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 123.

⁹ CALAMANDREI, Piero, *La casación civil* (Trad. Sentis Melendo), Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, T. II, p. 174.

¹⁰ Corte Suprema, 26 de marzo de 2007, Rol Nº 86-2006.

¹¹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “El recurso de casación”, en: Cortés Domínguez, Valentín (Coord.), *Comentarios a la reforma de la ley de enjuiciamiento civil*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 901.

¹² OJEDA AVILÉS, Antonio, “Sobre el libre arbitrio judicial en los procesos de trabajo”, *Revista de Política*

Como se advierte, según el criterio de la Corte Suprema, el énfasis viene puesto en la *novedad* de las cuestiones sin detenerse a analizar la naturaleza y entidad de los nuevos aspectos que se pueden plantear en el ámbito de la casación, y es esta ausencia de análisis lo reprochable pues es la única manera en que se puede determinar cuáles son los límites a que se pueden extender estas nuevas alegaciones.

Es notable como el máximo tribunal, cuya jurisprudencia del último tiempo se ha ocupado de trazar una definición más o menos clara de los límites del *iura novit curia*, que no puede llegar a invadir aquello que configura la causa de pedir, en este aspecto sin embargo, llegue a confundir ambas cosas.

“Sobre la base de lo previamente expuesto, es menester traer nuevamente a colación el principio *iura novit curia* aplicable al sistema dispositivo y de aportación de partes, que viene a significar la posibilidad que tiene el juez de desvincularse de la fundamentación jurídica sustentatoria de las pretensiones de cada litigante para la resolución de la controversia que ha sido sometida a su conocimiento, sin apartarse de la causa de pedir. Dicho principio permite, sin incurrir en incongruencia, dar a los hechos planteados exclusivamente por los litigantes y que derivan de las probanzas rendidas, la calificación jurídica que corresponda. Así, la decisión deberá atenerse a la *causa petendi*, con respeto a los antecedentes fácticos, puesto que los hechos pertenecen a la exclusiva disposición de las partes. No puede, por ende, variarse en la decisión jurisdiccional el fundamento jurídico.”¹³

El anterior ha sido un predicamento constante de la Corte Suprema, con lo que surge de inmediato el planteamiento de si el principio *iura novit curia*, que permite al tribunal desvincularse de la fundamentación jurídica invocada por las partes, es una herramienta de la que pueden hacer uso únicamente los jueces de las instancias, estándole vedado hacerlo a la propia Corte Suprema, lo cual me parece un contrasentido pues el rol de la Corte Suprema consiste precisamente en controlar las decisiones de los tribunales inferiores y verificar si en ellas la ley ha sido correctamente interpretada y aplicada.¹⁴

En buenas cuentas, para nuestra Corte Suprema resulta inaplicable el principio *iura novit curia* en el ámbito del recurso de casación en el fondo. Hay que decir que el cuestionamiento de la vigencia en sede casacional de la regla

Social, 1971, Nº 92 (oct-dic), p. 94.

¹³ Corte Suprema, 13 de junio de 2012, Rol Nº 2220-2011. En el mismo sentido, entre otras, Corte Suprema, 25 de marzo de 2014, Rol Nº 13.983-2013, y más recientemente, Corte Suprema, 6 de julio de 2016, Rol Nº 8089-2015.

¹⁴ Contradicción que también fue puesta de relieve por CALAMANDREI, cit. (n. 9), p. 175.

del *iura novit curia* no es nada nuevo. Calamandrei la excluyó, por entender que los vicios alegados por el recurrente constituyen la *causa petendi* del recurso,¹⁵ lo que es explicable por la concepción que el profesor de Florencia tenía de la casación, a la que calificaba como una *acción de impugnación autónoma*.

“Como el recurrente, al denunciar un determinado vicio de la sentencia, pretende con ello hacer valer el derecho de impugnación nacido de este vicio singular, no podría la Corte de casación anular la sentencia por un vicio diverso del denunciado, sin juzgar sobre una acción absolutamente diversa de la hecha valer y sin incurrir, por tanto, en *extrapetita*”.¹⁶

Sin embargo, entre nosotros, no es ésta la comprensión del instituto que ha predominado sino que la casación está concebida de modo diverso, como una fase del proceso través de la cual se impugna una sentencia que aún no ha alcanzado firmeza. Por consiguiente, la posibilidad de que el tribunal de casación realice un control de vicios o defectos no denunciados por el recurrente no está reñida con el principio dispositivo desde que esta regla únicamente impide que el tribunal pueda sobrepasar los límites del objeto del proceso, en tanto que la fundamentación jurídica de la pretensión y de la resistencia no forman parte del mismo.

“Que sin embargo en cuanto al derecho aplicable el Juez se encuentra vinculado por el principio “*iura novit curia*”, en el sentido que es el Juez quien conoce y aplica el derecho, sin que ello afecte la causa de pedir, esto es, no se encuentra limitado u obligado por los razonamientos jurídicos expresados por las partes, aspecto que no obsta a la exigencia que el derecho aplicable debe enlazarse a las acciones y excepciones, alegaciones y defensas que las partes sostienen en el pleito”.¹⁷

En mi concepto, se trata de una decisión cuestionable porque abre un espacio donde quedarían permitidas decisiones contrarias a la ley, tolerándose la infracción del derecho objetivo bajo el simple expediente de no haberse alegado por el recurrente, es decir, gracias a una interpretación errónea del principio dispositivo y una exacerbación del *ius litigatoris* en desmedro del *ius constitutionis*, es decir, privilegiando la concepción de la casación como un instrumento para la defensa de los derechos de los particulares por sobre la idea de que la casación también está al servicio de la recta aplicación del

¹⁵ CALAMANDREI, cit. (n. 9), p. 173.

¹⁶ CALAMANDREI, ídem.

¹⁷ Corte Suprema, 17 de diciembre de 2010, Rol Nº 6989-2008.

derecho objetivo, cumpliendo de este modo un rol garante del interés público.¹⁸

Además, el máximo tribunal dimite de manera deliberada del rol institucional que tiene atribuido, esto es, ejercer un efectivo control de legalidad de las decisiones emanadas de los jueces inferiores y asegurar la potencial uniformidad de la jurisprudencia, tanto propia como de los demás tribunales que forman parte de la organización judicial.¹⁹ Se desecha, asimismo, y de manera consciente una herramienta creada precisamente con esa finalidad, como la casación en el fondo de oficio,²⁰ tolerando con todas sus consecuencias, una indebida inaplicación de una norma material imperativa.

No se me oculta que una condicionante para que el tribunal de casación pueda alterar la argumentación jurídica propuesta por las partes consiste en la necesidad de respetar la contradicción. La tesis jurídica que se formule por los intervinientes respecto de los hechos no es vinculante para el tribunal, el cual tiene, por un lado, el deber de conocer el derecho y, por otro, el de calificar jurídicamente los hechos con prescindencia y, aun en contra, de la que puedan haber efectuado las partes.

Ahora bien, una cosa es que el tribunal pueda, manteniendo los hechos establecidos por los jueces de las instancias y sin introducir variación alguna en ellos, dictar sentencia conteniendo la calificación jurídica que él estima correcta, aunque se aparte de la propuesta por los intervinientes y otra, muy distinta, es que las partes tengan derecho a ser oídas respecto de la calificación jurídica pues ello se relaciona con el derecho de defensa, de tener conocimiento y poder alegar en torno a los elementos que tengan influencia en la decisión judicial. La falta de vinculación judicial a la argumentación jurídica efectuada por las partes no puede suponer que el juez ejercite sus facultades sin haber concedido la oportunidad para debatir esta “tercera opinión” del tribunal, pues ello atentaría contra el derecho fundamental de las partes a ser oídas sobre todas las circunstancias que puedan influir en el contenido de la sentencia.²¹ La

¹⁸ ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva procesal*, Edit. Jurídica, Santiago, 2004, pp. 74-5.

¹⁹ TARUFFO, Michele, “Las funciones de las Cortes Supremas”, en TARUFFO, Michele, *La prueba, artículos y conferencias*, Edit. Metropolitana, Santiago, 2009, p. 205.

²⁰ MUÑOZ GAJARDO, Sergio, *La Casación en el Fondo de Oficio en Materia Civil*, Memoria de Prueba, Universidad Católica de Valparaíso, 1984, pp. 31 y ss.

²¹ MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional* (con ORTELLS, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN), Bosch, Barcelona, 1996, I, p. 328. En el proceso civil español, por ejemplo, este deber no existe y el Tribunal Constitucional ha entendido que ello no viola el derecho de defensa, siempre que el juzgador respete los términos en que en las demandas o en los escritos fundamentales del pleito se configuran las acciones o las excepciones ejercitadas. (ORTELLS RAMOS, cit. (n. 6), p. 451).

posibilidad de que el tribunal resuelva sobre la base de una normativa jurídica respecto de la cual las partes no han tenido oportunidad de debatir, podría configurar una vulneración del principio de audiencia.²²

“Este razonamiento jurisprudencial se hace con el claro propósito de evitar situaciones de indefensión procesal, impidiendo que las nuevas alegaciones puedan formar parte del debate sólo en sede casacional, sin que previamente hayan sido alegadas y discutidas en las instancias”.²³

Sin embargo, en el caso que se comenta, tampoco este argumento parece tener relevancia pues, como consta del considerando tercero de la sentencia de la Corte Suprema objeto de este comentario, el recurrente planteó la cuestión de la improcedencia de extender las indemnizaciones al daño moral sufrido por los actores en este procedimiento especial en el recurso de apelación. Por consiguiente, en la especie no existió tampoco el riesgo de aplicación de reglas jurídicas sobre las cuales las partes no hayan tenido oportunidad de debatir.

En suma, con este criterio interpretativo que mantiene el tribunal supremo se desconoce que, aun cuando en el proceso puedan discutirse derechos e intereses de carácter privado, la finalidad de la casación en el fondo trasciende el interés de los litigantes para convertirse en un instrumento que permite asegurar la correcta e igual interpretación y aplicación de la ley para todos los ciudadanos²⁴ y, lo que parece más delicado, se instituyen espacios en los que se permite la vigencia de decisiones contrarias a derecho.

²² ROMERO SEGUEL, Alejandro, “La congruencia de la sentencia”, *Revista Chilena de Derecho*, 1988, vol. 25 Nº 2, pp. 450-1.

²³ HUNTER AMPUERO, Iván, *La aplicación judicial del derecho en el proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, Edit. Thomson Reuters-La Ley, Santiago, 2015, p. 189.

²⁴ PALOMO VÉLEZ, Diego; BORDALI SALAMANCA, Andrés; CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Proceso civil: Los recursos y otros medios de impugnación*, Edit. Thomson Reuters-La Ley, Santiago, 2016, p. 304. Con mayor detalle, ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, “En defensa de la casación”, *Actualidad Jurídica*, 2014, Nº 29 (ene), p. 25 y ss.