

LA TUTELA DEL DISCRIMINADO ARBITRARIAMENTE EN EL DERECHO COMÚN DE CONTRATOS

CHILENO

The protection of the arbitrarily discriminated against in Chilean
common contract law

LÓPEZ-DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA*
Universidad Diego Portales

Resumen

El objetivo del presente trabajo es articular la tutela del discriminado arbitrariamente en el derecho común de contratos chileno tanto en la fase precontractual como en la contractual a partir de la premisa que el hecho discriminatorio es el elemento articulador de tal tutela y que la discriminación arbitraria, al igual que la vulnerabilidad de alguno de los contratantes, es una categoría especialmente tutelable por el derecho de contratos.

Palabras clave

Derecho de contratos; discriminación contractual; medios de tutela.

Abstract

The objective of this work is to articulate the protection of the arbitrarily discriminated in the common law of contracts in both the pre-contractual and contractual phases based on the premise that the discriminatory fact is the articulating element of such protection and that arbitrary discrimination, like the vulnerability of some of the contracting parties, is a category that can be especially protected by contract law.

Key words

Contractual law; contractual arbitrary discrimination; remedies.

1. Introducción

En las últimas dos décadas el derecho de contratos chileno se ha armonizado con el derecho extranjero, advirtiéndose, al menos, tres etapas. La primera consiste en una profunda modernización representada por la formulación de una noción amplia y neutra de incumplimiento contractual- entendiendo por tal toda desviación del programa prestacional que conlleve una desarmonía con el interés que las partes se propusieron satisfacer al momento de celebración del contrato- y por la articulación de los medios de tutela del acreedor, delimitando los supuestos de procedencia, características y límites de la pretensión de cumplimiento específico, de la resolución por incumplimiento, de la indemnización de daños y de la suspensión del propio cumplimiento¹.

En la segunda destaca, de un lado, la articulación de la tutela precontractual en torno la infracción de los deberes precontractuales de información y de lealtad, aglutinándose en torno a ella la nulidad relativa, la adaptación del contrato y la indemnización de daños² y, de otro, la

* Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Correo electrónico: patricia.lopez@udp.cl; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6716-0584>. Este artículo forma parte de la ejecución del Proyecto ANID/FONDECYT/Regular 1250569, del que la autora es Investigadora Responsable.

¹ En la doctrina extranjera MORALES (2006). Una síntesis de la nacional en DE LA MAZA Y VIDAL (2018), pp. 247-770.

² En la doctrina extranjera MORALES (2011), pp. 400-422; y en la nacional LÓPEZ (2019a).

configuración de la fase postcontractual, así como su justificación y delimitación temporal y funcional³.

Finalmente, en la tercera etapa se han admitido la vulnerabilidad y la dignidad como categorías especialmente tutelables en el derecho de contratos⁴. En lo que refiere a la primera se ha reconocido la existencia de contratantes débiles en el derecho privado⁵ y la posibilidad de que concurra entre ellos un desequilibrio sustantivo y procedimental, lo que ha determinado la necesidad de regular la ventaja injusta o excesiva desproporción en instrumentos contractuales de *soft law* y en algunas Codificaciones civiles recientes, tales como el *Code* (art. 1143), el Código Civil y Comercial argentino (art. 332) y el Código Civil de Cataluña (art. 621-45)⁶. Tratándose de la segunda se ha estimado que la vulneración de la dignidad con ocasión de la celebración de un contrato constituye una causal de objeto ilícito por contravención del orden público, de las buenas costumbres⁷ o de la ley⁸ que determina su nulidad absoluta y un límite a la pretensión de cumplimiento específico subsumible en el carácter personal de la prestación⁹.

Sin embargo, si bien nuestra doctrina ha sostenido que el derecho de contratos debe tutelar al discriminado arbitrariamente¹⁰, precisando, como lo ha hecho la dogmática extranjera más autorizada¹¹, que el principio de no discriminación constituye un límite a la libertad contractual, no se ha construido dicho límite a partir de una interpretación armónica de distintas regulaciones contenidas en nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco se han examinado los medios de tutela que puede impetrar el discriminado en la fase precontractual y en la fase contractual en el derecho común de contratos chileno.

Como se advierte, se trata de un tópico inexplorado que conviene empezar a indagar en atención, al menos, a tres consideraciones. En primer lugar, porque esta constatación viene a ampliar el espectro de tutela del derecho de contratos más allá del incumplimiento y de la vulnerabilidad de uno de los contratantes. En segundo lugar, dado que indagar el alcance de la tutela contractual del discriminado optimizará su protección, toda vez que, como se verá, esta le otorga medios de tutela frente a la discriminación que ni la tutela extracontractual ni la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC) contemplan y que son propios del derecho de contratos, cuyo alcance es diverso y más amplio que el del recurso de protección¹² y el de la acción especial de no discriminación del artículo 3 de la Ley 20.609. Y, en tercer lugar, porque nos permite avanzar en la construcción de un estatuto jurídico protector del discriminado en el derecho común de contratos chileno.

Nuestro propósito, entonces, es articular la tutela contractual del discriminado arbitrariamente por el otro contratante durante la negociación del contrato, su celebración y ejecución, identificando los medios de tutela que resulten procedentes dependiendo de la hipótesis concreta de discriminación de que se trate.

Para alcanzarlo dividiremos este artículo en tres secciones. En la primera examinaremos el hecho discriminatorio como elemento articulador y justicaremos la utilidad y procedencia de la tutela contractual respecto del contratante discriminado arbitrariamente (I). En la segunda, indagaremos el alcance de la tutela precontractual del discriminado, distinguiendo las hipótesis pertinentes (II). En la tercera, abordaremos la tutela contractual que resulte procedente y los medios de tutela que puede impetrar el contratante discriminado (III). Examinados tales tópicos, expondremos nuestras conclusiones.

³ BRANTT Y MEJÍAS (2022), pp. 1-21; y BRANTT Y MEJÍAS (2023).

⁴ Una síntesis en LÓPEZ (2024a), pp. 161-181.

⁵ LÓPEZ (2023a), pp. 124-144.

⁶ GINÉS (2016); GÓMEZ (2018); BARCELÓ (2019); YÁÑEZ (2019); y DE LA MAZA Y LÓPEZ (2023), pp. 29-59.

⁷ GAMONAL Y PINO (2022), p. 51.

⁸ LÓPEZ (2024a), p. 175.

⁹ GAMONAL Y PINO (2022), p. 55; y LÓPEZ (2024a), pp. 175-177.

¹⁰ PRADO (2024), pp. 183-198. Una referencia mucho más general en CHAUÁN-FLORES (2021), pp. 242-243.

¹¹ GARCÍA (2002), pp. 297-314; GARCÍA (2007), pp. 131-166; GARCÍA (2011), pp. 1073-1119; GARCÍA (2012), pp. 733-761; NAVAS (2007), pp. 1619-1639; NAVAS (2008), pp. 1476-1490; REY (2013), pp. 25-60; INFANTE (2013), pp. 169-197; AGUILERA (2013), pp. 294-349; MAFFEIS (2008), pp. 401-435; GENTILI (2009), pp. 207-231; NAVARRETA (2014), pp. 129-154; CARAPEZZA (2013); CIANCIMINO (2018), pp. 667-715; NEME (2021), pp. 93-116; y BARBA (2023).

¹² Véase JANA Y MARÍN (1996).

2. El hecho discriminatorio como elemento articulador de la tutela del discriminado arbitrariamente en el derecho común de contratos

Una primera cuestión que debe establecerse es qué ha entendido la doctrina extranjera por hecho discriminatorio contractual, por qué se ha estimado que la discriminación arbitraria de unos de los contratantes lo faculta para activar la tutela contractual y si tal formulación es extrapolable al derecho común de contratos chileno.

Pues bien, una revisión de dicha literatura nos permite arribar a dos constataciones. La primera es que la configuración del hecho discriminatorio se ha justificado en la doctrina europea a partir de la proscripción de la discriminación arbitraria contenida en el artículo 3 de la Directiva 2000/43/CE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen étnico o racial de 19 de julio del año 2000 y en la Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 que aplica dicho principio a hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Fue precisamente en virtud de la trasposición de dichas Directivas a leyes particulares que se introdujo el principio de no discriminación arbitraria en la contratación privada en ordenamientos jurídicos como el italiano¹³ y muy especialmente en el II.-2:102 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y en el artículo 6 de la Ley 15/2022 de 12 de julio integral para la igualdad de trato y no discriminación española. De hecho, estas dos últimas regulaciones definen la discriminación arbitraria y establecen una tipología de ella. En efecto, el DCFR distingue en II.-2:102 la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso y la orden de discriminar¹⁴. Por su parte, la Ley 15/2022 alude a todas ellas y agrega la discriminación por asociación y por error, la discriminación múltiple e intersectorial, la inducción, las represalias, las medidas de acción positiva y la segregación escolar.

Y, la segunda constatación, es que, a partir de tales regulaciones, se ha entendido por hecho discriminatorio aquel que comprende supuestos de discriminación directa, de discriminación indirecta, realizados a través de acto declarativo y no declarativo, esto es, *“todo comportamiento capaz de generar discriminación en razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad, situación socio económica o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*¹⁵.

Pero se ha precisado, muy acertadamente, que las discriminaciones en la selección del otro contratante serían lícitas para los particulares en razón de la libertad contractual de quien elige, salvo que sea vejatoria o insoportable por implicar renunciaciones inadmisibles a los derechos del sujeto afectado o a su dignidad como persona¹⁶.

Este planteamiento es coincidente con el que se ha sustentado entre nosotros, pues si bien los criterios prohibidos de discriminación que indica la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación sugieren que la prohibición de discriminación arbitraria tiene el mismo alcance para las autoridades, los organismos públicos y los particulares, Díaz de Valdés¹⁷ ha sostenido que el principio de no discriminación arbitraria debe atender a ciertos factores que no se consideran cuando se trata de organismos y autoridades públicas, sugiriendo que deberán proscribirse entre privados los actos discriminatorios que afectan en forma relevante la dignidad de las personas o que causan su estigmatización y aquellos que refuerzan una discriminación sistemática severa que afecta el *status* de ciudadanos libres e iguales de los discriminados.

La pregunta que surge, entonces, es si el hecho discriminatorio experimentado por uno de los negociantes o contratantes podría tutelarse en el derecho común de contratos chileno. Y,

¹³ En Italia se dictó el Decreto Legislativo 215/2003 de 9 de julio y el 196/2007 de 6 de noviembre y en España, inicialmente, la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

¹⁴ Un estudio en GIMÉNEZ (2017), pp. 150-159.

¹⁵ BARBA (2023), p. 39.

¹⁶ ALFARO (1993), pp. 113-114; y GARCÍA (2002), pp. 312 y 313.

¹⁷ DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 175 y 176.

a nuestro juicio, la respuesta es afirmativa, toda vez que es posible incardinar el principio de no discriminación arbitraria en nuestro derecho común de contratos a partir de una interpretación armónica de: i) los artículos 19 N° 2 y N° 3 de la Constitución Política de la República (CPR); (ii) los artículos 3 letra c) y 13 de la LPC, (iii) la Ley 20.609 y (iv) el artículo 8 bis de la Ley 21.258 que creó la Ley Nacional del Cáncer.

En efecto, el numeral 2 del artículo 19 de la CPR prescribe que la Constitución asegura a todas las personas *“la igualdad ante la ley”*, precisando, en lo que aquí interesa, que ni la ley ni la autoridad podrán establecer diferencias arbitrarias; en tanto, el numeral 3 de dicho artículo garantiza *“la igual protección de la ley en ejercicio de sus derechos”*¹⁸. Con todo, a partir de una interpretación de los numerales 2 y 16 del artículo 19 de la misma CPR, doctrina autorizada ha extrapolado esta prohibición a privados, recurriendo a la interpretación de ciertas expresiones contenidas en ellos, al principio de igualdad de trato y de obligatoriedad de las normas constitucionales y a otras consideraciones dogmáticas. Así, se ha aludido a las expresiones *“autoridad”*, *“en Chile no hay personas ni grupos privilegiados”* y *“en Chile no hay esclavos”*, contenidas en el numeral 2 del artículo 19, pues todas ellas comprenderían a privados¹⁹. De otro lado, se ha invocado el tenor del inciso segundo del artículo 19 N° 16, ya que este prohíbe *“cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de la que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”*, evidenciando así que los particulares están vinculados por mandatos constitucionales no discriminatorios. Acude, además, al principio de igualdad de trato y al principio de obligatoriedad de las normas constitucionales consagrado en el artículo 6 de la CPR, sugiriendo que la no discriminación arbitraria alcanzaría a los privados pues, de acuerdo a este artículo, dicho principio vincula no sólo a los órganos del Estado sino a *“toda institución, persona o grupo”*²⁰.

Por su parte, los artículos 3 letra c) y 13 de la LPC repudian la discriminación arbitraria del consumidor, la que puede acaecer durante la celebración de un contrato de consumo. En efecto, el primero de ellos consagra el derecho del consumidor a *“no ser discriminado arbitrariamente por el proveedor de bienes y servicios”*, destacando como casos de discriminación arbitraria del consumidor conocidos por nuestros tribunales su exclusión en razón de su discapacidad, nacionalidad, de su situación laboral, de su sexo, de su edad, de su la discapacidad y recientemente de su afiliación política²¹. El segundo se refiere a la negativa injustificada de venta, pues señala que *“los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas”*, entendiéndose que ella es injustificada si obedece al mero capricho del proveedor, a la intención de trasladarle el riesgo de un error tipográfico en el precio, a la finalidad de perjudicarlo y, en lo que acá interesa, a la exclusión del consumidor por motivos sociales, raciales, religiosos, sexuales o de género²², configurándose así la negativa discriminatoria de venta²³.

De otro lado, la ya aludida Ley 20.609 tipifica una acción de discriminación arbitraria en el artículo 3, faculta al recurrente para solicitar la suspensión provisional del acto reclamado y define discriminación arbitraria en el artículo 2²⁴. Por tal entiende *“toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o*

¹⁸ Un análisis en ALDUNATE (2008), pp. 212, 219 y 220; y DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 150-161.

¹⁹ DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 155 y 156.

²⁰ VIVANCO (2021), pp. 547-559.

²¹ Una síntesis en LÓPEZ (2024b), pp. 33-34; y LÓPEZ (2024c).

²² LÓPEZ (2019a), pp. 404-405; y NASSER (2024), pp. 976-983.

²³ Por todos VERA (2024), pp. 990-995.

²⁴ Un análisis de esta ley en ARENAS Y DAMKE (2022); DÍAZ DE VALDÉS (2013), pp. 279-297; y DÍAZ DE VALDÉS (2017), pp. 447-488.

participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, género, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”²⁵.

Finalmente, el artículo 8 bis de la Ley 21.258 que creó la Ley Nacional del Cáncer consagra el derecho al olvido oncológico, estableciendo, en su inciso primero, la nulidad de aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones más onerosas, exclusiones, restricciones o discriminaciones de cualquier otro tipo respecto de quienes hayan sufrido una patología oncológica antes de la fecha de suscripción del contrato o negocio jurídico si transcurrieron cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior.

Por su parte, el inciso segundo, prohíbe la solicitud de información oncológica o la obligación de declarar haber padecido una patología oncológica a la fecha de suscripción del contrato o negocio jurídico, cuando hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Precisa, además que, una vez transcurrido el plazo de cinco años señalado en el inciso anterior, ningún asegurador podrá considerar la existencia de antecedentes oncológicos para efectos de la contratación del seguro.

Por último, prescribe que serán nulas las cláusulas de renuncia a lo establecido en dicho artículo y su incumplimiento dará lugar a las denuncias o acciones correspondientes, destinadas a sancionar a quien incurra en esta infracción, a anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, a obtener la prestación de la obligación incumplida, a hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de la persona afectada, o a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda, sujetándose para estos efectos al procedimiento establecido en la LPC.

Como se advierte, el tenor de dicho artículo revela que no sólo se trata de una norma vinculada a la privacidad de datos personales sino de una norma antidiscriminatoria que resulta aplicable más allá de los contratos de consumo, toda vez que alude a un “contrato” o “negocio jurídico” y procede respecto de los productos financieros a los que se aplica la LPC, pero también a los seguros de salud, expresamente excluidos de ella, de conformidad al artículo 2 letra f), deviniendo, por tanto, en un argumento adicional para extender la prohibición de discriminación arbitraria de uno de los contratantes al derecho común de contratos.

Pues bien, una interpretación armónica de tales artículos permitiría asentar que el derecho de contratos debe hacerse cargo de la tutela del negociante y del contratante discriminado arbitrariamente, tal como ha ocurrido en las últimas décadas tratándose del contratante vulnerable en el derecho extranjero²⁶ y en menor medida en la doctrina nacional²⁷ y que la discriminación arbitraria constituye, al igual que la vulnerabilidad, una categoría especialmente tutelable en sede contractual.

La tutela del discriminado arbitrariamente sería entonces procedente y operaría durante la fase de precontractual y la fase contractual, traduciéndose en una protección más efectiva que la que le otorga el derecho constitucional a través del recurso de protección o de la que le dispensa el derecho de consumo en el artículo 50 de la LPC (que contempla la prestación de la obligación incumplida, la cesación del acto, la debida indemnización de perjuicios y la reparación que corresponda) o de la que le otorga la acción de no discriminación arbitraria del artículo 3 de la Ley 20.609 (consistente en dejar sin efecto el acto discriminatorio o en la realización del acto omitido) y de la multa de 5 a 50 UTM a beneficio fiscal prevista en el artículo 12 de dicha ley. Y es que la tutela contractual permitirá al discriminado solicitar, según el caso, la nulidad absoluta del contrato o de la cláusula discriminatoria, la indemnización de daños, la modificación del

²⁵ En su inciso segundo, señala *“Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público”*. Y, en el tercero, agrega: *“Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”*.

²⁶ Véase GINÉS (2016); GÓMEZ (2018); BARCELÓ (2018); y YÁÑEZ (2019).

²⁷ LÓPEZ (2023a), pp. 124-144; y DE LA MAZA Y LÓPEZ (2023), pp. 29-59.

contrato, la imposición de la obligación de contratar, la resolución contractual o la suspensión del propio cumplimiento, como lo examinaremos en el próximo apartado.

3. La tutela del negociante discriminado en el derecho común de contratos chileno: supuestos y medios de tutela

Como es bien sabido, la fase precontractual es aquella que se extiende desde la negociación del contrato a su celebración. Por consiguiente, las anomalías que pueden presentarse en dicha fase son la ruptura de las tratativas preliminares, los vicios del consentimiento y la imposición de cláusulas contrarias a la ley. Y los medios de tutela de los que dispone el perjudicado en este caso son la nulidad relativa, la adaptación del contrato y la indemnización de daños²⁸, sin perjuicio de que opte entre éstos y los medios de tutela por incumplimiento que resulten pertinentes por concurrir sus condiciones de procedencia²⁹.

Cabe preguntarse, entonces, en qué supuestos el negociante de un contrato civil puede ser discriminado arbitrariamente en la fase precontractual. Y es que dicha discriminación podría tener lugar en relaciones de consumo, como acontecerá a propósito de las ofertas al público, de las condiciones generales de la contratación y de la contratación algorítmica, que exceden el ámbito de esta investigación y que esperamos abordar en otra oportunidad.

Y la respuesta es que un detenido análisis nos permite afirmar que tal discriminación se presenta en dos hipótesis en sede civil. La primera refiere a la negativa de contratar y, comprende, la ruptura discriminatoria de las tratativas preliminares y la decisión de no contratar no precedida de negociación. La segunda concierne al contenido de tal negociación y se traduce en la imposición de cláusulas discriminatorias arbitrarias. En este mismo orden las examinaremos.

3.1. La negativa discriminatoria de contratar: la indemnización de daños/la imposición de la obligación de contratar

Una primera hipótesis de discriminación arbitraria en la fase precontractual se presenta a propósito de la negativa discriminatoria de contratar que comprende la ruptura discriminatoria de las tratativas preliminares y la decisión de no contratar no precedida de negociación. Y es que negarse a contratar con otro por razones discriminatorias puede estar precedido por una negociación o desprovista de ella, constatación que justifica distinguir una y otra hipótesis, toda vez que, si bien su tutela es la misma, revisten una intensidad diferente.

La ruptura discriminatoria de las tratativas preliminares se verifica si uno de los negociantes decide romper los tratos previos porque se entera de que el otro adscribe a una determinada tendencia política, religiosa, sexual o resulta ser de avanzada edad o padece de una enfermedad, expresando dicho motivo³⁰.

La pregunta que surge, entonces, es triple: i) ¿se trataría de una anomalía tutelable en la fase de negociación de contrato?, ii) si la respuesta fuera afirmativa, ¿cuáles serían los requisitos para que se configure tal anomalía? y iii) en dicho caso, ¿qué tutela debe dispensarse al negociante discriminado arbitrariamente?

En lo que refiere a la primera pregunta resulta evidente que la ruptura discriminatoria de las tratativas preliminares constituye una anomalía tutelable en dicha fase que, al igual que la ruptura injustificada de los tratos previos, revela un conflicto de intereses. De un lado, se encuentra el interés del negociante que se quiere retirar de dichas tratativas porque es contrario, por ejemplo, a la tendencia política, religiosa o sexual del otro y/o a su pertenencia a una determinada etnia y, de otro, el interés del negociante que quiere perseverar en la negociación y estima que la ruptura es atentatoria contra su dignidad.

²⁸ LÓPEZ (2019a), pp. 27-137.

²⁹ Sobre tal opción y concurso DE LA MAZA (2014), pp. 117-159; y LÓPEZ (2019a), pp. 173-238.

³⁰ Como ha acontecido en sede de consumo. Una síntesis en LÓPEZ (2024b), pp. 33-34.

Sin embargo, se ha discutido si la ruptura discriminatoria puede reconducirse a la ruptura injustificada (ampliando esta última figura o reformulándola), ya que en la ruptura discriminatoria no resulta tan claro que la expectativa legítima de contratar o la confianza razonable generada en el otro negociante concurra, pues para que exista discriminación no es necesario que las negociaciones hayan alcanzado un estado avanzado que genere dicha expectativa³¹. Este supuesto no exige vulneración de la buena fe ni de la confianza razonable, sino de la dignidad del otro negociante, que debe ser reparada.

Con todo, podría pensarse que es inoficioso incorporar la ruptura discriminatoria de las tratativas preliminares en la tutela precontractual. Pero no es así, toda vez que tal incorporación se justifica al menos por dos motivos. El primero es que, como ya hemos precisado, la tutela constitucional que podría propiciarse a través de un recurso de protección o aquella que surge de la acción de no discriminación arbitraria prevista en el artículo 3 de la Ley 20.609 no reparan los daños que dicha discriminación pueda acarrear sino que ambas permiten la suspensión del acto discriminatorio agregándose, en el caso de la Ley 20.609, una multa de 5 a 50 UTM a beneficio fiscal. El segundo es que la tutela extracontractual- representada prevalentemente por la indemnización de daños, pero no únicamente por ella, pues existen las modalidades de reparación en natura³²- no supone un contacto social y negocial previo, como acontece en las tratativas preliminares ni tampoco propicia la indemnización del *interés negativo o en la confianza*, de modo que reconducirla a la responsabilidad extracontractual no resulta acertado³³.

Si nuestro razonamiento es correcto, no sólo estamos propiciando la incorporación del principio de no discriminación en el derecho de contratos, como ha acontecido en el derecho europeo, sino que, aún más importante, ampliando la tutela precontractual y optimizando la protección del negociante, facultándolo a instar por la indemnización de daños en dicha sede y por la reparación del daño a su dignidad.

Así las cosas, la ruptura discriminatoria de las tratativas preliminares se añadiría a la ruptura injustificada de dichas tratativas como otra especie de ruptura anómala de la que el derecho de contratos debe hacerse cargo, a pesar que ella no se encuentre regulada en el derecho chileno. Algo similar aconteció con la ruptura injustificada en su época, pues aunque el Código no la disciplinaba, comenzó a acogerse progresivamente por la jurisprudencia nacional y actualmente su procedencia es indiscutida entre nosotros³⁴.

La segunda posibilidad es que la negativa discriminatoria de contratar no esté precedida de negociación alguna. Piénsese en el individuo que se negó a alquilar una vivienda a una mujer (por ser tal) por el tiempo en que esta trabajaba en determinada ciudad y ha dejado de residir en ella a la época en que el juez sanciona la discriminación arbitraria³⁵. O si, en su calidad de dueño de una cosa, se niega a negociar con ella y esta solicita que se le obligue a contratar, pero la cosa objeto del contrato ya no existe porque se ha enajenado o se ha destruido.

3.1.1. La indemnización de daños

La primera alternativa que tiene el discriminado frente a la negativa de contratar es solicitar la indemnización de daños derivada de ella, se trate de una ruptura discriminatoria de las tratativas preliminares o de una decisión de no contratar no precedida de negociación, en la medida que concurran sus requisitos de procedencia.

En lo que refiere a la ruptura discriminatoria, como su supuesto de hecho es diverso al de la ruptura injustificada, el fundamento de la indemnización como sus requisitos serán distintos a los de aquella. En efecto, para que ella proceda se requiere i) ruptura de las tratativas

³¹ BARBA (2023), p. 69.

³² Sistematizado todas ellas en LÓPEZ (2023b), pp. 505-520.

³³ LÓPEZ (2017), pp. 122-123.

³⁴ LÓPEZ (2018), pp. 31-81.

³⁵ GARCÍA (2002), p. 1104.

preliminares, ii) discriminación arbitraria que la ocasiona, iii) daño y iv) relación de causalidad entre la ruptura y el daño. De otro lado, la tutela del negociante discriminado ciertamente puede traducirse en la indemnización de daños, pero, a diferencia de la ruptura injustificada de las tratativas preliminares, el fundamento de la indemnización será la dignidad de la persona³⁶; no la frustración de la confianza razonable de que el contrato se celebraría, dado que podría ocurrir que las negociaciones no estuvieran tan avanzadas, pero que uno de los negociantes decida retirarse de ellas por un hecho discriminatorio.

Si tales negociaciones estuvieran avanzadas, la ruptura discriminatoria y la ruptura injustificada convergerán y deberá indemnizarse tanto el daño a la dignidad del otro negociante como el interés negativo o en la confianza defraudado por quien se ha retirado sin justificación de los tratos previos.

Tratándose de la negativa discriminatoria de contratar no precedida de negociación alguna, también se afecta la dignidad de quien es excluido, lo que determinará, al igual que en el caso anterior, la procedencia de la indemnización por el daño moral en lo que refiere a ella y, eventualmente, la pérdida de la oportunidad de contratar derivada de dicha negativa. No procedería, en cambio, indemnización por infracción de la confianza razonable de celebrar el contrato, pues no han existido negociaciones previas.

3.1.2. La imposición de la obligación de contratar

Una segunda alternativa que tiene el negociante discriminado frente a la negativa de contratar es exigir al juez que imponga al discriminador la obligación de contratar. Podría pensarse que este medio de tutela vulnera absolutamente la autonomía de la voluntad de quien ha decidido no contratar por un hecho discriminatorio, pero lo cierto es que su procedencia está restringida a determinados supuestos en que lo que prevalece es la satisfacción del interés del discriminado de celebrar el contrato, pues sólo así podrá obtener la prestación en cuestión. Y es que, como acertadamente ha sostenido Barba³⁷, la imposición de la obligación de contratar no procedería si el contrato discriminatorio ya se ha celebrado -pues en tal caso el problema que se presentará es excluir su contenido discriminatorio a partir de la nulidad parcial o la adaptación del contrato- sino en el supuesto que el otro negociante decida propiamente no contratar por razones discriminatorias.

Pero no basta la sola negativa discriminatoria sino que para que pueda imponerse la celebración del contrato al discriminador se requiere, además, que (i) el negociante discriminado no tenga acceso al bien o servicio de forma equivalente a través de un contrato sustitutivo, (ii) siga interesado en dicho bien o prestación, (iii) la prestación no sea personal, (iv) el contenido del contrato esté suficientemente predeterminado, (v) exista una relación de causalidad entre la conducta discriminatoria y la no celebración del contrato, (vi) la celebración del contrato aún sea posible y (vii) el contrato no se haya celebrado con un tercero de buena fe³⁸.

La predeterminación del contenido del contrato es determinante, pues ello asegura que el juez no fije arbitrariamente el contenido del negocio, sustituyéndose a la voluntad de las partes, sino que imponga la obligación de celebrar un contrato con un contenido ya fijado por los negociantes. Piénsese en el arrendador que arrienda un total de diez departamentos de un condominio de su propiedad a cinco arrendatarios y al negociar el cuarto y el quinto contrato se niega a celebrarlo porque el primer arrendatario tiene una discapacidad visual y el segundo pertenece a una etnia diferente a la suya. En tal caso la determinación del contenido del contrato es perfectamente posible, pero la imposición de la obligación de contratar podría no proceder si, en el tiempo que media entre la discriminación arbitraria y la imposición de la celebración del contrato, el contratante discriminador ha celebrado el referido contrato con un tercero, pues si

³⁶ LÓPEZ (2017), pp. 71-72.

³⁷ BARBA (2023), p. 142.

³⁸ AGUILERA (2013), pp. 344-345; y BARBA (2023), pp. 144-146.

bien tal celebración será posible, su ejecución no lo será y procederá la indemnización de daños³⁹.

Susana Navas⁴⁰, por su parte, precisa que sólo podrá imponerse la obligación de contratar al discriminador, restringiendo, en consecuencia, su libertad contractual, cuando esa obligación sea *adecuada, necesaria y proporcional* al daño que le hubiera ocasionado al negociante discriminado no ser tratado igual que otros sujetos en idénticas o similares circunstancias. Y claramente no lo será si existen otras alternativas igualmente razonables para él en el mercado que celebrar el contrato.

Y es que, como señala Ariadna Aguilera, la obligación de contratar es un medio de tutela *adecuado* tanto para disuadir al discriminador de volver a realizar dicha conducta como para compensar a la víctima de dicha discriminación, pues tiene un efecto sustitutivo, ubicándola en una situación de igualdad respecto de quienes no han sido discriminados y otorgándole la opción de insistir en el contrato o inclinarse por la indemnización. Asimismo, indica que la obligación de contratar es *necesaria* cuando el discriminado no tiene otras alternativas de mercado que le permitan obtener el bien o servicio en las mismas condiciones, pues debe propiciarse la igualdad de condiciones en el intercambio económico en el mercado. Finalmente, tratándose de la *proporcionalidad* de este medio de tutela, señala que este implica ponderar en qué medida la obligación de contratar constituye una limitación a la libertad de contratación y en qué medida es una garantía del derecho a no ser discriminado, debiendo imponerse tal obligación si deviene en tal garantía⁴¹.

Nuestro legislador sólo ha repudiado la negativa injustificada de contratar en sede de consumo, como lo revela el artículo 13 de la LPC, facultando al consumidor para demandar la indemnización pertinente, a la que se puede añadir, de conformidad al artículo 50 de dicha ley, la “*cesación del acto*” (discriminatorio) y la “*obtención de la prestación incumplida*”, pudiendo reconducirse estas a la obligación del proveedor de contratar. En efecto, si la negativa se presenta en la fase de negociación, la cesación del acto se traducirá en el término de tal negativa y, por consiguiente, en la celebración del contrato; por el contrario, si el negociante se ha obligado previamente a contratar en virtud de un contrato anteriormente celebrado, existirá incumplimiento de esa obligación de hacer y, por lo mismo, podrá solicitar la “*obtención de la prestación incumplida*”, esto es, la imposición de la obligación de contratar que devendrá en una modalidad del cumplimiento específico.

El problema se presenta en el derecho común de contratos, toda vez que el Código Civil no prevé la imposición de la obligación de contratar. Pero lo cierto es que podría postularse su procedencia, concurriendo los requisitos que hemos indicado, a partir de lo preceptuado en el artículo 1546 de dicho Código y del artículo 1 de la Ley 20.609.

En efecto, el artículo 1546 señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino, en lo que aquí interesa, “*a todas las cosas que por ley pertenecen a ella*”. Y la obligación de no discriminar arbitrariamente sería una de esas cosas que por ley pertenece a la buena fe, pues se trata de un imperativo constitucional y legal ampliamente conocido, deviniendo no sólo la no discriminación arbitraria sino también la buena fe en un límite a la libertad contractual⁴². Ese actuar de mala fe se advertiría en la negativa discriminatoria de contratar y para restablecer la observancia de la buena fe, en cuanto principio cardinal del derecho de contratos, el juez podría, a falta de ley que resuelva el asunto, recurrir al artículo 170 N° 5 del CPC e invocar la vulneración de la buena fe y del principio de no discriminación arbitraria, y en la medida que la obligación de contratar sea un medio de tutela adecuado, necesario y proporcional, imponer al contratante discriminador la obligación de contratar con el discriminado.

³⁹ BARBA (2023), pp. 147-148.

⁴⁰ NAVAS (2007), p. 1631.

⁴¹ AGUILERA (2013), pp. 336-342.

⁴² Como se ha sostenido para justificar la procedencia de la venta injusta. BARCELÓ (2018), p. 33.

El artículo 1 de la Ley 20.609, en tanto, prescribe que el objetivo de dicha ley es, “*instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer el imperio del derecho, toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria*”, y ciertamente tal restablecimiento podría alcanzarse a través de la imposición de la obligación de contratar si esta es adecuada, necesaria y proporcional en los términos que hemos referido más arriba.

3.2. Las cláusulas de discriminación arbitraria: nulidad de la cláusula/corrección del contrato/ indemnización de daños

Una segunda anomalía que puede detectarse en la fase precontractual refiere a las cláusulas de discriminación arbitraria. Nos focalizaremos en la incorporación de ellas en el contrato y no en la vulneración de una cláusula de no discriminación, pues en este último supuesto procederá la indemnización del daño moral del discriminado, además de la resolución del contrato si ella es esencial, como precisaremos al abordar la resolución por incumplimiento.

Y es que, como consignamos en el apartado precedente, la discriminación arbitraria no sólo puede presentarse en la ruptura de las tratativas preliminares o de la negativa a contratar, sino que puede traducirse en imponer condiciones desfavorables a uno de los contratantes a través de cláusulas o pactos, determinando el contenido del contrato⁴³.

En la literatura comparada⁴⁴ se han proscrito tales pactos o cláusulas discriminatorias porque vulneran una norma imperativa. Se trata de una discriminación no por omisión (como acontece en la negativa de contratar) sino por *acción*: la inclusión de una cláusula que prevea un trato perjudicial o desmejorado de uno de los contratantes o bien la exclusión de alguno de ellos.

Existirían, entonces, al menos, dos cláusulas discriminatorias arbitrarias que pueden incorporarse en los contratos civiles, cuyo efecto es el mismo, pero en que la intensidad de la discriminación es mayor o menor dependiendo del caso. Al primer grupo pertenecen las *cláusulas excluyentes* y al segundo grupo adscriben las *cláusulas de trato diferenciado desmejorado o perjudicial*.

En lo que refiere a las *cláusulas excluyentes* piénsese en un contrato de arrendamiento en que se incorpore una cláusula que “*excluya que quienes convivan con el arrendatario sea de una determinada religión o nacionalidad*” o que “*no autorice subarrendar a sujetos con determinado origen ético o homosexuales*”⁴⁵. Las *cláusulas de trato diferenciado, desmejorado o perjudicial*, en cambio, se verificarán si se establece una renta o precio distinto en contratos de arrendamiento o compraventa a personas de diferente etnia, una cláusula limitativa de responsabilidad en un contrato de seguros respecto de hombres y no de mujeres o una cláusula que estipule restricciones discriminatorias a la libertad de contratación con terceros en un contrato de *franchising*.⁴⁶

La pregunta que surge, entonces, es la siguiente: ¿es posible pactar una cláusula de discriminación arbitraria en el derecho común de contratos? Y la respuesta supone distinguir aquellos ordenamientos jurídicos en que la discriminación contractual está expresamente proscrita de aquellos en que no lo está.

Un ejemplo del primer grupo es el derecho español, pues el artículo 26 de la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación regula la nulidad de pleno derecho por este concepto y prescribe lo siguiente: “*Son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de algunos de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley*”⁴⁷.

⁴³ CARAPEZZA (2019), p. 286; y BARBA (2023), pp. 77-80.

⁴⁴ CARAPEZZA (2019), pp. 305-306; y BARBA (2023), pp. 77-80 y 126-127.

⁴⁵ CARAPEZZA (2019), p. 305.

⁴⁶ BARBA (2023), pp. 126 y 127.

⁴⁷ Dicho apartado indica: “*Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género,*

En el segundo grupo se encuentra nuestro ordenamiento jurídico, pues, a diferencia de lo que acontece en el español, no existe una ley que proscriba la discriminación contractual arbitraria; pero sí existen, como hemos precisado con antelación, leyes que repudian la discriminación arbitraria en términos generales y en determinadas hipótesis contractuales que nos permitirían concebir la no discriminación arbitraria como un principio que limita la libertad contractual de los negociantes y de los contratantes de origen legal, como acontece con los contratos de adhesión, en los contratos forzosos y en los contratos dirigidos en que es la propia ley la que limita la libertad de conclusión y de configuración interna de los contratantes. La diferencia es que en dichos contratos la limitación legal es expresa y no es necesario construirla por vía interpretativa, como ocurre en el caso de la no discriminación arbitraria.

Pues bien, establecida la improcedencia de una cláusula de discriminatoria arbitraria en la contratación civil en los términos que hemos referido, cabe preguntarse cuál es la tutela que debe dispensarse al discriminado frente a ellas. Y la respuesta, teniendo en cuenta precisamente el interés de este último es que este puede recurrir no sólo a la indemnización del daño moral por vulneración de su dignidad sino a otros tres medios de tutela: i) la nulidad de la cláusula y ii) la corrección, la adaptación o la modificación del contrato y iii) la imposición de la obligación de contratar. En este mismo orden los examinaremos.

3.2.1. La nulidad de la cláusula/la nulidad del contrato

La primera pregunta que cabe formularse es si estas cláusulas de discriminación arbitrarias son válidas. Y la respuesta nuevamente dependerá de si el ordenamiento jurídico respectivo excluye o no la discriminación arbitraria de la contratación civil, pues si efectivamente contempla tal exclusión la cláusula será susceptible de ser declarada nula absoluta.

Así acontece, como ya lo hemos referido, en el derecho español, dado que el artículo 26 de la Ley 15/2022 de 12 de julio prevé expresamente la nulidad de pleno derecho respecto de disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de algunos de los motivos previstos en el inciso primero del artículo 2 de dicha ley.

Se trataría de una nulidad por infracción de norma imperativa que, en el caso de las cláusulas de discriminación arbitrarias, devendría en nulidad parcial y cuya utilidad radicaría en satisfacer el interés de discriminado arbitrariamente de excluir dichas cláusulas y mantener el contrato⁴⁸. Y es que la nulidad total del contrato podría ser irrazonable o desproporcionada atendido dicho interés, caso en el cual, a juicio de la doctrina especializada, ella debería desestimarse y recurrirse a otros medios de tutela, como la indemnización de daños o eventualmente la corrección del contrato, pues de lo contrario se estaría produciendo el mismo efecto que la proscripción de la discriminación arbitraria pretende evitar: perjudicar al discriminado⁴⁹.

De allí que la pregunta sobre la cual se endereza este apartado adquiera sentido en ordenamientos jurídicos como el nuestro en que no existe una ley que expresamente excluya las cláusulas discriminatorias arbitrarias en la contratación civil sino una ley general que proscriba la discriminación arbitraria (la CPR) y al menos dos regulaciones que la hacen aplicable a dicha contratación: una interpretada ampliamente (Ley 20.609) y otra estrictamente (art. 8 bis de la Ley 21.258).

En efecto, en el derecho chileno, a diferencia del español, no se contempla la discriminación arbitraria como causal de nulidad contractual ni tampoco se facultad del juez para corregir la cláusula discriminatoria. Un fenómeno similar acontece en el derecho italiano en que, a falta de norma que tutele al discriminado arbitrariamente frente a tales cláusulas, se

enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁴⁸ BARBA (2023), p.121.

⁴⁹ GARCÍA (2007), pp. 151-152; BARBA (2023), pp. 122-130; BARAT (2022), pp. 523-525; y CARRASCO (2024), pp. 861 y 876.

ha sugerido la procedencia de la nulidad absoluta por ilicitud de causa, así como la eventual integración o corrección del contrato⁵⁰.

La pregunta es si a pesar de que no exista norma en nuestro derecho que prevea la nulidad de estas cláusulas, es posible privarlas de valor. La respuesta, a nuestro juicio, una vez más es afirmativa y se justifica en el hecho de que la cláusula estaría vulnerando un límite de la autonomía privada, cual es, la ley, representada en términos generales por la CPR y, en términos más específicos, por la Ley 20.609.

Y es que, considerando que tanto la CPR y la Ley 20.609 prohíben la discriminación arbitraria, podríamos instar por la nulidad absoluta de la cláusula a través de tres vías. La primera es invocar el artículo 10 del Código Civil que señala que *“los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención”*, cuestión esta última que en este caso no sucede. La segunda es concebir que la declaración contenida en la cláusula de discriminación arbitraria determina que nos encontremos frente a un contrato prohibido por ley en los términos del artículo 1466 del Código Civil, configurándose una causal de objeto ilícito que, al igual que la primera vía examinada, activa la nulidad absoluta prevista en el artículo 1682 del Código Civil. Y, la tercera es entender que se ha configurado una causa ilícita, según el tenor del inciso segundo del artículo 1467 del Código Civil, que también hará procedente la nulidad absoluta de conformidad al artículo 1682, toda vez que aquella no sólo es la *“contraria a las buenas costumbres o al orden público”*, sino también es la *“prohibida por ley”*, cual es la hipótesis que concurriría en el presente caso.

Sin perjuicio de la discusión actualmente existente en nuestra doctrina respecto de la operatividad de pleno derecho de la nulidad absoluta o de la exigencia de declararla por sentencia judicial⁵¹, esta constituye una medida razonable si se piensa que en nuestro derecho cada vez que existe una cláusula abusiva en la LPC (que puede serlo precisamente por discriminatoria) y cláusulas discriminatorias arbitrarias, como acontece en el caso del derecho al olvido oncológico regulado en el art. 8 bis de la Ley 21.248 ya referido, el legislador contempla la nulidad de la cláusula, de modo que debería abogarse por ella.

Se trataría, en principio, de una nulidad absoluta parcial, pues solo comprendería la cláusula y/o las cláusulas discriminatorias, lo que permite al discriminado arbitrariamente mantener el contrato y satisfacer su interés, cual es, en este caso, no ser discriminado arbitrariamente a través de ellas y excluido del contrato. Y, como se sabe, aunque el Código Civil no regula la nulidad parcial, nuestra doctrina la ha admitido en la medida que concurren los siguientes requisitos: i) la nulidad afecte sólo a una parte de las estipulaciones contenidas en el acto, ii) la estipulación viciada no sea esencial y iii) el resto del contenido contractual pueda seguir regulando las relaciones entre las partes, precisando que si la cláusula nula es esencial procede la nulidad total del contrato⁵².

El problema que se suscita, y así lo ha reconocido la doctrina española liderada por Díez-Picazo⁵³, es integrar las cláusulas declaradas nulas, sugiriendo al efecto tres alternativas: (i) aplicar lo que las mismas partes hayan previsto en el contrato ante la posibilidad de nulidad parcial, (ii) acudir al derecho dispositivo, que sirve como modelo general de regulación y (iii) en defecto de las alternativas anteriores, aplicar las reglas que se deducen del principio de buena fe contractual. Tal integración consiste en tener por no puesta dicha cláusula, imponiéndose la obligación de igualar el trato dispensado a la persona discriminada respecto del que habría tenido si tal discriminación no hubiere existido y se traducirá, por ejemplo, en la equiparación del precio o la prestación o en la no aplicación de la prestación adicional⁵⁴.

En cambio, si la cláusula discriminatoria es esencial y afecta, por consiguiente, a la totalidad del contrato celebrado, cabe preguntarse si efectivamente dicha nulidad tutela su interés de contratar proscribiendo tal discriminación o, por el contrario, y como ya adelantamos,

⁵⁰ CARAPEZZA (2019), pp. 305 y 306 y nota 105.

⁵¹ BARAONA (2012), pp. 50-63; LÓPEZ (2019a), pp. 44-48; y CORRAL (2018), pp. 674-675.

⁵² ELORRIAGA (1998), pp. 77-95; DOMÍNGUEZ (2020), pp. 323-326; y CORRAL (2018), p. 720.

⁵³ DÍEZ-PICAZO (2007), pp. 588-589.

⁵⁴ AGUILERA (2013), p. 311.

se torna irrazonable o desproporcionada atendido dicho interés. En tal caso, la doctrina extranjera ha postulado que debería desestimarse la nulidad -a pesar de que el legislador prevé en tal caso la nulidad de pleno derecho- y recurrirse a otros medios de tutela, como la indemnización de daños o la corrección del contrato, pues de lo contrario se estaría produciendo el mismo efecto que la proscripción de la discriminación arbitraria pretende evitar, cual es privar, al discriminado del contrato que pretendía celebrar⁵⁵.

Pero en nuestro ordenamiento jurídico no sería tan sencillo excluir la nulidad contractual derivada de una cláusula nula esencial, atendido el tenor de los artículos 1466 y 10 del Código Civil, a los que debe añadirse el artículo 11 que prescribe que *“cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley”*.

Este inconveniente también se ha presentado en el derecho español, pues el artículo 6.3 del Código Civil establece una regla muy similar a la contenida en nuestro artículo 10, toda vez que prescribe que *“los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*. Para superarlo se ha sugerido interpretar la última parte del artículo como *“salvo que no pueda desprenderse del ordenamiento jurídico otro efecto distinto”*⁵⁶, cual sería prescindir necesariamente de la nulidad total por propiciar la extinción del contrato en perjuicio del perjudicado y su discriminación arbitraria, vulnerando al Constitución.

Admitir esta regla entre nosotros supondría abogar por la prevalencia de la CPR sobre el Código Civil y entender que dicha nulidad sería inaplicable por inconstitucional, razonamiento que, al menos hasta ahora, resulta poco probable en nuestra judicatura, pero que podría llegar a formularse.

Lo cierto es que si el perjudicado por la nulidad total del contrato derivada de una cláusula discriminatoria (que deviene en esencial) quiere evitar la aniquilación de dicho contrato no la alegará y solicitará a su cocontratante la adaptación del contrato para perseverar en él. El problema se presentará si dicho cocontratante no está dispuesto a adaptar el contrato y judicializa el conflicto para eludirla, pues puede ocurrir que la discriminación aparezca de manifiesto en el acto o contrato y el juez la identifique como tal, supuesto en el cual deberá decidir si la declara de oficio, a pesar de vulnerar el interés del discriminado de no ser excluido del contrato celebrado, o la desestima por considerar que ella vulnera dicho interés y deviene en inconstitucional.

3.2.2. La corrección o adaptación del contrato

Asentado el gran inconveniente de propiciar la nulidad total del contrato, cabe preguntarse por la procedencia de su corrección o adaptación en el caso que uno de los negociantes discrimine arbitrariamente al otro con ocasión del contenido del contrato y específicamente tratándose de una cláusula contractual en el evento que no exista una norma imperativa o supletoria que permita colmar tal vacío de la regulación del contrato.

La corrección o adaptación del contrato constituye un medio de tutela precontractual que procede en aquellos casos de excesiva desproporción y error común o compartido, cuyo objeto es la mantención del contrato, siempre que ella sea conveniente y aun posible, permitiéndole al contratante perjudicado satisfacer directamente su interés, ampliando el ámbito de procedencia del principio del *favor contractus*, mediante una figura diversa a la confirmación de la nulidad y evidenciando que esta última no constituye el único medio de tutela en dicha fase, sino el más radical⁵⁷.

⁵⁵ GARCÍA (2007), p. 152; AGUILERA (2013), p. 310; y BARBA (2023), pp. 117-121.

⁵⁶ BARBA (2023), p. 120.

⁵⁷ LÓPEZ (2019a), pp. 112-113.

La doctrina nacional ha abordado la adaptación del contrato con ocasión de la lesión enorme⁵⁸, de la ventaja injusta y el error⁵⁹ y de la teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente⁶⁰, pero, las sentencias de nuestros tribunales sólo han corregido el contrato a propósito de la teoría de la imprevisión y muy excepcionalmente⁶¹. El problema en estos supuestos, como en el de discriminación arbitraria, radica en cómo efectuar tal adaptación, pues el legislador no contempla este medio de tutela ni faculta al juez expresamente a corregir o modificar el contrato, presentándose así un conflicto entre la autonomía de la voluntad y la intervención judicial.

Con todo, en lo que refiere a la discriminación contractual arbitraria, se ha sugerido por Vincenzo Barba⁶² adaptar el contrato recurriendo a la equidad o a la denominada *buena fe correctiva*. El autor alude al caso en que un contrato prevea un precio o renta superior a la habitual por razones discriminatorias o un plazo de pago inferior o superior al normal, supuestos en los cuales afirma que podrá solicitarse por el discriminado el ajuste a la medida habitual recurriendo a la equidad o a la buena fe cuando de otra forma la integración es inevitable y permite, con una confianza razonable, identificar cuál habría sido el contenido del contrato, perfilándolo así como un medio de tutela excepcional.

La adaptación o corrección del contrato deviene, en consecuencia, en una facultad correctiva discrecional (no arbitraria) que operaría en forma objetiva y que, por lo mismo, supone identificar otros contratos similares que sirvan como modelo para efectuar la modificación o ajuste del contrato en aquella parte que resulta arbitrariamente discriminatorio. Si no es posible identificar cuál habría sido el contenido del contrato de no existir discriminación, no procedería la corrección o adaptación del contrato, toda vez que no sería posible determinar la medida del ajuste, deviniendo la actuación judicial en una intromisión sustitutiva indebida⁶³.

Pues bien, a falta de regulación de este medio de tutela en nuestro derecho su procedencia frente a un contrato discriminatorio podría postularse a partir del mandato dirigido al juez contenido en el artículo 1 de la Ley 20.609 al que ya hemos aludido, cual es, “*instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria*”, cuyo alcance no se agota en la acción de no discriminación arbitraria prevista en el artículo 3 de la Ley 20.609⁶⁴ ni en la multa de 5 a 50 UTM a beneficio fiscal a que se refiere el artículo 12 de dicha ley sino que es más amplio y que, a nuestro juicio, podría facultar al juez para adaptar el contrato con cargo a la *buena fe correctiva*.

Esta función de la buena fe, referida en la doctrina extranjera y en la nacional⁶⁵, supone modificar el contenido del contrato en aquellos casos en que este parezca contrario al deber de lealtad y corrección que ella impone a los negociantes o contratantes, deviniendo así en un límite a la autonomía de la voluntad. Si bien las sentencias de nuestros tribunales no han aludido expresamente a dicha función han recurrido a ella para enmendar contratos que parecen inequitativos, como ha acontecido en aquellas pronunciadas por la Corte Suprema en Tranex con Angloamerican Sur S.A. sobre la validez de una cláusula de terminación *ad nutum*⁶⁶ y en Eldu con Eletrans a propósito de la ejecución de un contrato de obra y su terminación anticipada⁶⁷. Por consiguiente, si es posible identificar cuál habría sido el contenido del contrato de no existir discriminación arbitraria, la adaptación del contrato, a través de la buena fe correctiva, parece ser una alternativa posible y adecuada.

⁵⁸ Cuales son la cláusula penal enorme, mutuo con intereses excesivos y anticresis, según lo disponen, respectivamente, los artículos 1544, 2206 y 2443 del Código Civil. LÓPEZ (2019a), pp. 128-132.

⁵⁹ LÓPEZ (2019a), pp. 112-127.

⁶⁰ MOMBERG (2010), pp. 29-64.

⁶¹ LETELIER (2020), pp. 167-174.

⁶² BARBA (2023), pp. 131-135.

⁶³ BARBA (2023), pp. 136-137.

⁶⁴ Cuyo efecto consiste en dejar sin efecto el acto discriminatorio o en la realización del acto omitido, según el artículo 12 de la Ley 20.609.

⁶⁵ En la extranjera HESSELINK (2011), pp. 624-627; y WHITTAKER Y ZIMMERMANN (2000), pp. 24-26. En la chilena BOETSCH (2015), pp. 119-123; CAMPOS (2021), pp. 109-110, notas 15 y 19; y SALAZAR (2025), pp. 39-78.

⁶⁶ Corte Suprema, Rol N° 38.506-2017, de 22 de mayo de 2019.

⁶⁷ Corte Suprema, Rol N° 32.356-2022, de 30 de junio de 2023. Una visión panorámica en SALAZAR (2025), pp. 39-78.

4. La tutela del contratante discriminado en el derecho común de contratos: supuesto y medios de tutela

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, la tutela del discriminado arbitrariamente no reviste exclusivamente un carácter precontractual, toda vez que si bien el hecho discriminatorio acaece prevalentemente durante la fase de negociación y de celebración del contrato -como sucede con la negativa discriminatoria de contratar y con la incorporación de cláusulas de discriminación arbitraria- podría ocurrir que tal discriminación tuviera lugar en la fase de ejecución del contrato y se *asociara* al incumplimiento de este último.

Así acontecerá si al enterarse un contratante del origen étnico, nacionalidad, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, religión o creencia, sindicación o participación en organizaciones gremiales, sexo, género, maternidad, lactancia, orientación sexual, identidad y expresión de género, estado civil, edad, filiación, apariencia personal y enfermedad o discapacidad del otro, decida no ejecutar el contrato o ejecutarlo en términos diversos. Tal sería el caso, por ejemplo, si en vez de arrendarle las viviendas o embarcaciones acordadas decidiera arrendarle o transferirle al otro contratante el dominio de unas de inferior calidad en atención a alguno de los referidos factores, verificándose un trato discriminatorio injustificado que deviene en la *causa* del incumplimiento.

En tales hipótesis, resulta evidente que el contratante discriminado podrá solicitar la indemnización de daños autónoma y que ella comprenderá el daño moral por afectación de su dignidad y, eventualmente, la pérdida de la oportunidad que la no celebración de dicho contrato le acarree.

Sin embargo, cabe preguntarse si puede recurrir a otro medio de tutela por incumplimiento alternativo a dicha indemnización. Y la respuesta es afirmativa, pues, como veremos a continuación, puede instar, según cual sea su interés, por la resolución del contrato, la suspensión del propio cumplimiento⁶⁸ y la imposición de la obligación de contratar (en cuanto modalidad del cumplimiento específico). Este último medio de tutela procederá si el discriminador se ha obligado a contratar en virtud de un contrato preparatorio anterior y ha decidido no hacerlo en razón de un hecho discriminatorio o se niega a cumplir el contrato celebrado por el mismo hecho, remitiéndonos a lo dicho sobre este en el apartado anterior, pues sus requisitos de procedencia y efectos son los mismos que allí referimos.

4.1. La resolución por incumplimiento

Una segunda posibilidad es que el contratante discriminado estime que el incumplimiento frustra su interés en la celebración del contrato y su propósito práctico, verificándose un supuesto de incumplimiento resolutorio y, en consecuencia, una causal de resolución contractual⁶⁹.

Como se sabe, la resolución por incumplimiento es un medio de tutela funcionalmente alternativo a la pretensión de cumplimiento específico, previsto en el artículo 1489 de nuestro Código Civil que faculta al acreedor diligente para aniquilar la relación contractual, desligándose de un contrato que no le ha proporcionado ni le proporcionará el beneficio que esperaba obtener para acudir al mercado a celebrar una operación de reemplazo que le permita paliar los efectos del incumplimiento⁷⁰.

Piénsese en el ejemplo anterior en que uno de los contratantes al enterarse de la etnia, sexo, género, maternidad, orientación sexual, identidad y expresión de género, estado civil, edad, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad del otro decide entregar en arriendo unas viviendas de menor calidad que aquellas convenidas, frustrando el interés del

⁶⁸ A estos dos últimos medios de tutela alude GARCÍA (2002), p. 1108, sin referirse a los supuestos ni a su operatividad.

⁶⁹ Sobre esta causal DE LA MAZA Y VIDAL (2018), pp. 437-443.

⁷⁰ LÓPEZ (2019a), p. 160.

acreedor. O en el caso que se incorpore en el contrato una cláusula resolutoria que prohíba a los contratantes no ejecutar el contrato por alguno de estos factores, o ejecutarlo parcial, imperfecta o tardíamente.

En tales casos el discriminado está facultado para resolver el contrato, pero, al igual como acontecía en la nulidad, dejarlo sin efecto se opone a su interés de no ser discriminado y de perseverar en él, de modo que más que inclinarse por la resolución debería instar por la imposición de la obligación de contratar o por la indemnización de daños autónoma.

A menos que la vivienda o embarcación que no se le ha arrendado o entregado esté disponible en el mercado y el discriminado requiera gozarlas o adquirirlas con cierta premura, dado que debe transferirlas o arrendarlas a un tercero, pues le convendrá resolver el contrato y recurrir al mercado para celebrar una operación de reemplazo que le permita obtener las viviendas o embarcaciones y no incurrir en un incumplimiento perjudicial para él, pudiendo añadir la indemnización de daños complementaria, si logra acreditarlos.

4.2. La suspensión del propio cumplimiento

La última alternativa disponible para el discriminado durante la ejecución del contrato es la suspensión del cumplimiento de la propia prestación. Claro está que no se inclinará por ella si le interesa exigir la celebración del contrato que el discriminador no quiere celebrar o desvincularse de él a través de la resolución, sino que instará por la suspensión en el supuesto que quiera forzar al otro contratante a cumplir el contrato original.

Y es que este medio de tutela, al igual que la imposición de la obligación de contratar- en tanto modalidad de cumplimiento específico- persigue una tutela específica *o satisfactoria del crédito*, dado que faculta al acreedor para obtener las mismas utilidades que el contrato le puede proporcionar⁷¹ a través de la ejecución de la prestación convenida, pudiendo inclinarse por ella si las obligaciones son actualmente exigibles, los incumplimientos son recíprocos (simultáneos o no), existe buena fe de quien suspende su propia prestación y proporcionalidad del incumplimiento por el cual se efectúa dicha suspensión⁷².

Volvamos al ejemplo al que aludimos con ocasión de la resolución por incumplimiento en que uno de los contratantes, al enterarse de la etnia, sexo, género, maternidad, orientación sexual, edad, apariencia personal, enfermedad o discapacidad del otro decide entregarle en arriendo unas viviendas de menor calidad que aquellas convenidas. En tal caso, como adelantamos, al contratante discriminado arbitrariamente no le interesará desvincularse del contrato, sino perseverar en él y una vía para lograr tal propósito -además de la imposición de la obligación de contratar⁷³- es suspender el cumplimiento de su propia prestación, esto es, el pago de la renta, para forzar que le entreguen en arriendo las viviendas pactadas.

Distinto sería si el negociante discriminador, una vez conocida alguna de estas cualidades del otro contratante, se niega a celebrar el contrato, pues no procederá la suspensión del propio cumplimiento, toda vez que estamos en la fase de negociación y dicho contrato no se ha celebrado. En tal caso deberá instar por la imposición de la obligación de contratar o la indemnización de daños precontractual, como lo hemos referido en la sección anterior.

5. Conclusiones

De lo dicho en los apartados precedentes, cabe arribar a las siguientes conclusiones:

1. El negociante o contratante discriminado arbitrariamente puede recurrir a la tutela que dispensa el derecho de contratos, toda vez que la no discriminación arbitraria constituye un límite a la libertad contractual impuesto por la ley, como lo evidencia una

⁷¹ LUMINOSO (1990), pp. 16 y 17.

⁷² DE LA MAZA Y VIDAL (2018), pp. 549-576.

⁷³ Que, a diferencia de la suspensión de la propia prestación, no depende absolutamente de la voluntad del otro contratante incumplidor cuya reticencia puede hacer fracasar su pretensión.

interpretación armónica de los artículos 19 N° 2 y N° 3 de la CPR, 3 letra c) y 13 de la LPC, de la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación y del artículo 8 bis de la Ley 21.258 que creó la Ley Nacional del Cáncer.

2. El elemento articulador de su tutela es el denominado hecho discriminatorio que comprende supuestos de discriminación directa, de discriminación indirecta, realizados a través de acto declarativo y no declarativo, esto es, todo comportamiento capaz de generar discriminación en razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad, situación socio económica o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
3. La tutela precontractual del discriminado arbitrariamente se activa en el supuesto de negativa discriminatoria de contratar y por la incorporación de cláusulas discriminatorias, traducándose, de un lado, en la indemnización de daños o en la imposición de la obligación de contratar y, de otro, en la nulidad absoluta de la cláusula o del contrato y en la adaptación o corrección del contrato.
4. En la fase de ejecución del contrato la tutela del discriminado tiene lugar en el supuesto que el incumplimiento tenga por causa un hecho discriminatorio, pudiendo recurrir a la imposición de la obligación de contratar, a la resolución por incumplimiento, a la suspensión del propio cumplimiento y a la indemnización autónoma o complementaria a ellos.
5. Propiciar la tutela contractual del discriminado arbitrariamente permite optimizar su protección en esta sede, pues lo faculta para recurrir a los medios de tutela propios del derecho común de contratos que no prevén, en todo o en parte, la CPR (pues sólo disciplina el recurso de protección en su artículo 20), la Ley 20.609 (que regula la acción de no discriminación arbitraria en su artículo 3) ni la LPC (cuyo artículo 50 contempla la nulidad de las cláusulas abusivas, la cesación de la conducta, la prestación de la obligación incumplida, la reparación y la indemnización de daños).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE, EDUARDO (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Editorial Thomson Reuters La Ley).
- ALFARO, JESÚS (1993): "Autonomía privada y derechos fundamentales", en: *Anuario de Derecho Civil* (Vol. 46, fasc. 1), pp. 57-122.
- AGUILERA, ARIADNA (2013): *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- ARENAS, JESSICA Y DAMKE, KAREN (2022): *Ley Antidiscriminación, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial* (Santiago, Der Ediciones).
- BARAONA, JORGE (2012): *La nulidad de los actos jurídicos: consideraciones históricas y dogmáticas* (Bogotá, Universidad Javeriana-Ibáñez).
- BARBA, VICENZO (2023): *Principio de no discriminación y contrato* (Madrid, Editorial Colex).
- BARAT, ROGER (2022): "La nulidad por discriminación en el contrato", en: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (N° 16), pp. 510-527.
- BARCELÓ, ROSA (2019): *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- BOETSCH, CRISTIÁN (2015): *La buena fe contractual* (Santiago, Ediciones UC).
- BRANTT, MARÍA GRACIELA Y MEJÍAS, CLAUDIA (2022): "La responsabilidad postcontractual: algunas consideraciones entorno a su configuración", en: *Revista Derecho Pontificia Universidad Católica*

de Valparaíso (N° 58). Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n58/0718-6851-rdpucv-58-1.pdf> [visitado el 10 de enero de 2025].

BRANTT, MARÍA GRACIELA Y MEJÍAS, CLAUDIA (2023): “La fase postcontractual en el derecho chileno. Su justificación y delimitación”, en: *Revista de Derecho Privado Universidad del Externado de Colombia* (Vol. 72). Disponible en <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/37519> [visitado el 10 de enero de 2025].

CAMPOS, SEBASTIÁN (2021): “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos”, en: *Revista chilena de derecho Privado* (N° 37). Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722021000200105 [visitado el 8 de enero de 2025].

CARAPEZZA, GABRIELE (2013): *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane).

CIANCIMINO, MICHELE (2018): “La discriminazione contrattuale: profili rilevanti per la tutela della persona. Note a margine di un recente dibattito dottrinale”, en: *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle Persone* (Anno XLVII, fasc. 2).

CHAUÁN, FELIPE Y FLORES, BELTRÁN (2021): “Deberes de no discriminar en el Derecho Privado”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, Número Temático. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722021000300217 [visitado el 30 de mayo de 2025].

CORRAL, HERNÁN (2018): *Curso de Derecho civil. Parte General* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

DE LA MAZA, IÑIGO (2014): “La tutela del comprador frente a la ausencia de calidades presupuestas de la cosa”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N° 43). Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n43/a03.pdf> [visitado el 13 de enero de 2025].

DE LA MAZA, IÑIGO Y LÓPEZ, PATRICIA (2023): “La ventaja injusta y su incardinación en el derecho de contratos”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 50, N° 3). Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v50n3/0718-3437-rchilder-50-03-29.pdf> [visitado el 9 de enero de 2025].

DE LA MAZA, IÑIGO Y VIDAL, ÁLVARO (2018): *Cuestiones de Derechos de contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL (2013): “¿Es la ley Zamudio verdaderamente una ley general antidiscriminación?”, en: *Actualidad Jurídica* (N° 28), pp. 279-297.

DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL (2014): “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N° 42). Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n42/a05.pdf> [visitado el 10 de enero de 2025].

DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL (2017): “Cuatro años de la ley Zamudio: análisis crítico de su jurisprudencia”, en: *Estudios Constitucionales* (Vol. 15, N° 2). Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v15n2/0718-5200-estconst-15-02-00447.pdf> [visitado el 10 de enero de 2025].

DÍEZ-PICAZO, LUÍS (2007): *Fundamentos del Derecho Patrimonial I. Introducción a la Teoría del Contrato*, 6ª edición (Navarra, Editorial Civitas Thomson Reuters).

DOMÍNGUEZ, RAMÓN (2020): *Teoría General del Negocio Jurídico*, 3ª edición (Valparaíso, Prolibros Ediciones Ltda.).

ELORRIAGA, FABIÁN (1998): “La nulidad parcial”, en: Revista de Derecho y Jurisprudencia (T. 95, primera parte), pp. 77-95.

GAMONAL, SERGIO Y PINO, ALBERTO (2022): “La dignidad humana en el derecho privado. Una lectura desde el concepto de dignidad como estatus”, en: Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia (N° 43). Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/7922/12388> [visitado el 10 de enero de 2025].

GARCÍA, MARÍA PAZ (2002): “La eficacia “inter privados” (Drittwirkung) de los derechos fundamentales”, en: Libro Homenaje a Idefonso Sánchez Mera (Madrid, Consejo General del Notariado), vol. I, pp. 297-314.

GARCÍA, MARÍA PAZ (2007): “Discriminación por razón de sexo y Derecho Contractual en la ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en: Derecho Privado y Constitución (N° 21), pp. 131-165.

GARCÍA, MARÍA PAZ (2011): “La discriminación por razón de sexo en la contratación privada”, en: García, María y Valpuesta, Rosario (Eds.), El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch), pp. 1073-1120.

GARCÍA, MARÍA PAZ (2012): “Contratación Privada en la propuesta de directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”, en: Navas, Susana (Ed.), Iguales y diferentes ante el derecho privado (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch), pp. 733-761.

GENTILI, AURELIO (2009): “Il principio di non discriminazione nei rapporti civili”, en: Rivista critica del diritto privato (Vol. 27, fasc. 2), pp. 207-231.

GINÉS, NURIA (2016): “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”, en: Indret Privado (Vol. 4). Disponible en <https://indret.com/la-ventaja-o-explotacion-injusta-en-el-futuro-derecho-contractual/> [visitado el 10 de enero de 2025].

GIMÉNEZ, ANA (2017): “Capítulo 2. La no discriminación”, en: Vaquer, Antony; Bosh, Esteve y Sánchez, María (Coords.), Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco común de Referencia (Barcelona, Editorial Atelier), tomo I, pp. 137-183.

GÓMEZ, ESTHER (2018): Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil (Navarra, Editorial Aranzadi).

HESELINK, MARTIJN (2011): “The concept of good faith”, en: Hartkamp, Arthur; Hesselink, Martijn; Hondius, Ewoud; Mak, Chantal y Du Perron, Edgar (Eds.), Towards a European Civil Code (The Netherlands, Kluwer Law International), pp. 619-649.

INFANTE, FRANCISCO (2013): “El desarrollo de la prohibición de discriminar en el derecho de contratos y su consideración en la jurisprudencia”, en: Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial (N° 30), pp. 169-197.

JANA, ANDRÉS Y MARÍN, JUAN (1996): Recurso de protección y contratos (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

LETELIER, IGNACIO (2020): “El resurgimiento de la teoría de la imprevisión como asunto de lege ferenda en tiempos de pandemia y la apertura de la Corte Suprema para acogerla: comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol 28.122-2018”, en: Revista Jurídica Digital UANDES (Vol. 4, N° 1), pp. 167-174.

LÓPEZ, JORGE Y ELORRIAGA, FABIÁN (2017): Los contratos. Parte General (Santiago, Thomson Reuters).

LÓPEZ, PATRICIA (2017): “La indemnización precontractual y contractual: divergencias y eventuales zonas de confluencia”, en: Barría, Rodrigo; Ferrante, Alfredo y San Martín, Lilian (Eds.), Presente y

Futuro de la Responsabilidad Civil (Santiago, Editorial LegalPublishing Thomson Reuters), pp. 87-127.

LÓPEZ, PATRICIA (2018): “La ruptura de las tratativas preliminares como una justificada excepción al principio de libertad contractual y un particular supuesto de indemnización precontractual”, en: Vidal, Álvaro (Dir.) y Severin, Gonzalo (Ed.), Estudios de Derecho de Contratos, en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno (Santiago, Editorial Thomson Reuters), pp. 31-81.

LÓPEZ, PATRICIA (2019a): La tutela precontractual del acreedor. Una aproximación desde el código Civil chileno y su interrelación con la tutela contractual (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

LÓPEZ, PATRICIA (2019b): “La tutela precontractual en la Ley 19.496: su configuración, alcance y eventual convergencia con aquella propia de la contratación civil”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 46, N° 2). Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v46n2/0718-3437-rchilder-46-02-00399.pdf> [visitado el 18 de julio de 2025].

LÓPEZ, PATRICIA (2023a): “El débil jurídico en el derecho privado chileno: noción, configuración y tipología”, en: Revista lus et Praxis (Vol. 29, N° 1). Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v29n1/0718-0012-iusetp-29-01-124.pdf> [visitado el 11 de enero de 2025].

LÓPEZ, PATRICIA (2023b): “La articulación de un sistema de tutela extracontractual en el derecho chileno y su relevancia en la tutela de la víctima”, en: Álvarez, Rommy; Prado, Pamela y Saavedra, Ricardo (Eds.), Estudios de Derecho Privado III, Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado (Valparaíso, Editorial Edeval), pp. 505-520.

LÓPEZ, PATRICIA (2024a): “La vulnerabilidad y la dignidad como categorías especialmente tutelables en los contratos de consumo y en los contratos civiles”, en: Domínguez, Carmen; Bustos, Magdalena; Prado, Pamela y Rosso, Gian Franco (Eds.), Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Hernán Corral Talciani (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch), pp. 161-181.

LÓPEZ, PATRICIA (2024b): “Las prácticas abusivas como un atentado a la dignidad del consumidor: una aproximación y sistematización desde el derecho chileno”, en: Revista de derecho Universidad de Concepción (N° 255). Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v92n255/0718-591X-revderudec-92-255-15.pdf> [visitado el 30 de mayo de 2025].

LÓPEZ, PATRICIA (2024c): “Una reflexión a partir de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en “Flores y H&M Hennes y Mauritz SPA”. Disponible en: <https://idealex.press/una-reflexion-a-partir-de-la-sentencia-del-caso-flores-y-hm-hennes-y-mauritz-spa-contrato/> [visitado el 18 de julio de 2025].

LUMINOSO, ANGELO (1990): “Risoluzione per inadempimento”, en: Galgano, Francesco (Dir.), Commentario del Codice civile ScialojaBranca, Libro cuarto, Delle obbligazioni Della risoluzione per inadempimento, T. I, 1 artículo 1453-1454 (Roma, Editorial Zanichelli), pp. 23-68.

MAFFEIS, DANIELE (2007): Offerta al pubblico e divieto di discriminazione (Milano, Giuffé editore).

MAFFEIS, DANIELE (2008): “Libertà contrattuale e divieto di discriminazione”, en: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Vol. 62, N° 2), pp. 401-434.

MOMBERG, RODRIGO (2010): “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”, en: Revista chilena de Derecho Privado (N°15). Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n15/art02.pdf> [visitado el 18 de enero de 2025].

MORALES, ANTONIO MANUEL (2006): La modernización del derecho de las obligaciones (Madrid, Editorial Civitas).

MORALES, ANTONIO (2011): “¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios?: Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el

marco del Derecho europeo”?, en: Albiez Dohrmann, Klaus (Dir.), *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España* (Barcelona, Editorial Atelier), pp. 400-422.

NASSER, MARCELO (2024): “Comentarios al artículo 13”, en: Barrientos, Francisca; De La Maza, Iñigo y Pizarro, Carlos (Dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*, 2ª edición ampliada y actualizada (Santiago, Editorial Thomson Reuters), tomo I, pp. 976-983.

NAVAS, SUSANA (2008): “El principio de no discriminación por razón de sexo en el derecho contractual europeo”, en: *Anuario de Derecho Civil* (Nº 61, fasc. 3). Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2008-30147501490 [visitado el 25 de enero de 2025].

NAVARRETA, EMANUELA (2014): “Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato”, en: *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia* (Nº 27). Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3887/4330> [visitado el 20 de enero de 2025].

NEME, MARTHA (2021): “La prohibición de discriminación contractual: un asunto de dignidad humana, democracia y justicia”, en: *Revista de Derecho, Privado Universidad Externado de Colombia* (Nº 44). Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/8328/14457> [visitado el 20 de enero de 2025].

PRADO, PAMELA (2024): “El principio de no discriminación arbitraria en la elección del otro contratante en el derecho chileno: algunas reflexiones”, en: Domínguez, Carmen (Dir. y Ed.), *Estudios de derecho privado homenaje al profesor Hernán Corral Talciani* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 183-198.

REY, FERNANDO (2012): “El modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incompleta incorporación en el derecho español”, en: Navas, Susana (Dir.), *Iguales y diferentes ante el derecho privado* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch), pp. 25-60.

SALAZAR, ARTURO (2025): “El concepto de función correctiva de la buena fe y su recepción por la jurisprudencia chilena”, en: *Derecho Público Iberoamericano* (Nº 25). Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/1327> [visitado el 30 de mayo de 2025].

VERA, HUGO, (2024): “Comentarios al artículo 13”, en: Barrientos, Francisca; De La Maza, Iñigo y Pizarro, Carlos (Dirs.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*. Segunda edición ampliada y actualizada (Santiago, Editorial Thomson Reuters), tomo I, pp. 984-1013.

VIVANCO, ANGELA (2021): *Curso de derecho constitucional: aspectos dogmáticos de la carta fundamental de 1980*, 3ª edición actualizada (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), tomo II.

WHITTAKER, SIMON Y ZIMMERMANN, REINHARD (2000): “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en: Zimmermann, Reinhard y Whittaker, Simon (Eds.), *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 7-62.

YÁÑEZ, FÁTIMA (2019): *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias. Un estudio en el marco de renovación del Derecho Contractual* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

JURISPRUDENCIA CITADA

Tranex con Angloamerican Sur S.A. (2019): Corte Suprema 22 de mayo de 2019 (casación en la forma y casación en el fondo), Rol Nº 38.506-2017, en: www.pjud.cl.

Eldu con Eletrans (2023): Corte Suprema 30 de junio de 2023 (recurso de queja), Rol N° 32.356-2022, en: www.pjud.cl.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución Política de la República. 1980.

Código Civil chileno. 1955.

Ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial, 7 de marzo de 1997.

Ley 20.609, establece medidas contra la discriminación arbitraria. Diario Oficial, 24 de julio de 2012.

Ley 21.258, crea la ley nacional del cáncer, que rinde homenaje póstumo al doctor Claudio Mora. Diario Oficial, 2 de septiembre de 2020.

Ley 15/2022 española, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Boletín Oficial del Estado, 13 de julio de 2022.